

E.B. Appellant

v.

**Order of the Oblates of Mary
Immaculate in the Province of
British Columbia Respondent**

and

**Attorney General of Canada and
Attorney General of British
Columbia Interveners****INDEXED AS: E.B. v. ORDER OF THE OBLATES OF
MARY IMMACULATE IN THE PROVINCE OF BRITISH
COLUMBIA****Neutral citation: 2005 SCC 60.**

File No.: 29890.

2004: December 7; 2005: October 28.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Torts — Vicarious liability — Intentional torts — Sexual abuse — Enterprise risk creation test — Child sexually abused while in residential school — Whether Catholic Order operating school vicariously liable for sexual assaults committed by lay employee — Whether strong connection between employee's duties and wrongful acts — Whether case falls to be determined by legal precedents or broad policy rationales — Whether appellate review is foreclosed by trial judge's findings.

Between 1957 and 1962, B attended a residential school for First Nations children run by the Oblates. S, a lay employee, worked as a baker, boat driver and odd-job man. He resided upstairs in a building located on the school grounds. The trial judge found that S sexually assaulted B from the age of 7 and that the assaults continued on a regular and frequent basis until B was 11 or 12 years old. All the assaults took place in

E.B. Appelant

c.

**Order of the Oblates of Mary
Immaculate in the Province of
British Columbia Intimé**

et

**Procureur général du Canada et
procureur général de la Colombie-
Britannique Intervenants****RÉPERTORIÉ : E.B. c. ORDER OF THE OBLATES OF
MARY IMMACULATE IN THE PROVINCE OF BRITISH
COLUMBIA****Référence neutre : 2005 CSC 60.**

N° du greffe : 29890.

2004 : 7 décembre; 2005 : 28 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major,
Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et
Charron.**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Délits — Responsabilité du fait d'autrui — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Critère de la création du risque d'entreprise — Enfant agressé sexuellement dans un pensionnat — La congrégation catholique qui dirigeait l'école est-elle responsable du fait d'autrui en raison des agressions sexuelles commises par un employé laïque? — Existait-il un lien solide entre les fonctions de l'employé et les actes répréhensibles? — L'affaire doit-elle être tranchée suivant la jurisprudence ou en fonction des considérations de politique générales? — Les conclusions du juge de première instance empêchent-elles l'examen de sa décision en appel?

Entre 1957 et 1962, B a fréquenté un pensionnat pour enfants autochtones tenu par les Oblats. S, un employé laïque, y travaillait comme boulanger, conducteur d'embarcation à moteur et homme à tout faire. Il habitait en haut d'un édifice situé sur le terrain de l'école. Le juge de première instance a conclu que S a agressé sexuellement B depuis l'âge de 7 ans, et ce à de nombreuses reprises et sur une base régulière, jusqu'à ce que B

S's living quarters. B did not bring S's misconduct to the attention of anyone at the school. Based on his finding that the operational characteristics of the residential school created and materially enhanced the risk of the assaults, the trial judge found the Oblates vicariously liable. These characteristics included the separation of the children from their families, the fact that employees lived in close proximity to the children and the fact that the children were under a regime where they were to respect and obey all staff. The Court of Appeal set aside the trial judge's decision, holding that he had erred in overemphasizing job-created opportunity and in failing to have sufficient regard to the specific employment duties and responsibilities assigned to S and the connection, if any, between those duties and responsibilities and the wrongs S committed against the appellant.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Charron JJ.: To impose vicarious (as opposed to direct) liability on the school, the law requires a strong connection between what the employer was asking the employee to do and the wrongful conduct. The trial judge stressed the "operational characteristics" of the school and the potential risk it created in general terms for its students. However if, as the appellant contends, the school as organized and operated created a significant risk to every student by every employee regardless of the particulars of his or her job, this would argue for direct liability rather than vicarious liability. What is required for the imposition of vicarious liability is a demonstration that school-created features of the employment relationship of S contributed to the ability of S to do what he did in this case. Taking the trial judge's approach to its logical conclusion, the employer would be liable for all tortious acts of all of its employees, no matter how remote the wrongdoing from the job-created power or status or how distanced the employee was from any position of authority over, or intimacy with, the students. This is not consistent with legal precedent. A "mere opportunity" to commit the wrongful act does not suffice. Here, the "strong connection" test was not met. While vicarious liability does not require a claimant to establish that the wrongdoer was placed in a "parent-like" position of authority, the law does require consideration of the job-created power and the nature of an employee's duties as a fundamental component of determining if a particular

atteigne l'âge de onze ou douze ans. Les agressions ont toutes été commises à la résidence de S. B n'a mis personne de l'école au courant de l'inconduite de S. En se fondant sur ses conclusions de fait que les caractéristiques opérationnelles du pensionnat ont créé et sensiblement accru le risque que des agressions soient commises, le juge de première instance a conclu que les Oblats étaient responsables du fait d'autrui. Parmi ces caractéristiques, il y avait le fait que les enfants étaient séparés de leur famille, le fait que les enfants et les employés vivaient en étroite proximité les uns des autres et le fait que, selon le régime en place, les enfants devaient respect et obéissance à tous les employés. La Cour d'appel a annulé la décision du juge de première instance; elle a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en exagérant l'importance de l'occasion créée par l'emploi et en ne prenant pas suffisamment en compte la nature précise des fonctions et responsabilités confiées à S ni le lien, le cas échéant, entre ces fonctions et responsabilités et les délits commis par S à l'endroit de l'appelant.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Charron : Pour imputer au pensionnat une responsabilité du fait d'autrui (plutôt que directe), la loi exige un lien solide entre ce que l'employeur demandait à l'employé de faire et l'acte fautif. Le juge de première instance a insisté sur les « caractéristiques opérationnelles » du pensionnat et sur le risque potentiel qu'il créait de manière générale pour les élèves. Toutefois, si l'organisation et le fonctionnement de l'établissement faisaient en sorte, comme le prétend l'appelant, que chaque employé, quelles que soient ses fonctions, pouvait présenter un risque substantiel pour chaque élève, la responsabilité directe de l'intimé pourrait être engagée plutôt que sa responsabilité du fait d'autrui. Pour imposer la responsabilité du fait d'autrui, il faut démontrer que les particularités — inhérentes à l'école — de la relation d'emploi de S ont contribué à l'amener à faire ce qu'il a fait en l'espèce. L'approche adoptée par le juge de première instance aboutit logiquement à la conclusion que l'employeur serait responsable de tous les actes délictueux de tous ses employés, même s'il n'existe qu'un lien ténu entre le délit et le pouvoir ou le statut que confère l'emploi, ou si l'employé était loin d'exercer une fonction le plaçant en situation d'autorité ou d'intimité par rapport aux élèves. Cette approche n'est pas conforme à la jurisprudence. Une « simple occasion » de commettre le délit ne suffit pas. En l'espèce, le critère du « lien solide » n'a pas été respecté. Si la responsabilité du fait d'autrui n'exige pas du plaignant qu'il

enterprise increased the risk of particular wrongdoing in relation to a claimant by the employee complained about. [2] [4] [25] [29] [52]

The *Bazley* factors show that while the residential setting in which the abuse took place would favour a finding of vicarious liability, the limited duties and role of S at the school are conclusive against it. S did not have authority to insinuate himself into the intimate life of B or any of the other students except his own children and grandchildren. First, S was not “permitted or required” to be with the children, apart from trips in the motorboat which were supervised by one of the religious brothers. Second, the conduct in the course of which the wrongful acts occurred had nothing to do with furthering the employer’s aims. Third, intimacy was prohibited. S was expected to devote himself to baking, doing maintenance work and driving the motorboat, and his quarters were located in an area off-limits to students. Fourth, the employer did not confer any power on S in relation to B. Despite the loose structure of the school, S’s position was not one involving regular or meaningful contact with the students. Fifth, the vulnerability of the students resulted from the nature of the institution (which is the subject of the appellant’s claim of direct liability), not from power conferred by the employer on S (which is the subject of the appellant’s claim of vicarious liability). The Court of Appeal was thus correct in concluding that while the employment relationship in this case provided S with the opportunity to commit the wrongful acts, his assigned role in relation to the students fell short of what is required to attract vicarious liability. A strong connection between what the Oblates were asking S to do and the wrongful acts was not established. [37] [41] [47-52]

Appellate review was not foreclosed by the trial judge’s findings. The essential difference between the trial judge and the Court of Appeal related to the proper application of the *Bazley* test. A court of appeal does not owe a trial judge any deference on a question of law. [23]

Per Abella J. (dissenting): In order to find an employer vicariously liable for the intentional torts of an employee, a strong connection must be found between

établissement que l’auteur du délit a été placé dans une situation d’autorité tenant du « rôle parental », la loi exige effectivement la prise en compte des pouvoirs inhérents à l’emploi et de la nature des fonctions de l’employé puisqu’il s’agit d’éléments essentiels pour déterminer si une entreprise donnée a accru le risque que l’employé visé par la plainte pose à l’égard du plaignant un acte répréhensible donné. [2] [4] [25] [29] [52]

Selon les facteurs pris en compte dans *Bazley*, le fait que les agressions aient été commises dans un pensionnat milite en faveur de l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui, mais les fonctions et le rôle restreints de S écartent de façon décisive une telle conclusion. S n’était pas autorisé à s’insinuer dans la vie intime de B ou des autres élèves, sauf celle de ses propres enfants. En premier lieu, il n’était pas « permis ou demandé » à S de tenir compagnie aux enfants, sauf lors des déplacements en embarcation à moteur, qui se faisaient sous la surveillance d’un frère religieux. En deuxième lieu, la conduite qui comportait les actes fautifs ne servait en rien les objectifs poursuivis par l’employeur. En troisième lieu, l’intimité était interdite. On attendait de S qu’il se consacre à ses tâches de boulanger, de préposé à l’entretien et de conducteur d’embarcation à moteur, et son logis se trouvait dans un endroit était interdit d’accès aux élèves. En quatrième lieu, l’employeur n’avait confié à S aucun pouvoir à l’égard de B. Même si l’école était peu structurée, le poste de S ne lui ménageait pas de contacts réguliers ou importants avec les élèves. En cinquième lieu, la vulnérabilité des élèves résultait de la nature même de l’établissement (d’où la réclamation de l’appelant fondée sur la responsabilité directe) et non du pouvoir que l’employeur a confié à S (d’où la réclamation de l’appelant fondée sur la responsabilité du fait d’autrui). La Cour d’appel a donc eu raison de conclure que si, dans ce cas, l’emploi de S lui a fourni l’occasion de commettre les actes répréhensibles, les fonctions qui lui étaient assignées vis-à-vis des enfants n’étaient pas de nature à engager la responsabilité du fait d’autrui. L’existence d’un lien solide entre ce que les Oblats demandaient à S de faire et les actes fautifs n’a pas été établie. [37] [41] [47-52]

Les conclusions du juge de première instance n’empêchaient pas l’examen de sa décision en appel. Le principal point de divergence entre le juge de première instance et la Cour d’appel concernait l’application correcte du critère de l’arrêt *Bazley*. Une cour d’appel n’a pas à faire preuve de déférence envers un juge de première instance sur une question de droit. [23]

La juge Abella (dissidente) : Pour que la responsabilité du fait d’autrui d’un employeur soit engagée en raison des délits intentionnels d’un employé, il doit

the enterprise, the authority conferred on the employee by the employer, and the tort. A court must look at the enterprise as a whole to determine whether the specific features of the enterprise and of the employment relationship created — or materially enhanced — the risk that the tort would occur. Here, the trial judge correctly stated and applied the *Bazley* test and made findings available on the record that supported his conclusion that the residential school, as an enterprise, and in the authority it provided to S, materially enhanced the risk that eventually materialized, namely the sexual assault of B by S. [59-60] [65] [70]

An analysis of the *Bazley* factors confirms the trial judge's conclusion of vicarious liability in this case. First, although mere opportunity is insufficient to support a finding of vicarious liability, the link between the opportunity and the tort committed in this case is particularly strong. S was given quarters in the middle of the school property, was permitted to form relationships with vulnerable children, and could not have been unaware of the lax supervision prevalent at the residential school. Second, given that sexual molestation will never be any organization's aim, the absence of evidence supporting this factor has no bearing on this case. Third, the power structure inherent in the employer's enterprise greatly increased the level of friction and confrontation, thereby helping to create the conditions that led to the sexual assault of B. The discipline was strict and harsh, and children were ordered to obey all staff members. Fourth, the trial judge concluded that B viewed S as a person of power and authority. He found that S had responsibility for helping the religious staff with all school-related tasks, including child care and supervision, and a role that included supervising children on a daily basis and assigning chores to them. The breadth and amorphous nature of the employment duties given to him, and the way in which those duties were allocated by the school's administration, gave him both actual and perceived power over the students. The Oblates' failure to strictly delineate S's official duties served to increase his authority. Fifth, the children at the residential school were profoundly vulnerable. They were separated from their parents for long periods of time. Although the trial judge recognized that B had a number of adult relatives living at the school, including grandparents, he was prevented from maintaining close relationships with them. In addition, the residential school was remote and access was limited. This geographic and personal isolation, combined with a harsh disciplinary regime consisting of routine corporal punishment, threats of punishment, and repeated orders to

exister un lien solide entre l'entreprise, l'autorité conférée par l'employeur à l'employé et le délit. Un tribunal doit examiner l'entreprise dans son ensemble afin de déterminer si les caractéristiques particulières de cette entreprise et de la relation employeur-employé ont créé — ou sensiblement accru — le risque que le délit soit commis. En l'espèce, le juge de première instance a correctement énoncé et appliqué le critère de l'arrêt *Bazley* et a tiré des conclusions de fait que l'on trouve au dossier et qui lui permettaient de statuer que le pensionnat, en tant qu'entreprise et du fait de l'autorité qu'il avait conférée à S, a sensiblement accru le risque qui s'est finalement matérialisé par l'agression sexuelle de S à l'endroit de B. [59-60] [65] [70]

Une analyse des facteurs retenus dans l'arrêt *Bazley* confirme la conclusion du juge de première instance d'imputer à l'employeur la responsabilité du fait d'autrui en l'espèce. En premier lieu, même si une simple occasion ne suffit pas pour imputer la responsabilité du fait d'autrui, le lien entre l'occasion et le délit commis en l'espèce est particulièrement solide. Le logement fourni à S se trouvait au centre du pensionnat, on lui permettait d'établir des relations avec des enfants vulnérables, et il ne pouvait ignorer que la surveillance au pensionnat était relâchée. En deuxième lieu, comme les atteintes à la pudeur ne s'inscriront jamais dans les objets d'une organisation, l'absence de preuve à l'égard de ce facteur n'a pas d'incidence en l'espèce. En troisième lieu, la structure du pouvoir inhérente à l'entreprise de l'employeur a grandement accru les tensions et la confrontation, ce qui a contribué à mettre en place les conditions qui ont conduit à la perpétration des agressions sexuelles contre B. Les règles de discipline étaient strictes et dures, et l'on ordonnait aux enfants d'obéir à tous les employés. En quatrième lieu, le juge de première instance a conclu que B considérait S comme une personne en autorité. Il a conclu que S avait la responsabilité d'aider le personnel religieux dans toutes les tâches connexes à la vie scolaire, y compris les soins aux enfants et la surveillance, et que sa description d'emploi comprenait la supervision des enfants sur une base quotidienne et l'assignation de leurs corvées. L'étendue et la nature imprécise des fonctions qui lui étaient confiées, et la manière dont celles-ci lui étaient assignées par l'administration de l'école, le plaçaient, tant au yeux des élèves que dans les faits, en position d'autorité par rapport à ceux-ci. L'autorité de S se trouvait accrue du fait que les Oblats n'avaient pas rigoureusement circonscrit ses fonctions. En cinquième lieu, les enfants au pensionnat étaient très vulnérables. Ils étaient séparés de leurs parents pendant de longues périodes. Même si le juge de première instance a reconnu qu'un certain nombre de parents adultes de B vivaient au pensionnat,

obey all staff members resulted in an extremely vulnerable group of potential victims. [78-91]

Where, as here, the legal test for vicarious liability is properly articulated and applied, a trial judge's conclusions are entitled to deference. There is no basis in this case for disturbing the trial judge's unchallenged findings of fact or the legal conclusion he drew from them that vicarious liability should be imposed. The Court of Appeal substituted its own and sometimes contrary findings of fact without explaining why those of the trial judge should be disregarded. The trial judge made no error of law in applying the *Bazley* test; his reasons fit squarely into established vicarious liability jurisprudence. Even if the standard of correctness is applied, there is no basis for interfering with the trial judge's legal conclusion. [60] [98] [107-111]

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; **referred to:** *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51; *John Doe v. Bennett*, [2004] 1 S.C.R. 436, 2004 SCC 17, aff'g (2002), 218 D.L.R. (4th) 276, 2002 NFCA 47; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, rev'g in part (2002), 227 Sask. R. 165, 2002 SKCA 131; *G. (E.D.) v. Hammer* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89, aff'd (2001), 197 D.L.R. (4th) 454, 2001 BCCA 226, aff'd [2003] 2 S.C.R. 459, 2003 SCC 52; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Canadian Pacific Railway Co. v. Lockhart*, [1942] A.C. 591; *Lister v. Hesley Hall Ltd.*, [2002] 1 A.C. 215, [2001] UKHL 22; *McDonald v. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109; *K. (W.) v. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360; *H. (S.G.) v. Gorsline*, [2005] 2 W.W.R. 716, 2004 ABCA 186; *M. (F.S.) v. Clarke*, [1999] 11 W.W.R. 301; *H. (T.E.G.) v. K. (P.)*, [2001] 6 W.W.R. 546, 2001 ABQB 43; *A. (C.) v. Critchley* (1998), 166 D.L.R. (4th) 475; *B. (J.-P.) v. Jacob* (1998), 166 D.L.R. (4th) 125; *C.S. v. Miller* (2002), 306 A.R. 289, 2002 ABQB 152.

notamment ses grands-parents, on l'empêchait d'entretenir des liens étroits avec eux. De plus, le personnel se trouvait dans un lieu éloigné et difficile d'accès. En raison de cet isolement aux plans géographique et personnel et du régime disciplinaire sévère, comportant des châtiments corporels infligés sur une base régulière, des menaces de châtiments et des ordres maintes fois répétés d'obéir à tous les membres du personnel, ce groupe de victimes potentielles était extrêmement vulnérable. [78-91]

Si, comme c'est le cas en l'espèce, le critère juridique relatif à la responsabilité du fait d'autrui a été adéquatement articulé et appliqué, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions du juge de première instance. Il n'y a en l'espèce aucune raison de modifier les conclusions de fait non contestées du juge de première instance ou la conclusion de droit qu'il en a tiré, à savoir que l'employeur devrait être tenu responsable du fait d'autrui. La Cour d'appel a substitué ses propres conclusions de fait — parfois contraires — à celles du premier juge sans expliquer pourquoi ces dernières devraient être écartées. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit en appliquant le critère de l'arrêt *Bazley*; ses motifs concordent indéniablement avec la jurisprudence en matière de responsabilité du fait d'autrui. Même si la norme de contrôle de la décision correcte est appliquée, rien ne permet de modifier la conclusion de droit du juge de première instance. [60] [98] [107-111]

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts appliqués : *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; **arrêts mentionnés :** *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51; *Untel c. Bennett*, [2004] 1 R.C.S. 436, 2004 CSC 17, conf. (2002), 218 D.L.R. (4th) 276, 2002 NFCA 47; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, inf. en partie (2002), 227 Sask. R. 165, 2002 SKCA 131; *G. (E.D.) c. Hammer* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89, conf. par (2001), 197 D.L.R. (4th) 454, conf. par [2003] 2 R.C.S. 459, 2003 CSC 52; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Canadian Pacific Railway Co. c. Lockhart*, [1942] A.C. 591; *Lister c. Hesley Hall Ltd.*, [2002] 1 A.C. 215, [2001] UKHL 22; *McDonald c. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109; *K. (W.) c. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360; *H. (S.G.) c. Gorsline*, [2005] 2 W.W.R. 716, 2004 ABCA 186; *M. (F.S.) c. Clarke*, [1999] 11 W.W.R. 301; *H. (T.E.G.) c. K. (P.)*, [2001] 6 W.W.R. 546, 2001 ABQB 43; *A. (C.) c. Critchley* (1998), 166 D.L.R. (4th) 475; *B. (J.-P.) c. Jacob* (1998), 166 D.L.R. (4th) 125; *C.S. c. Miller* (2002), 306 A.R. 289, 2002 ABQB 152.

By Abella J. (dissenting)

Bazley v. Curry, [1999] 2 S.C.R. 534; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51; *John Doe v. Bennett*, [2004] 1 S.C.R. 436, 2004 SCC 17; *M. (F.S.) v. Clarke*, [1999] 11 W.W.R. 301; *B. (W.R.) v. Plint* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 18; *D.W. v. Canada (Attorney General)* (1999), 187 Sask. R. 21, 1999 SKQB 187; *V.P. v. Canada (Attorney General)* (1999), 186 Sask. R. 161, 1999 SKQB 180; *G. (E.D.) v. Hammer* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33.

Authors Cited

Canada. Law Commission of Canada. *Restoring Dignity: Responding to Child Abuse in Canadian Institutions*. Ottawa: The Commission, 2000.

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 1, *Looking Forward, Looking Back*. Ottawa: The Commission, 1996.

Claes, Rhonda, and Deborah Clifton. *Needs and Expectations for Redress of Victims of Abuse at Residential Schools*. Ottawa: Law Commission of Canada, 1998.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Esson, Hall, Saunders, Low and Smith JJ.A.) (2003), 14 B.C.L.R. (4th) 99, 182 B.C.A.C. 288, 300 W.A.C. 288, 227 D.L.R. (4th) 298, [2003] 7 W.W.R. 421, 16 C.C.L.T. (3d) 149, [2003] B.C.J. No. 1123 (QL), 2003 BCCA 289, setting aside a decision of Cohen J., [2001] B.C.J. No. 2700 (QL), 2001 BCSC 1783. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

John R. Shewfelt and Darrell W. Roberts, Q.C., for the appellant.

Azool Jaffer-Jeraj and Mobina Jaffer, Q.C., for the respondent.

Mitchell R. Taylor, for the intervener the Attorney General of Canada.

Karen A. Horsman, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Bazley c. Curry, [1999] 2 R.C.S. 534; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51; *Untel c. Bennett*, [2004] 1 R.C.S. 436, 2004 CSC 17; *M. (F.S.) c. Clarke*, [1999] 11 W.W.R. 301; *B. (W.R.) c. Plint* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 18; *D.W. c. Canada (Attorney General)* (1999), 187 Sask. R. 21, 1999 SKQB 187; *V.P. c. Canada (Attorney General)* (1999), 186 Sask. R. 161, 1999 SKQB 180; *G. (E.D.) c. Hammer* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33.

Doctrine citée

Canada. Commission du droit du Canada. *La dignité retrouvée : La réparation des sévices infligés aux enfants dans des établissements canadiens*. Ottawa : La Commission, 2000.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1, *Un passé, un avenir*. Ottawa : La Commission, 1996.

Claes, Rhonda, et Deborah Clifton. *Besoins et attentes en matière de réparation pour les sévices commis contre les enfants placés dans les pensionnats pour enfants autochtones*. Ottawa : Commission du droit du Canada, 1998.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Esson, Hall, Saunders, Low et Smith) (2003), 14 B.C.L.R. (4th) 99, 182 B.C.A.C. 288, 300 W.A.C. 288, 227 D.L.R. (4th) 298, [2003] 7 W.W.R. 421, 16 C.C.L.T. (3d) 149, [2003] B.C.J. No. 1123 (QL), 2003 BCCA 289, qui a infirmé un jugement du juge Cohen, [2001] B.C.J. No. 2700 (QL), 2001 BCSC 1783. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

John R. Shewfelt et Darrell W. Roberts, c.r., pour l'appelant.

Azool Jaffer-Jeraj et Mobina Jaffer, c.r., pour l'intimé.

Mitchell R. Taylor, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Karen A. Horsman, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Charron JJ. was delivered by

BINNIE J. — The appellant attended a residential school for First Nations children run by the respondent Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia (“Oblates”) on Meares Island, British Columbia. In the years 1957 to 1962, he suffered sexual abuse at the hands of a lay employee, Martin Saxey, also of First Nations origin, who worked in the school bakery and operated the school motorboat. Saxey is now dead. His estate may be liable for damages but it has no money to pay. The appellant therefore seeks damages from the Oblates on two legal grounds, firstly because of its *direct* fault in permitting the sexual abuse to occur (an issue on which the trial judge has not yet expressed an opinion); secondly, on the basis of *vicarious* liability, irrespective of any direct fault on the part of the respondent, for the misconduct of its employee, Saxey.

Children who have suffered sexual abuse in residential schools are extremely vulnerable people, and where fault is established on the school’s part, substantial compensation will be awarded. At this point in the litigation, however, no fault has been established on the part of anybody except Saxey. To impose vicarious (as opposed to direct) liability on the school, the law requires “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”: *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, at para. 42 (emphasis deleted). The critical inquiry concerns the powers, duties and responsibilities conferred on Saxey by the respondent Oblates in relation to students like the appellant, keeping in mind of course the general environment of the

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Charron rendu par

LE JUGE BINNIE — L’appelant a fréquenté un pensionnat pour enfants autochtones tenu par l’intimé, Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia (« Oblats »), sur l’île Meares, en Colombie-Britannique. Entre 1957 et 1962, l’appelant a été agressé sexuellement par Martin Saxey, un employé laïque lui aussi autochtone. Ce dernier travaillait dans la boulangerie du pensionnat et conduisait l’embarcation à moteur de l’école. M. Saxey est maintenant décédé. Il est possible que sa succession soit redevable de dommages-intérêts, mais elle n’a pas les moyens de payer. Par conséquent, l’appelant cherche, en se fondant sur deux moyens de droit, à obtenir des dommages-intérêts des Oblats. Il invoque d’abord la faute *directe* des Oblats qui auraient permis que des agressions sexuelles soient commises (le juge de première instance n’a pas encore exprimé son opinion sur cette question). Il invoque ensuite la responsabilité *du fait d’autrui*, indépendamment de toute faute directe de l’intimé, en raison des actes répréhensibles de son employé, M. Saxey.

Les enfants victimes d’agressions sexuelles dans des pensionnats sont des personnes très vulnérables, et une indemnité substantielle sera accordée s’il est démontré que l’établissement scolaire a commis une faute. À ce stade de l’instance toutefois, aucune faute n’a été établie, si ce n’est celle de M. Saxey. Pour imputer au pensionnat une responsabilité du fait d’autrui (plutôt que directe), la loi exige « 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 » : *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, par. 42 (soulignement omis). Il est donc crucial d’examiner les pouvoirs, les fonctions et les responsabilités que les Oblats intimés avaient attribués à M. Saxey à l’égard d’élèves comme l’appelant, en tenant compte bien sûr du contexte général de l’école dans la mesure où l’on

1

2

school to the extent it can be said to have contributed to Saxey's predatory activities.

3

The trial judge found vicarious liability because in his view, the "operational characteristics" of the residential school created a risk of sexual abuse, and the risk materialized in harm to the appellant ([2001] B.C.J. No. 2700 (QL), 2001 BCSC 1783). The Court of Appeal overturned that result ((2003), 14 B.C.L.R. (4th) 99, 2003 BCCA 289). In its view, the trial judge had paid insufficient attention to the absence of any strong connection between the sexual abuse and Saxey's job on the fringes of school life as a baker, part-time motorboat operator and odd-job man. As a matter of law, the conclusion of the Court of Appeal is correct. The argument that vicarious liability should be strictly imposed without regard to the connection between the misconduct at issue and the job held by the particular wrongdoing employee was decisively rejected in *Bazley and Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570. The trial judge's approach effectively put all the respondent's employees on the same footing without giving due weight to the fact that it was Saxey who harmed the appellant by intentional wrongs that *for present purposes* must be taken to have been unknown, unauthorized, unforeseen and unforeseeable by the respondent. Saxey's work in the bakery did not involve any degree of intimacy. Nor did driving the motorboat or doing odd maintenance jobs confer any such authority or intimacy. In the absence of a strong connection between the job Saxey was employed to do and the circumstances in which the abuse took place, the most that can be said is that working in a residential school offered Saxey an opportunity for contact with young boys like the appellant and a deference to authority on their part that otherwise might not exist. However, in a series of cases dealing with employer's vicarious liability for sexual abuse, the Court has repeatedly stated that "'mere opportunity' . . . does not suffice". See *Bazley*, at para. 40; *Jacobi*, at para. 45; *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51, at para. 94. See also *John Doe v. Bennett*, [2004] 1 S.C.R. 436, 2004 SCC 17, and *H.L. v. Canada*

peut dire que ce facteur a contribué aux actes de prédation de M. Saxey.

Le juge de première instance a retenu la responsabilité du fait d'autrui parce qu'à son avis, les « caractéristiques opérationnelles » du pensionnat créaient un risque d'agression sexuelle qui s'est matérialisé quand l'appelant a subi un préjudice ([2001] B.C.J. No. 2700 (QL), 2001 BCSC 1783). La Cour d'appel a infirmé cette décision ((2003), 14 B.C.L.R. (4th) 99, 2003 BCCA 289). Selon elle, le juge de première instance n'avait pas accordé suffisamment d'importance à l'absence de lien solide entre l'agression sexuelle et la nature des tâches confiées à M. Saxey qui, en tant que boulanger, conducteur à temps partiel d'une embarcation à moteur et homme à tout faire, travaillait en marge de la vie scolaire. En droit, la conclusion de la Cour d'appel est correcte. Les arrêts *Bazley* et *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570, ont rejeté sans équivoque l'argument selon lequel la responsabilité du fait d'autrui devrait être imputée de façon stricte, sans égard au lien existant entre l'inconduite de l'employé et l'emploi que ce dernier exerce. Le raisonnement du juge de première instance place effectivement tous les employés de l'intimé sur le même pied, sans tenir compte comme il se doit du fait que c'est M. Saxey, par ses fautes intentionnelles, qui a causé du tort à l'appelant. Pour les besoins *du présent pourvoi*, il faut considérer que l'intimé n'était pas au courant de ces fautes qu'il n'était pas en mesure de les prévoir, qu'il ne les avait pas autorisées et qu'il ne les avait pas prévues. Le travail de M. Saxey à la boulangerie ne lui accordait aucune intimité avec les élèves. Et ses fonctions de conducteur d'embarcation à moteur et d'homme à tout faire ne le plaçaient pas non plus en situation d'autorité ou d'intimité. En l'absence d'un lien solide entre les tâches confiées à M. Saxey et les circonstances dans lesquelles les actes d'agression ont été commis, on peut affirmer tout au plus que travailler dans un pensionnat avait fourni à M. Saxey une occasion, qu'il n'aurait peut-être pas eue autrement, d'être en contact avec de jeunes garçons comme l'appelant dans un contexte de soumission à l'autorité. Toutefois, dans une série d'arrêts portant sur la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur

(*Attorney General*), [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25. Such general liability, if it is to be created, is a matter for the legislature.

The trial judge stressed the “operational characteristics” of the school and the potential risk it created in general terms for its students. However if, as the appellant contends, the school as organized and operated created a significant risk to every student by every employee regardless of the particulars of his or her job, this would argue for *direct* liability rather than *vicarious* liability for Saxey’s misconduct. In terms of the latter, the trial judge did not take his analysis far enough. He did not put adequate weight on the school-created features of the relationship between *this* claimant and *this* wrongdoing employee, and the contribution of the respondent’s enterprise to enabling the wrongdoer Saxey to do what he did in *this* case. Taking the trial judge’s approach to its logical conclusion, the respondent would be liable for all tortious acts of all of its employees, no matter how remote the wrongdoing from the job-created power or status or how distanced Saxey was from any position of authority over, or intimacy with, the students. When the full analysis is undertaken, as will be seen, the imposition of vicarious liability in this case does not conform with our jurisprudence. I would therefore dismiss the appeal.

I. Facts

Christie Residential School (“Christie”) was located on Meares Island, about four miles by water from Tofino, a town that is at the end of the

dans des cas d’agression sexuelle, la Cour a à maintes reprises affirmé que « la “simple occasion” [. . .] ne suffit pas ». Voir *Bazley*, par. 40; *Jacobi*, par. 45; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51, par. 94. Voir également *Untel c. Bennett*, [2004] 1 R.C.S. 436, 2004 CSC 17, et *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25. Pour qu’une telle responsabilité générale existe, il appartiendrait au législateur de la créer.

Le juge de première instance a insisté sur les « caractéristiques opérationnelles » du pensionnat et sur le risque potentiel qu’il créait de manière générale pour les élèves. Toutefois, si l’organisation et le fonctionnement de l’établissement faisaient en sorte, comme le prétend l’appelant, que chaque employé, quelles que soient ses fonctions, pouvait présenter un risque substantiel pour chaque élève, la responsabilité *directe* de l’intimé pourrait être engagée plutôt que sa responsabilité *du fait d’autrui* découlant de l’inconduite de M. Saxey. S’agissant de la responsabilité du fait d’autrui, le juge de première instance n’a pas suffisamment approfondi son analyse. Il n’a pas accordé l’importance qu’il fallait aux particularités — inhérentes à l’école — de la relation entre *ce* plaignant et *cet* employé fautif, et à la mesure dans laquelle l’entreprise de l’intimé a permis à l’auteur du délit, M. Saxey, de faire ce qu’il a fait dans *ce* cas en particulier. L’approche adoptée par le juge de première instance aboutit logiquement à la conclusion que l’intimé serait responsable de tous les actes délictueux de tous ses employés, même s’il n’existe qu’un lien ténu entre le délit et le pouvoir ou le statut que confère l’emploi, ou si M. Saxey était loin d’exercer une fonction le plaçant en situation d’autorité ou d’intimité par rapport aux élèves. Comme nous le verrons, une analyse exhaustive révèle qu’il serait contraire à notre jurisprudence de conclure en l’espèce que la responsabilité du fait d’autrui est engagée. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Faits

Le pensionnat Christie était situé sur l’île Meares, à environ quatre milles au large de Tofino, une ville située au bout de l’autoroute qui traverse

highway that crosses Vancouver Island. The school was accessible only in good weather by boat from Tofino or floatplane. It ceased operating in 1971, but prior to that it taught First Nations children from the west coast of Vancouver Island. At all relevant times, the school was owned, operated and staffed by the Oblates, a Roman Catholic missionary order comprised of priests and lay brothers, and is incorporated by a special Act of the Legislature of British Columbia. During the years in question, the school was staffed by 16 to 20 adult employees and populated by 145 to 158 children.

6 The appellant began attending the school at the age of six, on September 18, 1956. He was a student there until June of 1965. His siblings also attended the school.

7 Martin Saxey began his employment at the school on September 14, 1955. Some years prior to that time, he had been convicted of manslaughter and imprisoned. There is no finding, at least at this stage, that the Oblates were negligent either in hiring Saxey or in supervising his conduct.

8 At the relevant period, the educational and social functions of the school were under the direction of the respondent Oblates (including priests and lay brothers), assisted by different orders of nuns from time to time. The federal government contributed a per capita grant to assist in sustaining the fiscal operations of the school. (Statutory provisions contained in successive versions of the *Indian Act* provided that Canada could enter into agreements with parties to operate school facilities and that school attendance was compulsory.) While the direct care of the children and the educational functions were performed by religious personnel, the maintenance services and physical operation of the school were in the hands of First Nations staff, mostly recruited from adult relatives of the students. (For instance, male and female relatives of the appellant worked at maintenance jobs during the time the appellant was at the school.) Several of these employees and their

l'île de Vancouver. Ce n'est que par beau temps que l'on pouvait se rendre à l'école par bateau, à partir de Tofino, ou par hydravion. L'établissement est fermé depuis 1971, mais auparavant, on y dispensait l'enseignement aux enfants des premières nations de la côte ouest de l'île de Vancouver. Tout au long de la période pertinente, l'école appartenait aux Oblats, qui l'exploitaient et fournissaient le personnel. Les Oblats forment une congrégation missionnaire catholique romaine, composée de prêtres et de frères laïques, qui a été constituée en vertu d'une loi spéciale de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique. Pendant les années en cause, de 16 à 20 adultes étaient employés à l'école qui accueillait de 145 à 158 enfants.

L'appelant a commencé à fréquenter le pensionnat le 18 septembre 1956, à l'âge de six ans. Il y a étudié jusqu'en juin 1965. Ses frères et sœurs ont aussi fréquenté le pensionnat.

Martin Saxey a commencé à travailler au pensionnat le 14 septembre 1955. Quelques années auparavant il avait été déclaré coupable d'homicide involontaire et il avait été incarcéré. Rien n'indique, du moins à ce stade, que les Oblats aient fait preuve de négligence en embauchant M. Saxey ou en surveillant sa conduite.

À l'époque pertinente, l'école était, pour ce qui est de ses fonctions éducatives et sociales, dirigée par les Oblats (des prêtres et des frères laïques), parfois avec l'aide de différentes congrégations de religieuses. Le gouvernement fédéral aidait financièrement le pensionnat en lui octroyant une subvention calculée en fonction du nombre d'élèves. (Selon certaines dispositions figurant dans les versions successives de la *Loi sur les Indiens*, le gouvernement du Canada pouvait conclure des ententes avec les exploitants des établissements scolaires et la fréquentation de l'école était obligatoire.) Le personnel religieux se chargeait des soins donnés aux enfants et de l'enseignement, mais les services d'entretien et les opérations matérielles étaient confiés au personnel autochtone, dont les membres étaient pour la plupart recrutés parmi les adultes apparentés aux élèves. (Ainsi, des hommes et des femmes apparentés à l'appelant étaient chargés de

families resided on the school property. Saxey had several children and grandchildren who attended the school at the same time as the appellant. One of Saxey's sons was a classmate of the appellant's.

Students were not allowed to be in or about the staff quarters. Nor were they supposed to be in the bakery because hot appliances and dough-making machinery could present a hazard. Despite the rules, the records showed, and the appellant testified, that on occasion children did work in the kitchen and bakery (in part as "practical training") during the time of Saxey's tenure as baker. The appellant testified that he never went in the bakery.

Saxey resided upstairs in a building located on the school grounds. Some downstairs residential rooms were occupied by relatives of the appellant. The appellant testified that around 1957, when he was in his second year at the school, Saxey began luring him to his room by promising to give him candy. He said that when he went up to the room he was sexually assaulted by Saxey. He testified that for the next four or five years Saxey continued to lure him to his room with the promise of candy and performed numerous sexual assaults upon him. The appellant testified that he went with Saxey because he felt threatened. He did not at the time bring Saxey's misconduct to the attention of anyone at the school.

The appellant graduated from Christie in 1965. Thereafter, he attended a secondary school on the mainland of British Columbia for a few months and afterwards began to work in the logging industry. Employment was interrupted by an injury and he was off work for some time. Generally over the years, he was engaged in work related to forestry. He had recurring difficulties with alcohol abuse, and by 1970 he was in trouble with the law and on occasion was jailed. The appellant testified that

travaux d'entretien à l'époque où ce dernier fréquentait le pensionnat.) Certains de ces employés et les membres de leur famille habitaient sur les terrains de l'école. Plusieurs enfants et petits-enfants de M. Saxey ont fréquenté le pensionnat en même temps que l'appellant, et l'un des fils de M. Saxey était un camarade de classe de l'appellant.

On ne permettait pas aux élèves d'aller dans les résidences des employés ou de s'en approcher. Ils n'étaient pas censés non plus aller dans la boulangerie parce que les appareils brûlants et le matériel de panification pouvaient présenter un danger. Malgré ces règles, comme l'indiquent la documentation et le témoignage de l'appellant, il arrivait que des enfants travaillent dans la cuisine et dans la boulangerie (notamment pour la « formation pratique ») à l'époque où M. Saxey travaillait comme boulanger. L'appellant a témoigné qu'il n'est jamais entré dans la boulangerie.

M. Saxey habitait en haut d'un édifice situé sur les terrains de l'école. Des parents de l'appellant occupaient certaines chambres résidentielles situées au bas. Dans son témoignage, l'appellant a affirmé que vers 1957, durant sa deuxième année au pensionnat, M. Saxey a commencé à l'attirer dans sa chambre en lui promettant des bonbons. Il a dit que lorsqu'il est monté à sa chambre, M. Saxey l'a agressé sexuellement. Il a affirmé que, pendant les quatre ou cinq années qui ont suivi, M. Saxey a continué à l'attirer dans sa chambre en lui promettant des bonbons et l'a agressé sexuellement à de nombreuses reprises. L'appellant a témoigné qu'il se rendait chez M. Saxey parce qu'il se sentait menacé. À cette époque, il n'a mis personne de l'école au courant de l'inconduite de M. Saxey.

L'appellant a terminé ses études au pensionnat Christie en 1965. Ensuite, il a fréquenté pendant quelques mois une école secondaire située sur la partie continentale de la Colombie-Britannique, puis il a commencé à travailler dans le secteur forestier. À cause d'une blessure, il a dû interrompre son travail et il a été sans emploi pendant un certain temps. De manière générale, il a occupé au fil des ans des emplois dans le domaine forestier. Il a commencé à avoir des problèmes d'alcool, et à

9

10

11

he had mentioned something about his prior sexual abuse to a lawyer acting for him around the end of the 1970s, but he did not report the behaviour of Saxey in any detailed way prior to 1995, when he was approached by members of the RCMP who were then investigating cases of possible abuse at residential schools across the country. Saxey had died around 1986. Subsequently, the appellant described the assaults to various health professionals, some of whom testified at trial.

II. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia*

12 Cohen J. found that the appellant was sexually assaulted by Saxey beginning when he was seven years old; that the assaults continued on a regular and frequent basis until he was 11 or 12 years old; that all of the assaults took place in Saxey's living quarters at the school; and that the sexual assaults consisted of fondling, masturbation and simulated intercourse, which included partial anal penetration. The facts of the sexual abuse were therefore extremely serious and outrageous.

13 The trial judge accepted the appellant's explanation that he did not tell anyone about the assaults prior to the time that he left Christie because he did not know of any other children being sexually abused while he was there. He said that he used to think he was the only one and he was "too scared and ashamed" to seek help.

14 Turning to the issue of vicarious liability, the trial judge referred to the principles discussed by this Court in *Bazley* and *Jacobi*. He noted correctly that a school-created parent-like relationship between the abuser and the victim was not a prerequisite to imposing vicarious liability. He also distinguished the case of *G. (E.D.) v. Hammer* (1998), 53 B.C.L.R.

compter de 1970, il a eu des démêlés avec la justice et a été incarcéré à l'occasion. L'appelant a affirmé avoir mentionné à un avocat qui le représentait vers la fin des années 1970 qu'il avait déjà été victime d'agressions sexuelles, mais il n'a pas dénoncé dans le détail les actes de M. Saxey avant 1995, lorsque des membres de la GRC ont communiqué avec lui dans le cadre d'une enquête sur des cas possibles d'abus commis dans des pensionnats du pays. M. Saxey est mort vers 1986. Plus tard, l'appelant a décrit les agressions dont il a été victime à différents professionnels de la santé, dont certains ont témoigné lors du procès.

II. Jugements antérieurs

A. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le juge Cohen a tiré les conclusions suivantes : l'appelant avait sept ans lorsque M. Saxey a commencé à l'agresser sexuellement; jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de onze ou douze ans, il a été agressé à de nombreuses reprises et sur une base régulière; les agressions ont toutes été commises à l'endroit où M. Saxey résidait au pensionnat; les agressions comportaient des attouchements, la masturbation et des rapports sexuels simulés, dont des pénétrations anales partielles. Il s'agissait donc d'actes d'exploitation sexuelle extrêmement graves et répréhensibles.

Le juge de première instance a accepté l'explication de l'appelant voulant qu'avant son départ du pensionnat Christie, il n'a parlé à personne des agressions parce qu'il ne connaissait aucun autre enfant qui aurait été victime d'agressions sexuelles pendant que lui-même fréquentait le pensionnat Christie. Il a dit qu'il croyait être le seul dans cette situation et il avait [TRADUCTION] « trop peur et trop honte » pour demander de l'aide.

Pour ce qui est de la question de la responsabilité du fait d'autrui, le juge de première instance a mentionné les principes que notre Cour a examinés dans les arrêts *Bazley* et *Jacobi*. Il a fait remarquer avec justesse que l'existence, entre l'auteur de l'agression et la victime, d'une relation tenant du rôle parental créée par l'école n'était pas une

(3d) 89 (S.C.), because it involved a janitor at a day school rather than a residential school.

The trial judge reviewed testimony about the discipline at the school finding that fear played a large role in keeping order. Children were told to show respect to all of the adult staff members and to do what they were told. There was evidence put forward by one witness that the lay staff could assign chores, occasionally on the spot. The trial judge heard testimony that a child at the school would reasonably perceive all staff members as having blanket authority and that due to understaffing, the delineation of duties for the employees was not rigid. Although there was some debate about whether children were ever seen in the bakery, some of the children had spent time in the adjacent kitchen. According to the plaintiff's expert Dr. Paul Janke, the fact that the appellant never helped Saxey in the bakery did not mean that he was shielded from Saxey's power or authority, as children would perceive Saxey as having authority regardless of where they encountered him. Dr. Janke testified:

Q: But if the alleged abuser was, as in Mr. Saxey's case – and I'll put these assumptions to you, Doctor, that he was a baker at the school, he had no positional authority over the children, Mr. Saxey had children and grandchildren at the school, [E.B.] had numerous family members at the school, and there were no children working in the bakery with Mr. Saxey, what – how would this change?

A: The fact that there were no children working in the bakery would [not] eliminate even a perceived position of authority, it would remain my opinion that children in that setting would perceive adults as having authority. The presence of family members of [E.B.] there clearly reduces the isolation and gives him the opportunity to disclose to someone. It doesn't mean the abuse

condition préalable à l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui. Il a aussi distingué la décision *G. (E.D.) c. Hammer* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89 (C.S.), de la présente affaire parce qu'elle concernait un concierge d'un externat et non d'un pensionnat.

Le juge de première instance a examiné les témoignages relatifs à la discipline appliquée à l'école et il a conclu que la peur était un facteur important pour le maintien de l'ordre. On disait aux enfants qu'ils devaient respect et obéissance à tous les membres du personnel adultes. Un témoin a déclaré que les employés laïques pouvaient imposer des corvées aux élèves, parfois sur-le-champ. Des témoins ont dit que les enfants de l'école pouvaient raisonnablement penser que tous les membres du personnel avaient sur eux une autorité générale et que, vu le manque d'effectifs, la définition des tâches des employés n'était pas rigoureuse. La question de savoir si l'on avait déjà vu des enfants dans la boulangerie a fait l'objet d'un certain débat, mais il a été établi que certains enfants se trouvaient à l'occasion dans la cuisine adjacente à celle-ci. Selon le témoin expert de l'appellant, le Dr Paul Janke, le fait que l'appellant n'ait jamais aidé M. Saxey dans la boulangerie ne signifie pas qu'il était à l'abri de son pouvoir ou de son autorité étant donné qu'aux yeux des enfants, M. Saxey était une personne en autorité partout où ils le rencontraient. Le Dr Janke a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Q : Mais si le présumé auteur des agressions était, comme c'était le cas de M. Saxey – je vous soumets ces hypothèses, docteur, il était un boulanger à l'école, ce poste ne lui donnait pas autorité sur les enfants, M. Saxey avait des enfants et des petits-enfants à l'école, plusieurs membres de la famille de [E.B.] étaient à l'école et aucun enfant ne travaillait dans la boulangerie avec M. Saxey, dans quelle mesure, comment cela pouvait-il avoir une incidence?

R : Le fait qu'aucun enfant ne travaillait dans la boulangerie [n']était [pas] de nature à écarter même l'impression qu'il était en position d'autorité; je reste d'avis que dans un tel contexte, les adultes seraient, aux yeux des enfants, en position d'autorité. La présence de membres de la famille de [E.B.] diminue sans aucun doute son isolement et lui donne la possibilité de se confier à

wouldn't happen, but it certainly reduces it. The fact that Mr. Saxey had other relatives there would play a role only in – well, it would play two possible roles, one, reducing his opportunity to be unsupervised with a child from the school and, two, he would have access to other potential victims in a much more intimate setting where he would have more power and control.

quelqu'un. Cela n'écarte pas le risque d'agression, mais cela le diminue certainement. La présence d'autres membres de la famille de M. Saxey est de nature à jouer un rôle, – en fait à jouer un rôle possiblement sur deux plans, d'une part en réduisant les possibilités qu'il soit laissé sans surveillance avec un enfant de l'école et, d'autre part, en lui offrant l'occasion d'être en contact avec d'autres victimes potentielles dans un lieu beaucoup plus intime où il serait en mesure d'exercer une autorité et un contrôle accrus.

16 Applying the two-stage analysis set out in *Bazley*, the trial judge first found that the cases did not unambiguously determine on which side of the vicarious liability line the case should fall.

Le juge de première instance a procédé à l'analyse en deux étapes décrite dans l'arrêt *Bazley* et a d'abord conclu que la jurisprudence ne permettait pas de déterminer sans équivoque s'il y avait ou non lieu en l'espèce d'imputer la responsabilité du fait d'autrui.

17 Having regard, then, to the policy considerations at the second stage of the *Bazley* analysis, the trial judge held that the key was whether the operational characteristics at Christie created and materially enhanced the risk of the assaults. These characteristics included the separation of the children from their families, the fact that the school was overcrowded and understaffed, the fact that employees lived in close proximity to the children and had unrestricted access to them, and the fact that the children were under a regime where they were to respect and obey all staff. A list of the operational characteristics had been presented to the appellant's expert witness, Dr. Janke, who found that they were conducive to sexual assault. The trial judge found this evidence convincing, and held that the principles set out in *Bazley* regarding the imposition of vicarious liability had been satisfied:

Passant ensuite à la deuxième étape de l'analyse énoncée dans l'arrêt *Bazley*, le juge du procès a pris en compte les considérations de politique générale et il a conclu que la clé consistait à savoir si les caractéristiques opérationnelles du pensionnat Christie ont créé et sensiblement accru le risque que des agressions soient commises. Parmi ces caractéristiques, il y avait le fait que les enfants étaient séparés de leur famille, que l'école était surpeuplée et à court de personnel, le fait que les enfants et les employés vivaient en étroite proximité les uns des autres, que ces derniers avaient sans restriction accès aux enfants, et le fait que, selon le régime en place, les enfants devaient respect et obéissance à tous les employés. Une liste des caractéristiques opérationnelles a été présentée au témoin expert de l'appelant, le Dr Janke, qui a conclu qu'elles favorisaient la perpétration d'agressions sexuelles. Le juge de première instance a estimé cette preuve convaincante et il a conclu que les critères de l'arrêt *Bazley* concernant l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui avaient été remplis :

I conclude that the evidence regarding the operational characteristics of Christie, as well as Dr. Janke's opinion based upon that evidence, satisfies the principles to be followed in finding vicarious liability as set out by McLachlin J. in *Children's Foundation* . . . [para. 131]

[TRADUCTION] Je conclus que la preuve relative aux caractéristiques opérationnelles du pensionnat Christie de même que l'opinion du Dr Janke, qui repose sur cette preuve, remplissent les critères justifiant l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui que la juge McLachlin a décrits dans l'arrêt *Children's Foundation* . . . [par. 131]

Having found the respondent Oblates *vicariously* liable, the judge declined to make a finding on

Ayant conclu à la responsabilité *du fait d'autrui* de l'intimé, le juge n'a pas statué sur la question de

whether or not the Oblates were also *directly* liable in negligence.

In the result, the trial judge concluded that the sexual abuse had caused or contributed to the appellant's interpersonal difficulties, anxiety, symptoms of post-traumatic stress disorder, depression and alcohol abuse. He assessed \$150,000 in general damages (including \$25,000 in aggravated damages), \$80,000 for loss of past earning capacity and \$3,400 for future care costs.

B. Court of Appeal of British Columbia

After reviewing the facts and the law of vicarious liability, Hall J.A. for a five-judge panel of the court observed that "the more closely an employment situation mimics a parental type relationship, the more likely it is that liability will be imposed on a vicarious basis" (para. 51). The court was of the opinion that the appeal could be resolved at the first stage of the *Bazley* analysis because case law unambiguously indicated that no vicarious liability should lie against the respondent. After a wide-ranging analysis of the cases, Hall J.A. held that the trial judge had erred in overemphasizing opportunity and in failing to have sufficient regard to the specific employment duties and responsibilities of Saxey:

Saxey, in this case, was not part of the school administration and he was assigned no supervisory or child-care duties respecting pupils at the school. Those responsibilities were looked after by the religious personnel. None of his employment duties had the remotest connection to dealing with the pupils at the school in any supervisory or parental fashion. There was no job-related requirement for him to establish any particular rapport with students as existed, for instance, in *Jacobi*. His employment was not designed to provide opportunities for intimacy, the type of situation found to exist in *Bazley*. I perceive no nexus in this case between the general employment duties of Saxey and the assaults that were found to have been committed on

savoir si les Oblats étaient aussi *directement* responsables pour cause de négligence.

En conséquence, le juge de première instance a conclu que les agressions sexuelles étaient à l'origine des difficultés interpersonnelles de l'appelant, de son anxiété, de ses symptômes de stress post-traumatique, de son état dépressif et de ses problèmes d'alcool ou qu'elles y avaient contribué. Il a fixé le montant des dommages-intérêts à 150 000 \$ pour les dommages-intérêts généraux (ce qui comprend des dommages-intérêts majorés de 25 000 \$), 80 000 \$ pour perte de capacité de gagner un revenu dans le passé, et 3 400 \$ pour soins futurs.

B. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique

Après examen des faits et du droit de la responsabilité du fait d'autrui, le juge Hall, au nom d'une formation de cinq juges, a fait remarquer que [TRADUCTION] « plus la situation d'emploi s'apparente à une situation où existe une relation de type parental, plus il est probable que la responsabilité du fait d'autrui sera engagée » (par. 51). Selon la cour, il suffisait pour statuer sur l'appel de s'en tenir à la première étape de l'analyse décrite dans l'arrêt *Bazley* étant donné qu'il ressort clairement de la jurisprudence qu'il ne s'agit pas d'un cas où la responsabilité du fait d'autrui est engagée. À l'issue d'une analyse approfondie de la jurisprudence, le juge Hall a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en exagérant l'importance de l'occasion et en ne prenant pas suffisamment en compte la nature précise des fonctions et responsabilités de M. Saxey :

[TRADUCTION] En l'espèce, M. Saxey ne faisait pas partie de la direction de l'école et on ne lui avait confié aucune tâche relative à la surveillance des élèves ou aux soins devant leur être apportés. Le personnel religieux assumait ces responsabilités. Aucune des fonctions de M. Saxey n'était reliée, même de loin, aux activités des élèves à l'école, que ce soit dans un rôle de surveillance ou un rôle parental. Son emploi n'exigeait d'aucune façon qu'il établisse un rapport particulier avec eux comme c'était le cas, par exemple dans *Jacobi*. La nature de son travail ne devait pas le placer en situation d'intimité, comme c'était le cas dans *Bazley*. Je ne vois aucun lien ici entre les fonctions générales de M. Saxey et les agressions qui ont été commises contre [E.B.]. Selon moi,

18

19

[E.B.]. Saxey, in my opinion, occupied a position quite comparable to that of the school janitor, Hammer, in the [G. (E.D.)] case. Although the present case involves a residential school setting that perhaps would tend to enhance some risk of improper contact between students and staff because everyone was there for 24 hours every day, what occurred with respect to [E.B.] had absolutely no connection to any duty that Saxey was required or authorized to perform on behalf of his employer, the [Oblates]. No authority had been conferred on Saxey to direct, care for or discipline the pupils. [Emphasis added; para. 54.]

20 In the result, the Court of Appeal set aside the trial judgment and remitted the case for further proceedings in the trial court on the issue of *direct* liability (negligent conduct) alleged against the respondent.

III. Analysis

21 The British Columbia courts in this case differed in their approaches as well as the result in determining where to draw the line on vicarious liability. The differing approaches reflect a different philosophy about how far the law should go. The trial judge concluded that the sexual abuse suffered by the appellant was part and parcel of the disciplined residential school model operated by the respondent Oblates. Having created a risky situation, the respondent should bear the cost when the risk ripened into harm to one of the innocent children entrusted to its care. He accepted the appellant's argument that liability in this case flowed directly from the "operational characteristics" of the school rather than the specific work situation of Saxey. In effect, the trial judge moved directly from the "operational characteristics" of the school to the conclusion that vicarious liability should be imposed without passing through the necessary intermediate stage of analysis of the contribution to Saxey's intentional tort made by the respondent's job-created "power and authority".

22 The British Columbia Court of Appeal, on the other hand, took the view that this broad-brush

M. Saxey occupait un poste très comparable à celui qu'occupait le concierge de l'école, M. Hammer, dans l'affaire [G. (E.D.)]. Bien qu'il s'agisse dans la présente affaire d'un pensionnat, un cadre peut-être de nature à accroître dans une certaine mesure le risque que se produisent des contacts inappropriés entre les élèves et les membres du personnel du fait qu'ils s'y trouvent tous vingt-quatre heures sur vingt-quatre, les actes dont [E.B.] a été victime n'avaient absolument aucun lien avec les fonctions que M. Saxey devait remplir ou qu'il était autorisé à accomplir pour le compte de son employeur, les [Oblats]. On n'avait pas autorisé M. Saxey à diriger ou à punir les élèves ou encore à prendre soin d'eux. [Je souligne; par. 54.]

La Cour d'appel a donc annulé le jugement de première instance et elle a renvoyé l'affaire à la cour de première instance pour qu'elle statue sur la question de la responsabilité *directe* (la négligence) alléguée contre l'intimé.

III. Analyse

Dans la présente affaire, en déterminant si la responsabilité du fait d'autrui est engagée, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont adopté des approches et tiré des conclusions différentes. Ces approches divergentes reflètent des philosophies différentes sur la question de savoir jusqu'où le droit doit aller. Le juge de première instance a conclu que les agressions sexuelles dont l'appelant avait été victime faisaient partie intégrante du modèle disciplinaire du pensionnat dirigé par les Oblats. L'intimé a créé une situation à risque et devrait en supporter le coût si le risque aboutit à un préjudice causé à un des enfants innocents confiés à ses soins. Le premier juge a retenu l'argument de l'appelant selon lequel la responsabilité en l'espèce découlait directement des « caractéristiques opérationnelles » de l'école plutôt que des conditions de travail particulières de M. Saxey. En fait, le juge est passé directement des « caractéristiques opérationnelles » de l'école à la conclusion que la responsabilité du fait d'autrui devrait être retenue, sans s'arrêter au nécessaire stade intermédiaire de l'analyse de la mesure dans laquelle « le pouvoir et l'autorité » rattachés à l'emploi par l'intimé ont contribué au délit intentionnel de M. Saxey.

Pour sa part, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a considéré que ce point de vue

treatment overgeneralized the respondent employer's vicarious liability. Hall J.A. examined Saxey's job-conferred power and authority. On his analysis, Saxey was a member of the bakery and maintenance staff who, in his entrapment of the appellant, was operating without reference to anything related to the school or his job. The residential school model operated by the Oblates undoubtedly demanded a degree of deference from students to all adults. Nevertheless vicarious liability is concerned not with the direct fault of the employer but with making the employer liable for the fault of Saxey. A primary focus, therefore, is on the employment relationship between the respondent employer and its wrongdoing employee. This requires an examination of Saxey's actual powers, duties and responsibilities to determine whether or not there was "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" (*Bazley*, at para. 42 (emphasis added), *per* McLachlin J.).

A. Is Appellate Review Foreclosed by the Trial Judge's Findings?

A finding of vicarious liability is a mixed question of fact and law. The appellant says that the Court of Appeal substituted its own version of the facts for the facts found by the trial judge but I do not think this is the case. Undoubtedly the Court of Appeal sketched in broad strokes what the trial judge had taken several hundred paragraphs to set out. The appellant argues that the Court of Appeal ignored certain factual findings and did not pay sufficient deference to the trial judge's review of the evidence. However, it is clear from the trial judge's reasons that his decision to impose vicarious liability rested almost entirely on the "operational characteristics" of Christie. At paragraph 131 of his reasons, he says:

I conclude that the evidence regarding the operational characteristics of Christie, as well as [the plaintiff's expert] Dr. Janke's opinion based upon that

généralisateur a eu pour effet d'élargir indûment l'étendue de la responsabilité du fait d'autrui de l'intimé en tant qu'employeur. Le juge Hall a examiné les pouvoirs et l'autorité afférents à l'emploi de M. Saxey. Selon lui, ce dernier était un employé assigné à la boulangerie et à l'entretien, et ses agissements, lorsqu'il s'employait à piéger l'appelant, n'avaient rien à voir avec l'école ou avec son travail. Le type de pensionnat dirigé par les Oblats exigeait certainement des élèves qu'ils fassent preuve d'une certaine déférence envers les adultes. Toutefois, la responsabilité du fait d'autrui ne consiste pas à rechercher la faute directe de l'employeur mais à le rendre responsable de celle de M. Saxey. L'accent est donc mis principalement sur la relation d'emploi entre l'employeur intimé et l'employé fautif. C'est pourquoi il faut s'enquérir de la nature réelle des pouvoirs, fonctions et responsabilités de M. Saxey pour déterminer s'il y avait ou non « 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 » (*Bazley*, par. 42 (je souligne), la juge McLachlin).

A. Les conclusions du juge de première instance interdisent-elles l'examen en appel?

Une conclusion suivant laquelle la responsabilité du fait d'autrui est engagée est une question mixte de fait et de droit. L'appelant affirme que la Cour d'appel a substitué sa propre version des faits à celle du juge de première instance, mais à mon avis, ce n'est pas le cas. Il ne fait pas de doute que la Cour d'appel a esquissé sommairement ce que le juge de première instance s'est appliqué à exposer en plusieurs centaines de paragraphes. L'appelant soutient que la Cour d'appel n'a pas tenu compte de certaines conclusions de fait du juge de première instance et n'a pas manifesté suffisamment de retenue pour l'examen qu'il a fait de la preuve. Cependant, les motifs de ce dernier montrent clairement que sa décision de retenir la responsabilité du fait d'autrui reposait presque entièrement sur les « caractéristiques opérationnelles » du pensionnat Christie. Ainsi, le premier juge affirme au par. 131 de ses motifs :

[TRADUCTION] Je conclus que la preuve relative aux caractéristiques opérationnelles du pensionnat Christie de même que l'opinion du Dr Janke [l'expert retenu par

evidence, satisfies the principles to be followed in finding vicarious liability as set out by McLachlin J. in *[Bazley]*, *supra*. In my opinion, the evidence establishes “a significant connection between the creation or enhancement of a risk and the wrong that accrues therefrom”.

The reasoning thus jumped directly from the enterprise to liability, whereas in *Bazley* the Court had equally emphasized that “[s]ervants may commit acts, even on working premises and during working hours, which are so unconnected with the employment that it would seem unreasonable to fix an employer with responsibility for them” (para. 35). The trial judge continued:

This being so, I find the Oblates vicariously liable to the plaintiff for the injuries he sustained as a result of the sexual assaults upon him by Saxey. [para. 131]

Thus, the essential difference between the trial judge and the Court of Appeal was the proper application of the *Bazley* test. This is a legal issue that can be readily “extricated” from the factual context. The Court in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, at para. 36, held that where the trial judge’s error

can be attributed to the application of an incorrect standard, a failure to consider a required element of a legal test, or similar error in principle, such an error can be characterized as an error of law, subject to a standard of correctness.

The Court of Appeal did not owe the trial judge any deference on the proper application of the law of vicarious liability to the facts.

B. The Need to Pay Attention to the Wrongful Employee’s Powers, Duties and Responsibilities

A convenient starting point for the debate about how far vicarious liability should extend is *Canadian Pacific Railway Co. v. Lockhart*, [1942] A.C. 591. In that case at p. 599, the Privy Council stated that an employer is only vicariously liable if

l’appelant], qui repose sur cette preuve, remplissent les critères justifiant l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui que la juge McLachlin a exposés dans [l’arrêt *Bazley*], précité. À mon avis, la preuve établit l’existence d’un « lien important entre la création ou l’accroissement d’un risque et la faute qui en découle ».

Le juge est donc passé directement de l’entreprise à la responsabilité, alors que notre Cour avait également souligné dans *Bazley* que des « employés peuvent accomplir des actes, même sur les lieux de travail et pendant les heures de travail, qui ont si peu de rapport avec leurs fonctions qu’il semblerait déraisonnable d’en tenir l’employeur responsable » (par. 35). Le juge de première instance a ajouté :

[TRADUCTION] Je conclus donc que les Oblats sont responsables, du fait d’autrui, du tort que les agressions sexuelles de M. Saxey ont causé au demandeur. [par. 131]

Ainsi, le principal point de divergence entre le juge de première instance et la Cour d’appel concerne l’application du critère de l’arrêt *Bazley*. Il s’agit d’une question de droit qu’on peut sans problème « disjoindre » du contexte factuel. Dans *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, par. 36, la Cour a statué que lorsque l’erreur commise par le juge de première instance est

imputable à l’application d’une norme incorrecte, à l’omission de tenir compte d’un élément essentiel d’un critère juridique ou à une autre erreur de principe semblable, une telle erreur peut être qualifiée d’erreur de droit et elle est contrôlée suivant la norme de la décision correcte.

La Cour d’appel n’était pas tenue de faire preuve de retenue envers le juge du procès pour ce qui est de l’application du droit de la responsabilité du fait d’autrui aux faits de l’espèce.

B. La nécessité de prendre en compte les pouvoirs, fonctions et responsabilités de l’employé fautif

L’examen de l’arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Lockhart*, [1942] A.C. 591, constitue un bon point de départ pour déterminer la portée de la responsabilité du fait d’autrui. À la p. 599, le Conseil privé affirme que la responsabilité du fait

the employee's unauthorized acts are "so connected with acts [that the employer] has authorized that they may rightly be regarded as modes — although improper modes — of doing [what has been authorized]" (known as the *Salmond* test). The focus was clearly placed on the employee, and the legal test required a comparison between what the employee was *authorized* to do and what he or she *actually* did that was wrong. If the employee was adjudged to be "off on a frolic of his own", vicarious liability would not attach to his or her employer.

A weakness of the *Salmond* test, as analyzed by McLachlin J. in *Bazley*, is that it glosses over rather than addresses the policy considerations that argue for and against a finding of vicarious liability and substitutes a debate about semantics in which the outcome is frequently unpredictable. Was Saxey's assault an "unauthorized mode" of doing what he was hired to do, or was he engaged in conduct entirely unrelated to his duties? The Court in *Bazley* did not dispute the emphasis placed by the *Salmond* test on looking at what the employee was authorized to do, but insisted that it be placed in the larger context of the employer's enterprise and the risk that the enterprise has introduced into the community. Thus McLachlin J. wrote that "[f]irst and foremost is the concern to provide a just and practical remedy" (para. 30), but to be "just" is to require that "[a] wrong that is only coincidentally linked to the activity of the employer and duties of the employee cannot justify the imposition of vicarious liability on the employer" (para. 36 (emphasis added)). Further, "'mere opportunity' to commit [the] tort, in the common 'but-for' understanding of that phrase, does not suffice" (para. 40).

Bazley also shows why vicarious liability can be imposed on an employer for an intentional tort carried out by an employee in defiance of an employer's specific prohibition (as in *Lockhart* itself).

d'autrui d'un employeur ne saurait être engagée que si des actes non autorisés de l'employé sont [TRANSLATION] « si étroitement liés aux actes [que l'employeur] a autorisés qu'ils peuvent à juste titre être considérés comme des façons, quoiqu'incorrectes, d'accomplir [ce qui a été autorisé] » (le critère connu sous le nom du critère *Salmond*). L'employé était clairement au centre de l'analyse et le critère juridique exigeait que l'on procède à une comparaison entre ce que l'employé était *autorisé* à faire et l'acte fautif qu'il avait *effectivement* commis. Si l'employé était considéré avoir agi « uniquement de son propre chef », la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur n'était pas engagée.

Une faiblesse du critère *Salmond*, comme il ressort de l'analyse qu'en fait la juge McLachlin dans *Bazley*, tient au fait qu'il effleure à peine, plutôt que de les examiner, les considérations de politique générale qui permettraient de conclure à la responsabilité du fait d'autrui ou de l'écarter et qu'il débouche plutôt sur une analyse sémantique dont l'issue est souvent imprévisible. L'agression perpétrée par M. Saxey constituait-elle « une façon non autorisée » d'accomplir le travail pour lequel il avait été embauché ou s'agissait-il plutôt d'un acte sans aucun lien avec ses fonctions? Dans *Bazley*, la Cour n'a pas mis en question l'importance qu'accorde le critère *Salmond* à l'examen des actes que l'employé était autorisé à accomplir, mais elle a souligné qu'il faut mettre l'accent sur le contexte général de l'entreprise de l'employeur et sur le risque auquel l'entreprise a exposé la collectivité. Ainsi, la juge McLachlin a écrit que « [d]'abord et avant tout, il y a le souci de fournir un recours juste et pratique » (par. 30), mais être « juste » suppose qu'« [u]ne faute qui n'est liée que tout à fait par hasard à l'activité de l'employeur et aux fonctions de l'employé ne saurait justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur » (par. 36 (je souligne)). De plus, « la "simple occasion" de commettre un délit, au sens ordinaire de "n'eût été", ne suffit pas » (par. 40).

L'arrêt *Bazley* montre également pourquoi la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur peut être engagée à l'égard d'un délit intentionnel commis par un employé au mépris d'une

Bypassing the debate about “modes”, *Bazley* goes directly to the strength of the connection between the tortfeasor’s employment and the tort. Improper or not, the “abuse of his position and the abnegation of his duty does not sever the connection with his employment”: *Lister v. Hesley Hall Ltd.*, [2002] 1 A.C. 215, [2001] UKHL 22, at para. 50, *per* Lord Clyde, after reviewing *Bazley* and *Jacobi*. This again, “requires trial judges to investigate the employee’s specific duties and determine whether they gave rise to special opportunities for wrongdoing” (*Bazley*, at para. 46 (emphasis added)).

interdiction précise imposée par l’employeur (comme dans *Lockhart*). Dans *Bazley*, la Cour s’est abstenue d’examiner la « façon » dont l’acte a été accompli et a plutôt considéré la solidité du lien entre l’emploi de l’auteur du délit et le délit. Que sa conduite soit ou non répréhensible, l’employé qui [TRADUCTION] « abuse de ses fonctions et qui manque à son devoir ne rompt pas le lien avec son emploi » : *Lister c. Hesley Hall Ltd.*, [2002] 1 A.C. 215, [2001] UKHL 22, par. 50, lord Clyde, après l’examen des arrêts *Bazley* et *Jacobi*. Là encore, « les juges de première instance doivent examiner les tâches particulières de l’employé et décider si elles créent des occasions spéciales de commettre une faute » (*Bazley*, par. 46 (je souligne)).

27

One of the insights offered by *Bazley* was its recognition that the *Salmond* test did not adequately take into account the potential contribution to the wrongdoing made by the general environment created by the employer, and which provided the setting within which the employee exercised his or her job-conferred power. The employer may be accountable vicariously as well as directly for the fact that it puts in the community an enterprise which carries with it certain risks (*Bazley*, at para. 31). However, the “plaintiffs must demonstrate that the tort is sufficiently connected to the tortfeasor’s assigned tasks that the tort can be regarded as a materialization of the risks created by the enterprise” (*K.L.B.*, at para. 19 (emphasis added)). A similar statement can be found in this Court’s recent unanimous decision in *John Doe*.

L’arrêt *Bazley* a notamment fait ressortir que le critère *Salmond* ne tenait pas adéquatement compte de la possibilité que le cadre général mis en place par l’employeur — et dans lequel l’employé exerçait le pouvoir que lui confèrent ses fonctions — ait pu contribuer à l’acte préjudiciable. L’employeur peut être responsable tant directement que du fait d’autrui parce qu’il implante dans la collectivité une entreprise qui comporte certains risques (*Bazley*, par. 31). Toutefois, « [l]es demandeurs doivent [. . .] établir que le délit se rapporte suffisamment aux tâches assignées à son auteur pour être considéré comme la matérialisation des risques créés par l’entreprise » (*K.L.B.*, par. 19 (je souligne)). Cette affirmation est reprise dans l’arrêt unanime rendu récemment par notre Cour dans *Untel*.

28

Therefore, the appellant is right to say that the connection has to be made between the tort and the risk created by the enterprise, but this is not the end of the matter. The nature of the “risk created by the enterprise” must be considered in relation to the wrong done by *Saxey* to the appellant. It therefore calls for an examination of the job-created power and duties given to *Saxey*, recognizing of course that those powers and duties are discharged in a particular residential school environment.

Par conséquent, l’appelant a raison de dire que le lien doit être établi entre le délit et le risque créé par l’entreprise, mais cela ne règle pas pour autant la question. La nature du « risque créé par l’entreprise » doit être examinée en fonction du préjudice que *M. Saxey* a causé à l’appelant. Il faut donc examiner les pouvoirs et les fonctions inhérents à l’emploi de *M. Saxey*, tout en reconnaissant bien sûr que ces pouvoirs et fonctions étaient exercés dans le contexte particulier d’un pensionnat.

29

The trial judge suggested that the “operational characteristics” of the school swept virtually all employees into the same “enterprise risk” for

Le juge de première instance a laissé entendre que les « caractéristiques opérationnelles » de l’école emportaient pratiquement tous les employés

which the respondent employer should be held vicariously liable, but this pushes vicarious liability too far. While vicarious liability does not require a claimant to establish that the wrongful employee was placed in a “parent-like” position of authority, it does require consideration of the job-created power and the nature of an employee’s duties as a fundamental component of determining if a particular enterprise increased the risk of *the employee’s* wrongdoing in relation to the claimant. As the Court held in *Bazley*, at para. 42:

What is required is a material increase in the risk as a consequence of the employer’s enterprise and the duties he entrusted to the employee, mindful of the policies behind vicarious liability. [Emphasis added.]

The appellant’s global inclusion of all employees, including odd-job men, in the “enterprise risk” paints with too broad a brush. It goes against the policy goal of ensuring that compensation is both effective and *fair*. The Court in *Bazley* was quite insistent that this is not the law:

In summary, the test for vicarious liability for an employee’s sexual abuse of a client should focus on whether the employer’s enterprise and empowerment of the employee materially increased the risk of the sexual assault and hence the harm. The test must not be applied mechanically, but with a sensitive view to the policy considerations that justify the imposition of vicarious liability — fair and efficient compensation for wrong and deterrence. This requires trial judges to investigate the employee’s specific duties and determine whether they gave rise to special opportunities for wrongdoing. [Emphasis added; para. 46.]

To the same effect are both the majority and minority judgments in *Jacobi*, which applied the *Bazley* analysis to the case of sexual abuse inflicted by the recreational director of an after-school non-residential club on one of his campers. Members of the Court divided on the significance of the wrongdoer’s job-created power and

dans le même « risque d’entreprise » à l’égard duquel l’employeur devrait être tenu responsable du fait d’autrui, mais cela donne à la responsabilité du fait d’autrui une trop grande portée. Si la responsabilité du fait d’autrui n’exige pas du plaignant qu’il établisse que l’employé fautif a été placé dans une situation d’autorité tenant du « rôle parental », elle exige la prise en compte des pouvoirs inhérents à l’emploi et de la nature des fonctions de l’employé puisqu’il s’agit d’éléments essentiels pour déterminer si une entreprise en particulier a accru le risque qu’un employé pose un acte répréhensible à l’égard du plaignant. Comme la Cour l’a affirmé dans *Bazley*, par. 42 :

Ce qui est nécessaire est un accroissement sensible du risque résultant de l’entreprise de l’employeur et des fonctions qu’il a confiées à l’employé, sans oublier les politiques générales qui sous-tendent la responsabilité du fait d’autrui. [Je souligne.]

En associant globalement tous les employés, même les hommes à tout faire, au « risque d’entreprise », l’appelant va trop loin. Une telle assertion va à l’encontre de l’objectif de politique générale visant à faire en sorte que l’indemnisation soit à la fois efficace et *juste*. Dans *Bazley*, la Cour a bien souligné que tel n’est pas l’état du droit :

En résumé, le critère de la responsabilité du fait d’autrui découlant de l’agression sexuelle d’un client par un employé devrait être axé sur la question de savoir si l’entreprise de l’employeur et l’habilitation de l’employé ont accru sensiblement le risque d’agression sexuelle et, par conséquent, de préjudice. L’application du critère ne doit pas être machinale mais doit tenir compte des considérations de politique générale qui justifient l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui, soit la dissuasion et l’indemnisation juste et efficace de la faute. Pour ce faire, les juges de première instance doivent examiner les tâches particulières de l’employé et décider si elles créent des occasions spéciales de commettre une faute. [Je souligne; par. 46.]

Tant les juges majoritaires que les juges minoritaires se sont prononcés en ce sens dans *Jacobi*, où la Cour a appliqué l’analyse faite dans *Bazley* aux faits de cette affaire d’agression sexuelle commise contre un jeune campeur par le directeur des loisirs d’un club offrant des activités parascolaires à des participants externes. Les membres de la Cour

30

31

authority, which caused the Court to divide in the result, but all members agreed on the need to determine (as McLachlin J. wrote for the minority) whether the respondent's torts were "sufficiently linked to his employment duties to justify the imposition of vicarious liability" (*Jacobi*, at para. 12 (emphasis added)).

32

Reference may also usefully be made to the decision of the House of Lords in *Lister v. Hesley Hall Ltd.*, where a residential school in England was held vicariously liable for the sexual predation of the warden it had placed in charge of the boarders. Lord Clyde commented, at para. 50:

It appears that the care and safekeeping of the boys had been entrusted to the respondents and they in turn had entrusted their care and safekeeping, so far as the running of the boarding house was concerned, to the warden. That gave him access to the premises, but the opportunity to be at the premises would not in itself constitute a sufficient connection between his wrongful actings and his employment. In addition to the opportunity which access gave him, his position as warden and the close contact with the boys which that work involved created a sufficient connection between the acts of abuse which he committed and the work which he had been employed to do. It appears that the respondents gave the warden a quite general authority in the supervision and running of the house as well as some particular responsibilities. His general duty was to look after and to care for, among others, the appellants. That function was one which the respondents had delegated to him. That he performed that function in a way which was an abuse of his position and an abnegation of his duty does not sever the connection with his employment. [Emphasis added.]

33

The B.C. Court of Appeal was therefore quite correct to refocus the debate on Saxey's role at the school and on the particular circumstances that brought the appellant into Saxey's entrapment.

C. The Appellant's Evidence Regarding the Job-Related Powers of Saxey

34

Clearly at Christie, there was a broad range of responsibilities, from the principal to the religious

divergeaient d'opinion quant à la portée des pouvoirs et de l'autorité inhérents à l'emploi de l'auteur de l'acte fautif, ce qui a amené la Cour à rendre une décision partagée, mais tous les juges convenaient de la nécessité de déterminer (comme la juge McLachlin l'a écrit au nom de la minorité) si les délits de l'intimé étaient « suffisamment liés aux fonctions de son poste pour justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui » (*Jacobi*, par. 12 (je souligne)).

Il est également utile de mentionner la décision de la Chambre des lords dans *Lister c. Hesley Hall Ltd.*, dans laquelle un pensionnat anglais a été tenu responsable du fait d'autrui pour les actes de prédation sexuelle du directeur à qui l'on avait confié la responsabilité des pensionnaires. Lord Clyde a fait observer ce qui suit au par. 50 :

[TRADUCTION] Il appert que les soins et la protection des garçons avaient été confiés aux intimés qui, pour ce qui est de la direction de la pension, ont à leur tour confié ces responsabilités au directeur. Celui-ci avait accès à l'établissement, mais la possibilité de se trouver sur les lieux ne suffit pas à elle seule à créer un lien suffisant entre ses actes fautifs et son emploi. En plus de la possibilité que cet accès lui donnait, son poste de directeur et les rapports étroits qu'il avait avec les garçons du fait de son travail créaient un lien suffisant entre les agressions qu'il avait commises et le travail qu'on lui avait confié. Il appert que les intimés ont confié au directeur des pouvoirs généraux en ce qui a trait à la surveillance et la direction de la pension et qu'ils lui ont attribué d'autres responsabilités particulières. De manière générale, le directeur devait surveiller et prendre soin notamment des appelants. Il s'agit d'une tâche que les intimés lui avaient déléguée. Le fait qu'en s'acquittant de cette tâche, il ait abusé de ses fonctions et manqué à son devoir ne rompt pas le lien avec son emploi. [Je souligne.]

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a donc eu raison de réorienter le débat sur le rôle que jouait M. Saxey à l'école et sur les circonstances particulières dans lesquelles M. Saxey a piégé l'appellant.

C. La preuve faite par l'appellant relativement aux pouvoirs rattachés à l'emploi de M. Saxey

Il ne fait pas de doute qu'au pensionnat Christie, les responsabilités variaient considérablement

teachers and dormitory supervisors, all of whom were intimately involved with the students, to lay employees such as Saxey who performed various roles supporting the operations of the school but who were permitted no intimate contact with the students (other than their own children) and had no responsibility for their day-to-day lives. Within these various levels of staff authority and responsibilities, there were important differences. In this area of the law, questions of degree are important (*Bazley*, at para. 38; *Jacobi*, at para. 82).

The job-created role (or lack of it) of Saxey in relation to the appellant may usefully be compared to that of the caregiver at issue in *Bazley*, whose job included bathing and tucking the children into bed at night. The appellant himself testified as follows:

Q: And you did not help Mr. Saxey in the bakery?

A: No.

Q: In fact, you never went into the bakery; is that correct?

A: No.

Q: Now, at the school, when you were at the school, when you were sleeping in the dormitories you never saw Mr. Saxey in the dormitories, did you?

A: No.

Q: And Mr. Saxey never had any jobs to do in the dormitories, did he?

A: No.

Q: And he did not come into the dormitories?

A: No.

Q: And when you were at the school did you see Mr. Saxey in the classrooms?

A: No.

selon qu'il s'agisse du directeur, des religieux chargés d'enseigner et des surveillants de dortoirs, qui avaient tous des rapports étroits avec les élèves, ou des employés laïques comme M. Saxey, qui effectuaient diverses tâches d'appui au fonctionnement de l'école mais à qui il n'était permis aucune intimité avec les élèves (sauf leurs propres enfants), et qui n'avaient aucune responsabilité dans la vie quotidienne des enfants. Dans ces divers niveaux d'autorité et de responsabilités du personnel, il y avait des différences considérables. Dans ce domaine du droit, les questions de mesure revêtent une grande importance (*Bazley*, par. 38; *Jacobi*, par. 82).

Le rôle (ou l'absence de rôle) que tenait M. Saxey, en raison de son travail, par rapport à l'appelant peut utilement être comparé à celui du pourvoyeur de soins dont il est question dans *Bazley*. Dans le cadre de son travail, ce dernier donnait le bain aux enfants et les bordait à l'heure du coucher. L'appelant lui-même a dit ce qui suit dans son témoignage :

[TRANSLATION]

Q : Et vous n'aidiez pas M. Saxey dans la boulangerie?

R : Non.

Q : De fait, vous n'êtes jamais allé dans la boulangerie, n'est-ce pas?

R : Non.

Q : Maintenant, à l'école, lorsque vous étiez à l'école, quand vous dormiez dans les dortoirs, vous n'avez jamais vu M. Saxey dans les dortoirs, n'est-ce pas?

R : Non.

Q : Et M. Saxey n'était jamais appelé à travailler dans les dortoirs?

R : Non.

Q : Il n'allait pas dans les dortoirs?

R : Non.

Q : Et lorsque vous étiez à l'école, avez-vous vu M. Saxey dans les salles de classe?

R : Non.

Q: And he had no jobs in the classrooms; is that correct?

A: No, no.

Q: And while you were doing chores in the kitchen you did not see Mr. Saxey working in the kitchen itself, did you?

A: No.

Q: And while you were in the gym you did not see Mr. Saxey in the gym; is that correct?

A: Might have been the odd time.

Q: But he wasn't playing with the children in the gym?

A: No.

Q: And while you were with the other children, Mr. Saxey would not be playing with the other children; is that correct?

A: He would be, yeah. Like his –

Q: His children?

A: His daughter and – yeah.

Q: I'm sorry, I didn't clarify that, I apologize. I don't mean his four children and his grandchildren, but he wasn't seen playing with the other children?

A: Like when he ran that – that tractor, it – you know, he used to give rides and that.

Q: Now, the rides that he would give is when the children arrived at the dock; is that correct?

A: No, like he was on garbage detail too, eh, and he would run the garbage down the beach, and after dumping the garbage he would give them a ride around the beach.

Q: So he would give the children a ride on the tractor?

A: Yes.

Q: But he wouldn't be playing with the children?

A: No, not playing with them.

Q: Et il n'avait rien à faire dans les salles de classe, n'est-ce pas?

R: Non, Non.

Q: Et lorsque vous étiez de corvée à la cuisine, vous n'avez pas vu M. Saxey travailler dans la cuisine elle-même, n'est-ce pas?

R: Non.

Q: Et lorsque vous étiez au gymnase, vous n'y avez pas vu M. Saxey, est-ce exact?

R: Peut-être à l'occasion.

Q: Mais il ne jouait pas avec les enfants dans le gymnase?

R: Non.

Q: Et lorsque vous étiez avec les autres enfants, M. Saxey ne jouait pas avec les autres enfants, est-ce exact?

R: Oui il le faisait. Comme avec ses –

Q: Ses enfants?

R: Sa fille et – oui.

Q: Je m'excuse, je n'ai pas été précis. Je ne faisais pas allusion à ses quatre enfants et à ses petits-enfants, mais on ne le voyait pas jouer avec les autres enfants?

R: Par exemple, lorsqu'il conduisait ce – ce tracteur – vous savez il avait l'habitude de faire faire des tours.

Q: Maintenant, il le faisait lorsque les enfants arrivaient au quai, est-ce exact?

R: Non, il s'occupait également des ordures, et il les transportait à la plage et après il faisait faire des tours aux enfants sur la plage.

Q: Donc, il faisait faire des tours de tracteur aux enfants?

R: Oui.

Q: Mais il ne jouait pas avec eux?

R: Non, il ne jouait pas avec eux.

The trial judge acknowledged that the respondent had taken precautions to prevent improper contact between the students and the lay employees. Although Saxey's living quarters were on a part

Le juge de première instance a reconnu que l'intimé avait pris des précautions pour éviter des contacts inopportuns entre les élèves et les employés laïques. Même si les enfants avaient accès

of the grounds to which the children had access, the staff quarters were segregated from the school dormitories. Further, the appellant himself testified that the students were not allowed to enter the staff living quarters. The respondent thus imposed a degree of geographic separation. With respect to Saxey's motorboat responsibilities, school policy required a religious brother (or equivalent) to travel on the boat when boys were present. If the school can be shown to have been negligent in supervising adherence to these and similar instructions, thereby creating a risk which led directly to the commission of the sexual assaults on the appellant, that would nourish the claim in relation to direct liability. At present, however, we are dealing only with *vicarious* liability.

As it stands, the evidence is that Saxey did not have authority to insinuate himself into the intimate life of the appellant or any of the other students except his own children and grandchildren.

D. *Applying the Bazley Test to the Facts*

This Court in *Bazley* stated that assessing whether vicarious liability should be imposed in a given case requires that in the first instance, the court look to whether "there are precedents which unambiguously determine on which side of the line between vicarious liability and no liability the case falls" (para. 15). 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 this form of indirect liability (*Bazley*, at para. 15).

In undertaking a consideration of both precedent and policy, the Court in *Bazley*, at para. 41, listed a number of factors, which could usefully be considered in assessing whether an employer created or materially enhanced the risk of the employee committing an intentional tort and thereby should incur vicarious liability. These were:

à la partie de l'école où M. Saxey résidait, les résidences des employés étaient à l'écart des dortoirs de l'école. De plus, l'appelant a lui-même déclaré que l'accès des élèves aux résidences des employés était interdit. L'intimé avait donc établi une séparation sur le plan géographique. En ce qui concerne la tâche confiée à M. Saxey de conduire l'embarcation à moteur de l'école, le pensionnat exigeait qu'un frère religieux (ou une personne ayant un statut similaire) accompagne les garçons lors de leurs déplacements en bateau. Une preuve démontrant que l'école a négligé de faire appliquer ces directives et d'autres directives similaires, et qu'elle a de ce fait créé un risque ayant directement mené à la perpétration des agressions sexuelles contre l'appelant, servirait à étayer la thèse de la responsabilité directe. Ici toutefois, seule la responsabilité *du fait d'autrui* est en cause.

À ce stade, la preuve démontre que M. Saxey n'était pas autorisé à s'insinuer dans la vie intime de l'appelant ou des autres élèves, sauf celle de ses propres enfants et petits-enfants.

D. *Application du critère de l'arrêt Bazley aux faits de l'espèce*

Dans l'arrêt *Bazley*, la Cour a statué qu'avant d'imputer une responsabilité du fait d'autrui, le tribunal doit d'abord déterminer « s'il y a des précédents qui établissent sans équivoque la responsabilité du fait d'autrui ou encore l'absence de responsabilité dans l'affaire en cause » (par. 15). 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 cette forme de responsabilité indirecte (*Bazley*, par. 15).

Pour l'examen des précédents et des considérations de politique générale, notre Cour a énuméré dans *Bazley*, au par. 41, un certain nombre de facteurs qu'il peut être utile d'examiner pour déterminer si un employeur a créé ou sensiblement accru le risque qu'un employé commette un délit intentionnel, et si la responsabilité du fait d'autrui devrait lui être imputée. Il s'agit des facteurs suivants :

37

38

39

- | | |
|---|---|
| <p>(a) the opportunity that the enterprise afforded the employee to abuse his or her power;</p> <p>(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);</p> <p>(c) the extent to which the wrongful act was related to friction, confrontation or intimacy inherent in the employer's enterprise;</p> <p>(d) the extent of power conferred on the employee in relation to the victim;</p> <p>(e) the vulnerability of potential victims to wrongful exercise of the employee's power.</p> | <p>a) l'occasion que l'entreprise a fournie à l'employé d'abuser de son pouvoir;</p> <p>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);</p> <p>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;</p> <p>d) l'étendue du pouvoir conféré à l'employé relativement à la victime;</p> <p>e) la vulnérabilité des victimes potentielles à l'exercice fautif du pouvoir de l'employé.</p> |
|---|---|

40

This test for determining the sufficiency of the connection must “not be applied mechanically, but with a sensitive view to the policy considerations that justify the imposition of vicarious liability — fair and efficient compensation for wrong and deterrence” (*Bazley*, at para. 46; *John Doe*, at para. 21).

1. Stage One: Is the Outcome of This Case Dictated by Precedent?

41

In reaching his conclusion that the outcome of this case was not determined by existing precedent, the trial judge perhaps insisted on too high a degree of correlation on the facts. It is true that this case is not on all fours with decided precedents, but the courts have now dealt with a sufficient number of cases of sexual abuse in different residential settings to provide adequate guidance with respect to vicarious liability in this context. There was no need here to return to the first principles of a policy-oriented analysis. Overly frequent resort to general principles opens the door to subjective judicial evaluations that may promote uncertainty and litigation at the expense of predictability and settlement.

42

Of course one of the challenges in applying the case law is that in different fact situations the evaluation of the several factors may tug in different directions. This is evident in the cluster of cases

L'application du critère en question, qui vise à déterminer s'il existe un lien suffisant, ne doit « pas être machinale mais doit tenir compte des considérations de politique générale qui justifient l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui, soit la dissuasion et l'indemnisation juste et efficace de la faute » (*Bazley*, par. 46; *Untel*, par. 21).

1. Première étape : l'issue du litige est-elle dictée par des précédents?

Lorsqu'il a conclu que les précédents ne permettaient pas de trancher la présente affaire, le juge de première instance a peut-être exigé une corrélation trop étroite entre les faits. Il est vrai que la présente espèce ne correspond pas entièrement à des précédents, mais les tribunaux ont maintenant statué sur un nombre suffisant d'affaires d'exploitation sexuelle ayant eu lieu dans différents contextes résidentiels pour fournir des indications suffisantes sur la question de la responsabilité du fait d'autrui dans ce contexte. Il n'était pas nécessaire en l'espèce de revenir aux premiers principes de l'analyse axée sur les considérations de politique générale. Le recours trop fréquent aux principes généraux ouvre la porte aux évaluations judiciaires subjectives qui peuvent susciter l'incertitude et favoriser les litiges au détriment de la prévisibilité et du règlement des affaires.

Bien sûr, le recours à la jurisprudence pose un défi notamment parce que selon le contexte factuel en cause, l'évaluation des divers facteurs peut nous entraîner dans des directions différentes. Cela

decided in this Court since *Bazley*. For example, the employer's enterprise in this case (a residential school run along authoritarian lines) creates greater risk of sexual misconduct than did the after-school non-residential recreational club in *Jacobi*; yet the extent of the power and responsibility conferred by the respondent Oblates on Saxey was much less than the authority conferred on *Jacobi*'s director of recreation, let alone on *Bazley*'s caregiver who, as stated, was charged with "intimate duties like bathing and tucking in at bedtime" (para. 2). While the Oblates themselves had spiritual and temporal power comparable to that of the employer bishop in *John Doe*, the respondent delegated no significant power over the children to the odd-job men, bakers and motorboat operators at Christie. This stands in stark contrast to *John Doe* itself where not only the environment created by the church compelled obedience but the power conferred on the parish priest materially increased the risk of abuse. The parishes in which the priest worked were geographically isolated, the communities in which he was placed were devoutly religious, the main form of community leadership came from the church, and the only schools were denominational. The priest had broad authority in his parish. It is difficult to imagine greater "job-conferred power" than that vouchsafed to a priest who not only has power in this world but claims stewardship of the child's immortal soul. Saxey's employment responsibilities, by contrast, were mundane and remote from actually looking after the children under the respondent's care.

Reference should also be made to *Hammer* (aff'd (2001), 197 D.L.R. (4th) 454, 2001 BCCA 226, aff'd on other grounds, [2003] 2 S.C.R. 459, 2003 SCC 52). In that case, sexual abuse was committed by a janitor who had no direct duties relating to students. Occasionally he helped them find something or someone. The trial judge in that case found that

ressort de la série de décisions rendues par notre Cour depuis *Bazley*. Par exemple, l'entreprise de l'employeur en l'espèce (un pensionnat dirigé de manière autoritaire) crée un risque plus grand d'inconduite sexuelle que le club offrant des activités parascolaires à des participants externes dont il est question dans *Jacobi*; mais l'étendue des pouvoirs et des responsabilités que les Oblats intimés ont confiés à M. Saxey était bien moindre que l'étendue de l'autorité conférée au directeur des loisirs dans *Jacobi*, et encore moindre que celle de l'autorité confiée au pourvoyeur de soins dans *Bazley* qui, comme l'arrêt l'indique, était chargé de « tâches intimes comme donner le bain aux enfants et les border à l'heure du coucher » (par. 2). Alors que les Oblats eux-mêmes détenaient une autorité spirituelle et temporelle comparable à celle de l'employeur — un évêque — dans l'arrêt *Untel*, au pensionnat Christie, l'intimé n'a délégué aucun des pouvoirs importants qu'il avait à l'égard des enfants aux hommes à tout faire, boulangers et conducteurs d'embarcation à moteur. Cette situation contraste nettement avec celle de l'arrêt *Untel* lui-même où non seulement le contexte créé par l'église imposait l'obéissance, mais où le pouvoir conféré au prêtre de la paroisse augmentait sensiblement le risque d'abus. Les paroisses dans lesquelles le prêtre travaillait étaient géographiquement isolées, les fidèles des collectivités qu'il desservait étaient très dévots, le leadership communautaire était l'apanage de l'église et les seules écoles qui s'y trouvaient étaient des écoles confessionnelles. Dans sa paroisse, le prêtre exerçait une grande autorité. Il est difficile d'imaginer des « pouvoirs inhérents à l'emploi » plus vastes que ceux confiés à un prêtre, qui non seulement détient des pouvoirs ici-bas, mais qui prétend guider l'âme immortelle de l'enfant. Les responsabilités afférentes à l'emploi de M. Saxey étaient au contraire banales et sans lien avec les soins à donner aux enfants confiés à l'intimé.

Il convient aussi de mentionner la décision *Hammer* (conf. à (2001), 197 D.L.R. (4th) 454, 2001 BCCA 226, conf. pour d'autres motifs à [2003] 2 R.C.S. 459, 2003 CSC 52). Dans cette affaire, l'agression sexuelle avait été commise par un concierge qui n'avait aucune fonction reliée directement aux enfants. Il arrivait à l'occasion qu'il les

“[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” ((1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89, at para. 52)). In *Hammer*, the enterprise, being a day school, was less risky, but the janitor’s job-conferred power was comparable to Saxey’s. Vicarious liability was denied. A still different mix was provided in *K.L.B.*, where the defendant government was found to have exercised little control over foster parents, who were classified as independent contractors rather than employees. At the same time, the power and responsibility of foster parents in relation to the foster children were, by definition, parent-like. It was held that there was no vicarious liability.

aide à trouver quelque chose ou quelqu’un. Le juge de première instance a conclu que [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 à l’école et que ses tâches lui ont fourni l’occasion de commettre les actes fautifs » ((1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89, par. 52)). Dans *Hammer*, s’agissant d’un externat, l’entreprise créait un risque moins élevé que celui en l’espèce, mais le pouvoir inhérent au travail du concierge était analogue à celui de M. Saxey. La cour n’a pas retenu la responsabilité du fait d’autrui. Dans *K.L.B.*, il s’agissait d’un contexte factuel encore différent, et notre Cour a conclu que le gouvernement intimé avait exercé peu de contrôle sur les activités des parents d’accueil, qui étaient des entrepreneurs indépendants et non des employés. Les pouvoirs et responsabilités des parents de la famille d’accueil à l’égard des enfants confiés à leurs soins étaient toutefois, par définition, de type parental. Notre Cour a statué que la responsabilité du fait d’autrui n’était pas engagée.

44

The interveners put forward a number of additional cases. *McDonald v. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109 (C.A.), involved sexual assault perpetrated by a religious official. A limitation period, however, rendered the issue of liability moot, and the liability analysis was in any event vigorously contested in *K. (W.) v. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360 (S.C.), and effectively overruled in *John Doe*. In *H. (S.G.) v. Gorsline*, [2005] 2 W.W.R. 716, 2004 ABCA 186, the Alberta Court of Appeal declined to interfere with the trial judge’s finding that a school board was not vicariously liable for the sexual assaults committed by a physical education teacher. The Court of Appeal agreed with the trial judge that the duties of the teacher did not require anything approaching intimate contact. In *M. (F.S.) v. Clarke*, [1999] 11 W.W.R. 301 (B.C.S.C.), vicarious liability for abuse in the context of a residential school was imposed. However in that case the wrongdoing employee was a dormitory supervisor, and thus had a much greater role in dealing with the children than Saxey in the present appeal. In *H. (T.E.G.) v. K. (P.)*, [2001] 6 W.W.R. 546, 2001 ABQB 43, the Alberta Court of Queen’s Bench declined to find an employer

Les intervenants se sont référés à plusieurs autres décisions. L’affaire *McDonald c. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109 (C.A.), concerne une agression sexuelle perpétrée par un membre du clergé. En raison d’un délai de prescription toutefois, la question de la responsabilité devenait académique. L’analyse de la responsabilité a d’ailleurs été vigoureusement critiquée dans *K. (W.) c. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360 (C.S.), et elle a effectivement été écartée dans l’arrêt *Untel*. Dans *H. (S.G.) c. Gorsline*, [2005] 2 W.W.R. 716, 2004 ABCA 186, la Cour d’appel de l’Alberta a refusé de modifier la conclusion du juge première instance selon laquelle la responsabilité du fait d’autrui d’un conseil scolaire n’était pas engagée en raison des agressions sexuelles commises par un professeur d’éducation physique. La Cour d’appel a conclu, comme le juge de première instance, que les fonctions du professeur n’impliquaient rien qui puisse ressembler à un contact intime. Dans *M. (F.S.) c. Clarke*, [1999] 11 W.W.R. 301 (C.S.C.-B.), la cour a retenu la responsabilité du fait d’autrui relativement à une agression commise dans un pensionnat. Mais dans cette affaire, l’employé fautif était le surveillant d’un dortoir et son

vicariously liable for the sexual assaults of the manager of a recreation centre.

The Saskatchewan Court of Appeal considered the sexual assaults committed by an administrator of a school residence against a pupil in *H.L. v. Canada (Attorney General)* (2002), 227 Sask. R. 165, 2002 SKCA 131 (appealed on other issues to this Court). In that case the plaintiff was not a resident at the school but participated in an after-school boxing program which the employee ran as part of his job. The Court found that there was a sufficient connection between Starr's job-imposed duties and extensions of those duties authorized by the Department of Indian and Northern Affairs to ground a finding of vicarious liability against Canada.

The British Columbia Court of Appeal upheld a trial judge's finding of vicarious liability against the provincial Crown in *A. (C.) v. Critchley* (1998), 166 D.L.R. (4th) 475. McEachern C.J.B.C. held unanimously for the court that the Crown was liable for sexual and physical assaults committed by a man called Critchley, who operated a wilderness camp for troubled youth. The plaintiffs in this case had been committed to the care of the Crown but could not be accommodated in the usual facilities or foster homes. The court held that "the wrongs were committed by a surrogate parent in the course of discharging on behalf of the Crown the very responsibilities imposed by law upon the Crown" (para. 116). In *B. (J.-P.) v. Jacob* (1998), 166 D.L.R. (4th) 125, the New Brunswick Court of Appeal upheld a trial judge's decision that a hospital was not vicariously liable for sexual assault committed by its employee nurse. The nurse had entered the patient's room and, while the patient was sleeping, touched his penis with his hands or mouth. The nurse had not been assigned to work with that patient and the court found that his employment provided him with

rôle auprès des enfants était beaucoup plus important que celui de M. Saxey en l'espèce. Dans *H. (T.E.G.) c. K. (P.)*, [2001] 6 W.W.R. 546, 2001 ABQB 43, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a refusé d'imputer la responsabilité du fait d'autrui à un employeur pour les agressions sexuelles commises par le directeur d'un centre de loisirs.

Dans *H.L. c. Canada (Procureur général)* (2002), 227 Sask. R. 165, 2002 SKCA 131 (poursuit interjeté devant notre Cour sur d'autres questions), la Cour d'appel de la Saskatchewan a examiné les agressions sexuelles commises par l'administrateur d'une résidence scolaire contre un élève. Dans cette affaire, le demandeur n'était pas un pensionnaire, mais il participait à un programme parascolaire de boxe que l'employé dirigeait dans le cadre de son travail. La cour a conclu qu'il y avait un lien suffisant entre les fonctions que devaient exécuter M. Starr dans le cadre de son travail et les tâches additionnelles qu'avait autorisées le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien pour justifier l'imputation à l'État canadien de la responsabilité du fait d'autrui.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la décision de première instance qui tenait l'État la responsable du fait d'autrui dans *A. (C.) c. Critchley* (1998), 166 D.L.R. (4th) 475. Le juge en chef McEachern a statué au nom de la cour que l'État devait être tenu responsable des agressions sexuelles et des voies de fait commises par un certain M. Critchley, qui dirigeait un camp de pleine nature pour jeunes en difficulté. Dans cette affaire, les demandeurs avaient été confiés aux soins de l'État, mais ils ne pouvaient être accueillis dans les établissements habituels ou dans des familles d'accueil. La cour a statué que [TRADUCTION] « les actes répréhensibles avaient été commis par un parent de substitution qui s'acquittait pour l'État des responsabilités mêmes que la loi impose à l'État » (para. 116). Dans *B. (J.-P.) c. Jacob* (1998), 166 D.L.R. (4th) 125, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a confirmé la décision du juge de première instance selon laquelle la responsabilité du fait d'autrui d'un hôpital n'était pas engagée en raison de l'agression sexuelle commise par un infirmier à son service. L'infirmier était entré dans la chambre du patient

45

46

mere opportunity, and no more. As such, vicarious liability was not imposed. In *C.S. v. Miller* (2002), 306 A.R. 289, 2002 ABQB 152, the Boy Scouts of Canada were found vicariously liable for the failure of one of their employees, a camp chief, to remove a child from a situation of sexual assault. Acton J. of the Alberta Court of Queen's Bench found that the employee's duties were directly related to her negligence. This sad list of cases (and many other cases could be added) is not before us for decision, and we are not called upon to express an opinion on their particular circumstances, but they do demonstrate, I think, a strong judicial focus on the employment relationship between the particular wrongdoer and the employer sought to be held vicariously liable, a focus that was overwhelmed in the present case by the trial judge's preoccupation with the "operational characteristics" of the school as a whole.

et, pendant que ce dernier dormait, il avait touché son pénis avec ses mains ou sa bouche. L'infirmier n'avait pas été chargé de s'occuper de ce patient et la cour a conclu que son emploi lui avait seulement fourni une occasion, rien de plus. La responsabilité du fait d'autrui n'a par conséquent pas été imputée à l'employeur. Dans *C.S. c. Miller* (2002), 306 A.R. 289, 2002 ABQB 152, Les Boys Scouts du Canada ont été tenus responsables du fait d'autrui en raison de l'omission d'une employée, une chef de camp, de soustraire un enfant à une situation d'agression sexuelle. La juge Acton de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a conclu à l'existence d'un lien direct entre les fonctions de l'employée et sa négligence. Notre Cour n'est pas saisie de cette triste liste d'affaires (ni des nombreux autres cas qui pourraient s'y ajouter), et elle n'a pas à exprimer d'opinion sur leurs circonstances particulières, mais ces affaires démontrent, à mon avis, que les tribunaux mettent fortement l'accent sur la relation d'emploi entre l'employé fautif et l'employeur que l'on cherche à tenir responsable du fait d'autrui, un accent qui, en l'espèce, a cédé le pas à l'importance accordée par le juge de première instance à l'ensemble des « caractéristiques opérationnelles » de l'école.

47

While the residential setting in which the abuse took place here would favour a finding of vicarious liability, the limited duties and role of Saxey militate against such a finding. None of the cases reviewed above contain the precise configuration of facts that exist in this case. Reference was made to the *dictum* of Cameron J.A. of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal in her partly concurring judgment in *John Doe v. Bennett* (2002), 218 D.L.R. (4th) 276, 2002 NFCA 47 (affirmed by this Court):

Precedent is beneficial in this context only if the facts are very similar and it *unambiguously* determines the issue of whether vicarious liability applies. [Italics in original; underlining added; para. 171.]

The view that "[p]recedent is beneficial in this context only if the facts are *very similar*", in my view,

Dans la présente affaire, le fait que les agressions aient eu lieu dans un pensionnat milite en faveur de l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui, mais les fonctions et le rôle restreints de M. Saxey militent pour leur part contre une telle conclusion. Aucune des affaires que nous venons d'examiner ne présente la combinaison précise de faits que l'on trouve en l'espèce. On a cité la remarque incidente formulée par la juge Cameron de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador dans ses motifs concourants en partie dans l'arrêt *John Doe c. Bennett* (2002), 218 D.L.R. (4th) 276, 2002 NFCA 47 (confirmé par notre Cour) :

[TRADUCTION] Les précédents ne sont utiles dans ce contexte que si les faits sont très semblables et s'ils permettent de déterminer *sans équivoque* si la responsabilité du fait d'autrui est applicable. [En italique dans l'original; je souligne; par. 171.]

Il est exagéré selon moi d'affirmer que « [l]es précédents ne sont utiles dans ce contexte que si les

overstates the requirement. While *Bazley* spoke of “precedents which unambiguously determine on which side of the line between vicarious liability and no liability the case falls” (para. 15), it must be remembered that *Bazley* was a pioneering judgment that developed an approach to vicarious liability across a broad swath of social and economic relationships. In considering the particular context of sexual abuse by employees in school or equivalent settings, the cases since *Bazley* provide sufficient guidance for the disposition of this appeal. While a parent-like relationship is not required, the facts must connect the tort sufficiently “to the tortfeasor’s assigned tasks that the tort can be regarded as a materialization of the risks created by the enterprise” (*K.L.B.*, at para. 19 (emphasis added)).

I therefore turn to the “five factors” listed in *Bazley* to consider in light of the precedents whether the strength of the “connection between what the employer was asking the employee to do . . . and the wrongful act” (*Bazley*, at para. 42), was sufficient to impose vicarious liability:

- (1) The respondent provided Saxey with the opportunity to come into contact with the children. Opportunity will often be a question of degree. “As the opportunity for abuse becomes greater, so the risk of harm increases” (*Bazley*, at para. 43). The review of previously decided cases shows that opportunity in this case lies at the low end of significance. As put in *Bazley*, “[i]f an employee is permitted or required to be with children for brief periods of time, there may be a small risk of such harm — perhaps not much greater than if the employee were a stranger” (para. 43). Here, Saxey was not “permitted or required” to be with the children at all, apart from trips in the motorboat which were supervised by one of the religious brothers or equivalent and occasionally in the bakery.

faits sont *très* semblables ». Alors que dans *Bazley* on parlait de « précédents qui établissent sans équivoque la responsabilité du fait d’autrui ou encore l’absence de responsabilité dans l’affaire en cause » (par. 15), il faut se rappeler que cet arrêt a ouvert la voie et a élaboré une façon d’aborder la responsabilité du fait d’autrui couvrant un vaste champ de relations sociales et économiques. Dans le cadre particulier des agressions sexuelles commises par des employés en milieu scolaire ou dans des contextes équivalents, les décisions rendues depuis l’arrêt *Bazley* fournissent suffisamment d’indications pour statuer sur le présent pourvoi. Bien que l’existence d’une relation tenant du rôle parental ne soit pas exigée, les faits doivent montrer que le délit se rapporte suffisamment « aux tâches assignées à son auteur pour être considéré comme la matérialisation des risques créés par l’entreprise » (*K.L.B.*, par. 19 (je souligne)).

Je passe donc à l’examen des « cinq facteurs » énumérés dans *Bazley* afin d’évaluer à la lumière des précédents si le « lien [. . .] entre ce que l’employeur demandait à l’employé de faire [. . .] et l’acte fautif » (*Bazley*, par. 42) était assez solide pour retenir la responsabilité du fait d’autrui :

- (1) L’intimé a fourni à M. Saxey l’occasion d’entrer en contact avec les enfants. L’occasion est souvent d’une question de degré. « Plus grandes sont les chances qu’une agression se produise, plus le risque de préjudice s’accroît » (*Bazley*, par. 43). Il ressort de l’examen de la jurisprudence qu’en l’espèce, l’occasion est un des facteurs qui ont le moins d’importance. Comme on l’a dit dans *Bazley*, « [s]i on permet ou on demande à un employé de tenir compagnie à des enfants pendant de courtes périodes, il peut y avoir un faible risque de préjudice, peut-être pas beaucoup plus important que si l’employé était un étranger » (par. 43). En l’espèce, on n’a aucunement « permis ou demandé » à M. Saxey de tenir compagnie aux enfants, sauf lors des déplacements en embarcation à moteur, qui se faisaient sous la surveillance d’un frère religieux ou d’une personne ayant un statut similaire, et parfois dans la boulangerie.

- (2) The wrongful acts had nothing to do with furthering the respondent's aims. No one disputes that Saxey's conduct was abhorrent and in direct opposition to the Oblates' aims.
- (2) Les actes fautifs ne servaient en rien les objectifs poursuivis par l'intimé. Nul ne conteste le fait que la conduite de M. Saxey était répugnante et en directe opposition avec les objectifs poursuivis par les Oblats.
- (3) While a degree of intimacy with staff is inherent in any residential school, such intimacy did not involve Saxey, who was expected to devote himself to baking, maintenance and driving the motorboat. Saxey's duties required no significant contact with the students, and his quarters where the sexual abuse took place was located in an area off limits to students.
- (3) Même si, dans un pensionnat, il va de soi qu'il existe un certain degré d'intimité entre les élèves et le personnel, M. Saxey ne partageait pas cette intimité puisqu'on lui demandait de se consacrer à ses tâches de boulanger, de préposé à l'entretien et de conducteur d'embarcation à moteur. Ses fonctions ne nécessitaient aucune entretienne des contacts importants avec les élèves, et son logis, où les agressions ont été commises, était interdit d'accès aux enfants.
- (4) The respondent did not confer any power on Saxey in relation to the appellant. Despite the loose structure of the school, as discussed by the trial judge, Saxey's position was not one involving regular or meaningful contact with the students. Of course, as the trial judge pointed out, the very fact that Saxey was an adult in a children's school conferred a certain status, but to find that Saxey's status as an "adult" in the school was sufficient to attract vicarious liability would in practice cross the line into making the employer an "involuntary insurer" (*Bazley*, at para. 36).
- (4) L'intimé n'a confié à M. Saxey aucun pouvoir à l'égard de l'appelant. Même si l'école était peu structurée, comme le juge de première instance en a fait état, le poste de M. Saxey ne lui ménageait pas de contacts réguliers ou importants avec les élèves. Bien sûr, comme l'a signalé le juge de première instance, le fait même que M. Saxey était un adulte au sein d'une école pour enfants lui conférait un certain statut, mais conclure que son statut « d'adulte » à l'école suffisait pour que la responsabilité du fait d'autrui entre en jeu équivaldrait en pratique à faire de l'employeur un « assureur involontaire » (*Bazley*, par. 36).
- (5) The students in any residential school are vulnerable and require protection, but it is the nature of a residential institution rather than the power conferred by the respondent on Saxey that fed the vulnerability. In *Bazley*, at para. 42, the Court said that "[i]t must be possible to say that the employer significantly increased the risk of harm by putting the employee in his or her position and requiring him to perform the assigned tasks" (emphasis added; emphasis in original deleted). Such a statement cannot fairly be said of the respondent employer in this case.
- (5) Les élèves qui fréquentent un pensionnat sont vulnérables et ont besoin de protection, mais c'est la nature même de l'établissement qui a avivé cette vulnérabilité et non le pouvoir que l'intimé a confié à M. Saxey. Dans *Bazley* (par. 42), la Cour a dit qu'« [i]l 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 » (je souligne; soulignement dans l'original omis). On ne peut en toute équité dire que tel est le cas de l'employeur intimé en l'espèce.

In summary, the appellant did not establish "a strong connection between what the employer was

En résumé, l'appelant n'a pas démontré qu'il existe « un lien solide entre ce que l'employeur demandait

asking the employee to do . . . and the wrongful act” (*Bazley*, at para. 42 (emphasis added)).

I have read with interest the reasons of my colleague Abella J. who assesses these factors differently than I do. The difference in interpretation is due in part to the way in which the trial judge formulated his reasons, often reiterating the evidence of the plaintiff or the submissions of his counsel, but at critical junctures declining to make clear findings of fact. For example, in considering the role of the lay staff, rather than making findings of fact, the trial judge re-stated evidence heard during the course of the trial:

[E.B.] testified that he and other children at Christie had to do what they were told to do by adult staff members. L.B. testified that he recalled children being told at the beginning of the year, and just about every month, that the children had to listen to the lay staff if they requested children to do something. [Emphasis added; para. 87.]

Similarly, with respect to the specific duties of lay staff, the trial judge reviewed evidence but made no clear finding, stating: “Counsel also said that due to understaffing at Christie, there could be no rigid delineation of employment duties for any staff member” (para. 94 (emphasis added)). With respect to Saxey’s authority over children at the school, the trial judge stated:

Counsel argued that as the staff member responsible for bread baking, Saxey would certainly have had implicit, and probably had explicit authority over the children performing kitchen and bakery-related chores, such as clean-up, bread slicing and dough preparation. [Emphasis added; para. 103.]

I would need clearer words from the trial judge before assuming that he intended his narrative of submissions to be taken as findings of fact. Be that as it may, my view, having read and re-read the reasons, is that while the residential school setting and the nature of the discipline at the school clearly contributed to the vulnerability of the children to

à l’employé de faire [. . .] et l’acte fautif » (*Bazley*, par. 42 (je souligne)).

J’ai lu avec intérêt les motifs de ma collègue la juge Abella, qui évalue ces facteurs d’une manière différente. L’interprétation différente tient en partie à la façon dont le juge de première instance a formulé ses motifs, en répétant souvent des passages du témoignage du demandeur ou de l’argumentation de son avocat, mais se refusant à formuler des conclusions de fait claires sur des questions cruciales. Par exemple, relativement au rôle du personnel laïque, il a reformulé les témoignages présentés à l’instruction au lieu de tirer des conclusions de fait :

[TRADUCTION] [E.B.] a témoigné que lui-même et les autres enfants du pensionnat Christie devaient faire ce que les membres du personnel adultes leur demandaient de faire. Dans son témoignage, L.B. a déclaré se rappeler qu’on disait aux enfants, au début de l’année, et qu’on leur répétait à peu près tous les mois, qu’ils devaient obéir aux employés laïques lorsqu’ils leur demandaient de faire quelque chose. [Je souligne; par. 87.]

De même, au sujet des fonctions particulières du personnel laïque, le juge de première instance a examiné la preuve mais n’a pas formulé de conclusion claire en déclarant : [TRADUCTION] « [l]’avocat a également affirmé qu’en raison de la pénurie de personnel au pensionnat Christie, il ne pouvait y avoir de définition rigoureuse des fonctions de chaque employé » (par. 94 (je souligne)). Relativement à l’autorité de M. Saxey sur les enfants de l’école, le juge s’est exprimé ainsi :

[TRADUCTION] L’avocat a plaidé qu’à titre d’employé chargé de la boulangerie, M. Saxey jouissait certainement d’une autorité implicite, et probablement explicite, sur les enfants qui accomplissaient des tâches à la cuisine ou à la boulangerie, comme le nettoyage, le tranchage du pain ou la préparation de la pâte. [Je souligne; par. 103.]

Le juge de première instance aurait dû s’exprimer plus clairement s’il voulait que je considère comme des conclusions de fait son exposé des arguments soumis. Quoi qu’il en soit, après avoir lu et relu ses motifs, j’estime que si le contexte du pensionnat et le modèle disciplinaire mis en place ont clairement contribué à rendre les enfants plus

49

50

51

abuse, there was no finding of a “strong connection” between the particulars of Saxey’s employment and the outrages he committed by luring the appellant to his private quarters as is required by our jurisprudence. The fact that Saxey was permitted on occasion to ask children to do chores, and that children were inevitably in occasional contact with him, is not enough. The employment of Saxey as a baker, boat driver and odd-job man did not put him in a position of power, trust or intimacy with respect to the children. His job did not include regular or private contact with the children. He was not encouraged or required to develop any sort of personal relationship with the children. His role did not include supervising any intimate activities. I conclude that the Court of Appeal was correct that while the employment relationship in this case provided Saxey with the opportunity to commit the wrongful acts, his assigned role in relation to the students fell short of what is required to attract vicarious liability. An analysis of general “operational characteristics” is more properly undertaken in relation to the claim of *direct* liability.

52

In my view, therefore, the Court of Appeal was correct in finding that the earlier cases preclude a finding of vicarious liability in the circumstances of this case. The precedents hold that to make an employer vicariously liable for the intentional wrongdoing of its employee, there must be established, to repeat, a “strong connection between what the employer was asking the employee to do . . . and the wrongful act” (*Bazley*, at para. 42). The “operational characteristics” of the enterprise which preoccupied the trial judge are not enough to attract *vicarious* liability. The “strong connection” was not established.

53

Given this conclusion, it is not strictly necessary to move on to the second stage of *Bazley*. However, the policy considerations underlying vicarious liability confirm the correctness of the result.

vulnérables aux actes répréhensibles, le juge n’a pas formulé de conclusion quant à l’existence d’un « lien solide », exigé par notre jurisprudence, entre les fonctions accomplies par M. Saxey et les actes de violence qu’il a commis en attirant l’appelant chez lui. Il ne suffit pas que l’on ait permis à l’occasion à M. Saxey de demander aux enfants de faire des corvées, et qu’inévitablement les enfants aient été à l’occasion en contact avec lui. Les fonctions de M. Saxey en tant que boulanger, conducteur d’embarcation à moteur et homme à tout faire ne le plaçaient pas en situation d’autorité, de confiance ou d’intimité par rapport aux enfants. Son travail ne prévoyait pas qu’il ait avec les enfants des contacts réguliers ou en privé. Il n’était pas encouragé à développer une relation personnelle avec les enfants, ni requis de le faire. Il n’était pas appelé à surveiller les activités intimes des enfants. Je conclus que la Cour d’appel a eu raison de dire que, bien que dans ce cas l’emploi de M. Saxey lui ait fourni l’occasion de commettre les actes répréhensibles, les fonctions qui lui étaient assignées vis-à-vis des enfants ne sont pas de nature à engager la responsabilité du fait d’autrui. Il convient mieux d’entreprendre une analyse des « caractéristiques opérationnelles » dans le cas d’une demande fondée sur la responsabilité *directe*.

J’estime donc que la Cour d’appel a conclu à bon droit que la jurisprudence antérieure exclut que l’on retienne la responsabilité du fait d’autrui de l’intimé dans les circonstances de l’espèce. Selon cette jurisprudence, pour qu’un employeur soit tenu responsable du fait d’autrui en raison du délit intentionnel d’un employé, il faut établir, je le répète, l’existence d’un « lien solide entre ce que l’employeur demandait à l’employé de faire [. . .] et l’acte fautif » (*Bazley*, par. 42). Les « caractéristiques opérationnelles » de l’entreprise, qui préoccupaient le juge de première instance, ne suffisent pas pour que la responsabilité *du fait d’autrui* soit engagée. Le « lien solide » n’a pas été établi.

Compte tenu de cette conclusion, il n’est pas strictement nécessaire que je passe à la deuxième étape de l’analyse décrite dans l’arrêt *Bazley*. Toutefois, les considérations de politique générale sous-jacentes à la responsabilité du fait d’autrui confirment la justesse du résultat.

2. Stage Two: Consideration of Policy

The second stage under the *Bazley* analysis requires the Court to consider whether the imposition of vicarious liability on the facts of the case would further the broader policy rationales used to justify it, namely to provide effective compensation and to deter such misconduct in future. These policy concerns, however, are part of a broader balancing of interests. *Bazley* held that the twin policy concerns “are served only where the wrong is so connected with the employment that it can be said that [by the employment] the employer has introduced the risk of the wrong (and is thereby fairly and usefully charged with its management and minimization)” (*Bazley*, at para. 37 (emphasis added)). Further, as noted by the majority in *Jacobi*:

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. [para. 67]

With respect to deterrence, for example, both *Bazley* and *Jacobi* were careful to point out that unless deterrence is confined to situations where it can be effective, there is a danger that the general community will be *overdeterred* from activities which are socially useful and ought to be promoted rather than penalized.

In the present case, the respondent Oblates contend that consideration should be given to their good intentions towards the students in their care, the fact that the misconduct by Saxey contradicts every value and principle the Oblates stand for,

2. Deuxième étape : les considérations de politique générale

La deuxième étape de l'analyse dictée par l'arrêt *Bazley* oblige la Cour à déterminer si, compte tenu des faits de l'espèce, l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui servirait les considérations de politique plus générales qui la sous-tendent, à savoir fournir une indemnisation efficace et dissuader de commettre des actes répréhensibles à l'avenir. Ces deux considérations de politique générale s'inscrivent toutefois dans un processus plus large de pondération des intérêts en cause. La Cour a statué dans *Bazley* que ces deux objectifs « ne sont respectés que dans le cas où la faute est si étroitement liée à l'emploi qu'il est possible de dire que [par cet emploi], l'employeur a créé le risque de faute (et qu'il est donc équitablement et utilement chargé de le gérer et de le réduire) » (*Bazley*, par. 37 (je souligne)). De plus, comme l'ont fait remarquer les juges majoritaires dans *Jacobi* :

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 favoriseraient 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. [par. 67]

Pour ce qui est de la dissuasion, par exemple, on a pris soin tant dans l'arrêt *Bazley* que dans l'arrêt *Jacobi* de souligner qu'elle devrait se limiter aux cas où elle peut produire des effets, sinon une dissuasion *excessive* risque de priver la communauté en général d'activités sociales utiles qui devraient être soutenues plutôt que pénalisées.

En l'espèce, les Oblats intimés soutiennent qu'il faut prendre en considération leurs intentions bienveillantes à l'égard des élèves confiés à leurs soins, le fait que la conduite répréhensible de M. Saxey va à l'encontre de l'ensemble des valeurs et principes

54

55

56

and the fact that the Oblates attempted on a not-for-profit basis to meet a need for education of First Nations' children that otherwise would perhaps have gone unmet. The fact is however that the trial judge found that the appellant suffered serious injury from Saxey's abuse and it is clear from our decision in *John Doe* that a church organization, while non-profit in nature, will generally have sufficient capacity for loss spreading and taking measures to deter future misconduct to merit the imposition of vicarious liability where the "strong connection" test is met.

57

There is no doubt that the imposition of no-fault liability here would benefit the victim and deter similar conduct in the future. Also, the notion of fairness to the not-for-profit organization remains compatible with vicarious liability, *provided that a strong connection is established between the job-conferred authority and the sexual assault*. As the analysis above demonstrates, however, the strong connection test cannot be met in this case, given Saxey's limited role at Christie. Thus, legal principle as well as precedent supports the conclusion that vicarious liability should not be imposed in this case. Whether or not the respondent can be shown to be directly at fault in a way that contributed to Saxey's sexual assault on the appellant is a matter that will have to be determined by the trial judge.

IV. Conclusion

58

In the result, the matter should be remitted to the trial court for a determination as to whether the respondent is liable for negligence on the whole of the evidence. The present appeal, based as it is purely on the attribution of *vicarious* liability, should be dismissed without costs, but in circumstances where the issue of *direct* liability remains open.

auxquels tiennent les Oblats, et le fait que les Oblats ont tenté dans un contexte non lucratif de répondre aux besoins d'enfants autochtones en matière d'instruction, besoins qui autrement n'auraient peut-être pas été comblés. Il reste toutefois que le juge de première instance a conclu que l'appelant avait subi un grave préjudice en raison des agressions commises par M. Saxey, et il ressort clairement de notre décision dans *Untel* qu'un organisme religieux, bien qu'il soit sans but lucratif, dispose généralement de moyens suffisants pour répartir les pertes et prendre des mesures dissuasives visant à éviter que des actes répréhensibles soient commis à l'avenir, ce qui justifie l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui si le critère du « lien solide » est rempli.

Il ne fait aucun doute que la victime tirerait bénéfice en l'espèce d'un jugement concluant à la responsabilité sans faute et qu'une telle décision découragerait des comportements analogues. Également, la notion d'équité envers les organismes sans but lucratif reste compatible avec la responsabilité du fait d'autrui, *pourvu que soit démontrée l'existence d'un lien solide entre le pouvoir conféré par l'emploi et l'agression sexuelle*. Comme l'analyse qui précède le démontre, toutefois, les conditions du critère du lien solide ne sont pas remplies en l'espèce étant donné le rôle limité qui était celui de M. Saxey au pensionnat Christie. Ainsi, tant les principes juridiques que la jurisprudence étayent la conclusion voulant qu'il n'y ait pas lieu en l'espèce de retenir la responsabilité du fait d'autrui. La question de savoir s'il peut être établi que l'intimé a commis une faute directe, de sorte qu'il aurait contribué à ce que M. Saxey commette les agressions sexuelles contre l'appelant, est une question que le juge de première instance devra trancher.

IV. Conclusion

L'affaire devrait donc être renvoyée au juge de première instance pour qu'il tranche la question de savoir si l'intimé doit être tenu responsable pour négligence, compte tenu de l'ensemble de la preuve. Il y a lieu de rejeter sans frais le présent pourvoi, qui repose uniquement sur l'imputation de la responsabilité *du fait d'autrui*, alors que la question de la responsabilité *directe* reste sans réponse.

The following are the reasons delivered by

ABELLA J. (dissenting) — This appeal turns on the proper application of the “enterprise risk creation” test set out in *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, and its progeny. As those cases stipulate, in order to find an employer vicariously liable for the intentional torts of an employee, a strong connection must be found between the enterprise, the authority conferred on the employee by the employer and the tort.

The *Bazley* test is complex, context-sensitive and flexible. It requires that attention be paid to the enterprise as a whole. An enterprise can, as the trial judge concluded this one did, operate in a way that authorizes conduct beyond the duties set out in a job description. If the legal test for vicarious liability has been properly articulated and applied, a trial judge’s conclusions are entitled to deference. In my view, Cohen J. correctly stated and applied the test ([2001] B.C.J. No. 2700 (QL), 2001 BSCS 1783). His conclusions therefore ought not to have been disturbed by the Court of Appeal ((2003), 14 B.C.L.R. (4th) 99, 2003 BCCA 289).

I. Background

The legal test this Court has developed for assessing vicarious liability in cases of intentional torts like sexual assault was first described in *Bazley*. It has been characterized as the enterprise risk creation test. McLachlin J. summarized the appropriate inquiry as follows:

The question in each case is whether there is a connection or nexus between the employment enterprise and that wrong that justifies imposition of vicarious liability on the employer for the wrong

Where the risk [created or materially enhanced by the enterprise] is closely associated with the wrong that occurred, it seems just that the entity that engages in the enterprise . . . should internalize the full cost of

Version française des motifs rendus par

LA JUGE ABELLA (dissidente) — Le présent pourvoi porte sur l’application du critère du « risque créé par l’entreprise » énoncé dans l’arrêt *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, et dans les décisions qui l’ont suivi. Comme il ressort de cette jurisprudence, pour que la responsabilité du fait d’autrui d’un employeur soit engagée en raison des délits intentionnels d’un employé, il doit exister un lien solide entre l’entreprise, l’autorité conférée à l’employé et le délit.

Le critère de l’arrêt *Bazley* est un critère complexe, souple et tributaire du contexte. Il exige que l’on procède à un examen de l’entreprise dans son ensemble. Une entreprise peut, compte tenu de la façon dont elle est exploitée, légitimer une conduite qui n’a rien à voir avec les fonctions qu’énonce une description d’emploi et selon le juge de première instance, c’était le cas de l’entreprise en cause. Si le critère juridique relatif à la responsabilité du fait d’autrui a été adéquatement articulé et appliqué, il y a lieu de faire preuve de retenue à l’égard des conclusions du juge de première instance. À mon avis, le juge Cohen a correctement énoncé et appliqué le critère en question ([2001] B.C.J. No. 2700 (QL), 2001 BCSC 1783). Par conséquent, la Cour d’appel n’aurait pas dû intervenir ((2003), 14 B.C.L.R. (4th) 99, 2003 BCCA 289).

I. Contexte

Le critère juridique élaboré par notre Cour pour déterminer si la responsabilité du fait d’autrui s’applique dans les cas de délits intentionnels comme l’agression sexuelle a été défini pour la première fois dans *Bazley*. On l’a qualifié de critère du risque créé par l’entreprise. La juge McLachlin résume ainsi la question qu’il faut se poser :

Dans chaque cas, il s’agit de savoir s’il existe un lien entre l’entreprise qui procure l’emploi et la faute qui justifie l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui à l’employeur . . .

Quand le risque [créé ou sensiblement accru par l’entreprise] est étroitement lié à la faute commise, il semble juste que l’entité qui a lancé l’entreprise [. . .] en assume le plein coût d’exploitation, y compris celui des

59

60

61

operation, including potential torts. . . . On the other hand, when the wrongful act lacks meaningful connection to the enterprise, liability ceases to flow. [Emphasis added; paras. 37-38.]

62 McLachlin J. stressed two important features of this test. The first is that the inquiry must focus on the strength of the causal link between the opportunity and the wrongful act. Mere opportunity to commit a tort is insufficient (*Bazley*, at para. 40; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570, at para. 51). Secondly, the employee's specific duties must be examined to determine whether they generated special opportunities for wrongdoing (*Bazley*, at para. 46; *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51, at para. 19; and *John Doe v. Bennett*, [2004] 1 S.C.R. 436, 2004 SCC 17, at para. 20).

63 McLachlin J. provided a non-exhaustive list of five factors in *Bazley* (at para. 41) which she held were relevant to an evaluation of the strength of the causal link between the enterprise and the wrongdoing in the context of intentional torts:

- (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 . . . ;
- (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 the power conferred on the employee in relation to the victim;
- (e) the vulnerability of potential victims to wrongful exercise of the employee's power.

64 In discussing how this analysis unfolds when the tort is sexual abuse, McLachlin J. explained:

[T]he test for vicarious liability for an employee's sexual abuse of a client should focus on whether the employer's enterprise and empowerment of the employee materially increased the risk of the sexual assault and hence the harm. [para. 46]

65 In other words, in assessing whether an employer should be held vicariously liable for the sexual

délits qui peuvent être commis. [. . .] Par contre, si l'acte fautif n'a aucun lien utile avec l'entreprise, il n'y a plus de responsabilité. [Je souligne; par. 37-38.]

La juge McLachlin insiste sur deux aspects importants de ce critère. D'abord, l'examen doit porter sur la solidité du lien de causalité entre l'occasion et l'acte fautif. La simple occasion de commettre un délit ne suffit pas (*Bazley*, par. 40; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570, par. 51). Ensuite, il faut examiner les tâches particulières de l'employé pour déterminer si elles lui ont donné des occasions spéciales de commettre une faute (*Bazley*, par. 46; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51, par. 19; et *Untel c. Bennett*, [2004] 1 R.C.S. 436, 2004 CSC 17, par. 20).

Dans *Bazley* (par. 41), la juge McLachlin dresse une liste non exhaustive de cinq facteurs qu'elle a jugés pertinents pour évaluer la solidité du lien causal entre l'entreprise et la faute dans le contexte des délits intentionnels :

- 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 . . . ;
- c) la mesure dans laquelle l'acte fautif était lié à la situation de conflit, d'affrontement ou d'intimité propre à l'entreprise de l'employeur;
- d) l'étendue du pouvoir conféré à l'employé relativement à la victime;
- e) la vulnérabilité des victimes potentielles à l'exercice fautif du pouvoir de l'employé.

En examinant la façon d'effectuer cette analyse lorsque le délit est une agression sexuelle, la juge McLachlin précise ce qui suit :

[L]e critère de la responsabilité du fait d'autrui découlant de l'agression sexuelle d'un client par un employé devrait être axé sur la question de savoir si l'entreprise de l'employeur et l'habilitation de l'employé ont accru sensiblement le risque d'agression sexuelle et, par conséquent, de préjudice. [par. 46]

Autrement dit, en examinant si un employeur devrait être tenu responsable du fait d'autrui en

assault of an employee, we look at the enterprise as a whole to determine whether the specific features of the enterprise and of the employment relationship created — or materially enhanced — the risk that the tort would occur.

No one in this appeal impugns Cohen J.'s explanation of the test for vicarious liability. Nor does anyone suggest that his findings of fact were not supported by the evidence, that he misapprehended the evidence or that he committed a palpable and overriding error. What is disputed is his application of the legal test to the facts.

Hall J.A., writing for a unanimous five-judge panel of the Court of Appeal (Esson, Saunders, Low and Smith J.J.A.), found that the trial judge, in focusing too heavily on opportunity and on what Cohen J. termed the "operational characteristics" of the Christie Residential School, had paid insufficient attention to the connection between Mr. Saxey's employment duties and the tort. His approach, the court felt, inappropriately broadened the test for vicarious liability, and did not

pa[y] sufficient heed to the circumstance that, aside from opportunity, there was little else on which to base a finding of vicarious liability in this case. [para. 26]

In the court's view, the more closely an employment situation mimics a parent-type relationship, the more appropriate is the imposition of vicarious liability. The Court of Appeal concluded that Mr. Saxey's job duties were insufficiently supervisory or parental in nature to support a finding of vicarious liability. With respect, I disagree with the Court of Appeal's approach and conclusions.

I acknowledge that the trial judge did not always make his findings of fact explicitly. He frequently set out witnesses' testimony and counsels'

raison de l'agression sexuelle commise par un employé, il faut procéder à un examen de l'entreprise dans son ensemble afin de déterminer si les caractéristiques particulières de cette entreprise et de la relation employeur-employé ont créé — ou sensiblement accru — le risque que le délit soit commis.

Dans le présent pourvoi, nul ne conteste la façon dont le juge Cohen explique le critère relatif à la responsabilité du fait d'autrui. Nul ne prétend non plus que ses conclusions de fait n'étaient pas étayées par la preuve, qu'il a mal interprété la preuve ou qu'il a commis une erreur manifeste et déterminante. Le débat porte sur la façon dont il a appliqué le critère juridique aux faits de l'espèce.

Dans l'arrêt unanime qu'il a rédigé au nom d'une formation de cinq juges de la Cour d'appel (les juges Esson, Saunders, Low et Smith), le juge Hall conclut que le juge de première instance, en insistant trop sur la question de l'occasion et sur ce que le juge Cohen a appelé les « caractéristiques opérationnelles » du pensionnat Christie, n'a pas suffisamment prêté attention au lien entre les tâches de M. Saxey et le délit. La cour a estimé que dans sa démarche, le juge Cohen a élargi indûment le critère de la responsabilité du fait d'autrui et qu'il n'a pas

[TRADUCTION] tenu suffisamment compte du fait que rien, si ce n'est l'occasion, ne permettait de justifier en l'espèce l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui. [par. 26]

Selon la cour, plus une situation d'emploi s'apparente à une situation où il existe une relation de type parental, plus l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui se justifie. La Cour d'appel a conclu que les fonctions de M. Saxey comportaient trop peu de supervision ou étaient trop éloignées du rôle parental pour justifier l'imputation la responsabilité du fait d'autrui. En toute déférence, je ne partage pas la démarche et les conclusions de la Cour d'appel.

Je reconnais que le juge de première instance n'a pas toujours exposé clairement ses conclusions de fait. Il a souvent énoncé des affirmations faites

66

67

68

69

arguments without directly stating that he was adopting the testimony or argument he was describing. It is my view, however, that a careful reading of his reasons as a whole makes it clear that he often implicitly adopted the interpretation of the testimony urged by plaintiff's counsel. Unless he stated the contrary, the trial judge appears to have discussed mainly the testimony and arguments he agreed with. They, along with his explicit ones, seem to me to represent his findings.

par les témoins et des arguments des avocats sans déclarer directement qu'il les faisait siens. Je suis toutefois d'avis qu'une lecture attentive de l'ensemble de ses motifs montre clairement que souvent, il acceptait implicitement l'interprétation des témoignages que faisait valoir l'avocat du plaignant. À moins qu'il n'indique le contraire, le juge de première instance semble avoir mentionné principalement les affirmations des témoins et les arguments qu'il acceptait comme siens. Ces affirmations et arguments, de même que les observations explicites du juge, me semblent constituer ses conclusions de fait.

70 Cohen J. made findings available on the record which supported his conclusion that Christie, both as an enterprise and in the authority it provided to Mr. Saxey, materially enhanced the risk that eventually materialized, namely the sexual assault of E.B. by Mr. Saxey.

Le juge Cohen a tiré des conclusions de fait que l'on trouve au dossier et qui lui permettaient de statuer que le pensionnat Christie, en tant qu'entreprise et du fait de l'autorité qu'il avait conférée à M. Saxey, a sensiblement accru le risque — qui s'est finalement matérialisé — que ce dernier agresse sexuellement E.B.

II. Analysis

II. Analyse

71 As was pointed out in the reasons of Binnie J., the abuse of E.B. was systematic and horrifying. The trial judge found that the victim was sexually assaulted multiple times weekly for four to five years from 1957 to 1962 while he was a resident student at Christie. The assaults consisted of partial anal penetration, fondling and masturbation. They were committed by Martin Saxey, a violent offender convicted of manslaughter who was hired by the Order of the Oblates of Mary Immaculate ("Oblates") shortly after his release from prison.

Comme le signale le juge Binnie dans ses motifs, E.B. a subi d'horribles sévices qui lui ont été infligés de manière systématique. Le juge de première instance a conclu que, lors de son séjour de quatre à cinq ans au pensionnat Christie, de 1957 à 1962, la victime avait été agressée sexuellement à de nombreuses reprises chaque semaine. Les agressions comportaient des pénétrations anales partielles, des attouchements et la masturbation. Ces agressions ont été commises par Martin Saxey, un délinquant violent reconnu coupable d'homicide involontaire, que l'intimée, Order of the Oblates of Mary Immaculate (« Oblats »), a embauché peu de temps après sa sortie de prison.

72 These events occurred in the context of a residential school, where children were forcibly removed and segregated from their families to facilitate the obliteration of their Aboriginal identity. Few environments could be more conducive to enhancing the vulnerability of children. See, e.g., *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 1, *Looking Forward, Looking Back* (1996), ch. 10; R. Claes and D. Clifton, *Needs and*

Les événements se sont produits dans le contexte d'un pensionnat accueillant des enfants enlevés de force à leur famille et maintenus à l'écart de leur famille en vue de faciliter l'anéantissement de leur identité autochtone. Peu de situations seraient plus susceptibles d'accroître la vulnérabilité des enfants. Voir, p. ex. : *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1, *Un passé, un avenir* (1996), ch. 10; R. Claes et D. Clifton, *Besoins et*

Expectations for Redress of Victims of Abuse at Residential Schools (1998); Law Commission of Canada, *Restoring Dignity: Responding to Child Abuse in Canadian Institutions* (2000).

These are the pertinent realities which introduce the analysis in this case.

The *Bazley* vicarious liability test is focused on the creation and enhancement of enterprise risk. The term used by Cohen J., “operational characteristics”, is simply another way of saying “enterprise”. It seems to me that a proper application of this Court’s vicarious liability jurisprudence, far from precluding an examination of an enterprise’s operational characteristics, invites exactly this kind of scrutiny. The relevance of the five factors in *Bazley* lies in the realities of the operational workings of the enterprise under review.

A. *The Bazley Factors*

The first factor in *Bazley* is “the opportunity that the enterprise afforded the employee to abuse his or her power”. Cohen J. thoroughly discussed the question of opportunity and made a number of key factual findings. His first was about the high level of access Mr. Saxey was given to the children, observing:

Saxey lived in the upper floor of a building situated on that portion of the grounds of Christie to which the junior and senior boys were given free access. Directly outside his window were the swings where children played. He had unrestricted access to everywhere where children might be found playing. [para. 108]

Cohen J. also noted that, in the words of one student, Mr. Saxey “lived in amongst us” (para. 109).

He also found that the school authorities permitted the students to form casual relationships with the lay staff. Not only did the children and the lay

attentes en matière de réparation pour les sévices commis contre les enfants placés dans les pensionnats pour enfants autochtones (1998); Commission du droit du Canada, *La dignité retrouvée : La réparation des sévices infligés aux enfants dans des établissements canadiens* (2000).

Ce sont là les réalités qui servent de point de départ à l’analyse dans la présente affaire.

Le critère de la responsabilité du fait d’autrui énoncé dans l’arrêt *Bazley* est axé sur la création et l’accroissement du risque d’entreprise. L’expression « caractéristiques opérationnelles » qu’emploie le juge Cohen constitue simplement une autre façon d’exprimer la notion d’« entreprise ». Il me semble que, loin d’empêcher l’examen des caractéristiques opérationnelles d’une entreprise, l’application correcte des décisions de notre Cour relatives à la responsabilité du fait d’autrui commande justement ce genre d’étude approfondie. La pertinence des cinq facteurs énoncés dans *Bazley* repose sur les réalités du fonctionnement opérationnel de l’entreprise faisant l’objet de l’examen.

A. *Les facteurs de l’arrêt Bazley*

Le premier facteur de l’arrêt *Bazley* est « l’occasion que l’entreprise a fournie à l’employé d’abuser de son pouvoir ». Le juge Cohen a examiné en profondeur la question de l’occasion et a tiré plusieurs conclusions de fait déterminantes. La première conclusion concernait le fait que M. Saxey pouvait très facilement entrer en contact avec les enfants. Il a fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] M. Saxey vivait à l’étage supérieur d’un édifice se trouvant sur le site du pensionnat Christie à un endroit où tant les plus jeunes garçons que les plus âgés avaient libre accès. Les balançoires où les enfants jouaient se trouvaient juste devant sa fenêtre. Il pouvait circuler librement partout où les enfants étaient susceptibles de jouer. [par. 108]

Le juge Cohen indique aussi que selon un élève, M. Saxey [TRADUCTION] « vivait parmi nous » (par. 109).

Le juge a aussi conclu que les autorités de l’école permettaient aux élèves d’établir des rapports informels avec le personnel laïque. Non seulement les

73

74

75

76

staff refer to each other by their first names, lay staff members were permitted to play with the children, including activities that involved physical contact.

77 Finally, Cohen J. found that the children were not always carefully supervised and were allowed to roam around school property, both outdoors and indoors, until bedtime. During much of this free time, no child care workers were present.

78 Although mere opportunity is insufficient to support a finding of vicarious liability, the link between the opportunity and the tort committed in this case is particularly strong. Mr. Saxey was given quarters in the middle of the school's property, was permitted to form relationships with vulnerable children, and could not have been unaware of the lax supervision prevalent at Christie.

79 The second *Bazley* factor is "the extent to which the wrongful act . . . further[s] the employer's aims". As McLachlin J. explained in *Jacobi*, sexual molestation will never be any organization's aim:

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. In the instant appeal, however, this factor is of little significance. [Emphasis in original; para. 15.]

The absence of evidence supporting this factor, therefore, has no bearing on this case.

enfants et les laïques s'appelaient-ils par leurs prénoms, mais ces derniers pouvaient jouer avec les enfants, notamment en participant à des activités impliquant un contact physique.

Enfin, le juge Cohen a conclu que les enfants n'étaient pas toujours étroitement surveillés et qu'on leur permettait de circuler à l'intérieur et à l'extérieur de l'école jusqu'à l'heure du coucher. Pendant la majeure partie de ces temps libres, les personnes chargées de s'occuper des enfants n'étaient pas présentes.

Même si une simple occasion ne suffit pas pour imputer la responsabilité du fait d'autrui, le lien entre l'occasion et le délit commis en l'espèce est particulièrement solide. Le logement fourni à M. Saxey se trouvait au centre du pensionnat, on lui permettait d'établir des relations avec des enfants vulnérables, et il ne pouvait ignorer que la surveillance au pensionnat Christie était relâchée.

Le deuxième facteur de l'arrêt *Bazley* consiste à évaluer « la mesure dans laquelle l'acte fautif peut avoir contribué à la réalisation des objectifs de l'employeur ». Comme l'a expliqué la juge McLachlin dans l'arrêt *Jacobi*, les atteintes à la pudeur ne s'inscriront jamais dans les objets d'une organisation :

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 responsabilité du fait d'autrui dans ces cas-là. Dans le présent pourvoi, ce facteur a toutefois peu d'importance. [Souligné dans l'original; par. 15.]

L'absence de preuve à l'égard de ce facteur n'a donc pas d'incidence en l'espèce.

The third *Bazley* factor is “the extent to which the wrongful act was related to friction, confrontation or intimacy inherent in the employer’s enterprise”. In *Bazley*, McLachlin J. expressly recognized that in sexual assault cases,

[t]he more the employer encourages the employee to stand in a position of respect and suggests that the child should emulate and obey the employee, the more the risk may be enhanced. [para. 44]

I agree with the trial judge that the power structure inherent in the employer’s enterprise greatly increased the level of friction and confrontation, helping to create the conditions that led to the sexual assault of E.B. He found that the discipline at Christie was strict and harsh, and that order was maintained largely through fear and the threat of punishment. The students’ daily life included physical and emotional violence, deprivation, belittling, and intimidation. Quoting a student, the trial judge observed:

[F]ear played a large role in maintaining order and discipline within Christie during the time of the plaintiff’s attendance. [para. 81]

He found further that the students were repeatedly told that they had to obey all staff members, including lay staff like Mr. Saxey. One student testified that the children were “slapped around” if they didn’t listen to the staff, and E.B. testified that the religious staff would “threaten to shove a bar of soap in your mouth and wash out your mouth” if a child dared to speak out against a lay staff member. The trial judge found it particularly noteworthy that it was not only the children, but also two of the religious staff members, Brother Thomas Richard Cavanaugh and Sister Concepcion Anita Tavera, who confirmed that children were ordered to obey all staff members.

Le troisième facteur de l’arrêt *Bazley* consiste à évaluer « 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 ». Dans *Bazley*, la juge McLachlin a expressément reconnu que dans les cas d’agression sexuelle,

[p]lus l’employeur encourage l’employé à imposer le respect autour de lui et propose que l’enfant imite cet employé et lui obéisse, plus le risque est susceptible de croître. [par. 44]

Comme le juge de première instance, je suis d’avis que la structure du pouvoir inhérente à l’entreprise de l’employeur a grandement accru les tensions et la confrontation, ce qui a contribué à mettre en place les conditions qui ont conduit à la perpétration des agressions sexuelles contre E.B. Le premier juge a conclu que les règles de discipline au pensionnat Christie étaient strictes et dures et qu’on comptait beaucoup sur la peur et les menaces de punition pour maintenir l’ordre. La violence morale et physique, la privation, l’humiliation et l’intimidation faisaient partie de la vie quotidienne des élèves. Citant un élève, le juge de première instance a fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] [L]a peur jouait un grand rôle dans le maintien de l’ordre et de la discipline au pensionnat Christie à l’époque où le demandeur fréquentait l’établissement. [par. 81]

Le juge de première instance a en outre conclu que l’on disait sans cesse aux élèves qu’ils devaient obéir à tous les employés, y compris aux membres du personnel laïque comme M. Saxey. Un élève a déclaré que les enfants [TRADUCTION] « recevaient des taloches » s’ils n’obéissaient pas au personnel, et E.B. a dit dans son témoignage que les religieux [TRADUCTION] « [nous] menaçaient de nous mettre une barre de savon dans la bouche et de nous laver la bouche » si un enfant osait parler contre un employé laïque. Le juge du procès a estimé particulièrement significatif que non seulement les enfants, mais aussi deux membres du personnel religieux, le frère Thomas Richard Cavanaugh et la sœur Concepcion Anita Tavera, aient confirmé qu’on ordonnait aux enfants d’obéir à tous les membres du personnel.

80

81

82

83 Finally, although it is unclear whether the lay staff had the same power to administer corporal punishment to the children as the religious staff, the trial judge accepted the expert testimony of Dr. Paul Janke in this regard. Dr. Janke was of the view that this was “[o]nly slightly” relevant because he “would expect a child in that setting to generalize that fear to all the adults that were dealing with him”. The trial judge was entitled to accept this evidence of what a child in these circumstances would perceive. As McLachlin J. explained in *Jacobi*:

[I]t is certainly appropriate to consider what a reasonable child would think of the employee’s position in assessing whether the employer should be held vicariously liable for the employee’s tort. [para. 18]

84 The fourth *Bazley* factor is “the extent of power conferred on the employee”. It is under the rubric of this factor that the actual job duties and responsibilities of the employee are best assessed. Job duties are undoubtedly also connected to other *Bazley* factors, such as the “opportunity that the enterprise afforded the employee to abuse his or her power”. However, in my view, Mr. Saxey’s job duties and responsibilities, and the way in which those duties and responsibilities were allocated, are most relevant to the question of how much power the Oblates gave him.

85 The trial judge found that Mr. Saxey’s employment duties, powers and responsibilities were not clearly delineated. He was variably described as a baker, a boat operator, a maintenance person, a freight worker, a garbage person, or some combination of these. The ambiguity surrounding Mr. Saxey’s job duties was exacerbated by the fact that work assignments were entirely verbal.

86 Moreover, it was the evidence of the religious staff members that Christie was the kind of place where everyone was expected to contribute to all tasks. As a number of them said, Christie was not

Enfin, bien qu’il n’ait pas été clairement établi que les employés laïques avaient, tout autant que le personnel religieux, le pouvoir d’infliger des châtiments corporels aux enfants, le juge de première instance a retenu le témoignage d’expert du D^r Paul Janke à ce sujet. Le D^r Janke était d’avis que cette question avait [TRADUCTION] « [b]ien peu » d’importance parce qu’il [TRADUCTION] « jugeait naturel que dans un tel environnement un enfant éprouve un sentiment de peur à l’égard de tous les adultes auxquels il avait affaire ». Le juge de première instance pouvait à bon droit accepter cette preuve visant à établir ce qu’un enfant penserait dans de telles circonstances. Comme l’a expliqué la juge McLachlin dans *Jacobi* :

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. [par. 18]

Le quatrième facteur de l’arrêt *Bazley* est « l’étendue du pouvoir conféré à l’employé ». C’est dans le cadre de l’analyse de ce facteur qu’il convient le mieux d’examiner les fonctions et les responsabilités de l’employé. Il ne fait pas de doute qu’il existe un lien entre les fonctions et d’autres facteurs de l’arrêt *Bazley*, comme « l’occasion que l’entreprise a fournie à l’employé d’abuser de son pouvoir ». Toutefois, j’estime que les fonctions et les responsabilités de M. Saxey et la manière dont celles-ci lui ont été confiées se rapportent plus particulièrement à l’ampleur des pouvoirs que les Oblats lui ont confiés.

Le juge de première instance a conclu que les fonctions, les pouvoirs et les responsabilités de M. Saxey n’étaient pas clairement circonscrits. Il était, à la fois ou alternativement, un boulanger, un conducteur d’embarcation à moteur, un homme d’entretien, un manutentionnaire ou un responsable des déchets. L’ambiguïté des fonctions de M. Saxey était par ailleurs accrue du fait que ses tâches lui étaient assignées verbalement.

De plus, selon les témoignages des membres du personnel religieux, au pensionnat Christie, on s’attendait à ce que chacun des membres du personnel participe à toutes les tâches. Comme plusieurs d’entre

the kind of place where staff members refused to help out because a particular task was not in their job description. Consequently, all employees were expected to help out with the supervision of the children.

Significant too is the trial judge's finding that Mr. Saxey's job as baker required him to directly supervise children during their kitchen and bakery-related chores. Within this domain, Mr. Saxey was completely in charge and had powers second only to the principal. Not only did this include supervising children, it also included assigning them "on the spot" chores while supervising their assigned chores at the bakery. The trial judge was well aware that E.B. never worked directly with Mr. Saxey in the bakery, but because he made a factual finding that E.B. knew about Mr. Saxey's supervisory role there, he concluded that E.B. viewed Mr. Saxey as a person of power and authority.

The Court of Appeal concluded that there was an insufficient nexus between the employment duties of Mr. Saxey and the tort of sexual assault, and designated Mr. Saxey as a "modest labour[er]" (para. 56). This is in stark contradiction to the trial judge's factual findings that strongly support the existence of a strong connection and his findings that Mr. Saxey had responsibility for helping the religious staff with all school-related tasks, including child care and supervision, and a role that included supervising children on a daily basis and assigning chores to them. A July 1960 letter written by Principal Allan Noonan describes Mr. Saxey as the "main cog around here right now". The failure to strictly delineate his official duties served to increase his authority. The breadth and amorphous nature of the employment duties given to him, and the way in which those duties were allocated by the school's administration, gave him both actual and perceived power over the students.

eux l'ont dit, le pensionnat n'était pas le genre d'établissement où les membres du personnel refusaient de participer à une tâche particulière parce qu'elle ne figurait pas dans leur description de travail. Par conséquent, il était normal que tous les employés prennent part à la supervision des enfants.

Est également significative la conclusion du juge de première instance selon laquelle, en tant que boulanger, M. Saxey était directement appelé à surveiller des enfants pendant qu'ils étaient de corvée à la cuisine ou à la boulangerie. Dans ce domaine, M. Saxey assumait l'entière responsabilité et seul le directeur avait plus de pouvoirs que lui. Non seulement pouvait-il surveiller les enfants, mais il pouvait aussi, pendant qu'il supervisait leur travail à la boulangerie, leur attribuer aussi des tâches à accomplir « sur-le-champ ». Le juge de première instance savait fort bien que E.B. n'avait jamais travaillé directement avec M. Saxey à la boulangerie, mais comme il a conclu en fait que E.B. était conscient du rôle de surveillant de M. Saxey à la boulangerie, il a conclu que E.B. considérait M. Saxey comme une personne en autorité.

La Cour d'appel a conclu que le lien entre les fonctions de M. Saxey et le délit d'agression sexuelle était trop ténu et elle a dit de M. Saxey qu'il était un [TRADUCTION] « modeste travailleur » (par. 56). Elle contredit nettement les conclusions de fait du juge de première instance qui étayaient fortement l'existence d'un lien solide, ainsi que ses conclusions relatives à la responsabilité qu'avait M. Saxey d'aider le personnel religieux dans toutes les tâches connexes à la vie scolaire, y compris les soins aux enfants et la surveillance; elle contredit également sa conclusion selon laquelle le rôle de M. Saxey comprenait la supervision des enfants sur une base quotidienne et l'assignation de leurs corvées. Dans une lettre écrite au mois de juillet 1960, le directeur Allan Noonan dit que M. Saxey est [TRADUCTION] « pour l'heure, le rouage essentiel ici ». L'autorité de M. Saxey se trouvait accrue du fait que ses fonctions n'étaient pas rigoureusement circonscrites. L'étendue et la nature imprécise des fonctions qui lui étaient confiées, et la manière dont celles-ci lui étaient assignées par l'administration de l'école, le plaçaient, tant au yeux des élèves que dans les faits, en position d'autorité par rapport à ceux-ci.

87

88

89 The final *Bazley* factor is “the vulnerability of potential victims to wrongful exercise of the employee’s power”. Cohen J. found, in discussing Christie’s “operational characteristics”, that, consistent with all of the official inquiries into and research on Indian residential schools, the children at Christie were profoundly vulnerable.

90 He focused on their isolation. The children at Christie were separated from their parents for long periods of time, year after year; sisters and brothers were separated; and older siblings were separated from younger ones. The trial judge recognized that although E.B. had a number of adult relatives living at Christie, including grandparents, he was prevented from maintaining a close relationship with them. There was, as a result, no meaningful mitigation of his sense of isolation. This familial isolation was aggravated by geography. Christie, accessible only by boat and only in good weather, had no docking facilities.

91 The vulnerability created by this geographic and personal isolation was compounded by the harsh disciplinary regime consisting of routine corporal punishment, threats of such punishment and repeated orders to obey all staff members. The result, as found by the trial judge, was children who were young, afraid, isolated, intimidated and conditioned to obey adults, especially school staff members. It is difficult to imagine a more vulnerable group of potential victims.

B. *The Court of Appeal’s Assessment*

92 It is against this background that I return to the Court of Appeal’s analysis. The Court of Appeal made a number of factual assertions which are, with respect, unsupported by the record and in unexplained contradiction to the findings made by the trial judge. There was no suggestion that the

Le dernier facteur énoncé dans *Bazley* est « la vulnérabilité des victimes potentielles à l’exercice fautif du pouvoir de l’employé ». Constatant qu’il s’agissait d’une conclusion compatible avec toutes les enquêtes officielles et les recherches portant sur les pensionnats autochtones, le juge Cohen a conclu dans le cadre de son examen des « caractéristiques opérationnelles » du pensionnat Christie que les enfants de cet établissement étaient extrêmement vulnérables.

Il a insisté sur leur l’isolement. Au pensionnat Christie, les enfants étaient séparés de leurs parents pendant de longues périodes, année après année, les frères et les sœurs étaient séparés les uns des autres; les plus âgés étaient tenus à l’écart des plus jeunes. Le juge de première instance a constaté que même si un certain nombre de parents adultes de E.B. vivaient au pensionnat, notamment ses grands-parents, on l’empêchait d’entretenir des liens étroits avec eux. Par conséquent, son sentiment d’isolement n’était aucunement atténué. La situation géographique accentuait encore l’isolement familial. Le pensionnat Christie, qui était accessible seulement par bateau et par beau temps, n’avait pas de débarcadère.

La vulnérabilité des enfants en raison de l’isolement sur le plan géographique et personnel était aggravée par le régime disciplinaire sévère, comportant des châtiments corporels infligés sur une base régulière, des menaces de châtiments et des ordres maintes fois répétés d’obéir à tous les membres du personnel. On avait donc, comme le juge de première instance l’a constaté, des enfants jeunes, effrayés, isolés, intimidés et réduits à l’obéissance aux adultes, en particulier aux membres du personnel enseignant. Il est difficile d’imaginer un groupe de victimes potentielles plus vulnérable.

B. *L’analyse faite par la Cour d’appel*

C’est dans ce contexte que je reviens à l’analyse faite par la Cour d’appel. Celle-ci a posé un certain nombre d’affirmations de fait qui ne sont pas étayées par le dossier et qui contredisent sans justification les conclusions de fait du juge de première instance. La Cour d’appel n’a aucunement laissé entendre que le

trial judge misapprehended the evidence or committed any palpable or overriding error. Nor did it purport to overturn his findings. Rather, the Court of Appeal took a different view of the evidence, appropriating the trial judge's function by substituting its own findings of fact. It was of course open to the Court of Appeal to find, on reviewing the record, that the trial judge's findings were unsupported by the evidence. By ignoring instead many of his key factual findings and substituting its own version of the evidence, the Court of Appeal was replacing, rather than reviewing, his reasons.

The Court of Appeal's independent finding, for example, that the inspections at the school revealed an enthusiastic body of students and staff, is reflective of its reinterpretation of the evidence heard at trial:

It appears from the evidence that, although the buildings were getting on in age and the growing enrolment strained the school facilities, it was perceived by those conducting inspections at the school that there was enthusiasm on the part of the teaching staff and the students. [para. 7]

The trial judge, in his extensive reasons of 335 paragraphs after 15 days of trial, never discussed the inspection reports in his judgment and made no findings about their reliability. What he clearly did find, however, was that E.B.'s testimony about his abuse was "reliable" (para. 31), and that the testimony of religious staff members at Christie was "self-serving" and "not [to] be accorded substantial weight" (para. 41). His findings are consistent with the Royal Commission on Aboriginal Peoples' conclusion that inspection reports are rarely reliable, often resulting from duplicity on the part of school officials. The trial judge's conclusions are, at the very least, implicit rejections of the suggestions in the inspection reports that the environment at Christie was a halcyon one.

juge de première instance a mal interprété la preuve ou qu'il a commis une erreur manifeste ou dominante. Elle n'entendait pas non plus infirmer ses conclusions. La Cour d'appel a plutôt interprété la preuve différemment et elle s'est appropriée le rôle du juge de première instance en substituant ses propres conclusions de fait aux siennes. La Cour d'appel pouvait certes conclure, dans le cadre de l'examen du dossier, que les conclusions du juge de première instance ne s'appuyaient pas sur la preuve. En faisant plutôt abstraction de plusieurs des principales conclusions de fait du premier juge pour y substituer sa propre interprétation de la preuve, la Cour d'appel a remplacé ses motifs au lieu de les contrôler.

À titre d'exemple, la Cour d'appel a, de manière indépendante, conclu que des inspections à l'école avaient révélé que le personnel et les étudiants formaient un groupe enthousiaste, ce qui montre qu'elle a réinterprété la preuve présentée lors du procès :

[TRADUCTION] Il ressort de la preuve que même si les bâtiments montraient des signes de vétusté et le nombre croissant d'élèves mettait à l'épreuve les équipements scolaires, les personnes qui ont participé aux inspections à l'école ont considéré que les membres du personnel enseignant et les élèves faisaient preuve d'enthousiasme. [par. 7]

Il n'est aucunement question des rapports d'inspection et de leur fiabilité dans les 335 paragraphes que comportent les motifs détaillés rédigés, après 15 jours de procès, par le juge de première instance. Toutefois, il a effectivement conclu que le témoignage de E.B. en ce qui concerne les agressions qu'il a subies était [TRADUCTION] « digne de foi » (par. 31) et que les témoignages des membres du personnel religieux du pensionnat étaient [TRADUCTION] « intéressés » et qu'il ne fallait [TRADUCTION] « pas [y] accorder un poids considérable » (par. 41). Ses conclusions sont compatibles avec celles de la Commission royale sur les peuples autochtones portant que les comptes rendus d'inspection sont rarement fiables et sont souvent le fruit d'une certaine duplicité de la part des autorités scolaires. À tout le moins, les conclusions du juge de première instance rejettent de manière implicite les rapports d'inspection dans la mesure où on y laisse entendre que le bonheur régnait au pensionnat Christie.

94

The Court of Appeal also observed that a school principal at Christie testified that children were not permitted to work in areas like the kitchen or bakery. The trial judge, however, extensively discussed the contradictions in the oral and documentary evidence on this issue and concluded that it supported the position that children did in fact work in the kitchen and/or bakery and that Mr. Saxey supervised them there. The Court of Appeal simply disregarded this factual finding and substituted its own.

La Cour d'appel a aussi fait remarquer qu'un des directeurs du pensionnat Christie a déclaré que les enfants n'étaient pas autorisés à travailler à certains endroits comme la cuisine ou la boulangerie. Le juge de première instance a toutefois examiné en détail les contradictions que comportait à ce sujet la preuve testimoniale et documentaire et il a conclu que cette preuve corroborait le fait que des enfants travaillaient effectivement à la cuisine et à la boulangerie et que M. Saxey les surveillait lorsqu'ils s'y trouvaient. La Cour d'appel n'a tout simplement pas tenu compte de cette conclusion de fait et elle y a substitué la sienne.

95

The Court of Appeal also found that another adult staff member, Barney Williams, sometimes shared Mr. Saxey's upstairs quarters. At trial, this was relevant to the question of whether the sexual assaults had been proven. The Court of Appeal's finding contradicts that of the trial judge that there was insufficient evidence to support Mr. Williams' residence there. As the trial judge explained:

La Cour d'appel a aussi conclu que Barney Williams, un autre adulte membre du personnel, partageait parfois le logis de M. Saxey à l'étage supérieur. Au procès, il s'agissait d'un élément pertinent à la question de savoir si les agressions sexuelles avaient été prouvées. La conclusion de la Cour d'appel contredit celle du juge de première instance selon laquelle il n'y avait pas de preuve suffisante démontrant que M. Williams avait logé à cet endroit. Comme le juge de première instance l'a expliqué :

[T]he defendant Williams' testimony about Mr. Barney Williams sharing Saxey's living quarters was by way of an affirmative answer to a leading question in cross-examination, and . . . there was no other evidence on this point from any source, nor an indication of where the factual or evidentiary foundation for the leading question came from. [para. 46]

[TRADUCTION] [L]e témoignage du défendeur, M. Williams, concernant le fait que M. Barney Williams avait partagé le logis de M. Saxey a été donné en réponse à une question suggestive qui lui a été posée en contre-interrogatoire, et [. . .] il n'y avait aucune preuve provenant d'une autre source sur ce point et rien ne permet d'établir sur quel fait ou élément de preuve reposait cette question suggestive. [par. 46]

He explained further that he drew an adverse inference from defence counsel's failure to question any other witnesses about whether Mr. Williams actually lived upstairs with Mr. Saxey.

Il a de plus précisé avoir tiré une conclusion défavorable parce que l'avocat du défendeur n'a interrogé aucun autre témoin sur la question de savoir si M. Williams avait effectivement habité avec M. Saxey à l'étage supérieur.

96

The Court of Appeal's conclusions, moreover, that Mr. Saxey "was assigned no supervisory or child-care duties respecting pupils at the school", that "[n]one of his employment duties had the remotest connection to dealing with the pupils at the school in any supervisory or parental fashion", and that "[n]o authority had been conferred on Saxey to direct, care for or discipline the pupils" (para. 54) are in direct contradiction to Cohen J.'s

En outre, les conclusions de la Cour d'appel (au par. 54) selon lesquelles on ne lui [M. Saxey] [TRADUCTION] « avait confié aucune tâche relative à la surveillance des élèves ou aux soins devant leur être apportés », [TRADUCTION] « [l]es fonctions de M. Saxey ne supposaient aucunement qu'il exerce un rôle de surveillance ou un rôle parental en ce qui concerne les élèves », et [TRADUCTION] « [o]n n'avait pas autorisé M. Saxey à diriger ou à punir

findings that children who worked in the kitchen were instructed by the kitchen staff, that lay staff supervised the children's chores, that Mr. Saxey gave rides to the children on the tractor and that children were involved in the daily task of bread baking, supervised by Mr. Saxey. The trial judge also found that

as the staff member responsible for bread baking, Saxey would certainly have had implicit, and probably had explicit authority over the children performing kitchen and bakery-related chores . . . [para. 103]

Arguably the most problematic of the Court of Appeal's new factual finding was its statement that

[t]hose witnesses who could recall E.B. testified that he was perceived as a happy and satisfactory student with no particular problems. [para. 13]

There is no reference in the Court of Appeal's reasons to the trial judge's explicitly contrary credibility findings in connection with this issue. E.B.'s evidence, which the trial judge accepted, was that he was very unhappy at Christie. Four religious staff members had testified that E.B. was happy and well-adjusted. Not only did the trial judge find these witnesses to be unreliable and not credible, but only one of them was even at Christie during the period when the sexual assaults occurred. The exception, Sister Mary Laura, arrived at Christie in 1960, four years after E.B. arrived there.

In addition to substituting its own and sometimes contrary findings of fact without explaining why those of the trial judge should be disregarded, the Court of Appeal appears to have mischaracterized the trial judge's reasons in at least one significant way, namely its observation that vicarious

les élèves ou encore à prendre soin d'eux » viennent directement contredire les conclusions du juge Cohen que les membres du personnel laïque de la cuisine donnaient des directives aux enfants qui travaillaient à la cuisine, qu'ils les supervisaient dans l'exécution de leurs corvées, que M. Saxey faisait faire des tours de tracteur aux enfants et que ces derniers participaient, sous la supervision de M. Saxey, à la fabrication quotidienne du pain. Le juge de première instance est aussi arrivé à la conclusion suivante :

[TRADUCTION] . . . en tant que responsable de la fabrication du pain, M. Saxey avait sans aucun doute, à tout le moins implicitement et vraisemblablement de manière expresse, autorité sur les enfants qui étaient de corvée à la cuisine ou à la boulangerie . . . [par. 103]

Parmi les nouvelles conclusions de fait tirées par la Cour d'appel, celle-ci qui soulève peut-être le plus de difficultés :

[TRADUCTION] . . . les témoins en mesure de se souvenir de E.B. ont déclaré qu'il était perçu comme un élève correct qui était heureux et qui n'avait pas de problèmes particuliers. [par. 13]

Les motifs de la Cour d'appel ne font aucunement état des conclusions nettement contraires du juge de première instance concernant la force probante de la preuve soumise à cet égard. Dans son témoignage, que le juge du procès a retenu, E.B. affirme qu'il était très malheureux au pensionnat Christie. Quatre membres du personnel religieux ont dit quant à eux qu'il était un élève heureux et bien adapté. Non seulement le juge de première instance a-t-il jugé que ces témoins n'étaient pas fiables ni dignes de foi, un seul d'entre eux se trouvait au pensionnat Christie à l'époque où les agressions ont été commises. La sœur Mary Laura, la seule qui s'y trouvait à l'époque pertinente, est arrivée au pensionnat en 1960, quatre ans après l'arrivée de E.B.

Non seulement la Cour d'appel substitue-t-elle ses propres conclusions de fait — parfois contraires — à celles du premier juge sans expliquer pourquoi ces dernières devraient être écartées, mais elle semble avoir mal qualifié les motifs du juge de première instance, et ce d'au moins une façon

97

98

99

liability was imposed by the trial judge because adults at the school were to be treated with respect:

The trial judge in the case at bar appeared to take the view that because the children at the residential school were advised to treat adults at the school with respect, that this somehow conferred an ability on Saxey to exert authority over [E.B.] and increased the risk that [he] would be sexually assaulted by Saxey. [para. 52]

This unfairly oversimplifies the trial judge's reasons. The trial judge made many factual findings supportive of his conclusion that vicarious liability should be imposed, of which only one was his finding that children were required to treat adults with respect. By condensing the trial judge's lengthy and thorough analysis into a single sentence, the Court of Appeal was insufficiently attentive to the complexity of his analysis.

100 The articulation and application of the legal test is also somewhat problematic. In *Jacobi*, both the majority (at para. 64) and the dissent (at para. 26) held that the creation of a parent-like relationship is not a precondition to imposing vicarious liability. In contradiction to this conclusion, as Binnie J. points out, the Court of Appeal appears to have overemphasized the existence or lack thereof of a parent-type relationship. The Court of Appeal stated:

[I]t appears to me that the more closely an employment situation mimics a parental type relationship, the more likely it is that liability will be imposed on a vicarious basis. . . . There is often in such cases a measurable risk created by the position and employment duties assigned by the defendant employer to the tortfeasor employee. [para. 51]

101 I also have difficulty with the Court of Appeal's proposition that its conclusion is driven in part by established precedent:

[T]he earlier precedents of the decided cases should be found to unambiguously point in the direction of not supporting a finding of vicarious liability against

importante, lorsqu'elle a fait remarquer que le premier juge avait imputé la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur parce que les adultes du pensionnat devaient être traités avec respect :

[TRADUCTION] En l'espèce, le juge de première instance semble avoir estimé qu'en demandant aux enfants du pensionnat de traiter les adultes qui s'y trouvaient avec respect, on avait en quelque sorte permis à M. Saxey d'exercer son autorité sur [E.B.] et augmenté le risque que ce dernier soit agressé sexuellement par M. Saxey. [par. 52]

Cette remarque simplifie à l'excès et injustement les motifs du juge de première instance. Ce dernier s'est appuyé sur plusieurs conclusions de fait pour décider d'imputer la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur, et une seule d'entre elles concerne le fait qu'on exigeait des enfants qu'ils portent respect aux adultes. En condensant en une seule phrase l'analyse approfondie du juge de première instance, la Cour d'appel n'a pas suffisamment prêté attention à la complexité de son analyse.

La formulation et l'application du critère juridique soulèvent également des difficultés. Dans *Jacobi*, tant les juges majoritaires (par. 64) que les juges dissidents (par. 26) ont statué que la création d'une relation de type parental ne constitue pas une condition préalable de la responsabilité du fait d'autrui. Contredisant cette conclusion, comme le fait remarquer le juge Binnie, la Cour d'appel semble avoir trop insisté sur l'existence — ou l'absence — d'une relation de type parental. La Cour d'appel a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] [I]l me semble que plus la situation d'emploi s'apparente à une situation où existe une relation de type parental, plus il est probable que la responsabilité du fait d'autrui sera engagée. [. . .] Dans de tels cas, il existe souvent un risque mesurable créé par le poste et les tâches que l'employeur défendeur a assignés à l'employé auteur de la faute. [par. 51]

J'ai également de la difficulté à accepter la proposition de la Cour d'appel selon laquelle sa conclusion est en partie dictée par la jurisprudence :

[TRADUCTION] [I]l y a lieu de constater que la jurisprudence amène sans ambiguïté le tribunal à conclure qu'il ne peut statuer que la responsabilité du fait d'autrui

the [Oblates] for the wrongful conduct of Saxey. [para. 55]

I agree with Binnie J. that there is no clear governing precedent. Only four previous cases have addressed the issue of vicarious liability for sexual assaults committed in the residential school context. Two involved dorm supervisors: *M. (F.S.) v. Clarke*, [1999] 11 W.W.R. 301 (B.C.S.C.), and *B. (W.R.) v. Plint* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 18 (S.C.). Two others involved the same school administrator who had parent-like authority and the power to discipline children: *D.W. v. Canada (Attorney General)* (1999), 187 Sask. R. 21, 1999 SKQB 187; and *V.P. v. Canada (Attorney General)* (1999), 186 Sask. R. 161, 1999 SKQB 180. The courts in all four cases imposed vicarious liability.

These cases are distinguishable because they all involve employees whose job responsibilities, unlike Mr. Saxey's, explicitly centred on supervising, disciplining and caring for the students. In other cases relied on by the Court of Appeal, like *G. (E.D.) v. Hammer* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89 (S.C.), the sexual assaults did not take place in the residential facility context. This is relevant because of the unique and extreme vulnerability residential schools created. *G. (E.D.)* involved a sexual assault perpetrated by a janitor at a public school. A public school is not the functional equivalent of a residential school like Christie.

I have the most difficulty with the Court of Appeal's conclusion essentially ignoring the trial judge's textured legal and factual *Bazley* analysis and suggesting that his conclusion was based merely on opportunity:

If Saxey, in his modest labouring position at Christie school, could be held to be an individual whose assaultive conduct should result in the imposition of vicarious

des [Oblats] est engagée en raison de l'acte fautif de M. Saxey. [par. 55]

Je conviens avec le juge Binnie qu'il n'existe pas de précédents clairs. Seulement quatre décisions portent sur la question de la responsabilité du fait d'autrui relativement à des agressions sexuelles commises dans des pensionnats. Deux impliquent des surveillants de dortoirs : *M. (F.S.) c. Clarke*, [1999] 11 W.W.R. 301 (C.S.C.-B.), et *B. (W.R.) c. Plint* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 18 (C.S.). Les deux autres concernent le même administrateur d'école qui tenait un rôle de type parental et qui avait le pouvoir d'imposer des mesures disciplinaires aux enfants : *D.W. c. Canada (Attorney General)* (1999), 187 Sask. R. 21, 1999 SKQB 187, et *V.P. c. Canada (Attorney General)* (1999), 186 Sask. R. 161, 1999 SKQB 180. Dans tous ces cas, les tribunaux ont retenu la responsabilité du fait d'autrui.

Ces décisions se distinguent parce qu'elles concernent toutes des employés dont les responsabilités, contrairement à M. Saxey, comportaient explicitement le soin et la supervision des élèves, et l'imposition de mesures disciplinaires. Dans les autres décisions sur lesquelles s'appuie la Cour d'appel, comme *G. (E.D.) c. Hammer* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89 (S.C.), les agressions sexuelles n'ont pas été commises dans un pensionnat. Ce point mérite d'être relevé vu l'unique et extrême vulnérabilité qu'ont créée les pensionnats. Dans *G. (E.D.)*, il s'agissait d'une agression sexuelle commise par un concierge d'une école publique. Une école publique ne saurait être assimilée, sur le plan du fonctionnement, à un établissement comme le pensionnat Christie.

J'ai encore plus de mal à accepter la conclusion par laquelle la Cour d'appel fait pour ainsi dire abstraction de l'analyse juridique et factuelle de l'arrêt *Bazley* que le juge de première instance a menée avec nuance et par laquelle elle donne à entendre que le premier juge a fondé sa décision simplement sur l'occasion :

[TRADUCTION] S'il fallait conclure que M. Saxey, un modeste travailleur au pensionnat Christie, est une personne dont la conduite agressive doit engager la

102

103

104

liability on the [Oblates] for such actions, then it is difficult to envisage any residential school situation involving intentional wrongdoing by an employee where such liability would not be imposed. [para. 56]

105

There is no doubt that if the trial judge had imposed vicarious liability on the basis of “mere opportunity”, without due regard for employment duties, vicarious liability would be improperly transformed into strict liability. The Court of Appeal was rightly alive to this concern. However, the trial judge did not rely on “mere opportunity”. His decision was based on his assessment of this particular employee’s duties in this particular setting. Christie was found to operate in a way that increased the risk of sexual assault, and Mr. Saxey was found to have been given job duties and responsibilities that, because of their substance and the way they were allocated, exploited this risk.

106

Because the trial judge’s decision was anchored in the specifics of Mr. Saxey’s situation, the torts of other employees at Christie will not necessarily lead to vicarious liability on the part of the Oblates. As for this case’s application to other residential schools, if those schools are found to have different operational characteristics, or if an employee’s duties are found to be less integral to the facility or to the management of children, vicarious liability will not be imposed.

C. *The Standard of Review*

107

As Binnie J. points out, the standard of review for questions of mixed fact and law, defined as those that involve the application of a legal standard to a set of facts, is usually the deferential palpable and overriding error standard: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, at paras. 26-28. However, the *Housen* majority also noted that an error about a question of mixed fact and law can, when the legal principle is easily extricable, be subject to the less deferential standard of

responsabilité du fait d’autrui des [Oblats], on pourrait difficilement envisager le cas où la faute intentionnelle d’un employé dans un pensionnat n’engagerait pas la responsabilité du fait d’autrui. [par. 56]

Il est certain que si le juge de première instance avait retenu la responsabilité du fait d’autrui en se fondant sur la « simple occasion », sans prendre en compte comme il se doit les fonctions de l’employé, la responsabilité du fait d’autrui aurait été irrégulièrement assimilée à la responsabilité stricte. La Cour d’appel avait raison d’exprimer cette crainte. Cependant, le juge de première instance ne s’est pas appuyé sur la « simple occasion ». Sa décision était fondée sur les fonctions particulières qu’exerçait cet employé dans ce milieu particulier. Il a conclu que le fonctionnement du pensionnat Christie avait augmenté le risque d’agression sexuelle, et que M. Saxey s’était vu confier des fonctions et des responsabilités qui, en raison de leur nature et de la manière dont elles lui avaient été assignées, alimentaient le risque.

Étant donné que les particularités de la situation de M. Saxey servent d’assise à la décision du juge de première instance, les Oblats ne seront pas nécessairement tenus responsables du fait d’autrui pour les délits commis par d’autres employés du pensionnat Christie. Pour ce qui est de la possibilité que la décision en l’espèce s’applique à l’égard d’autres pensionnats, la responsabilité du fait d’autrui de ceux-ci ne sera pas engagée si leurs caractéristiques opérationnelles diffèrent de celles du pensionnat Christie ou si les fonctions des employés en cause sont jugées moins inhérentes à l’établissement ou à la prise en charge des enfants.

C. *La norme de contrôle*

Comme le fait remarquer le juge Binnie, la norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit, que l’on définit comme étant celles qui comportent l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits, est habituellement l’erreur manifeste et dominante, une norme empreinte de déférence : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, par. 26-28. Toutefois dans *Housen*, les juges majoritaires ont aussi souligné que l’erreur portant sur une question mixte de fait et de

correctness. The Court explained that, generally, however,

where the issue on appeal involves the trial judge's interpretation of the evidence as a whole, it should not be overturned absent palpable and overriding error. [para. 36]

Binnie J. concludes that Cohen J. failed to properly apply the *Bazley* test and thus committed an extricable error of principle that amounts to an error of law. With respect, I see no such error. As this Court made clear in *Bazley*, the test for vicarious liability is not a mechanical one, and the list of factors enumerated is not exhaustive. The trial judge's reasons fit squarely into the blueprint created by this Court's established vicarious liability jurisprudence. He not only correctly stated the legal test, but made the necessary factual findings to support his decision to impose liability.

In any event, I have difficulty seeing how any such error, even if it does exist, can so easily be extricated from the factual conclusions the trial judge reached. The application of this test is necessarily a complex undertaking. It involves weighing multiple interrelated, and sometimes contradictory, factors. The trial judge's consideration of the relevant factors was necessarily a highly integrated one and, consequently, not easily amenable to extricating law from fact.

To gain a thorough understanding of the dynamics at work at Christie and to determine whether the Oblates materially enhanced the risk of sexual assault, the nature and operation of the enterprise had to be assessed. The trial judge did not ignore Mr. Saxey's employment duties; he reviewed them in the context of the work environment created by the Oblates. This review led him to conclude that there was a strong connection between the job

droit peut, lorsqu'elle implique un principe juridique facilement isolable, être assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte qui fait appel à une déférence moins grande. La Cour explique cependant que, de manière générale,

si la question litigieuse en appel soulève l'interprétation de l'ensemble de la preuve par le juge de première instance, cette interprétation ne doit pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et dominante. [par. 36]

Le juge Binnie conclut que le juge Cohen n'a pas correctement appliqué le critère de l'arrêt *Bazley* et qu'il a ainsi commis une erreur de principe équivalente à une erreur de droit. En toute déférence, je ne considère pas qu'une telle erreur a été commise en l'espèce. Comme notre Cour l'a clairement dit dans *Bazley*, le critère de la responsabilité du fait d'autrui n'a rien de machinal, et la liste de facteurs énumérés n'est pas exhaustive. Les motifs du juge de première instance s'inscrivent indéniablement dans le cadre établi par notre Cour dans ses arrêts en matière de responsabilité du fait d'autrui. Non seulement le juge du procès a-t-il correctement énoncé le critère juridique, mais il a tiré les conclusions de fait requises pour justifier sa décision d'imputer la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur.

Quoi qu'il en soit, j'ai du mal à saisir comment une telle erreur, si de fait elle existe, peut si facilement être isolée des conclusions de fait du juge de première instance. L'application de ce critère est nécessairement un exercice complexe. Elle suppose la pondération de nombreux facteurs étroitement liés et parfois contradictoires. Dans son examen, le juge de première instance a nécessairement pris grand soin d'intégrer les facteurs pertinents, de sorte qu'il est difficile d'isoler les questions de droit des questions de fait.

Pour bien comprendre la dynamique du pensionnat Christie et pour déterminer si les Oblats ont sensiblement accru le risque d'agression sexuelle, il fallait examiner la nature de l'entreprise ainsi que son fonctionnement. Le juge de première instance n'a pas fait abstraction des fonctions de M. Saxey; il en a fait l'examen dans le contexte du milieu de travail créé par les Oblats. Cet examen l'a amené à conclure qu'il existait un lien solide entre les

108

109

110

duties and job-related powers given to Mr. Saxey and the tort committed.

fonctions de M. Saxey et les pouvoirs que lui conférait son travail, et le délit commis.

111 I see no basis for disturbing his unchallenged findings of fact or the legal conclusion he drew from them that vicarious liability should be imposed. However, even applying the higher threshold, I see no basis for interfering with the trial judge's legal conclusion.

Je ne vois aucune raison de modifier les conclusions de fait non contestées du juge de première instance ou la conclusion de droit qu'il en tire, à savoir que l'employeur devrait être tenu responsable du fait d'autrui. Toutefois, même en appliquant la norme plus stricte, rien, selon moi, ne permet de modifier la conclusion de droit du juge du procès.

112 In light of the foregoing, I would allow the appeal with costs throughout.

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Appeal dismissed, ABELLA J. dissenting.

Pourvoi rejeté, la juge ABELLA est dissidente.

Solicitors for the appellant: Miller Thomson, Vancouver.

Procureurs de l'appelant : Miller Thomson, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Dohm, Jaffer & Jeraj, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Dohm, Jaffer & Jeraj, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.