

The Children's Foundation, the Superintendent of Family and Child Services in the Province of British Columbia and Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia as represented by the Ministry of Social Services and Housing *Appellants*

v.

Patrick Allan Bazley *Respondent*

and

Her Majesty The Queen in Right of Alberta as represented by the Minister of Justice and Attorney General of Alberta, the Canadian Conference of Catholic Bishops, the United Church of Canada, the General Synod of the Anglican Church of Canada, Wunnumin Lake First Nation, William Richard Blackwater et al., and Barrie Caldwell, Samuel McNab and Glen Pelletier *Intervenors*

INDEXED AS: BAZLEY v. CURRY

File No.: 26013.

1998: October 6; 1999: June 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Vicarious liability — Intentional torts — Sexual abuse — Child sexually abused while in residential care facility — Whether organization operating facility vicariously liable for employee's sexual assault of child — Whether non-profit employers should be exempted from liability.

Employment law — Liability of employers — Intentional torts of employees — Child sexually abused while in residential care facility — Whether organization

La Children's Foundation, le Superintendent of Family and Child Services de la province de la Colombie-Britannique et Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique, représentée par le Ministry of Social Services and Housing *Appelants*

c.

Patrick Allan Bazley *Intimé*

et

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, représentée par le ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta, la Conférence des évêques catholiques du Canada, l'Église unie du Canada, le synode général de l'Église anglicane du Canada, la Première Nation de Lac Wunnumin, William Richard Blackwater et autres, et Barrie Caldwell, Samuel McNab et Glen Pelletier *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BAZLEY c. CURRY

N° du greffe: 26013.

1998: 6 octobre; 1999: 17 juin.

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

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

Responsabilité délictuelle — Responsabilité du fait d'autrui — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Enfant agressé sexuellement alors qu'il était traité dans un établissement de soins pour bénéficiaires internes — La responsabilité du fait d'autrui de l'organisme qui exploite l'établissement en cause est-elle engagée en raison de l'agression sexuelle d'un enfant par son employé? — L'employeur qui est un organisme sans but lucratif devrait-il être exonéré de toute responsabilité?

Employeur et employé — Responsabilité de l'employeur — Délit intentionnel d'un employé — Enfant agressé sexuellement alors qu'il était traité dans un

operating facility vicariously liable for employee's tortious conduct.

The appellant Foundation, a non-profit organization, operated two residential care facilities for the treatment of emotionally troubled children. As substitute parent, it practised "total intervention" in all aspects of the lives of the children it cared for. The Foundation's employees were to do everything a parent would do, from general supervision to intimate duties like bathing and tucking in at bedtime. The Foundation hired C, a pedophile, to work in one of its homes. The Foundation did not know he was a pedophile. It checked and was told he was a suitable employee. After investigating a complaint about C, and verifying that he had abused a child in one of its homes, the Foundation discharged him. C was convicted of 19 counts of sexual abuse, two of which related to the respondent. The respondent sued the Foundation for compensation for the injury he suffered while in its care. The parties stated a case to determine whether the Foundation was vicariously liable for its employee's tortious conduct. The chambers judge found that it was and the Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeal should be dismissed and the matter remitted to trial.

Pursuant to the *Salmond* test, employers are vicariously liable for both employee acts authorized by the employer and unauthorized acts so connected with authorized acts that they may be regarded as modes (albeit improper modes) of doing authorized acts. In determining whether an employer is vicariously liable for an employee's unauthorized, intentional wrong in cases where precedent is inconclusive, courts should be guided by the following principles. First, they should openly confront the question of whether liability should lie against the employer, rather than obscuring the decision beneath semantic discussions of "scope of employment" and "mode of conduct". Second, the fundamental question is whether the wrongful act is sufficiently related to conduct authorized by the employer to justify the imposition of vicarious liability. Vicarious liability is generally appropriate where there is a significant connection between the creation or enhancement of a risk and the wrong that accrues therefrom, even if unrelated

établissement de soins pour bénéficiaires internes — La responsabilité du fait d'autrui de l'organisme qui exploite l'établissement en cause est-elle engagée en raison de la conduite délictueuse de son employé?

La Fondation appelante, un organisme sans but lucratif, exploitait deux établissements de soins pour bénéficiaires internes où des enfants étaient traités pour des troubles affectifs. En sa qualité de substitut parental, elle pratiquait l'«intervention totale» dans tous les aspects de la vie des enfants qui lui étaient confiés. Les employés de la Fondation devaient faire tout ce qu'un parent ferait, de la surveillance générale à des tâches intimes comme donner le bain aux enfants et les border à l'heure du coucher. La Fondation a embauché C, un pédophile, à l'un de ses établissements. Elle ignorait qu'il était pédophile. Elle a procédé à des vérifications et s'est fait dire qu'il était apte à occuper le poste en question. Après avoir enquêté sur une plainte au sujet de C et avoir obtenu confirmation qu'il avait agressé un enfant dans l'un de ses établissements, la Fondation l'a congédié. C a été déclaré coupable relativement à 19 chefs d'accusation d'agression sexuelle, dont deux concernaient l'intimé. L'intimé a intenté une action contre la Fondation en vue d'être indemnisé du préjudice subi pendant qu'il avait été confié à ses soins. Les parties ont présenté un exposé de cause pour établir si la responsabilité du fait d'autrui de la Fondation était engagée en raison de la conduite délictueuse de son employé. Le juge en chambre a décidé qu'elle l'était et la Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté et l'affaire est renvoyée à procès.

Selon le critère *Salmond*, la responsabilité du fait d'autrui d'un employeur est engagée en raison à la fois des actes d'un employé autorisés par cet employeur, et des actes non autorisés qui sont si étroitement liés aux actes autorisés qu'ils peuvent être considérés comme des façons (quoiqu'incorrectes) de les accomplir. Pour décider si la responsabilité du fait d'autrui d'un employeur est engagée en raison de la faute intentionnelle et non autorisée de son employé dans des cas où la jurisprudence n'est pas concluante, les tribunaux devraient appliquer les principes suivants. Premièrement, ils devraient s'attaquer ouvertement à la question de savoir si la responsabilité de l'employeur devrait être engagée, au lieu d'embrouiller la décision par des analyses sémantiques de l'«exercice des fonctions» et du «mode de comportement». Deuxièmement, il s'agit essentiellement de savoir si l'acte fautif est suffisamment lié à la conduite autorisée par l'employeur pour justifier l'imputation de la responsabilité du fait

to the employer's desires. Where this is so, vicarious liability will serve the policy considerations of the provision of an adequate and just remedy and of deterrence. Incidental connections to the employment enterprise, like time and place (without more), will not suffice. Once engaged in a particular business, it is fair that an employer be made to pay the generally foreseeable costs of that business. In contrast, to impose liability for costs unrelated to the risk would effectively make the employer an involuntary insurer. Third, in determining the sufficiency of the connection between the employer's creation or enhancement of the risk and the wrong complained of, subsidiary factors may be considered. These may vary with the nature of the case. When related to intentional torts, the relevant factors may include, but are not limited to, the following: (a) the opportunity that the enterprise afforded the employee to abuse his or her power; (b) the extent to which the wrongful act may have furthered the employer's aims (and hence be more likely to have been committed by the employee); (c) the extent to which the wrongful act was related to friction, confrontation or intimacy inherent in the employer's enterprise; (d) the extent of power conferred on the employee in relation to the victim; and (e) the vulnerability of potential victims to the wrongful exercise of the employee's power.

Applying these general considerations to sexual abuse by employees, 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. Because of the peculiar exercises of power and trust that pervade cases such as child abuse, special attention should be paid to the existence of a power or dependency relationship, which on its own often creates a considerable risk of wrongdoing.

d'autrui. La responsabilité du fait d'autrui est généralement fondée quand il existe un lien important entre la création ou l'accroissement d'un risque et la faute qui en découle, même si elle n'a rien à voir avec les souhaits de l'employeur. Le cas échéant, la responsabilité du fait d'autrui satisfera aux considérations de politique générale de la dissuasion et de la réparation juste et appropriée. Des liens accessoires avec l'entreprise qui procure l'emploi, comme la date, l'heure et le lieu (sans plus), ne sont pas suffisants. Lorsque l'employeur exerce une activité particulière, il est juste qu'il soit obligé d'acquitter les coûts généralement prévisibles de cette activité. Par contre, l'imputation de la responsabilité des coûts non liés au risque ferait effectivement de l'employeur un assureur involontaire. Troisièmement, pour décider s'il existe un lien suffisant entre la création ou l'accroissement du risque par l'employeur et la faute reprochée, il est possible de tenir compte de facteurs subsidiaires qui peuvent varier selon la nature de l'affaire. Quand ils se rapportent à des délits intentionnels, les facteurs pertinents peuvent notamment comprendre les suivants: a) l'occasion que l'entreprise a fournie à l'employé d'abuser de son pouvoir, b) la mesure dans laquelle l'acte fautif peut avoir contribué à la réalisation des objectifs de l'employeur (et avoir donc été plus susceptible d'être commis par l'employé), c) la mesure dans laquelle l'acte fautif était lié à la situation de conflit, d'affrontement ou d'intimité propre à l'entreprise de l'employeur, d) l'étendue du pouvoir conféré à l'employé relativement à la victime, et e) la vulnérabilité des victimes potentielles à l'exercice fautif du pouvoir de l'employé.

Pour appliquer ces considérations générales à l'agression sexuelle commise par un employé, 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. Compte tenu des utilisations particulières qui sont faites de l'autorité et de la confiance dans les cas d'agression d'un enfant, il faut prêter une attention spéciale à l'existence d'un rapport de force ou de dépendance, qui crée souvent en soi un risque considérable de faute.

There should not be an exemption for non-profit organizations. While non-profit organizations perform needed services on behalf of the community as a whole, the Foundation's institution, however meritorious, put the respondent in the intimate care of C and in a very real sense enhanced the risk of his being abused. From his perspective, it is fair that as between him and the institution that enhanced the risk, the institution should bear legal responsibility for his abuse and the harm that befell him. It may also deter other incidents of sexual abuse by motivating charitable organizations entrusted with the care of children to take not only such precautions as the law of negligence requires, but all possible precautions to ensure that their children are not sexually abused.

Here the Foundation is vicariously liable for the sexual misconduct of its employee. The opportunity for intimate private control and the parental relationship and power required by the terms of employment created the special environment that nurtured and brought to fruition the sexual abuse. The employer's enterprise created and fostered the risk that led to the ultimate harm. Fairness and the need for deterrence in this critical area of human conduct — the care of vulnerable children — suggest that as between the Foundation that created and managed the risk and the innocent victim, the Foundation should bear the loss.

Cases Cited

Disapproved: *S.T. v. North Yorkshire County Council*, [1999] I.R.L.R. 98; **referred to:** *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Kay v. I.T.W. Ltd.*, [1968] 1 Q.B. 140; *Ryan v. Fildes*, [1938] 3 All E.R. 517; *Daniels v. Whetstone Entertainments, Ltd.*, [1962] 2 Lloyd's Rep. 1; *Dyer v. Munday*, [1895] 1 Q.B. 742; *Lakatosh v. Ross* (1974), 48 D.L.R. (3d) 694; *Cole v. California Entertainment Ltd.*, [1989] B.C.J. No. 2162 (QL); *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, [1912] A.C. 716; *The Queen v. Levy Brothers Co.*, [1961] S.C.R. 189; *Boothman v. Canada*, [1993] 3 F.C. 381; *Warren v. Henlys, Ltd.*, [1948] 2 All E.R. 935; *G.J. v. Griffiths*, [1995] B.C.J. No. 2370 (QL); *Palsgraf v. Long Island R. Co.*, 162 N.E. 99 (1928); *Plains Engineering Ltd. v. Barnes Security Services Ltd.* (1987), 43 C.C.L.T. 129; *Poland v. John Parr and Sons*, [1927] 1 K.B. 236; *Morris v. C. W. Martin & Sons Ltd.*, [1966] 1 Q.B. 716.

Il ne devrait pas y avoir exonération de responsabilité dans le cas d'un organisme sans but lucratif. Bien que les organismes sans but lucratif fournissent des services nécessaires au nom de l'ensemble de la collectivité, l'établissement exploité par la Fondation, si louable soit-il, a confié l'intimé aux soins personnels de C et a donc vraiment accru le risque qu'il soit agressé. De son point de vue, il est juste que, entre lui et l'établissement qui a accru le risque, ce soit ce dernier qui soit responsable, en droit, de son agression et du préjudice qu'il a subi. Cela peut également contribuer à prévenir d'autres épisodes d'agression sexuelle en incitant les organismes de bienfaisance à qui des enfants sont confiés à prendre non seulement les précautions requises par le droit en matière de négligence, mais toutes celles possibles pour éviter que les enfants qui leur sont confiés soient victimes d'une agression sexuelle.

En l'espèce, la responsabilité du fait d'autrui de la Fondation est engagée en raison de l'inconduite sexuelle de son employé. L'occasion d'exercer un contrôle personnel intime ainsi que l'autorité et la relation parentales requises par les conditions de travail ont engendré le climat propice à la perpétration de l'agression sexuelle. L'entreprise de l'employeur a créé et favorisé le risque à l'origine du préjudice causé. L'équité et le besoin de dissuasion dans ce domaine crucial du comportement humain, qu'est le soin d'enfants vulnérables, portent à croire que, entre la victime innocente et la Fondation qui a créé et géré le risque, c'est la Fondation qui devrait assumer la perte.

Jurisprudence

Arrêt critiqué: *S.T. c. North Yorkshire County Council*, [1999] I.R.L.R. 98; **arrêts mentionnés:** *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Kay c. I.T.W. Ltd.*, [1968] 1 Q.B. 140; *Ryan c. Fildes*, [1938] 3 All E.R. 517; *Daniels c. Whetstone Entertainments, Ltd.*, [1962] 2 Lloyd's Rep. 1; *Dyer c. Munday*, [1895] 1 Q.B. 742; *Lakatosh c. Ross* (1974), 48 D.L.R. (3d) 694; *Cole c. California Entertainment Ltd.*, [1989] B.C.J. No. 2162 (QL); *Lloyd c. Grace, Smith & Co.*, [1912] A.C. 716; *The Queen c. Levy Brothers Co.*, [1961] R.C.S. 189; *Boothman c. Canada*, [1993] 3 C.F. 381; *Warren c. Henlys, Ltd.*, [1948] 2 All E.R. 935; *G.J. c. Griffiths*, [1995] B.C.J. No. 2370 (QL); *Palsgraf c. Long Island R. Co.*, 162 N.E. 99 (1928); *Plains Engineering Ltd. c. Barnes Security Services Ltd.* (1987), 43 C.C.L.T. 129; *Poland c. John Parr and Sons*, [1927] 1 K.B. 236; *Morris c. C. W. Martin & Sons Ltd.*, [1966] 1 Q.B. 716.

Authors Cited

- Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.
- Feldthusen, Bruce. "Vicarious Liability for Sexual Torts". In Nicholas J. Mullany and Allen M. Linden, eds., *Torts Tomorrow: A Tribute to John Fleming*. Sydney: LBC Information Services, 1998.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
- Laski, Harold J. "The Basis of Vicarious Liability" (1916), 26 *Yale L.J.* 105.
- Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed. W. Page Keeton, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
- Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.
- Sykes, Alan O. "The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines" (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 563.
- Williams, Glanville. "Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?" (1956), 72 *L.Q. Rev.* 522.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) v. Curry*), 89 B.C.A.C. 93, 145 W.A.C. 93, 146 D.L.R. (4th) 72, [1997] 4 W.W.R. 431, 26 C.C.E.L. (2d) 161, 34 C.C.L.T. (2d) 241, [1997] B.C.J. No. 692 (QL) (*sub nom. P.A.B. v. Curry*), affirming a decision of the British Columbia Supreme Court (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 217, [1995] 10 W.W.R. 339, 12 C.C.E.L. (2d) 228, 25 C.C.L.T. (2d) 302, [1995] B.C.J. No. 1468 (QL), finding the appellant Foundation vicariously liable for its employee's tortious conduct. Appeal dismissed.

William M. Holburn, Q.C., and *Dale Stewart*, for the appellant Children's Foundation.

Richard J. Meyer and *J. Douglas Eastwood*, for the appellant Her Majesty the Queen in Right of British Columbia.

D. Brent Adair, for the respondent.

Doctrine citée

- Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.
- Feldthusen, Bruce. «Vicarious Liability for Sexual Torts». In Nicholas J. Mullany and Allen M. Linden, eds., *Torts Tomorrow: A Tribute to John Fleming*. Sydney: LBC Information Services, 1998.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
- Laski, Harold J. «The Basis of Vicarious Liability» (1916), 26 *Yale L.J.* 105.
- Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed. W. Page Keeton, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
- Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.
- Sykes, Alan O. «The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines» (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 563.
- Williams, Glanville. «Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?» (1956), 72 *L.Q. Rev.* 522.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) c. Curry*), 89 B.C.A.C. 93, 145 W.A.C. 93, 146 D.L.R. (4th) 72, [1997] 4 W.W.R. 431, 26 C.C.E.L. (2d) 161, 34 C.C.L.T. (2d) 241, [1997] B.C.J. No. 692 (QL) (*sub nom. P.A.B. c. Curry*), qui a confirmé la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 217, [1995] 10 W.W.R. 339, 12 C.C.E.L. (2d) 228, 25 C.C.L.T. (2d) 302, [1995] B.C.J. No. 1468 (QL), concluant à la responsabilité du fait d'autrui de la Fondation appelante en raison de la conduite délictueuse de son employé. Pourvoi rejeté.

William M. Holburn, c.r., et *Dale Stewart*, pour l'appelante la Children's Foundation.

Richard J. Meyer et *J. Douglas Eastwood*, pour l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique.

D. Brent Adair, pour l'intimé.

William C. Olthuis and Tim Hurlburt, for the intervener Her Majesty the Queen in Right of Alberta.

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

Christopher E. Hinkson, Q.C., and Elizabeth Campbell, for the intervener the United Church of Canada.

George E. H. Cadman, Q.C., and Heather Craig, for the intervener the General Synod of the Anglican Church of Canada.

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

Peter R. Grant and Diane Soroka, for the interveners William Richard Blackwater et al.

Robert G. Richards and Dana Schindelka, for the interveners Barrie Caldwell, Samuel McNab and Glen Pelletier.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. —

I. Introduction

It is tragic but true that people working with the vulnerable sometimes abuse their positions and commit wrongs against the very people they are engaged to help. The abused person may later seek to recover damages for the wrong. But judgment against the wrongdoer may prove a hollow remedy. This raises the question of whether the organization that employed the offender should be held liable for the wrong. The law refers to such liability as “vicarious” liability. It is also known as “strict” or “no-fault” liability, because it is imposed in the absence of fault of the employer. The issue in this case is whether such liability lies for an employee’s sexual abuse of children in his care.

William C. Olthuis et Tim Hurlburt, pour l’intervenante Sa Majesté la Reine du chef de l’Alberta.

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

Christopher E. Hinkson, c.r., et Elizabeth Campbell, pour l’intervenante l’Église unie du Canada.

George E. H. Cadman, c.r., et Heather Craig, pour l’intervenant le synode général de l’Église anglicane du Canada.

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

Peter R. Grant et Diane Soroka, pour les intervenants William Richard Blackwater et autres.

Robert G. Richards et Dana Schindelka, pour les intervenants Barrie Caldwell, Samuel McNab et Glen Pelletier.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

I. Introduction

Il est tragique mais vrai que des gens qui travaillent avec des personnes vulnérables abusent parfois de leur position et causent du tort aux personnes mêmes qu’ils sont chargés d’aider. Il peut arriver, par la suite, que la personne maltraitée réclame des dommages-intérêts pour le tort subi. Toutefois, un jugement contre l’auteur du tort peut se révéler futile. La question qui se pose alors est de savoir si l’organisme qui a employé le contrevenant devrait être tenu responsable du tort causé. Le droit qualifie cette responsabilité de responsabilité «du fait d’autrui». Elle est également connue sous le nom de responsabilité «stricte» ou «sans faute», parce qu’elle est imputée en l’absence de faute de la part de l’employeur. Il s’agit en l’espèce de savoir si une telle responsabilité est engagée en raison de l’agression sexuelle commise par un employé sur des enfants confiés à ses soins.

II. Facts

2 The appellant, the Children's Foundation, is a non-profit organization. It operated two residential care facilities for the treatment of emotionally troubled children between the ages of six and twelve. As substitute parent, it practised "total intervention" in all aspects of the lives of the children it cared for. The Foundation authorized its employees to act as parent figures for the children. It charged them to care for the children physically, mentally and emotionally. The employees were to do everything a parent would do, from general supervision to intimate duties like bathing and tucking in at bedtime.

3 The Foundation hired Mr. Curry, a pedophile, to work in its Vancouver home. The Foundation did not know he was a pedophile. It checked and was told he was a suitable employee. Into this environment, too, came the child Patrick Bazley, young and emotionally vulnerable. Curry began a seduction. Over the months, step by subtle step, bathing became sexual exploration; tucking in in a darkened room became sexual abuse.

4 Someone complained about Curry. The Foundation inquired and upon verifying that Curry had abused a child in one of its homes, immediately discharged him. In 1992, Curry was convicted of 19 counts of sexual abuse, two of which related to Bazley. Curry has since died.

5 Bazley sued the Foundation for compensation for the injury he suffered while in its care. The Foundation took the position that since it had committed no fault in hiring or supervising Curry, it was not legally responsible for what he had done. The parties stated a case to determine whether (assuming the appellant was not, in fact, negligent) the appellant was nonetheless vicariously liable for its employee's tortious conduct. The chambers

II. Les faits

L'appelante, la Children's Foundation (la «Fondation»), est un organisme sans but lucratif. Elle exploitait deux établissements de soins pour bénéficiaires internes où des enfants de six à douze ans étaient traités pour des troubles affectifs. En sa qualité de substitut parental, elle pratiquait l'«intervention totale» dans tous les aspects de la vie des enfants qui lui étaient confiés. La Fondation autorisait ses employés à faire figure de parents pour les enfants. Elle leur confiait le soin des enfants sur les plans physique, mental et affectif. Les employés devaient faire tout ce qu'un parent ferait, de la surveillance générale à des tâches intimes comme donner le bain aux enfants et les border à l'heure du coucher.

La Fondation a embauché M. Curry, un pédophile, à son établissement de Vancouver. La Fondation ignorait qu'il était pédophile. Elle a procédé à des vérifications et s'est fait dire qu'il était apte à occuper le poste en question. Patrick Bazley, un enfant jeune et vulnérable sur le plan affectif, s'est également retrouvé dans ce milieu. Curry a entrepris de le séduire. Au fil des mois, l'heure du bain est devenue peu à peu subtilement une exploration sexuelle; l'heure du coucher dans une chambre sombre s'est transformée en agression sexuelle.

Quelqu'un s'est plaint de Curry. La Fondation a enquêté sur lui et l'a congédié sur-le-champ après avoir obtenu confirmation qu'il avait agressé un enfant dans l'un de ses établissements. En 1992, Curry a été déclaré coupable relativement à 19 chefs d'accusation d'agression sexuelle, dont deux concernaient Bazley. Curry est maintenant décédé.

Bazley a intenté une action contre la Fondation en vue d'être indemnisé du préjudice subi pendant qu'il avait été confié à ses soins. La Fondation a adopté le point de vue selon lequel, étant donné qu'elle n'avait commis aucune faute en embauchant ou en supervisant Curry, elle n'était aucunement responsable en droit de ce qu'il avait fait. Les parties ont présenté un exposé de cause pour établir si (en supposant qu'elle n'avait pas, en réalité, fait preuve de négligence) la responsabilité du fait

judge found that it was and the Court of Appeal dismissed the appeal.

III. Judgments

A. *British Columbia Supreme Court* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 217

The chambers judge, Lowry J., applied the common law test known as the *Salmond* test (from Salmond and Heuston's treatise on torts: see, e.g., *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (19th ed. 1987), at pp. 521-22) to determine the Foundation's strict liability for its employee's conduct. Under this test, employers are vicariously liable for employee torts falling within the "scope of employment" (at p. 220):

An employee's wrongful conduct is said to fall within the course and scope of his or her employment where it consists of either (1) acts authorized by the employer or (2) unauthorized acts that 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: *Canadian Pacific Railway Co. v. Lockhart*, [1942] A.C. 591 at 599 (P.C.).

The Foundation clearly had not authorized Curry's sexual abuse. Therefore the only question was whether the wrong was so connected to an authorized act that it could be regarded as a mode of doing that act. Lowry J. said that it was. The Foundation had authorized Curry to put the child to bed. Curry committed the sexual abuse while putting the child to bed. Therefore the sexual abuse could be viewed as a mode, however improper, of doing an authorized act. Lowry J. accordingly ruled that the Foundation was vicariously liable for Curry's sexual torts.

d'autrui de l'appelante était néanmoins engagée en raison de la conduite délictueuse de son employé. Le juge en chambre a conclu qu'elle l'était et la Cour d'appel a rejeté l'appel.

III. Jugements

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 217

Le juge en chambre Lowry a appliqué le critère de common law connu sous le nom de critère *Salmond* (tiré du traité sur la responsabilité civile délictuelle de Salmond et Heuston: voir, par exemple, *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (19^e éd. 1987), aux pp. 521 et 522), pour établir la responsabilité stricte de la Fondation à l'égard de la conduite de son employé. Selon ce critère, la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur est engagée pour le délit que son employé commet dans l'[TRADUCTION] «exercice de ses fonctions» (à la p. 220):

[TRADUCTION] On dit que la conduite fautive d'un employé entre dans l'exercice de ses fonctions quand elle consiste à accomplir (1) des actes autorisés par l'employeur, ou (2) des actes non autorisés qui sont 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: *Canadian Pacific Railway Co. c. Lockhart*, [1942] A.C. 591, à la p. 599 (C.P.).

Il est évident que la Fondation n'avait pas autorisé Curry à commettre l'agression sexuelle. Par conséquent, il s'agissait uniquement de savoir si la faute était si étroitement liée à un acte autorisé qu'elle pouvait être considérée comme une façon de l'accomplir. Le juge Lowry a dit qu'elle l'était. La Fondation avait autorisé Curry à coucher l'enfant. Curry a commis l'agression sexuelle pendant qu'il couchait l'enfant. L'agression sexuelle pouvait donc être considérée comme une façon, quoiqu'incorrecte, d'accomplir un acte autorisé. Le juge Lowry a donc décidé que la responsabilité du fait d'autrui de la Fondation était engagée en raison des délits sexuels de Curry.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1

7 The Court of Appeal affirmed this ruling, but did not content itself with merely examining the phrase “unauthorized modes of authorized acts”. The four sets of reasons, while divergent in emphasis and detail, reflect general agreement that: (1) it is better to confront the question of whether liability should rest with the employer directly than to bury it beneath the semantics of phrases like “unauthorized modes of authorized acts”; (2) a useful focus for inquiry is the closeness of the connection between authorized acts and the injury suffered; (3) factors relevant to assessing this connection in cases like this one include power, trust and the extent to which the employment enabled or cloaked the wrong; (4) policy considerations, such as deterrence and which of two “innocent” parties should bear the loss, should also be taken into account in finding liability; and (5) there should be no special rule for non-profit employers.

La Cour d’appel a confirmé cette décision, mais ne s’est pas contentée d’examiner l’expression [TRADUCTION] «façons non autorisées d’accomplir des actes autorisés». Bien qu’ils divergent sur le plan des détails et qu’ils mettent l’accent sur des éléments différents, les quatre séries de motifs reflètent le consensus général selon lequel (1) il est préférable d’aborder directement la question de savoir si la responsabilité doit être imputée à l’employeur, plutôt que de l’enfouir sous des expressions comme «façons non autorisées d’accomplir des actes autorisés», (2) il est utile de mettre l’accent sur l’étroitesse du lien entre les actes autorisés et le préjudice subi, (3) les facteurs pertinents pour évaluer ce lien dans des cas comme la présente affaire comprennent le pouvoir, la confiance et la mesure dans laquelle l’emploi a permis ou masqué la faute, (4) des considérations de politique générale, comme la dissuasion et la question de savoir laquelle de deux parties «innocentes» devrait assumer la perte, devraient également être prises en compte pour établir la responsabilité, et (5) il ne devrait pas y avoir de règle particulière pour l’employeur qui est un organisme sans but lucratif.

8 The various reasons in the Court of Appeal present a sophisticated and nuanced review of this difficult issue and the considerations that may properly bear on it. Given that many of the ideas will be discussed in the analysis that follows, I content myself with sketching their respective themes. Huddart J.A. emphasized the power-trust relationship as key to finding the necessary connection between an authorized act and the wrong. Newbury J.A., while relying on the trust inherent in Curry’s duties, included in the analysis other factors like spatial, temporal and “formal” connections (employer objectives permitting or encouraging the wrong). Hollinrake J.A. (Donald J.A. concurring) agreed with both Huddart J.A. and Newbury J.A., and stressed the need for a sufficient connection between the duties of the employee and the wrong. Finally, Finch J.A., who also agreed with both Huddart J.A. and Newbury J.A. (and, by implication, also

Les divers motifs de la Cour d’appel présentent un examen subtil et nuancé de cette difficile question et des considérations qui peuvent à juste titre s’y rapporter. Étant donné qu’un bon nombre de ces idées seront examinées dans l’analyse qui suit, je vais me contenter d’en esquisser les thèmes respectifs. Le juge Huddart a souligné que le rapport de force et de confiance est l’élément clé pour établir le lien nécessaire entre un acte autorisé et la faute commise. Le juge Newbury, tout en se fondant sur la confiance inhérente aux fonctions de Curry, a inclus dans l’analyse d’autres facteurs comme les liens spatiaux, temporels et «formels» (les objectifs de l’employeur permettant ou encourageant la faute). Le juge Hollinrake (avec l’appui du juge Donald) était du même avis que les juges Huddart et Newbury et a souligné la nécessité d’un lien suffisant entre les fonctions de l’employé et la faute commise. Enfin, le juge Finch, qui était aussi d’accord avec les juges Huddart et Newbury

Hollinrake J.A. (Donald J.A. concurring)), took the view that outcomes in this area of the law rest more on policy considerations than on coherent legal principle, and advocated a case-by-case, policy-oriented approach.

IV. Issues

The issue in this appeal is whether the Foundation is vicariously liable for its employee's sexual assault of a child in its care. This poses two sub-issues:

- (1) May employers be held vicariously liable for their employees' sexual assaults on clients or persons within their care?
- (2) If so, should non-profit employers be exempted from liability?

V. Analysis

A. *May Employers Be Held Vicariously Liable for Their Employees' Sexual Assaults on Clients or Persons Within Their Care?*

Both parties agree that the answer to this question is governed by the *Salmond* test, which posits that employers are vicariously liable for (1) employee acts authorized by the employer; or (2) unauthorized acts so connected with authorized acts that they may be regarded as modes (albeit improper modes) of doing an authorized act. Both parties also agree that we are here concerned with the second branch of the test. They diverge, however, on what the second branch of the test means. The Foundation says that its employee's sexual assaults of Bazley were not "modes" of doing an authorized act. Bazley, on the other hand, submits that the assaults were a mode of performing authorized tasks, and that courts have often found

(et, implicitement, avec le juge Hollinrake (qui avait l'appui du juge Donald)), estimait que l'issue dans ce domaine du droit repose davantage sur des considérations de politique générale que sur des principes juridiques cohérents, et a préconisé une méthode cas par cas, axée sur une politique générale.

IV. Les questions en litige

La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la responsabilité du fait d'autrui de la Fondation est engagée en raison de l'agression sexuelle commise par son employé sur un enfant dont elle avait la garde. Cela soulève deux sous-questions:

- (1) La responsabilité du fait d'autrui de l'employeur peut-elle être engagée en raison de l'agression sexuelle commise par son employé sur un client ou une personne confiée à ses soins?
- (2) Dans l'affirmative, l'employeur qui est un organisme sans but lucratif devrait-il être exonéré de toute responsabilité?

V. Analyse

A. *La responsabilité du fait d'autrui de l'employeur peut-elle être engagée en raison de l'agression sexuelle commise par son employé sur un client ou une personne confiée à ses soins?*

Les deux parties conviennent que la réponse à cette question est régie par le critère *Salmond*, qui veut que la responsabilité du fait d'autrui d'un employeur soit engagée en raison (1) des actes d'un employé autorisés par cet employeur, ou (2) des actes non autorisés qui sont si étroitement liés aux actes autorisés qu'ils peuvent être considérés comme des façons (quoiqu'incorrectes) d'accomplir un acte autorisé. Les deux parties conviennent également que c'est le deuxième volet du critère qui est en cause en l'espèce. Toutefois, ils ne s'entendent sur le sens à lui donner. La Fondation affirme que les agressions sexuelles que son employé a commises sur Bazley ne sont pas des «façons» d'accomplir un acte autorisé. Par contre,

employers vicariously liable for intentional wrongs of employees comparable to sexual assault.

Bazley soutient que les agressions étaient une façon d'accomplir des tâches autorisées et que les tribunaux ont souvent conclu que la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur était engagée en raison de la faute intentionnelle comparable à une agression sexuelle qu'un employé avait commise.

11 The problem is that it is often difficult to distinguish between an unauthorized "mode" of performing an authorized act that attracts liability, and an entirely independent "act" that does not. Unfortunately, the test provides no criterion on which to make this distinction. In many cases, like the present one, it is possible to characterize the tortious act either as a mode of doing an authorized act (as the respondent would have us do), or as an independent act altogether (as the appellants would suggest). In such cases, how is the judge to decide between the two alternatives?

Le problème est qu'il est souvent difficile d'établir une distinction entre une «façon» non autorisée d'accomplir un acte autorisé qui engage la responsabilité, et un «acte» tout à fait indépendant qui ne le fait pas. Malheureusement, le critère ne fournit aucun élément qui puisse servir de base à cette distinction. Dans de nombreux cas, comme la présente affaire, il est possible d'envisager l'acte délictueux soit comme une façon d'accomplir un acte autorisé (comme l'intimé nous invite à le faire), soit comme un acte tout à fait indépendant (comme les appelants le proposent). Dans ces cas, que doit faire le juge pour choisir entre les deux solutions?

12 One answer is to look at decided cases on similar facts. As Salmond and Heuston, *supra*, put it, "the principle is easy to state but difficult to apply. All that can be done is to provide illustrations on either side of the line" (p. 522). The problem is that only very close cases may be useful. Fleming observes that "[n]o statistical measurement is possible [of when such torts are properly said to be within the "scope of employment"], and precedents are helpful only when they present a suggestive uniformity on parallel facts" (J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9th ed. 1998), at p. 421).

Une possibilité consiste à examiner la jurisprudence portant sur des faits similaires. Comme Salmond et Heuston, *op. cit.*, l'affirment, [TRADUCTION] «le principe est facile à énoncer, mais difficile à appliquer. Tout ce qu'on peut faire, c'est donner des exemples de part et d'autre» (p. 522). Le problème est que seules les affaires très semblables peuvent être utiles. Fleming fait remarquer que [TRADUCTION] «[a]ucune évaluation statistique [des cas où on peut affirmer, à juste titre, que ces délits ont été commis dans l'"exercice des fonctions"] n'est possible, et les précédents ne sont utiles que s'ils présentent une uniformité évocatrice découlant de faits semblables» (J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9^e éd. 1998), à la p. 421).

13 Where decided cases do not help, Salmond and Heuston, *supra*, at p. 522, suggest the impasse may be resolved by the devices of a *prima facie* case and shifting evidentiary burden. If the plaintiff establishes that the employee's act was done on the employer's premises, during working hours, and that it bears a close connection with the work that the employee was authorized to do, then the responsibility shifts to the employer to show that the act is one for which it was not responsible. But this is not so much a test as a default position, and

En ce qui concerne les cas où la jurisprudence n'est d'aucune utilité, Salmond et Heuston, *op. cit.*, à la p. 522, proposent de résoudre l'impasse au moyen d'une preuve *prima facie* et du déplacement de la charge de preuve. Si le demandeur établit que l'employé a accompli l'acte reproché dans les locaux de l'employeur, pendant les heures de travail, et que cet acte est étroitement lié au travail que l'employé était autorisé à effectuer, il incombe alors à l'employeur de démontrer qu'il s'agissait d'un acte dont il n'était pas responsable. Toutefois,

it remains unclear exactly what the employer would need to show to escape responsibility.

Increasingly, courts confronted by issues of vicarious liability where no clear precedent exists are turning to policy for guidance, examining the purposes that vicarious liability serves and asking whether imposition of liability in the new case before them would serve those purposes: see Fleming, *supra*, at p. 410; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, *per* La Forest J.

This review suggests that the second branch of the *Salmond* test may usefully be approached in two steps. First, a court should determine whether there are precedents which unambiguously determine on which side of the line between vicarious liability and no liability the case falls. If prior cases do not clearly suggest a solution, the next step is to determine whether vicarious liability should be imposed in light of the broader policy rationales behind strict liability. This Court has an additional duty: to provide guidance for lower tribunals. Accordingly, I will try to proceed from these first two steps to articulate a rule consistent with both the existing cases and the policy reasons for vicarious liability.

1. Previous Cases

This is one of those difficult cases where there is little helpful precedent to guide the Court in determining whether the employee's tortious act should be viewed as an unauthorized mode of an authorized act, or as an altogether independent act. Apart from one recent case in the United Kingdom, the issue before us appears not to have been previously considered in depth by higher tribunals. Nevertheless, it may be useful to review the situations where courts have held employers vicariously liable for the unauthorized torts of employees. At very least, they may suggest recurring concepts

ce n'est pas tant un critère qu'une solution par défaut, et on ne sait pas encore très bien ce que l'employeur devrait démontrer pour échapper à toute responsabilité.

Les tribunaux aux prises avec des questions de responsabilité du fait d'autrui, dans des cas où il n'existe pas de précédent clair, recourent de plus en plus à une politique générale consistant à examiner les objectifs de la responsabilité du fait d'autrui et à se demander si l'imputation de responsabilité dans la nouvelle affaire dont ils sont saisis serait conforme à ces objectifs: voir Fleming, *op. cit.*, à la p. 410; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, le juge La Forest.

Cet examen montre qu'il peut être utile d'aborder en deux étapes le deuxième volet du critère *Salmond*. Le tribunal doit d'abord décider s'il y a des précédents qui établissent sans équivoque la responsabilité du fait d'autrui ou encore l'absence de responsabilité dans l'affaire en cause. Si aucune solution ne ressort clairement de la jurisprudence, la prochaine étape consiste à décider si la responsabilité du fait d'autrui devrait être imputée compte tenu des raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité stricte. Notre Cour a en outre le devoir de guider les tribunaux inférieurs. Par conséquent, je vais essayer de formuler, à partir de ces deux premières étapes, une règle compatible tant avec la jurisprudence existante qu'avec les raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui.

1. La jurisprudence

La présente affaire est l'un de ces cas difficiles où notre Cour dispose de peu de précédents pour décider s'il y a lieu de considérer l'acte délictueux de l'employé comme une façon non autorisée d'accomplir un acte autorisé ou comme un acte tout à fait indépendant. Abstraction faite d'une affaire récente au Royaume-Uni, les tribunaux supérieurs ne semblent pas avoir déjà analysé en profondeur la question dont nous sommes saisis. Néanmoins, il peut être utile d'examiner les situations dans lesquelles les tribunaux ont conclu que la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur était engagée en

14

15

16

and policy considerations that shed light on how the issue should be resolved.

raison du délit non autorisé commis par un employé. Il peut, à tout le moins, en ressortir des notions et des considérations de politique générale récurrentes qui clarifient la façon de régler la question.

17 The relevant cases may usefully be grouped into three general categories: (1) cases based on the rationale of “furtherance of the employer’s aims”; (2) cases based on the employer’s creation of a situation of friction; and (3) the dishonest employee cases. If we can find a common thread among these three categories of cases, it may suggest how the test should be interpreted.

La jurisprudence pertinente peut être classée utilement en trois catégories générales: (1) la jurisprudence fondée sur le raisonnement de la «réalisation des objectifs de l’employeur», (2) la jurisprudence fondée sur la création d’une situation de conflit par l’employeur, et (3) la jurisprudence relative aux employés malhonnêtes. Si nous pouvons trouver un dénominateur commun à ces trois catégories de jurisprudence, cela pourra nous indiquer la façon d’interpréter le critère.

18 The cases confirming vicarious liability on the basis that the employee was acting in furtherance of the employer’s aims rely on the agency rationale implicit in the *Salmond* test: see, e.g., *Kay v. I.T.W. Ltd.*, [1968] 1 Q.B. 140 (C.A.). Because the employee was acting in furtherance of the employer’s aims, he or she is said to have “ostensible” or “implied” authority to do the unauthorized act. This rationale works well enough for torts of negligent accident. It does not suffice for intentional torts, however. It is difficult to maintain the fiction that an employee who commits an assault or theft was authorized to do so, even “ostensibly”: see H. J. Laski, “The Basis of Vicarious Liability” (1916), 26 *Yale L.J.* 105. I would put the line of cases addressing the distinction between a “frolic” and a “detour” in this group.

La jurisprudence confirmant la responsabilité du fait d’autrui pour le motif que l’employé agissait en vue de réaliser les objectifs de l’employeur repose sur le raisonnement du mandat contenu implicitement dans le critère *Salmond*: voir, par exemple, *Kay c. I.T.W. Ltd.*, [1968] 1 Q.B. 140 (C.A.). Étant donné que l’employé agissait en vue de réaliser les objectifs de l’employeur, il avait, dit-on, le pouvoir [TRADUCTION] «apparent» ou «implicite» d’accomplir l’acte non autorisé. Ce raisonnement, qui fonctionne assez bien dans le cas du délit de l’accident causé par négligence, n’est toutefois pas suffisant dans le cas du délit intentionnel. Il est difficile de croire qu’un employé qui a commis des voies de fait ou un vol était autorisé à le faire, même [TRADUCTION] «en apparence»: voir H. J. Laski, «The Basis of Vicarious Liability» (1916), 26 *Yale L.J.* 105. Je classerais dans cette catégorie le courant de jurisprudence portant sur la distinction entre un «jeu» et une «déviation».

19 The cases based on the employer’s creation of a situation of friction rest on the idea that if the employer’s aims or enterprise incidentally create a situation of friction that may give rise to employees committing tortious acts, an employee’s intentional misconduct can be viewed as falling within the scope of the employment and the employer is vicariously liable for ensuing harm. This rationale was used to extend vicarious liability to intentional torts like a provoked bartender’s assault on an obnoxious customer. While it does not rest on

La jurisprudence fondée sur la création d’une situation de conflit par l’employeur repose sur l’idée que, si les objectifs ou l’entreprise de l’employeur créent indirectement une situation de conflit qui peut amener des employés à accomplir des actes délictueux, l’inconduite intentionnelle d’un employé peut être considérée comme relevant de l’exercice de ses fonctions et la responsabilité du fait d’autrui de l’employeur est engagée pour le préjudice qui en découle. Ce raisonnement a servi à étendre la responsabilité du fait d’autrui aux

ostensible or implied authority, it builds on the logic of risk and accident inherent in the cases imposing vicarious liability on the basis that the employee was acting to further the employer's aims. Intentional torts arising from situations of friction are like accidents in that they stem from a risk attendant on carrying out the employer's aims. Like accidents, they occur in circumstances where such incidents can be expected to arise because of the nature of the business, and hence their ramifications appropriately form part of the cost of doing business. See, e.g., *Ryan v. Fildes*, [1938] 3 All E.R. 517 (K.B.D.) (schoolteachers' discipline); *Daniels v. Whetstone Entertainments, Ltd.*, [1962] 2 Lloyd's Rep. 1 (C.A.) (dance hall "bouncer"); *Dyer v. Munday*, [1895] 1 Q.B. 742 (C.A.) (furniture reposessor); *Lakatos v. Ross* (1974), 48 D.L.R. (3d) 694 (Man. Q.B.) (bouncer); *Cole v. California Entertainment Ltd.*, [1989] B.C.J. No. 2162 (QL) (C.A.) (bouncer).

Neither furtherance of the employer's aims nor creation of situations of friction, however, suffice to justify vicarious liability for employee theft or fraud, according to cases like *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, [1912] A.C. 716 (H.L.), and *The Queen v. Levy Brothers Co.*, [1961] S.C.R. 189. The language of authority, whether actual or ostensible, is inappropriate for intentional, fraudulent conduct like the theft of a client's property. A bank employee stealing a client's money cannot be said to be furthering the bank's aims. Nor does the logic of a situation of friction apply, unless one believes that any money-handling operation generates an inexorable temptation to steal. Nevertheless, courts considering this type of case have increasingly held employers vicariously liable, even when the employee's conduct is antithetical to the employer's business: see, e.g., *Boothman v. Canada*, [1993] 3 F.C. 381 (T.D.) (unauthorized intentional infliction of nervous shock by supervi-

délits intentionnels comme les voies de fait avec provocation auxquelles un barman se livre sur un client insupportable. Bien qu'il ne repose pas sur un pouvoir apparent ou implicite, il se fonde sur la logique du risque et de l'accident inhérente à la jurisprudence qui impute la responsabilité du fait d'autrui pour le motif que l'employé agissait en vue de réaliser les objectifs de l'employeur. Les délits intentionnels découlant de situations de conflit se comparent à des accidents dans la mesure où ils sont imputables à un risque concomitant de la réalisation des objectifs de l'employeur. À l'instar des accidents, ils surviennent dans des circonstances où on peut s'y attendre en raison de la nature de l'entreprise et, en conséquence, leurs ramifications font à juste titre partie du coût d'exploitation de l'entreprise. Voir, par exemple, *Ryan c. Fildes*, [1938] 3 All E.R. 517 (K.B.D.) (discipline des enseignants); *Daniels c. Whetstone Entertainments, Ltd.*, [1962] 2 Lloyd's Rep. 1 (C.A.) («videur» de salle de danse); *Dyer c. Munday*, [1895] 1 Q.B. 742 (C.A.) (personne faisant la reprise de possession d'ameublement); *Lakatos c. Ross* (1974), 48 D.L.R. (3d) 694 (B.R. Man.) (videur); *Cole c. California Entertainment Ltd.*, [1989] B.C.J. No. 2162 (QL) (C.A.) (videur).

Cependant, selon des affaires comme *Lloyd c. Grace, Smith & Co.*, [1912] A.C. 716 (H.L.), et *The Queen c. Levy Brothers Co.*, [1961] R.C.S. 189, ni la réalisation des objectifs de l'employeur ni la création de situations de conflit ne suffisent à justifier la responsabilité du fait d'autrui pour le vol ou la fraude commis par un employé. Le langage du pouvoir, qu'il soit réel ou apparent, ne convient pas à une conduite intentionnelle et frauduleuse comme le vol des biens d'un client. On ne saurait dire qu'un employé de banque qui vole l'argent d'un client agit en vue de réaliser les objectifs de la banque. La logique d'une situation de conflit ne s'applique pas non plus, à moins que l'on ne croie que toute activité où l'on manipule de l'argent provoque inmanquablement la tentation de voler. Néanmoins, les tribunaux qui ont examiné ce genre d'affaire ont de plus en plus tenu les employeurs responsables du fait d'autrui, même si la conduite de l'employé était contraire aux

sory employee on his subordinate found to invoke vicarious liability for the employer, albeit it based on statutory, as opposed to common law, principles).

activités de l'employeur: voir, par exemple, *Boothman c. Canada*, [1993] 3 C.F. 381 (1^{re} inst.) (où il a été jugé que le choc nerveux qu'un surveillant avait fait subir de façon intentionnelle et non autorisée à son subalterne engageait la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur, quoiqu'elle fût fondée sur des principes de droit écrit plutôt que sur des principes de common law).

21 At the heart of the dishonest employee decisions is consideration of fairness and policy: see Laski, *supra*, at p. 121. As P. S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), at p. 263, puts it, "certain types of wilful acts, and in particular frauds and thefts, are only too common, and the fact that liability is generally imposed for torts of this kind shows that the courts are not unmindful of considerations of policy." The same logic dictates that where the employee's wrongdoing was a random act wholly unconnected to the nature of the enterprise and the employee's responsibilities, the employer is not vicariously liable. Thus an employer has been held not liable for a vengeful assault by its store clerk: *Warren v. Henlys, Ltd.*, [1948] 2 All E.R. 935 (K.B.D.).

Des considérations de politique générale et d'équité sont au cœur des décisions portant sur des employés malhonnêtes: voir Laski, *loc. cit.*, à la p. 121. Comme l'affirme P. S. Atiyah, dans *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), à la p. 263, [TRADUCTION] «certains types d'actes délibérés, notamment la fraude et le vol, ne sont que trop répandus, et le fait qu'il y ait généralement imputation de responsabilité pour ce genre de délits montre que les tribunaux ne sont pas indifférents aux considérations de politique générale.» La même logique exige que, lorsque l'acte fautif de l'employé a été accompli au hasard et n'a absolument rien à voir avec la nature de l'entreprise et les responsabilités de l'employé, la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur ne soit pas engagée. Ainsi, un marchand a été jugé non responsable des voies de fait que son employé avait commises par vengeance: *Warren c. Henlys, Ltd.*, [1948] 2 All E.R. 935 (K.B.D.).

22 Looking at these three general classes of cases in which employers have been held vicariously liable for employees' unauthorized torts, one sees a progression from accidents, to accident-like intentional torts, to torts that bear no relationship to either agency-like conduct or accident. In search of a unifying principle, one asks what the three classes of cases have in common. At first glance, it may seem little. Yet with the benefit of hindsight it is possible to posit one common feature: in each case it can be said that the employer's enterprise had created the risk that produced the tortious act. The language of "furtherance of the employer's aims" and the employer's creation of "a situation of friction" may be seen as limited formulations of the concept of enterprise risk that underlies the dishonest employee cases. The common theme resides in the idea that where the employee's

À l'examen de ces trois catégories générales de jurisprudence où il a été décidé que la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur était engagée en raison du délit non autorisé commis par un employé, on constate qu'on est passé des accidents à des délits intentionnels apparentés à des accidents et à des délits n'ayant rien à voir avec une conduite semblable à celle d'un mandataire ou avec un accident. En cherchant un principe unificateur, on se demande ce que ces trois catégories de jurisprudence ont en commun. À première vue, il peut sembler qu'elles ont peu de choses en commun. Pourtant, en rétrospective, il est possible de déceler un point commun: dans chaque cas, il est possible d'affirmer que l'entreprise de l'employeur avait créé le risque à l'origine de l'acte délictueux. L'expression «réalisation des objectifs de l'employeur» et la création par l'employeur d'une

conduct is closely tied to a risk that the employer's enterprise has placed in the community, the employer may justly be held vicariously liable for the employee's wrong.

If employers are vicariously liable for acts like employee theft, why not for sexual abuse? That was the question before the English Court of Appeal in *S.T. v. North Yorkshire County Council*, [1999] I.R.L.R. 98, where the court applied the *Salmond* test to reverse a finding of vicarious liability against a school council for a teacher who sexually accosted a mentally handicapped student during a school field trip to the continent. It held that the sexual tort was not an unauthorized mode of performing an authorized act; it was an independent act, outside the scope of the teacher's authority. The court recognized the difficulty of saying that some intentional acts, like a store clerk's assault, do not attract vicarious liability, while other intentional acts, like theft, do. In the end, however, it did not confront the underlying policy of vicarious liability, preferring to reason that sexual abuse was closer to the store clerk's assault than to a solicitor's clerk's theft. It interpreted the stolen property cases of *Levy Brothers* and *Lloyd*, thought by many to be developing law, as a minor off-shoot of a line of cases concerning entrustment of goods — a departure from the "general" rule.

The *S.T.* decision thus fails to successfully integrate the dishonest employee cases. It also rests on the questionable conclusion that sexual torts by

«situation de conflit» peuvent être considérées comme des formulations limitées de la notion de risque d'entreprise qui sous-tend la jurisprudence relative aux employés malhonnêtes. Le thème commun est l'idée que, si la conduite de l'employé est étroitement liée à un risque auquel l'entreprise de l'employeur a exposé la collectivité, l'employeur peut se voir imputer à juste titre la responsabilité du fait d'autrui pour la faute de cet employé.

Si la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur est engagée en raison d'un acte tel que le vol commis par un employé, pourquoi ne la serait-elle pas pour une agression sexuelle? Telle était la question dont était saisie la Cour d'appel d'Angleterre dans l'arrêt *S.T. c. North Yorkshire County Council*, [1999] I.R.L.R. 98, où elle a appliqué le critère *Salmond* pour infirmer une conclusion que la responsabilité du fait d'autrui d'un conseil scolaire était engagée en raison de l'agression sexuelle dont un élève atteint de déficience intellectuelle avait été victime de la part d'un enseignant, au cours d'une sortie scolaire sur le continent. Elle a statué que le délit sexuel n'était pas une façon non autorisée d'accomplir un acte autorisé; il s'agissait d'un acte indépendant qui excédait le pouvoir de l'enseignant. La cour a reconnu qu'il est difficile d'affirmer que certains actes intentionnels, comme les voies de fait commises par un employé de magasin, n'engagent pas la responsabilité du fait d'autrui, alors que d'autres actes intentionnels, comme le vol, le font. En fin de compte, elle n'a toutefois pas abordé la politique générale qui sous-tend la responsabilité du fait d'autrui, préférant soutenir que l'agression sexuelle s'apparentait davantage aux voies de fait commises par un employé de magasin qu'au vol commis par le clerk d'un avocat. Elle a interprété les affaires de biens volés *Levy Brothers* et *Lloyd*, qui, d'après bien des gens, représentaient une évolution du droit, comme une ramification peu importante du courant de jurisprudence portant sur la garde de biens — une dérogation à la règle «générale».

L'arrêt *S.T.* n'incorpore donc pas avec succès la jurisprudence relative aux employés malhonnêtes. Il repose également sur la conclusion discutable

23

24

caretakers against children are closer to a shop assault than a bank employee's conversion. (While a molestation is a physical attack, it is equally arguable that the trust-abusing character of child abuse fits more in the dishonesty genre.) Furthermore, the opinion's reasoning depends on the level of generality with which the sexual act is described. Instead of describing the act in terms of the employee's duties of supervising and caring for vulnerable students during a study trip abroad, the Court of Appeal cast it in terms unrelated to those duties. Important legal decisions should not turn on such semantics. As Atiyah points out (*supra*, at p. 263): "conduct can be correctly described at varying levels of generality, and no one description of the "act" on which the servant was engaged is necessarily more correct than any other." Finally, the reasoning in *S.T.* leads to anomalies. Lowry J.'s question in the chambers decision appealed from (at p. 223) remains unanswered: "If a postal clerk's theft and a solicitor's clerk's fraud can be said to have been committed in the course of their employment, I can see no sound basis in principle on which it can be concluded that Curry's criminal conduct should not attract vicarious liability." Or, as Wilkinson J. expressed more bluntly in the companion appeal (*G.J. v. Griffiths*, [1995] B.C.J. No. 2370 (QL) (S.C.), at para. 76), "[s]urely a distinction is not to be drawn attributing a higher standard to the way society looks after its jewellery than its children."

que les délits sexuels commis sur des enfants par des gardiens s'apparentent davantage aux voies de fait commises dans une boutique qu'au détournement de fonds par un employé de banque. (Bien que l'agression sexuelle soit une agression physique, on peut tout autant soutenir que l'abus de confiance qu'implique l'agression sexuelle d'enfants s'apparente davantage à la malhonnêteté.) En outre, le raisonnement sous-jacent à cette opinion dépend du degré de généralité de la description de l'acte sexuel en cause. Au lieu de décrire l'acte en fonction des tâches de l'employé qui consistaient à surveiller des élèves vulnérables et à s'en occuper pendant un voyage d'études à l'étranger, la Cour d'appel l'a défini d'une manière qui n'a rien à voir avec ces tâches. Les décisions judiciaires importantes ne devraient pas reposer sur une telle sémantique. Comme Atiyah le souligne (*op. cit.*, à la p. 263): [TRADUCTION] «la conduite peut être décrite correctement de manière plus ou moins générale et aucune description de l'"acte" auquel l'employé s'est livré n'est nécessairement mieux qu'une autre.» Enfin, le raisonnement de l'arrêt *S.T.* entraîne des anomalies. La question que soulève le juge en chambre Lowry dans sa décision portée en appel (à la p. 223) demeure sans réponse: [TRADUCTION] «S'il est possible de dire que le vol d'un commis des postes et la fraude d'un clerk d'avocat ont été perpétrés dans l'exercice de leurs fonctions, je ne vois aucun motif de principe valable de conclure que la conduite criminelle de Curry ne devrait pas déclencher la responsabilité du fait d'autrui.» Ou encore, comme le juge Wilkinson l'a exprimé plus catégoriquement dans l'appel connexe (*G.J. c. Griffiths*, [1995] B.C.J. No. 2370 (QL) (C.S.), au par. 76), [TRADUCTION] «[i]l ne faut sûrement pas faire une distinction qui imposerait, à l'égard de la façon dont la société veille sur ses bijoux, une norme plus élevée qu'en ce qui a trait à celle dont elle veille sur ses enfants.»

25

To return to the approach suggested earlier, precedent does not resolve the issue before us. We must therefore proceed to the second stage of the inquiry — a consideration of the policy reasons for vicarious liability, in the hope of discerning a principle to guide courts in future cases.

Pour revenir à la solution proposée plus tôt, les précédents ne règlent pas la question dont nous sommes saisis. Nous devons donc passer à la seconde étape de l'analyse — l'examen des raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui, dans l'espoir de dégager un principe qui guidera les tribunaux à l'avenir.

2. Policy Considerations

Vicarious liability has always been concerned with policy: Fleming, *supra*, at pp. 409 *et seq.* The view of early English law that a master was responsible for all the wrongs of his servants (as well as his wife's and his children's) represented a policy choice, however inarticulate, as to who should bear the loss of wrongdoing and how best to deter it. The narrowing of vicarious responsibility with the expansion of commerce and trade and the rise of industrialism also represented a policy choice. Indeed, it represented a compromise between two policies — the social interest in furnishing an innocent tort victim with recourse against a financially responsible defendant, and a concern not to foist undue burdens on business enterprises: Fleming, *ibid.* The expansion of vicarious liability in the 20th century from authorization-based liability to broader classes of ascription is doubtless driven by yet other policy concerns. “[V]icarious liability cannot parade as a deduction from legalistic premises, but should be frankly recognised as having its basis in a combination of policy considerations” (Fleming, at p. 410).

A focus on policy is not to diminish the importance of legal principle. It is vital that the courts attempt to articulate general legal principles to lend certainty to the law and guide future applications. However, in areas of jurisprudence where changes have been occurring in response to policy considerations, the best route to enduring principle may well lie through policy. The law of vicarious liability is just such a domain.

Recognizing the policy-driven perspective of the law of vicarious liability, La Forest J. in *London Drugs*, *supra*, opined that vicarious liability was

2. Considérations de politique générale

La responsabilité du fait d'autrui a toujours été axée sur une politique générale: Fleming, *op. cit.*, aux pp. 409 et suiv. La position du droit anglais ancien selon laquelle l'employeur était responsable de toutes les fautes de son employé (y compris celles de son épouse et de ses enfants) constituait un choix de politique générale, bien que non exprimé clairement, quant à savoir qui devait assumer la perte causée par l'acte fautif et quant au meilleur moyen de dissuasion. La limitation de la responsabilité du fait d'autrui, qui a coïncidé avec l'accroissement des échanges et du commerce et la naissance de l'industrialisme, représentait aussi un choix de politique générale. Il s'agissait, en réalité, d'un compromis entre deux politiques — l'intérêt qu'a la société à fournir à la victime innocente d'un délit un recours contre un défendeur solvable et le souci de ne pas imposer un fardeau indu aux entreprises commerciales: Fleming, *ibid.* Il n'y a aucun doute que ce sont encore d'autres considérations de politique générale qui sont à l'origine de l'élargissement de la responsabilité du fait d'autrui au XX^e siècle, d'une responsabilité fondée sur l'autorisation à des catégories plus larges d'imputation. [TRADUCTION] «[L]a responsabilité du fait d'autrui ne peut pas passer pour une déduction fondée sur des prémisses formalistes, mais devrait franchement être reconnue comme reposant sur une combinaison de considérations de politique générale» (Fleming, à la p. 410).

L'accent mis sur une politique générale ne doit pas diminuer l'importance des principes juridiques. Il est essentiel que les tribunaux tentent d'établir des principes juridiques généraux pour conférer une certitude au droit et guider son application future. Toutefois, dans les domaines de jurisprudence où des changements sont survenus en raison de considérations de politique générale, l'application d'une politique générale peut bien représenter la meilleure façon d'établir un principe durable. Le droit de la responsabilité du fait d'autrui est justement un de ces domaines.

Reconnaissant que ce sont des considérations de politique générale qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui, le juge La Forest, dans l'arrêt

26

27

28

traditionally considered to rest on one of two logical bases: (1) that the employee's acts are regarded in law as being authorized by the employer and hence as being the employer's acts (the "master's tort theory" or "direct liability theory"); or (2) that the employer was the employee's superior in charge or command of the employee (the "servant's tort theory") (at pp. 335-36, citing G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, at pp. 314-15; Atiyah, *supra*, at pp. 6-7; G. Williams, "Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?" (1956), 72 *L.Q. Rev.* 522). La Forest J., quoting Fridman (at p. 315), went on to note, however, that "neither of the logical bases for vicarious liability succeeds completely in explaining the operation of the doctrine . . . 'express[ing] not so much the true rationale of vicarious liability but an attempt by the law to give some formal, technical explanation of why the law imposes vicarious liability'" (p. 336). Faced with the absence in the existing law of a coherent principle to explain vicarious liability, La Forest J. found its basis in policy (at p. 336): "the vicarious liability regime is best seen as a response to a number of policy concerns. In its traditional domain, these are primarily linked to compensation, deterrence and loss internalization."

London Drugs, précité, a exprimé l'avis que l'on considèrerait habituellement que la responsabilité du fait d'autrui reposait sur l'un des deux fondements logiques suivants: (1) celui voulant que les actes de l'employé soient considérés en droit comme étant autorisés par l'employeur et, en conséquence, comme étant ceux de l'employeur (la «théorie du délit de l'employeur» ou «théorie de la responsabilité directe»), ou (2) celui voulant que l'employeur soit le supérieur de l'employé et que ce dernier soit sous ses ordres (la «théorie du délit de l'employé») (aux pp. 335 et 336, citant G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, aux pp. 314 et 315; Atiyah, *op. cit.*, aux pp. 6 et 7; G. Williams, «Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?» (1956), 72 *L.Q. Rev.* 522. Le juge La Forest, citant Fridman (à la p. 315), a toutefois ajouté que «ni l'un ni l'autre de ces deux fondements logiques ne permet d'expliquer complètement l'application de la règle de la responsabilité du fait d'autrui [. . .] "n'exprim[ant] pas tant la raison d'être véritable de la responsabilité du fait d'autrui, mais constitu[ant] une tentative, en droit, d'expliquer d'une façon formelle et technique pourquoi la responsabilité du fait d'autrui existe en droit"» (p. 336). Confronté à l'absence dans le droit existant d'un principe cohérent pour expliquer la responsabilité du fait d'autrui, le juge La Forest a conclu qu'elle reposait sur une politique générale (*policy*) (à la p. 336): «le régime de la responsabilité du fait d'autrui est mieux perçu comme une réponse à un certain nombre de questions de principe [*policy concerns*]. Dans le domaine traditionnel de l'application de la responsabilité du fait d'autrui, ces questions sont principalement liées au dédommagement, à la dissuasion et à l'imputation de la perte.»

29

Fleming has identified similar policies lying at the heart of vicarious liability. In his view, two fundamental concerns underlie the imposition of vicarious liability: (1) provision of a just and practical remedy for the harm; and (2) deterrence of future harm. While different formulations of the policy interests at stake may be made (for example, loss internalization is a hybrid of the two), I believe that these two ideas usefully embrace the

Fleming identifie des politiques similaires qui sont au cœur de la responsabilité du fait d'autrui. Il est d'avis que deux préoccupations fondamentales sont à l'origine de l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui: (1) fournir un recours juste et pratique pour le préjudice subi, et (2) dissuader de causer un préjudice à l'avenir. Bien qu'il soit possible de formuler de différentes façons les intérêts généraux en jeu (par exemple, l'imputation de la

main policy considerations that have been advanced.

First and foremost is the concern to provide a just and practical remedy to people who suffer as a consequence of wrongs perpetrated by an employee. Fleming expresses this succinctly (at p. 410): “a person who employs others to advance his own economic interest should in fairness be placed under a corresponding liability for losses incurred in the course of the enterprise”. The idea that the person who introduces a risk incurs a duty to those who may be injured lies at the heart of tort law. As Cardozo C.J. stated in *Palsgraf v. Long Island R. Co.*, 162 N.E. 99 (N.Y. 1928), at p. 100, “[t]he risk reasonably to be perceived defines the duty to be obeyed, and risk imports relation; it is risk to another or to others within the range of apprehension.” This principle of fairness applies to the employment enterprise and hence to the issue of vicarious liability. While charitable enterprises may not employ people to advance their economic interests, other factors, discussed below, make it fair that they should bear the burden of providing a just and practical remedy for wrongs perpetrated by their employees. This policy interest embraces a number of subsidiary goals. The first is the goal of effective compensation. “One of the most important social goals served by vicarious liability is victim compensation. Vicarious liability improves the chances that the victim can recover the judgment from a solvent defendant.” (B. Feldthusen, “Vicarious Liability for Sexual Torts”, in *Torts Tomorrow* (1998), 221, at p. 224.) Or to quote Fleming, the master is “a more promising source of recompense than his servant who is apt to be a man of straw” (p. 410).

perte est une combinaison des deux), je crois que ces deux idées englobent utilement les principales considérations de politique générale qui ont été présentées.

D’abord et avant tout, il y a le souci de fournir un recours juste et pratique aux gens qui subissent les conséquences des fautes d’un employé. Fleming exprime cela de façon succincte (à la p. 410): [TRADUCTION] «la personne qui emploie d’autres personnes pour promouvoir ses propres intérêts financiers devrait, en toute équité, se voir imputer une responsabilité correspondante pour les pertes causées dans le cadre de l’exploitation de son entreprise». L’idée que la personne qui crée le risque a une obligation envers les gens qui peuvent subir un préjudice est au cœur du droit de la responsabilité délictuelle. Comme le juge en chef Cardozo l’a affirmé dans *Palsgraf c. Long Island R. Co.*, 162 N.E. 99 (N.Y. 1928), à la p. 100, [TRADUCTION] «[l]e risque raisonnablement perceptible définit l’obligation à remplir, et le risque entraîne un rapport; il s’agit du risque que l’on peut appréhender pour autrui.» Ce principe d’équité s’applique à l’entreprise qui procure l’emploi et, partant, à la question de la responsabilité du fait d’autrui. Bien qu’il se puisse que des organismes de bienfaisance n’embauchent pas des gens pour servir leurs intérêts économiques, d’autres facteurs, analysés plus loin, font en sorte qu’il est juste qu’ils soient tenus de fournir une réparation juste et pratique pour les fautes de leurs employés. Cet intérêt général comporte plusieurs objectifs secondaires. Le premier est celui de l’indemnisation efficace. [TRADUCTION] «L’un des objectifs sociaux les plus importants de la responsabilité du fait d’autrui est l’indemnisation des victimes. La responsabilité du fait d’autrui augmente les chances de la victime de recouvrer le montant du jugement auprès d’un défendeur solvable.» (B. Feldthusen, «Vicarious Liability for Sexual Torts», dans *Torts Tomorrow* (1998), 221, à la p. 224.) Ou pour citer Fleming, l’employeur est [TRADUCTION] «une source de dédommagement plus prometteuse que son employé qui est susceptible d’être un homme de paille» (p. 410).

31

However, effective compensation must also be fair, in the sense that it must seem just to place liability for the wrong on the employer. Vicarious liability is arguably fair in this sense. The employer puts in the community an enterprise which carries with it certain risks. When those risks materialize and cause injury to a member of the public despite the employer's reasonable efforts, it is fair that the person or organization that creates the enterprise and hence the risk should bear the loss. This accords with the notion that it is right and just that the person who creates a risk bear the loss when the risk ripens into harm. While the fairness of this proposition is capable of standing alone, it is buttressed by the fact that the employer is often in the best position to spread the losses through mechanisms like insurance and higher prices, thus minimizing the dislocative effect of the tort within society. "Vicarious liability has the broader function of transferring to the enterprise itself the risks created by the activity performed by its agents" (*London Drugs, per La Forest J.*, at p. 339).

32

The second major policy consideration underlying vicarious liability is deterrence of future harm. Fixing the employer with responsibility for the employee's wrongful act, even where the employer is not negligent, may have a deterrent effect. Employers are often in a position to reduce accidents and intentional wrongs by efficient organization and supervision. Failure to take such measures may not suffice to establish a case of tortious negligence directly against the employer. Perhaps the harm cannot be shown to have been foreseeable under negligence law. Perhaps the employer can avail itself of the defence of compliance with the industry standard. Or perhaps the employer, while complying with the standard of reasonable care, was not as scrupulously diligent as it might feasibly have been. As Wilkinson J. explained

Toutefois, l'indemnisation efficace doit également être équitable, en ce sens qu'il doit sembler juste de tenir l'employeur responsable de la faute commise. Dans ce sens, il est possible de soutenir que la responsabilité du fait d'autrui est équitable. L'employeur implante dans la collectivité une entreprise qui comporte certains risques. Quand ces risques se matérialisent et causent un préjudice à un membre du public malgré les efforts raisonnables de l'employeur, il est juste que la perte soit assumée par la personne ou l'organisme qui a créé l'entreprise et, en conséquence, le risque. Cela concorde avec l'idée qu'il est juste et équitable que la personne à l'origine d'un risque assume la perte qui résulte quand le risque se matérialise et cause un préjudice. Quoique la justesse de cette proposition puisse être évidente en soi, elle est étayée par le fait que l'employeur est souvent le mieux placé pour répartir les pertes au moyen de mécanismes comme l'assurance et la hausse de prix, et ainsi pour réduire l'effet perturbateur du délit dans la société. «La responsabilité du fait d'autrui a pour fonction plus générale de transférer à l'entreprise elle-même les risques créés par l'activité à laquelle se livrent ses mandataires» (*London Drugs*, le juge La Forest, à la p. 339).

La deuxième considération majeure de politique générale qui sous-tend la responsabilité du fait d'autrui est la dissuasion de causer un préjudice à l'avenir. L'imputation à l'employeur, même non négligent, de la responsabilité de l'acte fautif accompli par l'employé peut avoir un effet dissuasif. L'employeur est souvent en mesure de réduire les accidents et les fautes intentionnelles au moyen d'une organisation et d'une supervision efficaces. Il se peut que l'omission de prendre de telles mesures ne soit pas suffisante pour constituer une preuve de négligence délictuelle directement contre lui. Il peut se révéler impossible de démontrer que le préjudice était prévisible au sens du droit en matière de négligence. L'employeur peut être en mesure d'invoquer comme moyen de défense la conformité avec la norme industrielle. Ou encore, il se peut que, même en respectant la norme de la diligence raisonnable, l'employeur n'ait pas aussi scrupuleusement fait preuve de diligence qu'il aurait pu le faire. Comme le juge Wilkinson l'a

in the companion appeal's trial judgment (at para. 69):

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

I agree. Beyond the narrow band of employer conduct that attracts direct liability in negligence lies a vast area where imaginative and efficient administration and supervision can reduce the risk that the employer has introduced into the community. Holding the employer vicariously liable for the wrongs of its employee may encourage the employer to take such steps, and hence, reduce the risk of future harm. A related consideration raised by Fleming is that by holding the employer liable, "the law furnishes an incentive to discipline servants guilty of wrongdoing" (p. 410).

The policy grounds supporting the imposition of vicarious liability — fair compensation and deterrence — are related. The policy consideration of deterrence is linked to the policy consideration of fair compensation based on the employer's introduction or enhancement of a risk. The introduction of the enterprise into the community with its attendant risk, in turn, implies the possibility of managing the risk to minimize the costs of the harm that may flow from it.

Policy considerations relating to the fair allocation of loss to risk-creating enterprises and the deterrence of harms tend to support the imposition of vicarious liability on employers. But, as Fleming notes, there often exists a countervailing concern. At one time the law held masters responsible for all wrongs committed by servants. Later, that policy was abandoned as too harsh in a complex commercial society where masters might not be in a position to supervise their servants closely.

expliqué dans le jugement de première instance rendu dans l'affaire connexe (au par. 69):

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

Je partage cet avis. Au-delà de la gamme restreinte des comportements d'un employeur qui engendrent la responsabilité directe pour négligence, il existe un large secteur où un mode de gestion et de surveillance original et efficace peut réduire le risque auquel l'employeur expose la collectivité. Imputer à l'employeur la responsabilité du fait d'autrui pour les fautes de son employé peut l'inciter à prendre de telles mesures et, par conséquent, à réduire le risque de préjudice futur. Fleming fait observer, à titre connexe, qu'en tenant l'employeur responsable [TRADUCTION] «le droit l'incite à imposer des mesures disciplinaires à l'employé qui a commis une faute» (p. 410).

Les motifs de politique générale justifiant l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui, soit la juste indemnisation et la dissuasion, sont connexes. La considération de politique générale que représente la dissuasion est liée à celle de la juste indemnisation fondée sur la création ou l'accroissement d'un risque par l'employeur. L'implantation de l'entreprise dans la collectivité avec les risques qu'elle comporte implique, en revanche, la possibilité de gérer le risque afin de réduire les coûts du préjudice qui peut en découler.

Les considérations de politique générale concernant l'attribution équitable de la perte aux entreprises qui créent des risques et la dissuasion de causer un préjudice tendent à justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur. Cependant, comme Fleming le fait remarquer, il y a souvent un facteur atténuant. À une époque, le droit tenait l'employeur responsable de toutes les fautes de son employé. Cette politique a été abandonnée parce qu'elle était trop dure dans une

33

34

35

Servants 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. For example, if a man assaults his wife's lover (who coincidentally happens to be a co-worker) in the employees' lounge at work, few would argue that the employer should be held responsible. Similarly, an employer would not be liable for the harm caused by a security guard who decides to commit arson for his or her own amusement: see, e.g., *Plains Engineering Ltd. v. Barnes Security Services Ltd.* (1987), 43 C.C.L.T. 129 (Alta. Q.B.).

société commerciale complexe où il est possible que des employeurs ne soient pas en mesure de surveiller étroitement leurs employés. 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 exemple, si un homme se livrait à des voies de fait sur l'amant de sa femme (qui tout à fait par hasard se trouve être un collègue) dans le salon des employés au travail, peu de gens soutiendraient que l'employeur doit être tenu responsable. De même, un employeur ne serait pas responsable du préjudice causé par un gardien de sécurité qui décide d'allumer un incendie criminel pour se distraire: voir, par exemple, *Plains Engineering Ltd. c. Barnes Security Services Ltd.* (1987), 43 C.C.L.T. 129 (B.R. Alb.).

36

On further analysis, however, this apparently negative policy consideration of when liability would be appropriate is revealed as nothing more than the absence of the twin policies of fair compensation and deterrence that justify vicarious liability. 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. To impose vicarious liability on the employer for such a wrong does not respond to common sense notions of fairness. Nor does it serve to deter future harms. Because the wrong is essentially independent of the employment situation, there is little the employer could have done to prevent it. Where vicarious liability is not closely and materially related to a risk introduced or enhanced by the employer, it serves no deterrent purpose, and relegates the employer to the status of an involuntary insurer. I conclude that a meaningful articulation of when vicarious liability should follow in new situations ought to be animated by the twin policy goals of fair compensation and deterrence that underlie the doctrine, rather than by artificial or semantic distinctions.

Toutefois, si on poursuit l'analyse, cette considération de politique générale apparemment négative des cas où il conviendrait d'imputer la responsabilité se révèle n'être rien de plus que l'absence des politiques jumelées de la juste indemnisation et de la dissuasion qui justifient la responsabilité du fait d'autrui. Une 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. L'imputation de cette responsabilité à l'employeur pour une telle faute ne satisfait pas aux notions logiques d'équité et ne contribue pas non plus à dissuader de causer un préjudice à l'avenir. Étant donné que la faute commise est essentiellement indépendante des conditions de travail, il n'y a pas grand-chose que l'employeur aurait pu faire pour la prévenir. Quand la responsabilité du fait d'autrui n'est pas liée étroitement et sensiblement à un risque que l'employeur a créé ou accru, elle n'a aucun effet dissuasif et relègue l'employeur au rang d'assureur involontaire. Je conclus que, pour préciser utilement quand la responsabilité du fait d'autrui devrait être engagée dans de nouvelles situations, il faut se fonder sur les objectifs de politique générale jumelés de la juste indemnisation et de la dissuasion qui sous-tendent cette théorie, plutôt que sur des distinctions artificielles ou sémantiques.

3. From Precedent and Policy to Principle

Underlying the cases holding employers vicariously liable for the unauthorized acts of employees is the idea that employers may justly be held liable where the act falls within the ambit of the risk that the employer's enterprise creates or exacerbates. Similarly, the policy purposes underlying the imposition of vicarious liability on employers are served only where the wrong is so connected with the employment that it can be said that the employer has introduced the risk of the wrong (and is thereby fairly and usefully charged with its management and minimization). 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, in terms of fair allocation of the consequences of the risk and/or deterrence.

Where the risk is closely associated with the wrong that occurred, it seems just that the entity that engages in the enterprise (and in many cases profits from it) should internalize the full cost of operation, including potential torts. See generally A. O. Sykes, "The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines" (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 563. On the other hand, when the wrongful act lacks meaningful connection to the enterprise, liability ceases to flow: *Poland v. John Parr and Sons*, [1927] 1 K.B. 236 (C.A.) (noting that the question is often one of degree). As Prosser and Keeton sum up (*Prosser and Keeton on the Law of Torts* (5th ed. 1984), at pp. 500-501), when the harm is connected to the employment enterprise:

The losses caused by the torts of employees, which as a practical matter are sure to occur in the conduct of the employer's enterprise, are placed upon that enterprise itself, as a required cost of doing business. They are placed upon the employer because, having engaged in an enterprise, which will on the basis of all past experience involve harm to others through the torts of employees, and sought to profit by it, it is just that he, rather

3. De la jurisprudence et de la politique générale aux principes

La jurisprudence selon laquelle l'acte non autorisé d'un employé engage la responsabilité du fait d'autrui de son employeur repose sur l'idée que l'employeur peut être tenu responsable à juste titre quand l'acte ressortit au risque que son entreprise a créé ou accru. De même, les objectifs de politique générale qui sous-tendent l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur ne sont respectés que dans le cas où la faute est si étroitement liée à l'emploi qu'il est possible de dire que l'employeur a créé le risque de faute (et qu'il est donc équitablement et utilement chargé de le gérer et de le réduire). 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, en ce qui concerne la dissuasion ou la répartition équitable des conséquences du risque, ou les deux à la fois.

Quand le risque est étroitement lié à la faute commise, il semble juste que l'entité qui a lancé l'entreprise (et dans de nombreux cas qui en tire profit) en assume le plein coût d'exploitation, y compris celui des délits qui peuvent être commis. Voir, de manière générale, A. O. Sykes, «The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines» (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 563. Par contre, si l'acte fautif n'a aucun lien utile avec l'entreprise, il n'y a plus de responsabilité: *Poland c. John Parr and Sons*, [1927] 1 K.B. 236 (C.A.) (où l'on fait remarquer que c'est souvent une question de degré). Comme Prosser et Keeton le résumant (*Prosser and Keeton on the Law of Torts* (5^e éd. 1984), aux pp. 500 et 501), dans le cas où le préjudice est lié à l'entreprise qui procure l'emploi:

[TRADUCTION] Les pertes résultant des délits commis par des employés, qui en pratique surviennent inévitablement dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur, sont assumées par l'entreprise elle-même, à titre de coût nécessaire de son exploitation. Elles sont assumées par l'employeur parce que, ayant mis sur pied une entreprise qui, selon l'expérience acquise, causera un préjudice à autrui en raison des délits des employés, et ayant

37

38

than the innocent injured plaintiff, should bear them; and because he is better able to absorb them, and to distribute them, through prices, rates or liability insurance, to the public, and so to shift them to society, to the community at large.

39

The connection between the tort and the employment is broad. To say the employer's enterprise created or materially enhanced the risk of the tortious act is therefore different from saying that a reasonable employer should have foreseen the harm in the traditional negligence sense, making it liable for its own negligence. As Fleming explains (*supra*, at p. 422):

Perhaps inevitably, the familiar notion of foreseeability can here be seen once more lurking in the background, as undoubtedly one of the many relevant factors is the question of whether the unauthorised act was a normal or expected incident of the employment. But one must not confuse the relevance of foreseeability in this sense with its usual function on a negligence issue. We are not here concerned with attributing fault to the master for failing to provide against foreseeable harm (for example in consequence of employing an incompetent servant), but with the measure of risks that may fairly be regarded as typical of the enterprise in question. The inquiry is directed not at foreseeability of risks from specific conduct, but at foreseeability of the broad risks incident to a whole enterprise. [Emphasis added.]

40

On the other hand, this analysis's focus on what might be called "general cause", while broader than specific foreseeability, in no way implies a simple "but-for" test: but for the enterprise and employment, this harm would not have happened. This is because reduced to formalistic premises, any employment can be seen to provide the causation of an employee's tort. Therefore, "mere opportunity" to commit a tort, in the common "but-for" understanding of that phrase, does not suffice: *Morris v. C. W. Martin & Sons Ltd.*, [1966] 1 Q.B. 716 (C.A.) (*per* Diplock L.J.). The enterprise and employment must not only provide the locale or the bare opportunity for the employee to commit his or her wrong, it must materially

cherché à en tirer profit, il est juste que ce soit lui qui les assume au lieu du demandeur qui est une victime innocente, et parce qu'il est mieux placé pour les éponger et les répercuter sur le public au moyen des prix, des taux ou l'assurance responsabilité, et les transférer ainsi à la société, à l'ensemble de la collectivité.

Le lien entre le délit et l'emploi est général. Par conséquent, affirmer que l'entreprise de l'employeur a créé ou sensiblement accru le risque de perpétration de l'acte délictueux ne revient pas à dire qu'un employeur raisonnable aurait dû prévoir le préjudice au sens traditionnel du droit en matière de négligence, ce qui le rendrait responsable de sa propre négligence. Comme Fleming l'explique (*op. cit.*, à la p. 422):

[TRADUCTION] Peut-être est-il inévitable que, dans le présent cas, la notion familière de la prévisibilité figure encore une fois à l'arrière-plan, étant donné que l'un des nombreux facteurs pertinents est sans aucun doute la question de savoir si l'acte non autorisé était rattaché de façon normale ou prévisible à l'emploi. Il ne faut cependant pas confondre la pertinence de la prévisibilité dans ce sens avec sa fonction habituelle lorsqu'il est question de négligence. Ce qui nous intéresse en l'espèce, ce n'est pas d'imputer la faute à l'employeur parce qu'il ne s'est pas prémuni contre un préjudice prévisible (découlant, par exemple, de l'embauche d'un employé incompetent), mais ce sont plutôt les risques qui peuvent être considérés à juste titre comme typiques à l'entreprise en cause. L'examen porte non pas sur la prévisibilité des risques découlant d'une conduite particulière, mais sur la prévisibilité des risques généraux que comporte l'ensemble d'une entreprise. [Je souligne.]

Par ailleurs, la présente analyse porte sur ce que l'on pourrait appeler une «cause générale», alors que la prévisibilité plus générale que particulière ne fait aucunement intervenir un simple critère du «n'eût été»: n'eussent été l'entreprise et l'emploi, le préjudice n'aurait pas été causé. Il en est ainsi parce qu'il est possible de considérer que tout emploi, réduit à des prémisses formalistes, fournit la relation de cause à effet du délit d'un employé. Par conséquent, la «simple occasion» de commettre un délit, au sens ordinaire de «n'eût été», ne suffit pas: *Morris c. C. W. Martin & Sons Ltd.*, [1966] 1 Q.B. 716 (C.A.) (le lord juge Diplock). Pour que l'employeur puisse être tenu à juste titre responsable du fait d'autrui, l'entreprise et

enhance the risk, in the sense of significantly contributing to it, before it is fair to hold the employer vicariously liable. Of course, opportunity to commit a tort can be “mere” or significant. Consequently, the emphasis must be on the strength of the causal link between the opportunity and the wrongful act, and not blanket catch-phrases. When the opportunity is nothing more than a but-for predicate, it provides no anchor for liability. When it plays a more specific role — for example, as permitting a peculiarly custody-based tort like embezzlement or child abuse — the opportunity provided by the employment situation becomes much more salient.

Reviewing the jurisprudence, and considering the policy issues involved, I conclude that in determining whether an employer is vicariously liable for an employee’s unauthorized, intentional wrong in cases where precedent is inconclusive, courts should be guided by the following principles:

(1) They should openly confront the question of whether liability should lie against the employer, rather than obscuring the decision beneath semantic discussions of “scope of employment” and “mode of conduct”.

(2) The fundamental question is whether the wrongful act is sufficiently related to conduct authorized by the employer to justify the imposition of vicarious liability. Vicarious liability is generally appropriate where there is a significant connection between the creation or enhancement of a risk and the wrong that accrues therefrom, even if unrelated to the employer’s desires. Where this is so, vicarious liability will serve the policy considerations of provision of an adequate and just remedy and deterrence. Incidental connections to the employment enterprise, like time and place (without more), will not suffice. Once engaged in a particular business, it is fair that an employer be made to pay the generally

l’emploi ne doivent pas seulement avoir fourni à l’employé l’endroit où commettre une faute ni lui avoir donné la simple occasion de la commettre, ils doivent avoir accru sensiblement le risque de faute de sa part, c’est-à-dire y avoir contribué de façon importante. Il est évident que l’occasion de commettre un délit peut être «simple» ou importante. Par conséquent, l’accent doit être mis sur la force du lien de causalité entre l’occasion et l’acte fautif, et non sur des formules générales. Quand l’occasion n’est rien de plus qu’un prédicat de type «n’eût été», elle ne justifie aucune responsabilité. Quand elle joue un rôle plus précis comme, par exemple, permettre un délit propre à la garde comme le détournement de fonds ou l’agression sexuelle d’enfants, l’occasion fournie par les conditions de travail devient beaucoup plus évidente.

Après avoir examiné la jurisprudence et les questions de politique générale soulevées, je conclus que, pour décider si la responsabilité du fait d’autrui d’un employeur est engagée en raison de la faute intentionnelle et non autorisée d’un employé dans des cas où la jurisprudence n’est pas concluante, les tribunaux devraient appliquer les principes suivants:

(1) Ils devraient s’attaquer ouvertement à la question de savoir si la responsabilité de l’employeur devrait être engagée, au lieu d’embrouiller la décision par des analyses sémantiques de l’«exercice des fonctions» et du «mode de comportement».

(2) Il s’agit essentiellement de savoir si l’acte fautif est suffisamment lié à la conduite autorisée par l’employeur pour justifier l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui. La responsabilité du fait d’autrui est généralement fondée quand il existe un lien important entre la création ou l’accroissement d’un risque et la faute qui en découle, même si elle n’a rien à voir avec les souhaits de l’employeur. Le cas échéant, la responsabilité du fait d’autrui satisfera aux considérations de politique générale de la dissuasion et de la réparation juste et appropriée. Des liens accessoires avec l’entreprise qui procure l’emploi, comme la date, l’heure et le lieu (sans plus), ne sont pas suffisants. Lorsque l’em-

foreseeable costs of that business. In contrast, to impose liability for costs unrelated to the risk would effectively make the employer an involuntary insurer.

(3) In determining the sufficiency of the connection between the employer's creation or enhancement of the risk and the wrong complained of, subsidiary factors may be considered. These may vary with the nature of the case. When related to intentional torts, the relevant factors may include, but are not limited to, the following:

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

ployeur exerce une activité particulière, il est juste qu'il soit obligé d'acquitter les coûts généralement prévisibles de cette activité. Par contre, l'imputation de la responsabilité des coûts non liés au risque ferait effectivement de l'employeur un assureur involontaire.

(3) Pour décider s'il existe un lien suffisant entre la création ou l'accroissement du risque par l'employeur et la faute reprochée, il est possible de tenir compte de facteurs subsidiaires qui peuvent varier selon la nature de l'affaire. Quand ils se rapportent à des délits intentionnels, les facteurs pertinents peuvent notamment comprendre les suivants:

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

42

Applying these general considerations to sexual abuse by employees, there must be a strong connection between what the employer was asking the employee to do (the risk created by the employer's enterprise) and the wrongful act. It must be possible to say that the employer significantly increased the risk of the harm by putting the employee in his or her position and requiring him to perform the assigned tasks. The policy considerations that justify imposition of vicarious liability for an employee's sexual misconduct are unlikely to be satisfied by incidental considerations of time and place. For example, an incidental or random attack by an employee that merely happens to take place on the

Pour appliquer ces considérations générales à l'agression sexuelle commise par un employé, il doit exister un lien solide entre ce que l'employeur demandait à l'employé de faire (le risque créé par l'entreprise de l'employeur) et l'acte fautif. Il doit être possible de dire que l'employeur a accru sensiblement le risque de préjudice en plaçant l'employé dans son poste et en lui demandant d'accomplir les tâches qui lui étaient assignées. Il est peu probable que les considérations accessoires de la date, de l'heure et du lieu constitueront des considérations de politique générale justifiant l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui pour l'inconduite sexuelle d'un employé. Par exemple, une

employer's premises during working hours will scarcely justify holding the employer liable. Such an attack is unlikely to be related to the business the employer is conducting or what the employee was asked to do and, hence, to any risk that was created. Nor is the imposition of liability likely to have a significant deterrent effect; short of closing the premises or discharging all employees, little can be done to avoid the random wrong. Nor is foreseeability of harm used in negligence law the test. 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.

What factors are relevant to whether an employer's enterprise has introduced or significantly exacerbated a risk of sexual abuse by an employee? (Again, I speak generally, supplementing the factors suggested above.) It is obvious that the risk of an employee sexually abusing a child may be materially enhanced by giving the employee an opportunity to commit the abuse. There are many kinds of opportunity and the nature of the opportunity in a particular case must be carefully evaluated in determining whether it has, in fact, materially increased the risk of the harm that ensued. If 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. If an employee is permitted or required to be alone with a child for extended periods of time, the opportunity for abuse may be greater. If in addition to being permitted to be alone with a child for extended periods, the employee is expected to supervise the child in intimate activities like bathing or toileting, the opportunity for abuse becomes greater still. As the opportunity for abuse becomes greater, so the risk of harm increases.

attaque à laquelle un employé se livre purement par hasard dans les locaux de l'employeur pendant les heures de travail ne justifie guère de tenir l'employeur responsable. Il est peu probable qu'une telle attaque aura un rapport avec l'entreprise que l'employeur exploite ou avec ce que l'employé est requis de faire et, en conséquence, avec quelque risque que ce soit. Il est également peu probable que l'imputation de la responsabilité aura un effet dissuasif important; à moins de fermer les lieux ou de congédier tous les employés, la faute commise au hasard est difficile à éviter. Le critère applicable n'est pas non plus celui de la prévisibilité du préjudice auquel recourt le droit en matière de négligence. 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.

Quels sont les facteurs pertinents pour décider si l'entreprise de l'employeur a créé ou sensiblement accru le risque d'agression sexuelle de la part d'un employé? (Là encore, je parle de manière générale, pour compléter les facteurs proposés plus haut.) Il est évident qu'un employé risque beaucoup plus d'agresser sexuellement un enfant si on lui donne l'occasion de commettre l'agression. Il y a de nombreux types d'occasion et la nature de l'occasion dans un cas particulier doit être soigneusement évaluée pour décider si elle a effectivement accru sensiblement le risque de préjudice qui a résulté. Si 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. Si on permet ou on demande à un employé de rester seul avec un enfant pendant de longues périodes, les chances qu'une agression se produise peuvent être accrues. Si en plus de l'autoriser à demeurer seul avec un enfant pendant de longues périodes, on s'attend à ce que l'employé surveille l'enfant lors d'activités intimes comme le bain ou la toilette, les chances qu'une agression se produise sont encore plus grandes. Plus grandes sont les chances qu'une agression se produise, plus le risque de préjudice s'accroît.

44

The risk of harm may also be enhanced by the nature of the relationship the employment establishes between the employee and the child. Employment that puts the employee in a position of intimacy and power over the child (i.e., a parent-like, role-model relationship) may enhance the risk of the employee feeling that he or she is able to take advantage of the child and the child submitting without effective complaint. The 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. In other words, the more an enterprise requires the exercise of power or authority for its successful operation, the more materially likely it is that an abuse of that power relationship can be fairly ascribed to the employer. See *Boothman v. Canada*, *supra*.

La nature de la relation que l'emploi établit entre l'employé et l'enfant est également susceptible d'accroître le risque de préjudice. L'emploi qui place l'employé dans une situation d'intimité et d'autorité vis-à-vis de l'enfant (c'est-à-dire une relation dans laquelle l'employé agit à la manière d'un parent ou fait fonction de modèle) est susceptible d'accroître le risque que l'employé sente qu'il peut profiter de l'enfant et que l'enfant se soumette sans pouvoir se plaindre de manière efficace. Plus 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. Autrement dit, plus une entreprise requiert l'exercice de pouvoir ou d'autorité pour la réussite de ses activités, plus un abus de ce rapport de force pourra être attribué, à juste titre, à l'employeur. Voir *Boothman c. Canada*, précité.

45

Other factors may be important too, depending on the nature of the case. To require or permit an employee to touch the client in intimate body zones may enhance the risk of sexual touching, just as permitting an employee to handle large sums of money may enhance the risk of embezzlement or conversion. This is the common sense core of the "mode of conduct" argument accepted by the trial judge in this case. (The same factor might of course be analyzed in terms of enhanced opportunity.) Time and place arguments may also be relevant in particular cases. The mere fact that the wrong occurred during working hours or on the jobsite may not, standing alone, be of much importance; the assessment of material increase in risk cannot be resolved by the mechanical application of spatial and temporal factors. This said, spatial and temporal factors may tend to negate the suggestion of materially enhanced risk of harm, insofar as they suggest that the conduct was essentially unrelated to the employment and any enhanced risk it may have created (for example, the employee's tort occurred offsite and after hours). The policy considerations of fair compensation and deterrence upon which vicarious liability is premised

D'autres facteurs peuvent être également importants, selon la nature de l'affaire. Demander ou permettre à un employé de toucher les parties intimes du corps d'un client peut accroître le risque d'attouchements sexuels, tout comme permettre à un employé de manipuler des sommes d'argent importantes peut accroître le risque de détournement de fonds ou d'appropriation illicite. Telle est la logique qui est au cœur de l'argument du «mode de comportement» que le juge de première instance a retenu dans la présente affaire. (Le même facteur pourrait évidemment être analysé sous l'angle de l'occasion plus grande.) Les arguments de la date, de l'heure et du lieu peuvent aussi être pertinents dans certains cas particuliers. Le simple fait que la faute a été commise pendant les heures de travail ou au travail ne saurait, à lui seul, être d'une grande importance; l'évaluation de l'accroissement sensible du risque ne peut pas se faire par l'application machinale de facteurs spatiaux et temporels. Cela étant dit, les facteurs spatiaux et temporels peuvent tendre à annihiler l'idée d'accroissement sensible du risque de préjudice, dans la mesure où ils portent à croire que la conduite n'avait essentiellement rien à voir avec l'emploi et tout risque qu'il peut avoir créé (par exemple, lorsque le délit de l'employé est survenu en dehors des lieux de travail et après les heures de

may be attenuated or completely eliminated in such circumstances.

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. Because of the peculiar exercises of power and trust that pervade cases such as child abuse, special attention should be paid to the existence of a power or dependency relationship, which on its own often creates a considerable risk of wrongdoing.

B. Should There Be an Exemption for Non-Profit Organizations?

In the alternative, the Foundation submits that even if vicarious liability should presumptively attach for Curry's torts, this Court should exempt non-profit organizations. None of the judges below accepted this suggestion. Nor would I.

In support of a charitable or non-profit exemption from liability, the Foundation argues: (1) that it is unfair to fix liability without fault on non-profit organizations performing needed services on behalf of the general public; (2) that non-profit organizations are less able to control and supervise the conduct of their agents, many of whom are volunteers, which enhances the unfairness of imposing vicarious liability and diminishes its deterrent effect; and (3) that the practical effect of making

travail). Les considérations de politique générale de la juste indemnisation et de la dissuasion qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui peuvent être atténuées ou complètement éliminées dans de telles circonstances.

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. Compte tenu des utilisations particulières qui sont faites de l'autorité et de la confiance dans les cas d'agression d'un enfant, il faut prêter une attention spéciale à l'existence d'un rapport de force ou de dépendance, qui crée souvent en soi un risque considérable de faute.

B. Devrait-il y avoir exonération de responsabilité dans le cas d'un organisme sans but lucratif?

La Fondation soutient subsidiairement que, même s'il y a lieu de présumer que la responsabilité du fait d'autrui est engagée en raison des délits commis par Curry, notre Cour devrait exonérer de toute responsabilité les organismes sans but lucratif. Aucun des juges d'instance inférieure n'a retenu cet argument, et je ne le ferai pas non plus.

Pour étayer l'exonération de responsabilité dans le cas d'un organisme de bienfaisance ou sans but lucratif, la Fondation soutient (1) qu'il est injuste d'imputer la responsabilité sans faute aux organismes sans but lucratif qui fournissent des services nécessaires au nom du grand public, (2) que les organismes sans but lucratif sont moins en mesure de contrôler et de surveiller la conduite de leurs mandataires, qui comptent de nombreux bénévoles, ce qui a pour effet d'accroître l'injustice

46

47

48

non-profit organizations vicariously liable for the misconduct of their agents will be to make it difficult or impossible for such organizations to carry out their important work. The Foundation suggests that the body that should bear the responsibility for Curry's sexual abuse of the respondent is the provincial government, which placed him in the society's care.

49

The first submission is that it is unfair to fix liability without fault on non-profit organizations performing needed services on behalf of the community as a whole. It is difficult not to be sympathetic to this plea. Churches and aid societies undertake to care for society's most needy. They do work few others would, and they do it in a selfless, generous manner. In the case at bar, the Children's Foundation took in the respondent when no one else seemed ready or able to do so and undertook the difficult task of providing him with the love and guidance that other children receive from their parents. That non-profit organizations do important work is beyond question. They are funded by the government and by donations from the public. It is unjust, the appellant argues, that they be made to pay damages when, through no legal fault of their own, an unscrupulous employee or volunteer abuses his position with one of the wards.

50

There is, however, another perspective to be considered — that of the innocent child who was the victim of the abuse. From his perspective, the appellant's institution, however meritorious, put him in the intimate care of Mr. Curry and in a very real sense enhanced the risk of his being abused. From his perspective, it is fair that as between him and the institution that enhanced the risk, the institution should bear legal responsibility for his abuse and the harm that befell him. It may also deter other incidents of sexual abuse by motivating charitable organizations entrusted with the care of children to take not only such precautions as the law of

d'imputer la responsabilité du fait d'autrui, et d'en diminuer l'effet dissuasif, et (3) que, si les organismes sans but lucratif sont responsables de l'inconduite de leurs mandataires, il leur sera difficile ou impossible en pratique d'accomplir leur important travail. Selon la Fondation, l'organisme qui devrait assumer la responsabilité de l'agression sexuelle de l'intimé par Curry est le gouvernement provincial, qui l'a confié aux soins de la société.

Le premier argument veut qu'il soit injuste d'imputer la responsabilité sans faute aux organismes sans but lucratif qui fournissent des services nécessaires au nom de l'ensemble de la collectivité. Il est difficile de ne pas être sympathique à ce moyen de défense. Les églises et les sociétés d'aide se chargent de prendre soin des laissés-pour-compte de la société. Elles accomplissent un travail qui intéresse peu de gens, et elles le font de façon altruiste et généreuse. En l'espèce, la Children's Foundation a recueilli l'intimé alors que personne d'autre ne semblait disposé à le faire, ou en mesure de le faire, et a entrepris la tâche difficile de lui donner l'amour et l'encadrement que les autres enfants reçoivent de leurs parents. Il est incontestable que les organismes sans but lucratif accomplissent un travail important. Ils sont financés par le gouvernement et au moyen des dons du public. L'appelante fait valoir qu'il est injuste de les forcer à verser des dommages-intérêts dans le cas où, en l'absence de toute faute de leur part sur le plan juridique, un employé ou un bénévole sans scrupules abuse de sa situation avec l'un des pupilles.

Cependant, il faut examiner la situation d'un autre point de vue, celui de l'enfant innocent qui a été victime de l'agression. Du point de vue de ce dernier, l'établissement de l'appelante, si louable soit-il, l'a confié aux soins personnels de M. Curry et a donc vraiment accru le risque qu'il soit agressé. De son point de vue, il est juste que, entre lui et l'établissement qui a accru le risque, ce soit ce dernier qui soit responsable, en droit, de son agression et du préjudice qu'il a subi. Cela peut également contribuer à prévenir d'autres épisodes d'agression sexuelle en incitant les organismes de bienfaisance à qui des enfants sont confiés à pren-

negligence requires, but all possible precautions to ensure that their children are not sexually abused.

When all perspectives are considered, it is difficult to conclude that the fact that the appellant does good work in the community without expectation of profit makes it unjust that it should be held vicariously responsible for the abuse of the respondent. These facts, therefore, do not constitute a sound basis by themselves for exempting non-profit organizations from legal liability that would otherwise fall on them.

The second argument is that non-profit charitable organizations often work with volunteers and are thus less able than commercial enterprises to supervise what their agents do. This, it is said, diminishes the fairness of holding such organizations vicariously liable, and lessens any deterrent effect that liability might bring. This position rests on the premise that an organization's responsibility and control over its operations diminish when it employs volunteers, a premise I cannot accept. Indeed, it is not suggested that non-profit organizations do not have a duty to screen or supervise those whom they entrust with their important work. Accordingly, the same considerations of fairness and deterrence arise, whether the organization is non-profit or commercial.

The third argument, essentially a variation on the first, is that vicarious liability will put many non-profit organizations out of business or make it difficult for them to carry on their good work. It is argued that unlike commercial organizations, non-profit organizations have few means of distributing any loss they are made to assume, since they cannot increase what they charge the public and cannot easily obtain insurance for liability arising from sexual abuse. While in this case, it may be that the loss can be distributed to the public (since the province pays the Foundation for caring for

dre non seulement les précautions requises par le droit en matière de négligence, mais toutes celles possibles pour éviter que les enfants qui leur sont confiés soient victimes d'une agression sexuelle.

Tout compte fait, il est difficile de conclure que, parce que l'appelante accomplit un bon travail dans la collectivité sans s'attendre à réaliser un profit, il est injuste que sa responsabilité du fait d'autrui soit engagée en raison de l'agression dont a été victime l'intimé. Par conséquent, ces faits mêmes ne constituent pas une raison valable d'exonérer les organismes sans but lucratif de la responsabilité en droit qui leur serait par ailleurs imputée.

Le deuxième argument veut que les organismes de bienfaisance sans but lucratif recourent souvent aux services de bénévoles et qu'ils soient donc moins en mesure que les entreprises commerciales de surveiller ce que font leurs mandataires. Cela, dit-on, fait en sorte qu'il est moins juste de tenir ces organismes responsables du fait d'autrui, et atténue l'effet dissuasif que cette responsabilité est susceptible d'avoir. Ce point de vue repose sur la prémisse selon laquelle la responsabilité qu'un organisme assume à l'égard de ses activités et le contrôle qu'il exerce sur celles-ci diminuent quand il emploie des bénévoles, une prémisse que je ne puis accepter. En fait, on ne laisse pas entendre que les organismes sans but lucratif n'ont pas le devoir de sélectionner ou de surveiller ceux à qui ils confient l'exécution de leur travail important. Par conséquent, les mêmes considérations d'équité et de dissuasion s'appliquent, peu importe que l'organisme soit sans but lucratif ou commercial.

Selon le troisième argument, qui est essentiellement une variante du premier, si on leur impute la responsabilité du fait d'autrui, de nombreux organismes sans but lucratif devront cesser leurs activités ou pourront difficilement poursuivre leur bon travail. On soutient que, contrairement aux organismes commerciaux, les organismes sans but lucratif ont peu de moyens de répartir toute perte qu'on leur fait assumer, du fait qu'ils ne peuvent pas obliger le public à payer davantage pour leurs services et qu'il leur est difficile d'obtenir une assurance responsabilité pour agression sexuelle.

51

52

53

children like the respondent), many non-profit organizations may have no way to obtain contribution from other sources to cover judgments against them. In sum, attaching liability to charities like the Foundation will, in the long run, disadvantage society.

Bien que, dans la présente affaire, il soit possible de répercuter la perte sur le public (vu que la province paie la Fondation pour prendre soin d'enfants comme l'intimé), de nombreux organismes sans but lucratif n'ont pas les moyens d'obtenir des contributions d'autres sources pour payer le montant des jugements prononcés contre eux. Somme toute, l'imputation d'une responsabilité à des organismes de bienfaisance comme la Fondation aura pour effet à long terme de désavantager la société.

54 I cannot accept this contention. It is based on the idea that children like the respondent must bear the cost of the harm that has been done to them so that others in society may benefit from the good work of non-profit organizations. The suggestion that the victim must remain remediless for the greater good smacks of crass and unsubstantiated utilitarianism. Indeed, it is far from clear to me that the “net” good produced by non-profit institutions justifies the price placed on the individual victim, nor that this is a fair way for society to order its resources. If, in the final analysis, the choice is between which of two faultless parties should bear the loss — the party that created the risk that materialized in the wrongdoing or the victim of the wrongdoing — I do not hesitate in my answer. Neither alternative is attractive. But given that a choice must be made, it is fairer to place the loss on the party that introduced the risk and had the better opportunity to control it.

Je ne puis retenir cet argument. Il repose sur l'idée que des enfants comme l'intimé doivent assumer le coût du préjudice qu'ils ont subi, afin de permettre à d'autres membres de la société de bénéficier du bon travail des organismes sans but lucratif. L'idée que la victime doit demeurer sans recours pour le plus grand bien de tous fleure l'utilitarisme grossier et non fondé. En réalité, il est loin d'être évident pour moi que le bien «net» que font les organismes sans but lucratif justifie le prix que l'on fait payer à la victime elle-même, ou qu'il s'agit d'un moyen juste pour la société d'organiser ses ressources. Si, en dernière analyse, il s'agit de décider laquelle des deux parties qui n'a commis aucune faute doit assumer la perte — la partie qui a créé le risque à l'origine de l'acte fautif ou la victime de cet acte fautif — je réponds sans hésitation. Aucune de ces solutions n'est intéressante. Cependant, comme un choix doit être fait, il est plus juste de faire assumer la perte par la partie qui a créé le risque et qui était mieux placée pour le contrôler.

55 Finally, it seems to me artificial to suggest that Bazley could have claimed against the government because, by making the initial placement order, it was the cause-in-fact for Curry's torts. The connection between the original government order and the sexual abuse is too remote to support liability.

Enfin, il me semble factice de laisser entendre que Bazley aurait pu tenter une action contre le gouvernement parce que c'est lui qui, en rendant l'ordonnance initiale de placement, a été la cause réelle des délits de Curry. Le lien entre l'ordonnance initiale du gouvernement et l'agression sexuelle est trop ténu pour justifier l'imputation de responsabilité.

56 I conclude that the case for exempting non-profit institutions from vicarious liability otherwise properly imposed at law has not been established. I can see no basis for carving out an exception from the common law of vicarious liability for a particular class of defendants, non-profit organiza-

Je conclus qu'il n'a pas été prouvé que les organismes sans but lucratif doivent être exonérés de la responsabilité du fait d'autrui par ailleurs imputée à juste titre en droit. Je ne vois aucune raison d'exonérer en catégorie particulière de défenseurs, à savoir les organismes sans but lucratif, de

tions. The record before us does not support crafting such a status-based exemption from liability, and I am unconvinced that such a course would be appropriate. The Court's task is to clarify the general legal principles that govern vicarious liability. The common law backdrop thus established, it is for the legislature to consider whether relief should be granted to limit the legal exposure of non-profit organizations to prosecution for sexual abuse.

C. Application to the Case at Bar

The appropriate inquiry in a case such as this is whether the employee's wrongful act was so closely connected to the employment relationship that the imposition of vicarious liability is justified in policy and principle. From the point of view of principle, a prime indicator is whether the employer, by carrying on its operations, created or materially enhanced the risk of the wrong that occurred, such that the policy considerations of fair recovery and deterrence are engaged. In answering this question, the court must have regard to how the employer's enterprise increased opportunity to commit the wrong, and how it fostered power-dependency relationships that materially enhanced the risk of the harm. There is no special rule for non-profit corporations.

Applying these considerations to the facts in the case at bar, the Foundation is vicariously liable for the sexual misconduct of Curry. The opportunity for intimate private control and the parental relationship and power required by the terms of employment created the special environment that nurtured and brought to fruition Curry's sexual abuse. The employer's enterprise created and fostered the risk that led to the ultimate harm. The abuse was not a mere accident of time and place, but the product of the special relationship of intimacy and respect the employer fostered, as well as the special opportunities for exploitation of that

la responsabilité du fait d'autrui reconnue en common law. Le dossier dont nous sommes saisis ne justifie pas de créer une telle exonération de responsabilité fondée sur le statut de l'entité en cause et je ne suis pas convaincue de l'opportunité de le faire. La Cour a pour tâche de clarifier les principes juridiques généraux qui régissent la responsabilité du fait d'autrui. Dans ce contexte de common law, il appartient au législateur d'examiner si l'exonération devrait être accordée pour limiter le risque que des organismes sans but lucratif fassent l'objet de poursuites judiciaires pour agression sexuelle.

C. Application à la présente affaire

Dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, il convient d'examiner si l'acte fautif de l'employé était si étroitement lié à la relation employeur-employé que l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui est justifiée sur les plans de la politique générale et des principes. Sur le plan des principes, il est primordial de savoir si, en exerçant ses activités, l'employeur a créé ou sensiblement accru le risque à l'origine de la faute commise, de manière à faire intervenir les considérations de politique générale de la juste indemnisation et de la dissuasion. En répondant à cette question, le tribunal doit se demander comment l'entreprise de l'employeur a accru les chances de commettre la faute, et comment elle a favorisé le développement des rapports de force et de dépendance qui ont accru sensiblement le risque de préjudice. Aucune règle particulière ne s'applique aux organismes sans but lucratif.

Si on applique ces considérations aux faits de la présente affaire, la responsabilité du fait d'autrui de la Fondation est engagée en raison de l'inconduite sexuelle de Curry. L'occasion d'exercer un contrôle personnel intime ainsi que l'autorité et la relation parentales requises par les conditions de travail ont engendré le climat propice à la perpétration de l'agression sexuelle par Curry. L'entreprise de l'employeur a créé et favorisé le risque à l'origine du préjudice causé. L'agression était non pas simplement le fruit d'un malheureux concours de circonstances, mais le résultat de la relation particulière d'intimité et de respect dont l'employeur a

57

58

relationship it furnished. Indeed, it is difficult to imagine a job with a greater risk for child sexual abuse. This is not to suggest that future cases must rise to the same level to impose vicarious liability. Fairness and the need for deterrence in this critical area of human conduct — the care of vulnerable children — suggest that as between the Foundation that created and managed the risk and the innocent victim, the Foundation should bear the loss.

VI. Conclusion

59 I would dismiss the appeal with costs and remit the matter to trial.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant the Children's Foundation: Alexander, Holburn, Beaudin & Lang, Vancouver.

Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen in Right of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the respondent: D. Brent Adair, Trail, B.C.

Solicitor for the intervener Her Majesty the Queen in Right of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

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

Solicitors for the intervener the United Church of Canada: Harper Grey Easton, Vancouver.

Solicitors for the intervener the General Synod of the Anglican Church of Canada: Boughton Peterson Yang Anderson, Vancouver.

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

favorisé le développement, ainsi que des occasions spéciales d'exploiter cette relation qu'il a fournies. En réalité, il est difficile d'imaginer un travail qui comporte un plus grand risque d'agression sexuelle pour les enfants. Cela ne revient pas à dire que les futures affaires devront se situer au même niveau pour que la responsabilité du fait d'autrui puisse être imputée. L'équité et le besoin de dissuasion dans ce domaine crucial du comportement humain, qu'est le soin d'enfants vulnérables, portent à croire que, entre la victime innocente et la Fondation qui a créé et géré le risque, c'est la Fondation qui devrait assumer la perte.

VI. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de renvoyer l'affaire à procès.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante la Children's Foundation: Alexander, Holburn, Beaudin & Lang, Vancouver.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intimé: D. Brent Adair, Trail (C.-B.).

Procureur de l'intervenante Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

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

Procureurs de l'intervenante l'Église unie du Canada: Harper Grey Easton, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le synode général de l'Église anglicane du Canada: Boughton Peterson Yang Anderson, Vancouver.

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

Solicitors for the interveners William Richard Blackwater et al.: Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.

Solicitors for the interveners Barrie Caldwell, Samuel McNab and Glen Pelletier: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs des intervenants William Richard Blackwater et autres: Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.

Procureurs des intervenants Barrie Caldwell, Samuel McNab et Glen Pelletier: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.