

Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique, Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique, Annette Azar-Diehl, Stéphane Perron and Marie-Nicole Dubois *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia and Minister of Education of British Columbia *Respondents*

and

Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of Prince Edward Island, Attorney General of Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Attorney General of the Northwest Territories, Commissioner of Official Languages of Canada, Quebec Community Groups Network, David Asper Centre for Constitutional Rights, Association des juristes d’expression française du Nouveau-Brunswick inc., Association des enseignantes et enseignants francophones du Nouveau-Brunswick inc., Fédération nationale des conseils scolaires francophones, Association des parents de l’école Rose-des-Vents, Association des parents de l’école des Colibris, Canadian Association for Progress in Justice, Société de l’Acadie du Nouveau-Brunswick, Fédération des conseils d’éducation du Nouveau-Brunswick, Assembly of Manitoba Chiefs,

Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique, Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique, Annette Azar-Diehl, Stéphane Perron et Marie-Nicole Dubois *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie Britannique et ministre de l’Éducation de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

Procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général de l’Île-du-Prince-Édouard, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l’Alberta, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, procureur général des Territoires du Nord-Ouest, Commissaire aux langues officielles du Canada, Réseau des groupes communautaires du Québec, David Asper Centre for Constitutional Rights, Association des juristes d’expression française du Nouveau-Brunswick inc., Association des enseignantes et enseignants francophones du Nouveau-Brunswick inc., Fédération nationale des conseils scolaires francophones, Association des parents de l’école Rose-des-Vents, Association des parents de l’école des Colibris, Canadian Association for Progress in Justice, Société de l’Acadie du Nouveau-Brunswick, Fédération des conseils d’éducation du Nouveau-Brunswick, Assembly of Manitoba Chiefs, Commission nationale des parents francophones, Conseil scolaire francophone provincial de Terre-Neuve-et-Labrador et

**Commission nationale des parents francophones,
Conseil scolaire francophone provincial de Terre-Neuve-et-Labrador and Canadian Francophonie Research Chair in Language Rights** *Intervenants*

INDEXED AS: CONSEIL SCOLAIRE FRANCOPHONE DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE v. BRITISH COLUMBIA

2020 SCC 13

File No.: 38332.

2019: September 26; 2020: June 12.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of rights — Minority language educational rights — Provincial funding of minority language education system — Sliding scale — Substantive equivalence — Justification of infringements — Approach to take in order to situate given number of students on sliding scale so as to determine level of services that must be provided to them — Whether test used to assess quality of educational experience provided to official language minorities varies with number of minority language students — Whether infringements of this right are justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 23.

Constitutional law — Charter of rights — Remedy — Damages — Trial judge deciding that province had to pay damages to school board to make up deficit it had run because of freeze on funding for school transportation — Whether limited government immunity from damages awards applies to decisions made in accordance with government policies that are found to be contrary to s. 23 of the Charter.

The Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique (“CSF”) is the sole French-language school board in British Columbia. Its territory covers the entire province, and it has 37 schools. In June 2010, the CSF, the Fédération des parents francophones de Colombie-

Chaire de recherche sur la francophonie canadienne en droits et enjeux linguistiques
Intervenants

RÉPERTORIÉ : CONSEIL SCOLAIRE FRANCOPHONE DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE c. COLOMBIE-BRITANNIQUE

2020 CSC 13

N° du greffe : 38332.

2019 : 26 septembre; 2020 : 12 juin.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA COLOMBIE BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l’instruction dans la langue de la minorité — Financement du système d’éducation de la minorité linguistique par la province — Échelle variable — Équivalence réelle — Justification des violations — Démarche permettant de situer un nombre d’élèves donné sur l’échelle variable pour déterminer le niveau de services qui doit leur être offert — Le critère utilisé pour évaluer la qualité de l’expérience éducative offerte aux minorités linguistiques officielles varie-t-il selon le nombre d’élèves de la minorité? — Les violations de ce droit sont-elles justifiées? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 23.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Dommages intérêts — Décision de la juge de première instance portant que la province doit verser des dommages-intérêts pour compenser un conseil scolaire du déficit qu’il a subi en raison du gel du financement du transport scolaire — L’immunité restreinte dont bénéficie l’État en matière de dommages intérêts s’applique-t-elle aux décisions prises en vertu de politiques gouvernementales qui sont déclarées contraires à l’art. 23 de la Charte?

Le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique (« CSF ») est le seul conseil scolaire francophone de la province, avec un territoire qui couvre l’ensemble de la Colombie-Britannique et regroupe 37 écoles. En juin 2010, le CSF, la Fédération des parents

Britannique and three parents who are rights holders under s. 23 of the *Charter* (“linguistic minority representatives”) filed a notice of civil claim against the province, submitting that several aspects of the funding of the education system penalized the official language minority and infringed its rights under s. 23 of the *Charter*. The alleged infringements can be divided into two categories: the first involved systemic claims (among other things, the fact that the CSF had not received an annual grant for building maintenance, the formula used to set priorities for capital projects, a lack of funding for school transportation and a lack of space for cultural activities), and the second involved claims for the purpose of obtaining new schools or improvements to existing schools in 17 communities.

The trial judge set out an approach to be taken in order to situate the number of students in a given community on the sliding scale, which serves to determine the level of services to which an official language minority is entitled and is used to decide whether the minority is entitled to a homogeneous school, to educational facilities shared with the majority or to another appropriate solution. Applying her analytical framework, the trial judge issued declarations concerning the right to educational facilities in several communities. She then outlined the test that is to be applied in determining the quality of the educational experience that must be provided to official language minorities. She concluded with respect to several communities that the children of rights holders are entitled to facilities that provide them with an educational experience that is substantively equivalent to the experience of the majority, but she found with respect to other communities that the numbers of children of rights holders warranted not a substantively equivalent educational experience, but one that is proportionately equivalent to the educational experience provided to the majority. Discussing the principles of interpretation that must inform the analysis of infringements of s. 23 under s. 1 of the *Charter*, the trial judge then concluded that several infringements of the rights holders’ language rights were justified under s. 1. Finally, she concluded that awarding damages would not be appropriate for most of the claims of the linguistic minority representatives, but she found that the freeze on funding for school transportation at a time when the number of students of the linguistic minority was rising constituted an infringement of s. 23, and she awarded \$6 million in damages to the CSF. On the other hand, the trial judge declined to award damages to the CSF

francophones de Colombie Britannique et trois parents titulaires de droit au sens de l’art. 23 de la *Charte* (les « représentants de la minorité linguistique ») ont déposé une demande introductive d’instance à l’encontre de la province, soutenant que plusieurs aspects du financement du système d’éducation pénalisent la minorité linguistique officielle et violent les droits qui lui sont reconnus par l’art. 23 de la *Charte*. Les violations reprochées se divisent en deux catégories : la première regroupe les demandes de nature systémique (notamment le non accès à une subvention annuelle pour l’entretien des édifices, la formule utilisée pour prioriser les projets d’immobilisation, le manque de financement du transport scolaire et le manque d’accès à des espaces pour des activités culturelles) et la deuxième se compose des demandes en vue d’obtenir de nouvelles écoles ou des améliorations à des écoles existantes dans 17 communautés.

La juge de première instance élabore une démarche permettant de situer le nombre d’élèves d’une collectivité donnée sur l’échelle variable, qui sert à déterminer le niveau de service auquel ont droit les minorités linguistiques officielles et permet de décider si la minorité a droit à une école homogène, à des installations éducatives partagées avec la majorité ou à une autre solution appropriée. Appliquant le cadre analytique qu’elle a établi, la juge prononce des jugements déclaratoires portant sur le droit à des installations éducatives dans plusieurs collectivités. La juge précise ensuite le critère pour déterminer la qualité de l’expérience éducative qui doit être offerte aux minorités linguistiques officielles, et conclut que, dans plusieurs communautés, les enfants des ayants droit doivent bénéficier d’installations leur offrant une expérience éducative réellement équivalente à celle de la majorité, alors que, dans d’autres communautés, le nombre d’enfants des ayants droit ne justifie pas l’accès à une expérience éducative réellement équivalente, mais plutôt à une expérience éducative proportionnellement équivalente à celle offerte à la majorité. Puis, se penchant sur les principes d’interprétation qui doivent guider l’analyse des violations de l’art. 23 au regard de l’article premier de la *Charte*, la juge conclut que plusieurs violations des droits linguistiques des ayants droit sont justifiées au regard de l’article premier. Finalement, la juge estime que l’octroi de dommages-intérêts n’est pas justifié pour la plupart des demandes formulées par les représentants de la minorité linguistique, mais elle statue que le gel du financement du transport scolaire alors que le nombre d’élèves de la minorité augmentait constitue une violation de l’art. 23 et ordonne le versement de six millions de dollars en dommages-intérêts au CSF. Elle refuse toutefois d’accorder

in compensation for its having been denied the Annual Facilities Grant Rural Factor.

The linguistic minority representatives appealed the trial judge's judgment, arguing that she had made several errors of law in analyzing the alleged infringements of s. 23 of the *Charter*, including in the approach she had taken in order to situate a given number of students on the sliding scale and in the test she had applied in order to assess the quality of the educational experience provided to official language minorities; in reviewing the justification of the infringements under s. 1; and in granting the remedies being sought. The Court of Appeal dismissed the appeal but allowed the province's cross appeal and set aside the award of damages for inadequate funding of school transportation.

Held (Brown and Rowe JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Martin and Kasirer JJ.: The courts below adopted an inordinately narrow interpretation of s. 23 of the *Charter* and its role in the Canadian constitutional order. Section 23 has a remedial purpose related to promoting the development of official language minority communities and changing the status quo. In accordance with an interpretation of that section that takes its remedial purpose fully into account, and in light of the trial judge's findings of fact, the appeal should be allowed in part.

In *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, the Court explained that situating a given number of students on the sliding scale requires that the analysis focus on (1) the services appropriate, in pedagogical terms, for the number of students involved; and (2) the cost of the contemplated services. However, the Court did not provide an exhaustive definition of these two factors. The approach to be taken in order to situate a given number of students on the sliding scale must therefore be clarified.

The analysis of the first factor, pedagogical needs, is concerned with whether, in light of the number of students at issue, the level of services proposed by the minority will make it possible to meet all curriculum requirements, that is, those related to the knowledge and skills the students must acquire while in school. The second factor in the analysis, cost, is less important than the first. It comprises the cost of building a new school or launching a program, and the associated operating costs. As a general

des dommages-intérêts au CSF pour l'indemniser du fait qu'il a été privé du facteur rural de la subvention annuelle aux installations.

Les représentants de la minorité linguistique interjettent appel du jugement de la juge de première instance, plaidant qu'elle a commis plusieurs erreurs de droit dans son analyse en vue d'identifier les violations alléguées de l'art. 23 de la *Charte*, notamment dans sa démarche pour situer un nombre d'élèves donné sur l'échelle variable et dans le critère qu'elle a retenu pour évaluer la qualité de l'expérience éducative offerte aux minorités linguistiques officielles; dans son examen de la justification des violations au regard de l'article premier; et dans l'octroi des réparations demandées. La Cour d'appel rejette l'appel, mais accueille l'appel incident formé par la province et annule l'octroi de dommages-intérêts pour le financement inadéquat du transport scolaire.

Arrêt (les juges Brown et Rowe sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Martin et Kasirer : Les juridictions inférieures ont adopté une interprétation démesurément restrictive de l'art. 23 de la *Charte* et de son rôle dans l'ordre constitutionnel canadien. Cet article a un objet réparateur, qui vise à favoriser l'épanouissement des minorités linguistiques officielles et à modifier le statu quo. Donnant à cette disposition une interprétation qui tient pleinement compte de son objet réparateur, et s'appuyant sur les conclusions de faits tirées par la juge de première instance, il y a lieu d'accueillir l'appel en partie.

Dans l'arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, la Cour a expliqué que, pour situer un nombre d'élèves donné sur l'échelle variable, l'analyse doit se concentrer sur (1) les services appropriés, en termes pédagogiques, compte tenu du nombre d'élèves visés; et (2) le coût des services envisagés. Cependant, la Cour n'a pas défini exhaustivement ces deux facteurs. La marche à suivre pour situer un nombre d'élèves donné sur l'échelle variable doit donc être précisée.

L'analyse du premier facteur, celui des besoins pédagogiques, consiste à se demander si, compte tenu du nombre d'élèves concernés, le niveau de services proposé par la minorité permet de répondre à toutes les exigences du programme d'études, à savoir les différentes connaissances et compétences que doivent acquérir les élèves durant leur parcours scolaire. Le second facteur de l'analyse, celui des coûts, est moins important que le premier facteur. Il s'entend des dépenses associées à la construction d'une

rule, pedagogical considerations and cost considerations are interlinked and can be assessed simultaneously.

The approach to be taken in order to situate a given number of students on the sliding scale is based on the premise that a homogeneous school, that is, a separate facility under the control of the official language minority, is warranted where such a school is available to a comparable number of majority language students. The first step is to determine how many students will eventually avail themselves of the contemplated service on the basis of long-term projections. That number lies between the known demand and the total number of children of s. 23 rights holders. The burden of proof is on the claimants from the official language minority.

At the second step, the court must take a comparative approach in order to determine whether the school contemplated by the minority is appropriate from the standpoint of pedagogy and cost. The approach is intended for the determination of whether the number of students in question from the official language minority is comparable to the numbers of students in the majority language schools. The burden is on the claimants from the official language minority to identify comparator schools. It is necessary to be flexible in determining what constitutes a comparable number. Comparable does not mean identical. If the court finds that the number of minority language students is comparable to the numbers of students in local majority language schools, there is no doubt that the number of minority language students falls at the high end of the sliding scale and that the minority is entitled to a homogeneous school. In other cases, a province-wide comparative exercise is required to ensure fair treatment across the province.

The existence of majority language schools that serve a given number of students, regardless of where they are located in the province, supports a presumption that the province considers maintaining those schools to be appropriate from the standpoint of pedagogy and cost, and thus that it is appropriate to create a comparably sized homogeneous school for the minority. The province can rebut this presumption by showing on a balance of probabilities either that the majority language schools used as comparators are not appropriate for that purpose or that the school proposed by the minority is not appropriate from the standpoint of pedagogy or cost.

At the third step, the level of services to be provided to the official language minority must be determined. If the court has found at the second step that the number of

nouvelle école ou au lancement d'un programme, ainsi qu'aux coûts d'exploitation qui s'y rattachent. En règle générale, les considérations pédagogiques et celles liées aux coûts sont imbriquées et s'apprécient simultanément.

La démarche pour situer un nombre d'élèves donné sur l'échelle variable s'appuie sur la prémisse selon laquelle une école homogène, c'est-à-dire un établissement distinct et contrôlé par la minorité linguistique officielle, est justifiée lorsqu'un nombre comparable d'élèves de la majorité dispose d'une telle école. La première étape consiste à déterminer le nombre d'élèves qui se prévaudront en définitive du service envisagé, en s'appuyant sur des projections à long terme. Ce nombre se situe entre la demande connue et le nombre total d'enfants d'ayants droit visés à l'art. 23. Le fardeau de la preuve incombe aux demandeurs de la minorité linguistique officielle.

À la deuxième étape, le tribunal doit recourir à une méthode comparative pour déterminer si l'école envisagée par la minorité est appropriée au regard de la pédagogie et des coûts. La démarche vise à déterminer si le nombre d'élèves concernés de la minorité linguistique officielle est comparable au nombre d'élèves des écoles de la majorité. Les demandeurs de la minorité linguistique officielle ont le fardeau d'identifier des écoles de comparaison. Il faut faire preuve de souplesse dans l'appréciation de ce qui constitue un nombre comparable. Un nombre comparable ne signifie pas un nombre identique. Dans les cas où le tribunal constate que le nombre d'élèves de la minorité est comparable, localement, à celui des élèves de la majorité, il ne fait aucun doute que le nombre des premiers se situe à la limite supérieure de l'échelle variable et que la minorité a droit à une école homogène. Dans les autres cas, l'exercice comparatif doit se réaliser sur une base provinciale pour assurer un traitement équitable partout dans la province.

La présence d'écoles de la majorité qui desservent un nombre donné d'élèves, peu importe leur emplacement dans la province, permet de présumer que la province considère que leur maintien est approprié du point de vue de la pédagogie et des coûts et donc qu'il est approprié de créer une école homogène de taille comparable pour la minorité. La province peut réfuter cette présomption en démontrant selon la prépondérance des probabilités soit que les écoles de la majorité utilisées à titre de comparaison ne sont pas des éléments comparatifs appropriés ou que l'école projetée par la minorité n'est pas appropriée sur le plan pédagogique ou des coûts.

La troisième étape consiste à déterminer le niveau de services qui doit être offert à la minorité linguistique officielle. Si, à la deuxième étape, le tribunal conclut que

students is comparable and that the presumption has not been rebutted, that number is at the high end of the sliding scale and the minority is therefore entitled to have its children receive instruction in a homogeneous school. If the result of the province-wide comparison is that there is no comparable number, the number of minority language students falls below the high end of the sliding scale, that is, at the low end or in the middle. A minority at the lower levels of the scale can qualify for a range of services varying from a few hours of classes in its language to the use and control of premises in a school shared with the majority. In such a situation, the court must show deference to the level of services proposed by the minority language school board in determining whether that level of services is appropriate from the standpoint of pedagogy and cost.

When this approach is applied in this case to the claims of the linguistic minority representatives for new schools or for the expansion of existing schools, they are entitled to eight homogeneous schools that were denied by the courts below. The schools in question are warranted by the numbers of minority language students in the communities in question. The trial judge found that the number of minority language students in the communities of Abbotsford (elementary component for children of rights holders in the community of Abbotsford and secondary component for children of rights holders in the communities of the Central Fraser Valley), Burnaby, Northeast Vancouver, East Victoria and West Victoria will in the long term warrant the creation of homogeneous schools. Given that the long-term projections are the relevant numbers, these communities are therefore entitled to homogeneous schools.

For the communities of North Victoria, Whistler, Chilliwack and Pemberton, the trial judge decided on a local basis for comparison even though the comparison must take schools located across the province into account. The appropriate comparative approach requires that the number of students who will eventually avail themselves of the service — 98 for North Victoria, 85 for Whistler, 60 for Chilliwack and 55 for Pemberton — be compared with the numbers of students attending the small schools located across the province that were retained by the trial judge and for which there is no evidence in the record capable of rebutting the presumption that it is appropriate to create a school of comparable size for the minority. Enrolment in these majority language schools ranges from 66 to 73 students. The relevant numbers for North Victoria, Whistler and Chilliwack are comparable to the numbers

le nombre d'élèves est comparable, et que la présomption n'est pas renversée, ce nombre se situe à la limite supérieure de l'échelle variable et la minorité est alors en droit de faire instruire ses enfants dans une école homogène. Lorsque la comparaison à l'échelle provinciale ne révèle pas de nombre comparable, le nombre d'élèves de la minorité se situe alors en deçà de la limite supérieure de l'échelle variable, c'est-à-dire au bas ou au milieu de celle-ci. Les niveaux inférieurs de l'échelle variable permettent à la minorité de bénéficier d'une gamme de services allant de quelques heures de cours dans sa langue jusqu'à l'utilisation et au contrôle de locaux dans une école partagée avec la majorité. Dans ces situations, le tribunal doit faire preuve de déférence envers le niveau de services proposé par le conseil scolaire de la minorité linguistique pour déterminer si ce niveau de services est approprié sur le plan de la pédagogie et des coûts.

Lorsque cette démarche est appliquée en l'espèce aux demandes formulées par les représentants de la minorité linguistique en vue d'obtenir de nouvelles écoles ou l'agrandissement d'écoles existantes, ils ont le droit de bénéficier de huit écoles homogènes qui leur ont été refusées par les juridictions inférieures. Ces écoles sont justifiées par le nombre d'élèves de la minorité dans ces communautés. La juge de première instance a estimé qu'à long terme, le nombre d'élèves de la minorité dans les communautés d'Abbotsford (volet primaire destiné aux enfants d'ayants droit dans la communauté d'Abbotsford et volet secondaire destiné aux enfants d'ayants droit dans les communautés de la vallée centrale du Fraser), de Burnaby, de Vancouver Nord-Est, de Victoria Est et de Victoria Ouest justifiera la création d'écoles homogènes. Considérant que ce sont les projections à long terme qui sont pertinentes, ces communautés ont donc le droit d'obtenir des écoles homogènes.

Pour les communautés de Victoria Nord, de Whistler, de Chilliwack et de Pemberton, la juge de première instance a retenu une base de comparaison locale alors que la comparaison devait prendre en considération des écoles situées partout en province. En appliquant la démarche comparative appropriée, le nombre d'élèves qui vont se prévaloir en définitive du service — 98 pour Victoria Nord, 85 pour Whistler, 60 pour Chilliwack et 55 pour Pemberton — doit être comparé au nombre des élèves fréquentant les écoles de petite taille situées partout en province qui ont été retenues par la juge de première instance et pour lesquelles le dossier ne contient aucune preuve permettant de repousser la présomption qu'il est approprié de créer une école de taille comparable pour la minorité. Les effectifs dans ces écoles de la majorité varient entre 66 et 73 élèves. Les nombres pertinents pour Victoria Nord,

of students attending these comparator majority language schools. These communities are therefore entitled to homogeneous schools. As for Pemberton, it is difficult to compare the number of students in question there with the numbers of students at the majority language schools located elsewhere in the province that were retained by the trial judge. Given that the available evidence is limited and that additional submissions might be necessary, the question of the level of services warranted by this number of students should therefore be remanded to the court of original jurisdiction for reconsideration.

The test used to assess the quality of the educational experience provided to official language minorities does not vary with the number of minority language students. Section 23 gives an official language minority the right to instruction that is equivalent in quality to the instruction provided to the majority. Children of s. 23 rights holders must therefore receive an educational experience that is substantively equivalent to the experience provided to the majority, regardless of the size of the school or program in question. The essentials of the approach from *Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)*, 2015 SCC 21, [2015] 2 S.C.R. 139, which allows for a holistic assessment of the quality of the educational experience provided to the official language minority, do not need to be adapted in a situation in which the schools of the official language minority are small, aside from the fact that a reasonable parent must take into account the inherent characteristics of attendance at a small school. Accordingly, where a minority language school is not comparable in size to nearby majority language schools, what must be considered is whether reasonable parents who are aware of the inherent characteristics of small schools would be deterred from sending their children to a school of the official language minority because the educational experience there is meaningfully inferior to the experience at available majority language schools. Even where the number of students falls at the low end of the sliding scale, such that there is a right to instruction alone, the factors listed in *Rose-des-vents* must be taken into account in assessing the quality of the educational experience from a program of instruction; the right to instruction cannot be entirely severed from the overall educational experience. In the case of a heterogeneous school or a program of instruction, the analysis based on the substantive equivalence test serves to determine whether the instruction over which the minority has control and the facilities to which it has access are of sufficient quality.

Whistler et Chilliwack sont comparables à ceux des élèves fréquentant ces écoles majoritaires de comparaison. Ces communautés ont donc le droit d'obtenir des écoles homogènes. En ce qui a trait à Pemberton, le nombre d'élèves concernées y est difficilement comparable au nombre d'élèves des écoles de la majorité qui sont situées ailleurs dans la province et qui ont été retenues par la juge de première instance. Considérant que la preuve disponible est limitée et que des observations supplémentaires pourraient être nécessaires, la question du niveau de services auquel donne droit ce nombre d'élèves doit donc être renvoyée au tribunal de première instance pour réexamen.

Le critère utilisé pour évaluer la qualité de l'expérience éducative offerte aux minorités linguistiques officielles ne varie pas selon le nombre d'élèves de la minorité. L'article 23 confère aux minorités linguistiques officielles le droit à une instruction de qualité équivalente à celle de la majorité. Ainsi, les enfants des titulaires de droits reconnus à l'art. 23 doivent bénéficier d'une expérience éducative réellement équivalente à celle de la majorité peu importe la taille de l'école ou du programme en question. L'essentiel de la démarche établie dans l'arrêt *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, [2015] 2 R.C.S. 139, qui permet d'examiner de façon holistique la qualité de l'expérience éducative offerte à la minorité linguistique officielle, ne nécessite aucune adaptation dans le cas de petites écoles de la minorité linguistique officielle, à l'exception du fait que le parent raisonnable doit tenir compte des particularités inhérentes à la fréquentation d'une petite école. En conséquence, dans le contexte des écoles de la minorité dont la taille n'est pas comparable aux écoles avoisinantes de la majorité, il faut se demander si des parents raisonnables, conscients des particularités inhérentes d'une petite école, seraient dissuadés d'envoyer leurs enfants dans une école de la minorité linguistique officielle parce que l'expérience éducative qui y est offerte est véritablement inférieure à celle des écoles de la majorité linguistique où ils peuvent les inscrire. Même lorsque le nombre d'élèves se situe à la limite inférieure de l'échelle variable, donnant droit à l'instruction uniquement, les considérations énumérées dans l'arrêt *Rose-des-vents* doivent être prises en compte pour apprécier la qualité de l'expérience éducative d'un programme d'instruction; le droit à l'instruction ne peut être totalement dissocié de l'expérience éducative globale. Dans le cas d'une école hétérogène ou d'un programme d'instruction, l'analyse basée sur le critère de l'équivalence réelle permet de déterminer si l'instruction que contrôle la minorité et les installations auxquelles celle-ci a accès sont de qualité suffisante.

In light of these comments, the approach adopted by the courts below in this case where the number of students was not comparable to the numbers of majority language students must be rejected, because that approach was based on what was called a proportionality test rather than on that of substantive equivalence. The trial judge's conclusions are therefore varied to reflect the conclusion that all rights holders whose children attend CSF schools or participate in its programs are entitled to an educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language schools.

For the schools in the communities of Nelson, Chilliwack and Mission, the quality of the educational experience must be assessed from the perspective of a reasonable parent who is aware of the inherent characteristics of a small school. When the substantive equivalence test and the proper approach are applied for the CSF school in Nelson, the trial judge's finding that the educational experience of the minority language students is equivalent to the experience provided to the majority language students should be accepted. As for the CSF school in Chilliwack, a balancing of the advantages and disadvantages shows that the quality of the educational experience provided there is meaningfully inferior to that of the experience at the majority's schools. This means that the children of rights holders in Chilliwack do not receive an educational experience of the quality guaranteed to them by s. 23 of the *Charter*. In the case of the CSF school in Mission, the situation is concerning, but the evidence that was adduced is insufficient for the purpose of making the holistic assessment required by the test of a reasonable parent who is aware of the inherent characteristics of a small school. The question of the quality of the educational experience and the impact of the Facility Condition Driver on this situation must therefore be remanded to the court of original jurisdiction.

The fact that the province compels the CSF to prioritize the capital projects the latter submits, even in response to infringements of s. 23, does not infringe the right of management guaranteed by s. 23 of the *Charter*. How much time the province has to remedy the infringements of s. 23 will have to be addressed on a case-by-case basis, but the infringements must nonetheless be remedied in a timely fashion.

Where an infringement of s. 23 is established, a court must take the approach established in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, while applying a particularly stringent justification standard. This very stringent standard is appropriate for three reasons. First, the framers of the *Charter* imposed positive obligations on the provincial and territorial

À la lumière de ces indications, l'approche adoptée par les juridictions inférieures en l'espèce lorsque le nombre d'élèves n'était pas comparable à celui de la majorité doit être écartée car cette approche se fondait sur un critère dit de proportionnalité plutôt que sur celui de l'équivalence réelle. Les conclusions de la juge de première instance sont donc modifiées pour tenir compte de la conclusion que l'ensemble des ayants droit dont les enfants fréquentent les écoles ou suivent les programmes du CSF ont droit à une expérience éducative réellement équivalente à celle des écoles avoisinantes de la majorité.

Pour les écoles situées dans les communautés de Nelson, de Chilliwack et de Mission, la qualité de l'expérience éducative offerte doit être évaluée du point de vue du parent raisonnable, conscient des particularités inhérentes d'une petite école. En appliquant le critère de l'équivalence réelle et la démarche appropriée pour l'école du CSF située à Nelson, il y a lieu de souscrire à la conclusion de la juge de première instance selon laquelle l'expérience éducative dont jouissent les élèves de la minorité est équivalente à celle offerte aux élèves de la majorité. Pour l'école du CSF à Chilliwack, la mise en balance des avantages et des inconvénients démontre que l'expérience éducative qui y est offerte est d'une qualité véritablement inférieure à celles des écoles de la majorité. Ainsi, à Chilliwack, les enfants des ayants droit ne reçoivent pas la qualité d'expérience éducative qui leur est garantie par l'art. 23 de la *Charte*. Pour l'école du CSF à Mission, la situation est préoccupante, mais la preuve soumise est insuffisante pour effectuer l'examen holistique que commande le critère du parent raisonnable et conscient des particularités inhérentes d'une petite école. Il est donc nécessaire de renvoyer la question de la qualité de l'expérience éducative et de l'impact de l'indice d'état des installations sur cette situation au tribunal de première instance.

L'exigence de la province qui oblige le CSF à prioriser les projets d'immobilisation qu'il soumet même lorsque ceux-ci sont une solution à des violations de l'art. 23 ne porte pas atteinte au droit de gestion garanti par l'art. 23 de la *Charte*. Pour ce qui est de déterminer le délai dont dispose la province pour réparer les violations de l'art. 23, chaque réparation est un cas d'espèce, mais la réparation doit néanmoins être apportée dans un délai utile.

Lorsqu'une violation de l'art. 23 est établie, les tribunaux doivent suivre la démarche qui a été établie dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, en appliquant une norme particulièrement sévère en matière de justification. Cette norme des plus sévères s'impose pour trois raisons. Premièrement, en adoptant l'art. 23, les rédacteurs de la

governments in s. 23, and these obligations must be fulfilled in a timely fashion in order to avoid the likelihood of assimilation and of a loss of rights. Second, s. 23 is not subject to the notwithstanding clause in s. 33 of the *Charter*, which reflects the importance attached to this right and the intention of the framers that intrusions on it be strictly circumscribed. Third, s. 23 has an internal limit, the numbers warrant requirement, according to which the exercise of the right for which the section provides will be warranted if there are a sufficient number of students. In adopting this limit, the framers sought to take account of practical considerations, including cost and pedagogical needs, related to the number of students who might benefit from the right in question. Where the government concerned advances a financial argument to justify an infringement of s. 23, the s. 1 analysis will then in some respects duplicate the numbers warrant analysis that has already been completed. For an infringement of s. 23 to be justified under s. 1, it must not therefore be supported by considerations that have already been taken into account at the numbers warrant stage.

At the second stage of the approach established in *Oakes* — proportionality between the effects of the measure that is responsible for limiting the right and the objective that has been identified as important —, it is necessary to take assimilation fully into account as a deleterious effect when the right under s. 23 is infringed. The purpose of s. 23 is not only to ensure the sustainability of the country's linguistic communities, but also to make it possible for those communities to develop in their own language and culture in the present. In this sense, even though the evidence shows that s. 23 has not been able to counter or slow the process of assimilation, the fact remains that citizens from official language minority communities still have a right to achieve fulfillment in their own language in everyday life. In addition, a court must bear in mind that s. 23 has an individual dimension and that minority language schools have a definite impact on the likelihood of assimilation of French speakers who attend them. Finally, cost savings linked to an infringement of s. 23 cannot be considered a relevant factor in the balancing of the salutary and deleterious effects of the infringing measure.

In the case at bar, the courts below erred in ruling that the fair and rational allocation of limited public funds is a pressing and substantial objective that can justify

Charte ont imposé des obligations positives aux gouvernements provinciaux et territoriaux qui doivent être satisfaites en temps utile pour prévenir les risques d'assimilation et de perte des droits. Deuxièmement, l'art. 23 n'est pas visé par la clause de dérogation prévue à l'art. 33 de la *Charte*, ce qui témoigne de l'importance accordée à ce droit et de l'intention des constituants d'encadrer de façon stricte les dérogations à celui-ci. Troisièmement, l'art. 23 comporte une limite interne, la justification par le nombre, qui exige l'existence d'un nombre suffisant d'élèves, pour justifier l'exercice du droit qu'il accorde. En adoptant cette limite, les constituants ont voulu tenir compte de considérations d'ordre pratique — notamment des coûts et des besoins pédagogiques — liées au nombre d'élèves qui peuvent bénéficier du droit reconnu. Lorsque l'argument invoqué par les gouvernements pour justifier une violation de l'art. 23 est d'ordre financier, l'analyse fondée sur l'article premier fait alors double emploi à certains égards avec l'analyse de la justification par le nombre qui a déjà été réalisée. Pour qu'une violation de l'art. 23 puisse être justifiée au regard de l'article premier, la justification ne doit donc pas s'appuyer sur des considérations qui ont déjà été prises en compte à l'étape de la justification par le nombre.

En ce qui concerne la deuxième étape de la démarche établie dans l'arrêt *Oakes* — la proportionnalité entre les effets de la mesure restreignant le droit et l'objectif désigné comme important —, il faut tenir pleinement compte de l'assimilation en tant qu'effet préjudiciable lorsqu'il est porté atteinte au droit reconnu par l'art. 23. L'article 23 vise non seulement à assurer la pérennité des communautés linguistiques au pays, mais également à permettre à ces communautés de s'épanouir présentement dans leur propre langue et leur propre culture. En ce sens, même si la preuve soumise démontre que l'existence de l'art. 23 n'a pas été en mesure de contrer ou de freiner le phénomène de l'assimilation, il n'en reste pas moins que les citoyens de langue officielle minoritaire sont toujours en droit de s'épanouir dans leur langue au quotidien. Ensuite, les tribunaux doivent garder à l'esprit que l'art. 23 a une dimension individuelle et que les écoles de la minorité ont un impact certain sur le risque d'assimilation des francophones qui les fréquentent. Finalement, les économies budgétaires liées à une violation de l'art. 23 ne peuvent pas être considérées comme un facteur pertinent à l'étape de la mise en balance des effets bénéfiques et des effets préjudiciables de la mesure attentatoire.

En l'espèce, les juridictions inférieures ont commis une erreur en statuant que l'affectation juste et rationnelle de fonds publics limités constitue un objectif urgent et

infringements of s. 23 in accordance with the *Oakes* test. The fair and rational allocation of limited public funds represents the daily business of government. The mission of a government is to manage a limited budget in order to address needs that are, for their part, unlimited. There is accordingly no pressing and substantial objective here that can justify an infringement of rights and freedoms in this case. The justification for the infringements therefore fails at the first stage of the analysis. Without a valid objective, the province cannot justify the infringements of s. 23.

As a result, the infringement of s. 23 found by the trial judge on the basis that the CSF had been denied \$1.1 million by not having benefited from the Annual Facilities Grant Rural Factor is not justified, and the CSF is entitled to damages in that amount.

The limited government immunity from damages awards does not apply to decisions made in accordance with government policies that are found to be contrary to s. 23. Although damages can be awarded against a government where they are an appropriate and just remedy in the circumstances, it may avoid such an award by raising concerns for effective governance, including where a law has been declared to be invalid after the act that caused the infringement. However, the government does not have immunity in relation to government policies that infringe fundamental rights. The possibility of damages being awarded in respect of *Charter*-infringing government policies in this context is unlikely to have a chilling effect on government actions and thereby undermine their effectiveness; on the contrary, it helps ensure that government actions are respectful of fundamental rights. While it is appropriate to give the government immunity in respect of a well-defined instrument such as a law, the same is not true in respect of undefined instruments with unclear limits, such as government policies.

In the case at bar, because the freeze on school transportation funding was a government policy, the trial judge's order awarding damages for the inadequate funding of school transportation should be restored.

Per Brown and Rowe JJ. (dissenting in part): Unlike most *Charter* rights, s. 23, which confers the right to minority language education, imposes positive duties on

réel permettant de justifier des violations de l'art. 23 au sens de l'arrêt *Oakes*. L'affectation juste et rationnelle de fonds publics limités constitue le travail quotidien d'un gouvernement. La mission de l'État consiste à gérer des ressources budgétaires limitées pour répondre à des besoins qui eux sont tout sauf limités. Il n'y a donc pas ici d'objectif urgent et réel qui permet de justifier une violation des droits et libertés. En conséquence, la justification des violations échoue dès la première étape de l'analyse. En l'absence d'un objectif valable, la province ne peut justifier les violations de l'art. 23.

Par conséquent, la violation de l'art. 23 à laquelle la juge de première instance a conclu par rapport au 1,1 million de dollars dont le CSF a été privé parce qu'il n'a pas eu accès au facteur rural de la subvention annuelle aux installations n'est pas justifiée et le CSF a droit à cette somme en dommages-intérêts.

L'immunité restreinte dont bénéficie l'État en matière de dommages-intérêts ne s'applique pas aux décisions prises en vertu de politiques gouvernementales qui sont déclarées contraires à l'art. 23. Alors que l'État peut être condamné à verser des dommages-intérêts lorsque ceux-ci constituent une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances, il peut cependant invoquer des considérations liées à l'efficacité gouvernementale pour éviter une telle condamnation, notamment lorsqu'une loi est déclarée invalide postérieurement à l'acte à l'origine de la violation. L'État ne jouit toutefois pas d'une immunité à l'égard des politiques gouvernementales qui portent atteinte aux droits fondamentaux. La possibilité que soient accordés des dommages-intérêts à l'égard de politiques gouvernementales attentatoires dans un tel contexte ne risque pas de paralyser l'action gouvernementale et de nuire ainsi à son efficacité; au contraire, la possibilité que l'État soit condamné à verser des dommages-intérêts permet de faire en sorte que l'action gouvernementale demeure respectueuse des droits fondamentaux. Alors qu'il est justifié d'accorder à l'État une immunité à l'égard d'un instrument bien défini comme une loi, il n'en est pas ainsi pour des instruments indéfinis et aux contours incertains comme les politiques gouvernementales.

En l'espèce, comme le gel du financement du transport scolaire est une politique gouvernementale, l'ordonnance de la juge de première instance accordant des dommages-intérêts pour le financement inadéquat du transport scolaire est rétablie.

Les juges Brown et Rowe (dissidents en partie) : Contrairement à la plupart des droits garantis par la *Charte*, l'art. 23, qui confère le droit à l'instruction dans

governments to act. It is preventative, remedial, and unifying, and must be interpreted in light of these objectives. The framing of s. 23 as a positive right is particularly significant. The right expresses its own internal limit, the “numbers warrant” criterion, which reflects a carefully struck constitutional bargain between the federal and provincial governments. This numerical threshold ensures that the positive obligations on the provinces are reasonable and reflect what is practical while at the same time providing the appropriate level of services for minority language students. Both the text of s. 23 and its particular nature require courts to give the provision its proper and intended effect, in line with settled jurisprudence. Striking the right balance recognizes that it is possible to breathe life into the s. 23 right, albeit with caution.

The analysis to be applied to s. 23 claims follows two main steps. First, a court must determine the level of services warranted by the number of rights holders in a given area (the “numbers warrant” analysis). This entails ascertaining the relevant number of rights holders, then placing that number on a sliding scale of entitlement in order to decide what level of service is warranted.

The relevant figure for the purposes of this analysis is the number of persons who will eventually take advantage of the contemplated program or facility. This figure is an estimate that will fall somewhere between the known demand for the service and the total number of persons who potentially could take advantage of the service. The goal is not to establish how many students will take advantage of the facility or program when it is first launched, but rather to forecast how many will do so in the future.

After determining the relevant number, the court must then establish, using the sliding scale approach, what level of services is warranted, pedagogically, given the number of minority language students, and the cost of such service. The right to minority language education is internally limited to the services that can be justified, pedagogically and financially, by the number of children of rights holders. To trigger the obligation to publicly fund minority language education, a claimant must demonstrate that this limit is accounted for. The burden of proving all elements of the s. 23 breach rests on the person asserting the breach. This ensures that s. 23’s own internal qualifications and method of internal balancing are fulfilled. The operation of the sliding scale gives effect to this internal

langue de la minorité, impose des obligations positives aux gouvernements, les obligeant à agir. Il est préventif, réparateur et unificateur, et on doit l’interpréter à la lumière de ces objectifs. Le fait que le droit prévu à l’art. 23 soit formulé comme un droit positif est particulièrement important. Le droit exprime sa propre limite interne, soit le critère de la « justification par le nombre », lequel témoigne d’un compromis constitutionnel soigneusement conclu entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Ce seuil numérique fait en sorte que les obligations positives des provinces demeurent raisonnables et réalistes, tout en fournissant le niveau de services approprié aux élèves de la minorité linguistique. Tant le libellé de l’art. 23 que son caractère singulier obligent les tribunaux à donner à la disposition l’effet approprié et voulu, dans le droit fil de la jurisprudence établie. Trouver le juste milieu, c’est reconnaître qu’il est possible d’insuffler la vie au droit garanti à l’art. 23, mais en le faisant avec prudence.

L’analyse à appliquer aux demandes fondées sur l’art. 23 se divise en deux étapes principales. D’abord, le tribunal doit déterminer le niveau de services justifié par le nombre d’ayants droit dans une région donnée (l’analyse de la « justification par le nombre »). Pour ce faire, il doit établir le nombre pertinent d’ayants droit, puis situer ce nombre sur une échelle variable de droits afin de décider quel niveau de services est justifié.

Le chiffre pertinent pour les besoins de cette analyse est le nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme ou de l’établissement envisagés. Ce nombre, qui constitue une estimation, se situera quelque part entre la demande connue relative au service et le nombre total de personnes qui pourraient éventuellement se prévaloir du service. Le but n’est pas d’établir combien d’élèves se prévaudront de l’établissement ou du programme au moment de son lancement, mais plutôt d’essayer de prévoir combien le feront dans le futur.

Après avoir déterminé le nombre pertinent, le tribunal doit alors établir, à l’aide de l’échelle variable, quel niveau de services est justifié sur le plan pédagogique eu égard au nombre d’élèves de la minorité linguistique et au coût de ces services. Le droit à l’instruction dans la langue de la minorité garanti par l’art. 23 contient une limite interne et ne vise que les services qui peuvent être justifiés, sur les plans pédagogique et financier, par le nombre d’enfants d’ayants droit. Pour que s’applique l’obligation de financement public de l’instruction dans la langue de la minorité, le demandeur doit démontrer que cette limite est franchie. Le fardeau de prouver tous les éléments de la violation à l’art. 23 incombe à la personne qui l’allègue. Cela permet de veiller à ce que l’art. 23 soit assorti de réserves et d’une

limit because the content of the right expands as the numbers increase, thereby ensuring that rights holders receive a level of service that is appropriate to their number. Proper placement on the sliding scale is critical. It ensures that governments will deploy the resources necessary to meet their obligations under s. 23, and that the internal limit to those obligations is accounted for. Furthermore, just as a failure to give effect to the rights conferred by s. 23 can be detrimental to the flourishing of minority languages, improper placement on the scale can also be harmful to minority students. There would be no point, for instance, in having a school for only ten students in an urban centre, as it would deprive the students of the numerous benefits of studying and interacting in larger numbers.

To determine the level of service that is warranted for a given group of rights holders, a claimant must first demonstrate, on a balance of probabilities, that the level of service claimed is pedagogically appropriate for the number of children. To assess the pedagogical appropriateness of a given level of service, the existence of majority schools or programs built for similar numbers elsewhere in the province can be a relevant indicator that a homogeneous school or program would be pedagogically appropriate for the number of rights holders' children. However, the existence of a small school anywhere in the province is not determinative. Courts need to first assess whether the school or program is a relevant comparator, taking into account factors such as whether it is in a rural or urban area, whether it serves a remote or isolated community, whether the school continues to operate at the capacity for which it was built, and whether the school operates as a result of supplementary private funding. As a general rule, because s. 23 calls for publicly funded minority language education, an appropriate comparator would also need to be publicly funded. This approach entails considering the context of schools used in the comparison to ensure that the circumstances are relevant and comparable to the proposed school or service. The assessment of relevant comparators must take into account that there need not be perfect correspondence of pedagogical appropriateness between the minority and the majority language education. At this stage of the analysis, there is no principled reason to constrain comparator schools locally, and the views of school boards are entitled to a measure of deference with respect to particular services among the range of potentially available services that are most pedagogically

méthode d'évaluation qui lui sont propres. Le fonctionnement de l'échelle variable met en œuvre cette limite interne parce que le contenu du droit s'accroît à mesure que les nombres augmentent, garantissant ainsi que les ayants droit bénéficient du niveau de services approprié à leur nombre. Il est essentiel de bien situer le nombre sur l'échelle variable. Cela permet de faire en sorte que les gouvernements déploient les ressources nécessaires pour s'acquitter des obligations qui leur incombent au titre de l'art. 23, et que la limite interne de ces obligations soit prise en compte. En outre, tout comme le défaut de respecter les droits conférés par l'art. 23 peut nuire à l'épanouissement des langues minoritaires, un mauvais placement sur l'échelle peut aussi se révéler préjudiciable aux élèves de la minorité. Il ne servirait à rien, par exemple, d'avoir une école pour dix élèves seulement dans un centre urbain car les élèves seraient privés des nombreux avantages qui découlent d'études et de contacts avec un nombre plus considérable d'élèves.

Pour déterminer le niveau de services justifié pour un groupe donné d'ayants droit, le demandeur doit d'abord démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que le niveau de services revendiqué est approprié sur le plan pédagogique compte tenu du nombre d'enfants. Afin d'évaluer le caractère approprié d'un niveau donné de services du point de vue pédagogique, l'existence d'écoles ou de programmes de la majorité servant un nombre similaire d'élèves ailleurs dans la province peut être un indicateur pertinent qu'une école ou un programme homogène est pédagogiquement approprié au nombre d'enfants d'ayants droit. Toutefois, l'existence d'une petite école à quelque endroit que ce soit dans la province n'est pas déterminante. Les tribunaux doivent d'abord déterminer si l'école ou le programme en question constitue un élément de comparaison pertinent, compte tenu de facteurs tels que les questions de savoir si l'école se trouve en milieu rural ou urbain, si elle dessert une communauté éloignée ou isolée, si elle continue de fonctionner à la capacité pour laquelle elle a été bâtie et si elle fonctionne grâce à du financement privé supplémentaire. En règle générale, étant donné que l'art. 23 commande un enseignement dans la langue de la minorité financé sur les fonds publics, une école ou un programme de comparaison approprié devrait lui aussi être financé sur les fonds publics. Cette approche implique de considérer le contexte des écoles utilisées dans la comparaison pour veiller à ce que les circonstances soient pertinentes et comparables à celles de l'école ou du service proposé. L'évaluation de la pertinence d'une école ou d'un programme de comparaison doit tenir compte du fait qu'il n'est pas nécessaire que l'enseignement dans la langue de la minorité et dans celle de la majorité soit parfaitement

appropriate below the upper end of the sliding scale, consistent with the principle that minority language groups should have control over those aspects of education which pertain to their language and culture.

If successful in showing pedagogical appropriateness, a presumption then arises to the effect that the level of service is also appropriate as to cost. The burden in turn shifts to the province or territory to rebut the presumption, which is suitable given that it is better placed to adduce such evidence. Throughout, the burden for demonstrating pedagogical appropriateness rests with the claimant, who has the onus of establishing a *Charter* breach. This approach is consistent with the fact that cost appropriateness is usually subsumed within the assessment of pedagogical appropriateness. It is particularly important to circumscribe the entitlement within the s. 23 analysis given the limited application of s. 1 of the *Charter* in cases of s. 23 infringements. Considerations of pedagogy and cost are thus seriously taken into account within the s. 23 analysis itself. Though cost is not usually a factor in determining whether an individual is to be accorded a right under the *Charter*, in the specific case of s. 23, such a consideration is mandated.

Applying a province-wide presumption of pedagogical and cost appropriateness at the “numbers warrant” stage, as a majority of the Court suggests, affects key elements of the s. 23 analysis and leads to a compression of the middle of the sliding scale. Considerations of pedagogy and cost are effectively withdrawn, regardless of the particular context that may explain the continued relevance of a school elsewhere in the province. A right to a homogeneous school, which is the highest level of entitlement on the scale, is immediately presumed, thereby shifting the claimant’s burden to the province from the outset. How a province could successfully rebut this presumption is unclear, transforming the presumption effectively into a rule. This operates as a fast track to the upper end of the sliding scale, eliminating any middle level. Such an approach is

correspondant pour être appropriés en termes pédagogiques. À cette étape de l’analyse, il n’existe aucune raison de principe justifiant de limiter la comparaison aux écoles locales, et le point de vue des conseils scolaires commande une certaine déférence à l’égard de services particuliers parmi la gamme de ceux susceptibles d’être offerts qui sont les plus appropriés sur le plan pédagogique sous l’extrémité supérieure de l’échelle variable, conformément au principe voulant que les groupes linguistiques minoritaires aient un contrôle sur les aspects de l’éducation qui concernent ou qui touchent leur langue et leur culture.

Si l’on arrive à démontrer que le niveau de services revendiqué est approprié sur le plan pédagogique, il y a alors présomption que le niveau de services est aussi approprié sur le plan financier. Le fardeau passe ensuite à la province ou au territoire, qui doit réfuter la présomption, ce qui est acceptable, puisque c’est la province ou le territoire qui est le mieux placé pour présenter les éléments de preuve nécessaires. Tout au long de ce processus, le fardeau de démontrer que le niveau de services est approprié sur le plan pédagogique incombe au demandeur, à qui il appartient d’établir l’existence d’une violation de la *Charte*. Cette approche cadre avec le fait que l’évaluation du caractère approprié des coûts est habituellement incluse dans l’évaluation des services appropriés sur le plan pédagogique. Il est particulièrement important de circonscrire le droit dans le cadre de l’analyse fondée sur l’art. 23 vu l’application limitée de l’article premier dans les affaires mettant en cause une violation de l’art. 23. Les considérations pédagogiques et financières sont donc soigneusement prises en compte dans l’analyse fondée sur l’art. 23. Bien que le coût des services ne constitue pas normalement un facteur pris en compte pour déterminer si une personne se verra ou non accorder un droit prévu dans la *Charte*, dans le cas précis de l’art. 23, cette considération s’impose.

Le fait d’appliquer une présomption légale à l’échelle de la province quant au caractère approprié du niveau de services du point de vue de la pédagogie et des coûts à l’étape de la « justification par le nombre », comme le suggère la majorité de la Cour, influe sur des éléments clés de l’analyse de l’art. 23 et entraîne une compression du milieu de l’échelle variable. Les considérations liées à la pédagogie et aux coûts sont effectivement écartées, peu importe le contexte particulier pouvant expliquer que la présence d’une école ailleurs dans la province demeure pertinente. Le droit à une école homogène — le droit situé à l’extrémité supérieure de l’échelle — est immédiatement présumé, ce qui a pour effet de déplacer le fardeau du demandeur vers la province, et ce, dès le départ. La façon dont une province pourrait parvenir à réfuter cette

inconsistent with the Court's past refusal to adopt a view of s. 23 as encompassing only two rights, that is, one with respect to instruction and one with respect to facilities. This view was rejected by the Court in favour of the sliding scale approach, which allows for a progressive increase in entitlement as the number of rights holders increases.

At the second step of the s. 23 analysis, courts must determine whether the quality of services granted to the rights holders is substantively equivalent to the quality of services provided to local majority language students (the "substantive equivalence" analysis). A purposive interpretation of s. 23 requires that substantive equivalence apply throughout the sliding scale. This approach recognizes that the quality of official minority language education cannot be meaningfully inferior to that of the majority. The use of a "proportionality" norm at this stage of the s. 23 analysis would mean that the minority's relative weight to that of the majority will be taken into account not once but twice, each time diminishing the quality and level of the minority's constitutional entitlement. As such, it must be rejected.

A purposive interpretation of s. 23 emphasizes its true purpose of redressing past injustices and providing the official language minority with equal access to high quality education in its own language, in circumstances where community development will be enhanced. A purposive interpretation of s. 23 may be achieved only by applying substantive equivalence as the appropriate norm at the second stage of the s. 23 analysis, irrespective of where a community falls on the sliding scale. The rationale for applying substantive equivalence is further rooted in the broader principle of protecting minority rights, a fundamental underlying principle to the Constitution.

The "substantive equivalence" analysis under s. 23 seeks to evaluate the quality of services provided to minority rights holders. The analysis is circumscribed by comparing the quality of the level of services that is warranted for the number of minority language students with the quality of that same level of services provided to neighbouring schools. The analysis must remain global

présomption n'est pas claire, celle-ci devenant en fait une règle. Cette présomption sert de voie rapide pour atteindre l'extrémité supérieure de l'échelle variable, ce qui revient à éliminer le milieu de l'échelle. Une telle approche est incompatible avec le refus de la Cour dans le passé de considérer que l'art. 23 englobe seulement deux droits, soit l'un relatif à l'instruction et l'autre relatif aux établissements. Cette opinion a été rejetée par la Cour, qui lui a préféré l'approche fondée sur une échelle variable qui permet une augmentation progressive du droit à mesure que le nombre d'ayants droit augmente.

À la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'art. 23, le tribunal doit juger si la qualité des services offerts aux ayants droit est réellement équivalente à celle des services offerts aux élèves de la majorité linguistique de la région (l'analyse de l'« équivalence réelle »). Une interprétation téléologique de l'art. 23 exige que l'on applique la notion d'équivalence réelle aux différents seuils de l'échelle variable. Cette approche reconnaît que la qualité de l'instruction offerte dans la langue officielle de la minorité ne peut être véritablement inférieure à celle de l'instruction offerte à la majorité. Si l'on utilise une norme de la « proportionnalité » à cette étape de l'analyse de l'art. 23, cela signifierait que le poids relatif de la minorité par rapport à celui de la majorité est pris en compte non pas une fois mais deux, ce qui diminue chaque fois la qualité et le niveau des services dont doit bénéficier la minorité selon la Constitution. Cette norme doit donc être rejetée.

Une interprétation téléologique de l'art. 23 met en évidence son véritable objectif, qui est de remédier à des injustices passées et d'assurer à la minorité linguistique officielle un accès égal à un enseignement de grande qualité dans sa propre langue, dans des circonstances qui favoriseront le développement de la communauté. Une interprétation fondée sur l'objet de l'art. 23 ne peut être réalisée que par l'application de la norme de l'équivalence réelle à cette étape de l'analyse, indépendamment de l'endroit où se situe la communauté sur l'échelle variable. La raison d'être de l'utilisation de l'équivalence réelle est en outre fondée sur le principe plus général de la protection des droits des minorités, un principe fondamental sous-jacent à la Constitution.

L'étape de l'analyse de « l'équivalence réelle » en vertu de l'art. 23 vise à évaluer la qualité des services offerts aux ayants droit de la minorité. On circonscrit l'analyse en comparant la qualité du niveau de services qui est justifié pour les élèves de la minorité linguistique avec la qualité du même niveau de services offert dans les écoles avoisinantes. L'analyse doit demeurer globale et contextuelle,

and contextual and must be mindful that instruction cannot be dissociated from the facilities in which it is provided. Multiple factors may be considered, including the quality of instruction, teachers, physical facilities, educational outcomes, extracurricular activities, and travel time. The relevant factors, as dictated by the circumstances of each case, are considered together in assessing whether the overall educational experience is inferior in a way that could discourage rights holders from enrolling their children in a minority language school. These considerations are applied from the standpoint of the reasonable rights holder parent, comparing the minority language school with the local majority schools that represent realistic alternatives for them.

The effect of combining a legal presumption of pedagogical and cost appropriateness at the first stage of the s. 23 analysis, as suggested by a majority of the Court, with recourse to substantive equivalence as the proper comparative norm at the second stage, leads to a strained application of substantive equality. This combination will result in the establishment of very small minority language schools being compared to local majority language schools, which are typically larger and equipped with more or better services, thereby lifting local minority groups to the top of the sliding scale. Such an approach departs from the notion of a sliding scale of warranted services that gradually increases based on the number of children that may benefit from them.

The analysis under s. 1 of the *Charter* provides that the rights and freedoms in the *Charter* are subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. To demonstrably justify a reasonable limit, the state must show that the objective of the proposed measure is pressing and substantial, and that the means by which the measure is achieved are proportionate. The assessment of the objective is a threshold requirement, analyzed without considering the limit's scope, the means employed or the effects of the measure. The proportionality requirement will be satisfied where the means are rationally connected to the ends; the measure minimally impairs the right at issue; and the salutary effects of the measure outweigh its deleterious effects.

The fact that s. 23 is internally limited has an important effect on how the justification analysis should proceed.

tout en tenant compte de l'impossibilité de dissocier l'instruction des installations dans lesquelles elle est offerte. De multiples facteurs peuvent être pris en considération, notamment la qualité de l'instruction, la compétence des enseignants, la qualité des installations matérielles, les résultats scolaires, les activités parascolaires et le temps de déplacement. Les facteurs pertinents, qui sont fonction des circonstances de l'affaire, sont examinés ensemble pour décider si, globalement, l'expérience éducative est inférieure au point de pouvoir dissuader les ayants droit d'inscrire leurs enfants dans une école de la minorité linguistique. Ces considérations sont appliquées du point de vue du parent raisonnable, qui compare l'école de la minorité linguistique aux écoles locales de la majorité représentant une solution de rechange réaliste pour lui.

L'effet que produit l'application de la présomption légale du caractère approprié sur les plans pédagogique et financier à la première étape de l'analyse fondée sur l'art. 23, comme le suggère la majorité de la Cour, et le recours à l'équivalence réelle comme norme comparative applicable à la deuxième étape, entraîne une application déformée de l'équivalence réelle. Cette combinaison donnera lieu à l'établissement de très petites écoles de la minorité linguistique qui seront comparées aux écoles locales de la majorité, lesquelles sont généralement plus grandes et dotées de services plus nombreux ou de meilleure qualité, ce qui permet aux groupes minoritaires locaux d'atteindre l'extrémité supérieure de l'échelle variable. Cette approche déroge à la notion d'une échelle variable de services justifiés qui augmentent graduellement en fonction du nombre d'enfants pouvant en bénéficier.

L'analyse au regard de l'article premier de la *Charte* prévoit que les droits et libertés énoncés dans la *Charte* ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Pour démontrer la justification d'une limite raisonnable, l'État doit prouver que l'objectif de la mesure projetée est urgent et réel, et que le moyen par lequel l'objectif est réalisé est proportionné. L'évaluation de l'objectif constitue une condition préalable, qui est analysée sans tenir compte de la portée de la limite, du moyen retenu ou des effets de la mesure. Il est satisfait au critère de la proportionnalité si le moyen a un lien rationnel avec l'objectif; la mesure constitue une atteinte minimale au droit en jeu; et les effets bénéfiques de la mesure l'emportent sur ses effets préjudiciables.

Le fait que l'art. 23 comporte une limite interne influe grandement sur la façon dont l'analyse de la justification

Rather than affecting the stringency of the s. 1 analysis, as suggested by a majority of the Court, the internal limit of s. 23 results in s. 1 having less to do in practice. If done properly, the analysis under s. 23 will account for many of the considerations that would normally arise under s. 1. Applying cost considerations under the s. 23 analysis does not mean that they will never be relevant under s. 1. Although such instances may be rare in the context of a s. 23 *Charter* right, costs may be a pressing and substantial objective under s. 1 where they are linked to other public policy considerations. However, a measure whose sole purpose is financial, and which infringes *Charter* rights, can never be justified under s. 1. Decisions about the fair and rational allocation of limited public funds are the bread and butter of government functions and are purely financial. As such, they are not a valid pressing and substantial objective under s. 1.

The first and most important remedy for *Charter* breaches is a declaration of invalidity. In the context of s. 23, courts must pay particular attention to whether a declaration will be an adequate remedy for a breach. A declaration often strikes the right balance between vindicating *Charter* rights and affording governments flexibility to meet their s. 23 obligations. This primary remedy is supplemented by *Charter* damages, which are available where appropriate and just, but are not presumed. Trial judges have significant discretion in determining the appropriate remedy for a *Charter* breach. However, this discretion is not unfettered, and what is appropriate and just will depend on the circumstances. An award of damages must be fair not only to the claimant whose rights were breached, but also to the state which is required to pay them. Other remedies may also be more responsive to a breach. Under the framework set out in *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, the first step for assessing *Charter* damages is to show a *Charter* breach. Second, the claimant must show why damages are an appropriate and just remedy that fulfills one or more of the related functions of compensation, vindication of the right, or deterrence of future breaches. Third, the government may show countervailing factors that render damages inappropriate or unjust, such as the existence of alternative

doit être effectuée. Au lieu d'avoir une incidence sur la rigueur de l'analyse fondée sur l'article premier, comme le laisse entendre la majorité de la Cour, la limite interne de l'art. 23 fait en sorte qu'en pratique, il en restera moins à faire dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Si elle est effectuée correctement, l'analyse fondée sur l'art. 23 tiendra compte de plusieurs des considérations normalement soulevées dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Appliquer les considérations financières dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 23 ne veut pas dire que ces considérations ne sont jamais pertinentes pour l'application de l'article premier. Dans les rares cas où ils n'ont pas été pris en compte dans le contexte d'un droit garanti par l'art. 23 de la *Charte*, les coûts peuvent constituer un objectif urgent et réel pour l'application de l'article premier lorsqu'ils sont liés à d'autres considérations d'intérêt public. Cependant, une mesure dont le seul objectif est d'ordre financier et qui porte atteinte à des droits garantis par la *Charte* ne peut jamais être justifiée en vertu de l'article premier. Les décisions relatives à l'affectation juste et rationnelle de fonds publics limités constituent le travail quotidien d'un gouvernement et ont un caractère purement financier. Elles ne constituent donc pas un objectif urgent et réel valide pour l'application de l'article premier.

Le premier et le plus important des recours pour les violations de la *Charte* est la déclaration d'invalidité. Dans le contexte de l'art. 23, les tribunaux doivent porter une attention particulière à la question de savoir si un jugement déclaratoire constitue une réparation adéquate pour une violation. Un jugement déclaratoire établit souvent le juste équilibre entre assurer la défense des droits garantis par la *Charte* et accorder la souplesse aux gouvernements dont ils ont besoin pour leur permettre de respecter leurs obligations découlant de l'art. 23. Viennent s'y ajouter les dommages-intérêts fondés sur la *Charte*, qui peuvent être accordés s'ils sont convenables et justes, mais leur octroi ne saurait se présumer. Le juge de première instance jouit d'un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer quelle est la réparation convenable. Toutefois, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu, et ce qui est convenable et juste dépendra des circonstances. L'octroi de dommages-intérêts doit s'avérer équitable non seulement envers la personne dont les droits ont été violés, mais aussi envers l'État qui versera les dommages-intérêts. D'autres réparations peuvent aussi être mieux adaptées à une violation. Selon le cadre énoncé dans l'arrêt *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, la première étape à suivre pour apprécier les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* consiste à établir qu'il y a eu violation de

remedies and good governance concerns. Finally, the court determines the quantum of damages.

The immunity from *Charter* damages set out in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, has been recognized as responding to a good governance concern. According to the *Mackin* principle, absent conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power, courts will not award damages for the harm suffered as a result of the mere enactment or application of a law that is subsequently declared to be unconstitutional. This confers a limited immunity intended to balance the protection of constitutional rights against the need for effective government. In addition to legislation, *Mackin* immunity applies to government policies. The Court's jurisprudence has consistently framed the principle in terms sufficiently broad to cover other instruments. Moreover, there is no principled basis to limit the application of *Mackin* immunity to legislation, as proposed by a majority of the Court. The question is not about the vehicle of state action but rather the general purpose of the immunity and under what circumstances the state should be liable for damages.

However, the rationale underlying *Mackin* immunity, being the ability to carry out government functions without the threat of damages, does not support its application in the context of s. 23. Normally, governments make regulations and develop policies to carry out their everyday responsibilities. In doing so, they presumably endeavour not to breach *Charter* rights. Yet, a government that has breached s. 23 has not carried out its functions as mandated. Unlike most *Charter* rights, s. 23 requires action. Legislation must be enacted, policies must be established, and public funds must be spent to give effect to the right. The s. 23 entitlement is particularly vulnerable to inaction, as any delay in implementation can result in assimilation and undermine access to the right itself. An additional

la *Charte*. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer pourquoi les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste qui remplit au moins une des fonctions interreliées suivantes : l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion contre toute nouvelle violation. Troisièmement, le gouvernement peut démontrer qu'il y a des facteurs faisant contrepois en raison desquels les dommages-intérêts ne seraient ni convenables, ni justes, comme l'existence d'autres réparations et les préoccupations relatives au bon gouvernement. Enfin, le tribunal fixe le montant des dommages-intérêts.

Il a été reconnu que l'immunité contre une condamnation à des dommages-intérêts en application de la *Charte* établie dans l'arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, répondait à une préoccupation relative au bon gouvernement. Selon le principe établi dans cet arrêt, en l'absence de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir, les tribunaux n'accorderont pas de dommages-intérêts pour le préjudice subi à cause de la simple adoption ou application d'une loi subséquentement déclarée inconstitutionnelle. Ce principe confère une immunité restreinte qui vise à établir l'équilibre entre la protection des droits constitutionnels et la nécessité d'avoir un gouvernement efficace. L'immunité énoncée dans l'arrêt *Mackin* s'applique aux politiques gouvernementales en sus des lois. La jurisprudence de la Cour a constamment formulé le principe en des termes suffisamment larges pour viser d'autres instruments. Par ailleurs, il n'y a aucune raison de principe justifiant de limiter l'application de l'immunité visée dans *Mackin* aux lois, comme le propose la majorité de la Cour. Il ne s'agit pas de savoir quel moyen d'action étatique a été utilisé, mais bien de savoir quel est l'objectif général de l'immunité et dans quelles circonstances l'État peut être tenu de verser des dommages-intérêts.

Par contre, la raison d'être de l'immunité visée à l'arrêt *Mackin* — la capacité d'exécuter les fonctions du gouvernement sans craindre d'être tenu de verser des dommages-intérêts — n'appuie pas son application dans le contexte de l'art. 23. Normalement, les gouvernements prennent des règlements et élaborent des politiques pour exercer leurs responsabilités courantes. Ce faisant, ils s'efforcent sans nul doute de ne pas porter atteinte aux droits garantis par la *Charte*. Pourtant, un gouvernement qui a violé l'art. 23 ne s'est pas acquitté des fonctions qui lui incombaient. Contrairement à la plupart des droits garantis par la *Charte*, l'art. 23 établit un droit qui requiert d'agir. Des lois doivent être édictées, des politiques doivent être établies et des fonds publics doivent être dépensés

barrier of immunity for damages is ill-suited to the substance of established s. 23 claims. By the time a court reaches the question of remedy, a breach of s. 23 will already have been found. This means that the government has failed to fund minority language education adequately or has unduly delayed in doing so. Accordingly, an exception is warranted such that the immunity does not apply in the context of s. 23. Damages will therefore be appropriate for s. 23 breaches when all the *Ward* factors are satisfied.

Cases Cited

By Wagner C.J.

Applied: *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)*, 2015 SCC 21, [2015] 2 S.C.R. 139; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; **referred to:** *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Mackell v. Ottawa Separate School Trustees* (1915), 34 O.L.R. 335; *The Board of Trustees of the Roman Catholic Separate Schools of the City of Ottawa v. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Assn. des Parents Francophones (Colombie-Britannique) v. British Columbia* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 83; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, 2000 SCC 1, [2000] 1 S.C.R. 3; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Yukon (Attorney General)*, 2015 SCC 25, [2015] 2 S.C.R. 282; *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney General)* (1989), 91 N.S.R. (2d) 184; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC

pour donner effet au droit concerné. Le droit conféré par l'art. 23 est particulièrement vulnérable à l'inaction, car tout retard dans sa mise en œuvre peut entraîner l'assimilation et gêner l'exercice du droit lui-même. L'obstacle additionnel découlant de l'immunité contre les condamnations au paiement de dommages-intérêts cadre mal avec la nature des demandes basées sur l'art. 23. Lorsque le tribunal aborde la question de la réparation à accorder, la violation de l'art. 23 a déjà été établie. Cela veut dire que le gouvernement n'a pas financé l'instruction dans la langue de la minorité adéquatement ou qu'il a indûment tardé à le faire. Par conséquent, il est justifié de reconnaître une exception portant que l'immunité ne s'applique pas dans le contexte de l'art. 23. Les dommages-intérêts constitueront donc une réparation convenable seulement dans les cas où tous les facteurs énoncés dans l'arrêt *Ward* sont réunis.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner

Arrêts appliqués : *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, [2015] 2 R.C.S. 139; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; **arrêts mentionnés :** *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Mackell c. Ottawa Separate School Trustees* (1915), 34 O.L.R. 335; *The Board of Trustees of the Roman Catholic Separate Schools of the City of Ottawa c. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Assn. des Parents Francophones (Colombie-Britannique) c. British Columbia* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 83; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, [2015] 2 R.C.S. 282; *Lavoie c. Nova Scotia (Attorney General)* (1989), 91 N.S.R. (2d) 184; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1

68, [2002] 3 S.C.R. 519; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391.

By Brown and Rowe JJ. (dissenting in part)

Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia, 2013 SCC 42, [2013] 2 S.C.R. 774; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, 2000 SCC 1, [2000] 1 S.C.R. 3; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island* (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 308; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island* (1998), 162 Nfld. & P.E.I.R. 329; *Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)*, 2015 SCC 21, [2015] 2 S.C.R. 139; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Solski (Tutor of) v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201; *Québec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214; *Wynberg v. Ontario* (2006), 82 O.R. (3d) 561; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *S.A. v. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 SCC 4, [2019] 1 S.C.R. 99.

R.C.S. 3; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391.

Citée par les juges Brown et Rowe (dissidents en partie)

Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique, 2013 CSC 42, [2013] 2 R.C.S. 774; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3; *Arsenault-Cameron c. Prince Edward Island* (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 308; *Arsenault-Cameron c. Prince Edward Island* (1998), 162 Nfld. & P.E.I.R. 329; *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, [2015] 2 R.C.S. 139; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201; *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *Wynberg c. Ontario* (2006), 82 O.R. (3d) 561; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *S.A. c. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 CSC 4, [2019] 1 R.C.S. 99.

Statutes and Regulations Cited

- Act respecting the Board of Trustees of the Roman Catholic Separate Schools of the City of Ottawa*, S.O. 1915, c. 45.
- Act Respecting the Department of Education*, S.M. 1890, c. 37.
- Act to repeal so much of an Act of the Third and Fourth Years of Her present Majesty, to re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada, as relates to the Use of the English Language in Instruments relating to the Legislative Council and Legislative Assembly of the Province of Canada* (U.K.), 1848, 11 & 12 Vict., c. 56.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 15, 23, 24, 33.
- Common Schools Act 1871*, S.N.B. 1871, c. 21, s. 60.
- Constitution Act, 1867*, ss. 93, 133.
- Constitution Act, 1871* (U.K.), 34 & 35 Vict., c. 28, reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 11, s. 4.
- Constitution Act, 1982*, s. 52(1).
- Constitution Amendment, 1998 (Newfoundland Act)*, SI/98-25.
- Constitution Amendment, 2001 (Newfoundland and Labrador)*, SI/2001-117.
- Newfoundland Act* (U.K.), 12, 13 & 14 Geo. 6, c. 22, reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 32.
- Northwest Territories Act*, S.C. 2014, c. 2 [as en. by the *Northwest Territories Devolution Act*, S.C. 2014, c. 2, s. 2], s. 18(1)(o).
- Nunavut Act*, S.C. 1993, c. 28, s. 23(1)(m).
- Of Public Instruction*, R.S.N.S. 1864, c. 58.
- Public Schools Act, 1896*, S.O. 1896, c. 70, s. 76(2).
- Public Schools Act*, S.M. 1890, c. 38.
- School Act*, R.S.A. 1922, c. 51, s. 184.
- School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, s. 106.3.
- School Act*, R.S.S. 1909, c. 100, s. 135.
- School Ordinance*, O.N.W.T. 1901, c. 29, s. 136.
- Union Act, 1840* (U.K.), 3 & 4 Vict., c. 35.
- Yukon Act*, S.C. 2002, c. 7, s. 18(1)(o).

Authors Cited

- Behiels, Michael D. *Canada's Francophone Minority Communities: Constitutional Renewal and the Winning of School Governance*. Montréal: McGill-Queen's University Press, 2004.
- Canada. Department of Justice. *A Consolidation of the Constitution Acts, 1867 to 1982*. Ottawa, 2012.

Lois et règlements cités

- Act respecting the Board of Trustees of the Roman Catholic Separate Schools of the City of Ottawa*, S.O. 1915, c. 45.
- Act Respecting the Department of Education*, S.M. 1890, c. 37.
- Act to repeal so much of an Act of the Third and Fourth Years of Her present Majesty, to re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada, as relates to the Use of the English Language in Instruments relating to the Legislative Council and Legislative Assembly of the Province of Canada* (R.-U.), 1848, 11 & 12 Vict., c. 56.
- Acte d'Union, 1840* (R.-U.), 3 & 4 Vict., c. 35.
- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 15, 23, 24, 33.
- Common Schools Act 1871*, S.N.B. 1871, c. 21, art. 60.
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 93, 133.
- Loi constitutionnelle de 1871* (R.-U.), 34 & 35 Vict., c. 28, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 11, art. 4.
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).
- Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, c. 28, art. 23(1)m).
- Loi sur le Yukon*, L.C. 2002, c. 7, art. 18(1)o).
- Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, L.C. 2014, c. 2 [éd. par la *Loi sur le transfert de responsabilités aux Territoires du Nord-Ouest*, L.C. 2014, c. 2, art. 2], art. 18(1)o).
- Loi sur Terre-Neuve* (R.-U.), 12, 13 & 14 Geo. 6, c. 22, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 32.
- Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR/98-25.
- Modification constitutionnelle de 2001 (Terre-Neuve-et-Labrador)*, TR/2001-117.
- Of Public Instruction*, R.S.N.S. 1864, c. 58.
- Public Schools Act, 1896*, S.O. 1896, c. 70, art. 76(2).
- Public Schools Act*, S.M. 1890, c. 38.
- School Act*, R.S.A. 1922, c. 51, art. 184.
- School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, art. 106.3.
- School Act*, R.S.S. 1909, c. 100, art. 135.
- School Ordinance*, O.N.W.T. 1901, c. 29, art. 136.

Doctrine et autres documents cités

- Behiels, Michael D. *Canada's Francophone Minority Communities : Constitutional Renewal and the Winning of School Governance*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2004.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 3, 1^{re} sess., 32^e lég., 6 octobre 1980, p. 3286.

- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 3, 1st Sess., 32nd Parl., October 6, 1980, p. 3286.
- Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 38, 1st Sess., 32nd Parl., January 15, 1981, pp. 36-37.
- Canadian Intergovernmental Conference Secretariat. 18th Annual Premiers' Conference. *Statement on Language*, Doc. 850-8/027. St. Andrews, N.B., August 18-19, 1977.
- Canadian Intergovernmental Conference Secretariat. Premiers' Conference. *Communiqué of the Conference*, Doc. 850-9/007. Montréal, February 23, 1978.
- Charles, W.H. *Understanding Charter Damages: The Judicial Evolution of a Charter Remedy*. Toronto: Irwin Law, 2016.
- Cook, Ramsay. "Language Policy and the Glossophagic State", in David Schneiderman, ed., *Language and the State: The Law and Politics of Identity*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991, 73.
- Doucet, Michel, Michel Bastarache et Martin Rioux. "Les droits linguistiques: fondements et interprétation", dans Michel Bastarache et Michel Doucet, dir., *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2013, 1.
- Giudici, Anja, and Sandra Grizelj. "National unity in cultural diversity: how national and linguistic identities affected Swiss language curricula (1914-1961)" (2017), 53 *Paedagogica Historica* 137.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2019, release 1).
- Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. New York: Oxford University Press, 1995.
- Le Dictionnaire Larousse* (online: www.larousse.fr), "pédagogie".
- Martel, Angéline. *Official Language Minority Education Rights in Canada: From Instruction to Management*. Ottawa: Office of the Commissioner of Official Languages, 1991.
- Ontario. Department of Education. English-French Public and Separate Schools. *Circular of Instructions*. Toronto, 1913.
- Ontario. Department of Education. Roman Catholic Separate Schools and English-French Public and Separate Schools. *Circular of Instructions For the School Year September to June, 1912-1913: Instructions 17*. Toronto, 1912.
- Oxford English Dictionary* (online: www.oed.com), "pedagogy".
- Canada. Ministère de la Justice. *Codification administrative des Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*, Ottawa, 2012.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 38, 1^{re} sess., 32^e lég., 15 janvier 1981, p. 36-37.
- Charles, W.H. *Understanding Charter Damages: The Judicial Evolution of a Charter Remedy*, Toronto, Irwin Law, 2016.
- Cook, Ramsay. « Language Policy and the Glossophagic State », dans David Schneiderman, dir., *Langue et État : droit, politique et identité*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991, 73.
- Doucet, Michel, Michel Bastarache et Martin Rioux. « Les droits linguistiques : fondements et interprétation », dans Michel Bastarache et Michel Doucet, dir., *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013, 1.
- Giudici, Anja, and Sandra Grizelj. « National unity in cultural diversity : how national and linguistic identities affected Swiss language curricula (1914-1961) » (2017), 53 *Paedagogica Historica* 137.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007 (updated 2019, release 1).
- Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*, New York, Oxford University Press, 1995.
- Le Dictionnaire Larousse* (en ligne : www.larousse.fr), « pédagogie ».
- Les langues officielles du Canada. *Un choix national : Exposé du Gouvernement du Canada sur une politique linguistique nationale*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1977.
- Martel, Angéline. *Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada : de l'instruction à la gestion*, Ottawa, Commissariat aux langues officielles, 1991.
- Ontario. Department of Education. Roman Catholic Separate Schools and English-French Public and Separate Schools. *Circular of Instructions For the School Year September to June, 1912-1913 : Instructions 17*, Toronto, 1912.
- Ontario. Ministère de l'Instruction Publique. Écoles publiques et séparées anglo-françaises. *Circulaire d'instructions*, Toronto, 1913.
- Oxford English Dictionary* (en ligne : www.oed.com), « pedagogy ».
- Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes. 18^e Conférence annuelle des premiers

The Official Languages of Canada. *A National Understanding: Statement of the Government of Canada on the official languages policy*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1977.

Trudeau, Pierre Elliott. *The Constitution and the People of Canada*. Ottawa: Government of Canada, 1969.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bauman C.J. and Tysoe and MacKenzie J.J.A.), 2018 BCCA 305, 14 B.C.L.R. (6th) 52, 416 C.R.R. (2d) 278, 425 D.L.R. (4th) 230, [2018] B.C.J. No. 2836 (QL), 2018 CarswellBC 1956 (WL Can.), affirming in part a decision of Russell J., 2016 BCSC 1764, [2016] B.C.J. No. 2007 (QL), 2016 CarswellBC 2685 (WL Can.). Appeal allowed in part, Brown and Rowe JJ. dissenting in part.

Robert W. Grant, Q.C., Mark C. Power and Jennifer Klinck, for the appellants.

Karrie A. Wolfe and Katherine Webber, for the respondents.

Written submission only by *Edward A. Gores, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Written submission only by *Ruth M. DeMone and Mitchell M. O'Shea*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

Alan F. Jacobson, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Randy Steele, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Written submission only by *Barbara G. Barrowman, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Sarah A. E. Kay, for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories.

ministres. *Déclaration sur la langue*, Doc. 850-8/027, St. Andrews (N.-B.), 18-19 août 1977.

Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes. Conférence des premiers ministres provinciaux. *Communiqué de la conférence*, Doc. 850-9/007, Montréal, 23 février 1978.

Trudeau, Pierre Elliott. *La constitution canadienne et le citoyen*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1969.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges Tysoe et MacKenzie), 2018 BCCA 305, 14 B.C.L.R. (6th) 52, 416 C.R.R. (2d) 278, 425 D.L.R. (4th) 230, [2018] B.C.J. No. 2836 (QL), 2018 CarswellBC 1956 (WL Can.), qui a confirmé en partie la décision de la juge Russell, 2016 BCSC 1764, [2016] B.C.J. No. 2007 (QL), 2016 CarswellBC 2685 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie, les juges Brown et Rowe sont dissidents en partie.

Robert W. Grant, c.r., Mark C. Power et Jennifer Klinck, pour les appelants.

Karrie A. Wolfe et Katherine Webber, pour les intimés.

Argumentation écrite seulement par *Edward A. Gores, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Argumentation écrite seulement par *Ruth M. DeMone et Mitchell M. O'Shea*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

Alan F. Jacobson, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Randy Steele, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Barbara G. Barrowman, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Sarah A. E. Kay, pour l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest.

Christine Ruest Norrena, for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada.

Marion Sandilands, for the intervener the Quebec Community Groups Network.

Kent Roach, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Érik Labelle Eastaugh, for the interveners Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick inc. and Association des enseignantes et enseignants francophones du Nouveau-Brunswick inc.

Roger J. F. Lepage, for the intervener Fédération nationale des conseils scolaires francophones.

Sylvain Rouleau, for the interveners Association des parents de l'école Rose-des-Vents and Association des parents de l'école des Colibris.

Audrey Boctor, for the intervener the Canadian Association for Progress in Justice.

Dominic Caron, for the interveners Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick and Fédération des conseils d'éducation du Nouveau-Brunswick.

Christian Monnin, for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs.

Vincent Larochelle, for the intervener Commission nationale des parents francophones.

Andrew Carricato, for the intervener Conseil scolaire francophone provincial de Terre-Neuve-et-Labrador.

François Larocque, for the intervener the Canadian Francophonie Research Chair in Language Rights.

Christine Ruest Norrena, pour l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada.

Marion Sandilands, pour l'intervenant le Réseau des groupes communautaires du Québec.

Kent Roach, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Érik Labelle Eastaugh, pour les intervenantes l'Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick inc. et l'Association des enseignantes et enseignants francophones du Nouveau-Brunswick inc.

Roger J. F. Lepage, pour l'intervenante la Fédération nationale des conseils scolaires francophones.

Sylvain Rouleau, pour les intervenantes l'Association des parents de l'école Rose-des-Vents et l'Association des parents de l'école des Colibris.

Audrey Boctor, pour l'intervenante Canadian Association for Progress in Justice.

Dominic Caron, pour les intervenantes la Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick et la Fédération des conseils d'éducation du Nouveau-Brunswick.

Christian Monnin, pour l'intervenante Assembly of Manitoba Chiefs.

Vincent Larochelle, pour l'intervenante la Commission nationale des parents francophones.

Andrew Carricato, pour l'intervenant le Conseil scolaire francophone provincial de Terre-Neuve-et-Labrador.

François Larocque, pour l'intervenante la Chaire de recherche sur la francophonie canadienne en droits et enjeux linguistiques.

English version of the judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Martin and Kasirer J.J. delivered by

Le jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Martin et Kasirer a été rendu par

THE CHIEF JUSTICE —

LE JUGE EN CHEF —

TABLE OF CONTENTS

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraph		Paragraphe
I. <u>Overview</u>	1	I. <u>Aperçu</u>	1
II. <u>Background</u>	4	II. <u>Contexte</u>	4
A. <i>Principles to Be Applied in Interpreting Section 23</i>	5	A. <i>Les principes qui doivent guider l'interprétation de l'art. 23</i>	5
B. <i>Overview of Concepts Specific to Section 23: Sliding Scale and Substantive Equivalence</i>	21	B. <i>Survol des concepts propres à l'art. 23 : l'échelle variable et l'équivalence réelle</i>	21
C. <i>The Appellants and Their Claim</i>	27	C. <i>Les appelants et leur demande</i>	27
III. <u>Judicial History</u>	30	III. <u>Historique judiciaire</u>	30
A. <i>British Columbia Supreme Court, 2016 BCSC 1764</i>	30	A. <i>Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2016 BCSC 1764</i>	30
B. <i>British Columbia Court of Appeal, 2018 BCCA 305, 14 B.C.L.R. (6th) 52</i>	48	B. <i>Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2018 BCCA 305, 14 B.C.L.R. (6th) 52</i>	48
IV. <u>Issues</u>	50	IV. <u>Questions en litige</u>	50
V. <u>Analysis</u>	51	V. <u>Analyse</u>	51
A. <i>What Is the Approach to Take in Order to Situate a Given Number of Students on the Sliding Scale?</i>	51	A. <i>Quelle est la démarche permettant de situer un nombre d'élèves donné sur l'échelle variable?</i>	51
(1) <u>First Step: Establishing the Number of Students in Question</u>	58	(1) <u>La première étape : établir le nombre d'élèves concernés</u>	58
(2) <u>Second Step: Taking a Comparative Approach in Order to Determine Whether the School Contemplated by the Minority Is Appropriate from the Standpoint of Pedagogy and Cost</u>	61	(2) <u>La deuxième étape : recourir à une méthode comparative pour déterminer si l'école envisagée par la minorité est appropriée au regard de la pédagogie et des coûts</u>	61
(3) <u>Third Step: Determining the Level of Services That Must Be Provided</u>	84	(3) <u>La troisième étape : déterminer le niveau de services qui doit être offert</u>	84

(4) <u>Summary of the Applicable Approach</u>	90	(4) <u>Résumé de la démarche applicable</u>	90
(5) <u>Application of the Principles With Respect to the Sliding Scale</u>	94	(5) <u>Application des principes de l'échelle variable</u>	94
B. <i>Does the Test Used to Assess the Quality of Instruction Provided to Official Language Minorities Vary With the Number of Minority Language Students?</i>	104	B. <i>Le critère utilisé pour évaluer la qualité de l'instruction offerte aux minorités linguistiques officielles varie-t-il selon le nombre d'élèves de la minorité?</i>	104
C. <i>Does Compelling a School Board to Prioritize Its Capital Projects Infringe Section 23?</i>	139	C. <i>Le fait d'obliger un conseil scolaire à prioriser ses projets d'immobilisation constitue-t-il une violation de l'art. 23?</i>	139
D. <i>How Is an Infringement of Section 23 Assessed Under Section 1?</i>	143	D. <i>Comment une violation de l'art. 23 s'apprécie-t-elle au regard de l'article premier?</i>	143
E. <i>Does the Limited Government Immunity From Damages Awards Apply to Decisions Made in Accordance With Government Policies That Are Found to Be Contrary to Section 23?</i>	164	E. <i>Est-ce que l'immunité restreinte dont bénéficie l'État en matière de dommages-intérêts s'applique aux décisions prises en vertu de politiques gouvernementales qui sont déclarées contraires à l'art. 23?</i>	164
VI. <u>Disposition</u>	182	VI. <u>Dispositif</u>	182
I. <u>Overview</u>		I. <u>Aperçu</u>	
[1] A school is much more than just a place to pass on theoretical and practical knowledge. It is also a setting for socialization where students can converse with one another and develop their potential in their own language and, in using it, familiarize themselves with their culture. That is the spirit in which the right to receive instruction in one of Canada's official languages was elevated to constitutional status by means of s. 23 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> ("Charter").		[1] L'école est bien plus qu'un simple lieu de transmission de connaissances théoriques et pratiques. Elle constitue également un milieu de socialisation qui permet d'échanger et de s'épanouir dans sa langue et, à travers elle, de découvrir sa culture. C'est dans cet esprit que le droit à l'instruction dans une des langues officielles du Canada s'est vu conférer un statut constitutionnel par l'art. 23 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> (« <i>Charte</i> »).	
[2] This appeal concerns the scope of s. 23 and the interplay between that section and s. 1, as well as between it and the remedial provisions of Canada's Constitution. The appeal affords an opportunity to identify the approach to be taken in order to determine the level of services that is guaranteed to rights holder parents on the basis of a given number		[2] Le présent pourvoi concerne la portée de l'art. 23 et l'interaction de celui-ci avec l'article premier et les dispositions réparatrices de la Constitution canadienne. Il est l'occasion de préciser la méthode permettant de déterminer le niveau de services qui est garanti aux parents ayants droit en fonction du nombre d'élèves en cause, de traiter du critère applicable	

of students, consider the test to be applied in order to determine whether the educational experience of the children of those rights holders is equivalent to the experience provided to the majority, discuss the justification under s. 1 of infringements of language rights, and decide whether damages can be awarded as a remedy in the event of an infringement.

[3] The courts below conducted an exhaustive and rigorous analysis of certain of these issues. But I find that they adopted an inordinately narrow interpretation of s. 23 and its role in the Canadian constitutional order. Section 23 has a remedial purpose related to promoting the development of official language minority communities and changing the status quo. In my view, in accordance with an interpretation of that section that takes its remedial purpose fully into account, and in light of the trial judge’s findings of fact, the appeal should be allowed in part.

II. Background

[4] It is well established that *Charter* rights must be given a large, liberal and purposive interpretation (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295). In addition, it is essential to place the purpose of the right in question in its linguistic, philosophical and historical contexts (*Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 344). Before turning to the facts of this appeal, I consider it necessary to review the background to the enactment of s. 23 and the principles that must inform the interpretation of that section.

A. *Principles to Be Applied in Interpreting Section 23*

[5] I must begin by noting that the question of language is an integral part of Canadian history. It is a dominant theme that is reflected in legislative initiatives from key points in the country’s history (see M. Doucet, M. Bastarache and M. Rioux, “Les droits linguistiques: fondements et interprétation”, in M. Bastarache and M. Doucet, eds., *Les droits*

pour juger si les enfants de ces ayants droit reçoivent une expérience éducative équivalente à celle offerte à la majorité, de discuter la justification des violations aux droits linguistiques au regard de l’article premier et de décider si des dommages-intérêts peuvent être octroyés comme réparation en semblable matière.

[3] Les juridictions inférieures se sont livrées à une analyse poussée et rigoureuse de certains de ces enjeux. À mon sens, toutefois, elles ont adopté une interprétation démesurément restrictive de l’art. 23 et de son rôle dans l’ordre constitutionnel canadien. Cet article a un objet réparateur, qui vise à favoriser l’épanouissement des minorités linguistiques officielles et à modifier le statu quo. Donnant à cette disposition une interprétation qui tient pleinement compte de son objet réparateur, et m’appuyant sur les conclusions de faits tirées par la juge de première instance, je suis d’avis qu’il y a lieu d’accueillir l’appel en partie.

II. Contexte

[4] Il est bien établi que les droits conférés par la *Charte* doivent être interprétés de façon large et libérale en fonction de l’objectif visé (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295). De plus, il est essentiel de situer l’objet du droit en question dans ses contextes linguistique, philosophique et historique (*Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Big M Drug Mart Ltd.*, p. 344). Avant d’aborder les faits du présent pourvoi, j’estime nécessaire de rappeler le contexte de l’édiction de l’art. 23 et les principes qui doivent guider son interprétation.

A. *Les principes qui doivent guider l’interprétation de l’art. 23*

[5] D’entrée de jeu, force est de reconnaître que la question linguistique est indissociable de l’histoire canadienne. Elle constitue un thème dominant, qui se reflète dans les différentes mesures législatives adoptées lors de périodes charnières de l’histoire du pays (voir M. Doucet, M. Bastarache et M. Rioux, « Les droits linguistiques : fondements et

linguistiques au Canada (3rd ed. 2013), 1, at pp. 30-52). In language matters, the legislative pendulum has swung back and forth between two conflicting approaches, one based on policies of assimilation, and the other on promoting the development and autonomy of official language communities.

[6] In the discussions that preceded the founding of Canada, the framers of the Constitution wanted it to be mandatory that the laws, records and journals of the nascent country be published in both of what are now the official languages: English and French (*Constitution Act, 1867*, s. 133). Before that, the imperial authorities had imposed English unilingualism under the 1840 *Union Act*, but they had then abandoned that policy in 1848 owing to opposition on the part of French-speaking citizens (*Union Act, 1840* (U.K.), 3 & 4 Vict., c. 35; *An Act to repeal so much of an Act of the Third and Fourth Years of Her present Majesty, to re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada, as relates to the Use of the English Language in Instruments relating to the Legislative Council and Legislative Assembly of the Province of Canada* (U.K.), 1848, 11 & 12 Vict., c. 56; Doucet, Bastarache and Rioux, at p. 33).

[7] In adopting the *Constitution Act, 1867*, the framers also took an initial step favouring the recognition of language rights in education. At a time when language and religion often went hand in hand, the framers' purpose in adopting s. 93 of the *Constitution Act, 1867* was to give the provinces the exclusive power to make laws in relation to education. This section was intended indirectly to protect French language and culture, because it enabled French-speaking Quebecers, who were in the minority in the country as a whole but in the majority in their province, to control their education system (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 38). Section 93 also included provisions whose purpose was to preserve the rights of the Catholic minority in Ontario and the Protestant minority in Quebec in the area of education.

interprétation », dans M. Bastarache et M. Doucet, dir., *Les droits linguistiques au Canada* (3^e éd. 2013), 1, p. 30-52). En matière linguistique, le pendule législatif a oscillé entre deux approches opposées, d'une part une approche basée sur des politiques d'assimilation et d'autre part une approche visant à assurer l'épanouissement et l'autonomie des communautés linguistiques officielles.

[6] Lors des discussions préalables à la création du Canada, les constituants souhaitent que les lois, les archives et les procès-verbaux du pays à naître soient obligatoirement publiés dans les deux langues maintenant officielles : le français et l'anglais (*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 133). Les autorités impériales avaient auparavant imposé l'unilinguisme anglais dans l'*Acte d'Union* en 1840, puis abandonné cette politique en 1848, devant l'opposition des citoyens francophones (*Acte d'Union, 1840* (R.-U.), 3 & 4 Vict., c. 35; *An Act to repeal so much of an Act of the Third and Fourth Years of Her present Majesty, to re-unite the Provinces of Upper and Lower Canada, and for the Government of Canada, as relates to the Use of the English Language in Instruments relating to the Legislative Council and Legislative Assembly of the Province of Canada* (R.-U.), 1848, 11 & 12 Vict., c. 56; Doucet, Bastarache et Rioux, p. 33).

[7] En adoptant la *Loi constitutionnelle de 1867*, les constituants font également un premier pas en faveur de la reconnaissance des droits linguistiques en matière d'éducation. À une époque où langue et religion allaient souvent de pair, les constituants adoptent l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* afin d'accorder aux provinces le pouvoir exclusif de légiférer sur l'éducation. Cette disposition visait indirectement à protéger la langue et la culture françaises, car elle permettrait aux francophones du Québec, qui étaient minoritaires à l'échelle du pays mais majoritaires dans la province, de contrôler leur système d'éducation (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 38). Par ailleurs, l'art. 93 prévoyait des dispositions maintenant les droits de la minorité catholique de l'Ontario et de la minorité protestante du Québec dans le domaine de l'éducation.

[8] The *Constitution Act, 1867* did not, however, put an end to the tension that existed between those who advocated a unilingual conception of the country and those who championed a bilingual state. This tension can be explained by, among other things, the fact that at that time, many believed that a true national state should have a shared identity and thus a single common language, and saw education in that single language as a key to creating that shared identity (see, e.g., R. Cook, “Language Policy and the Glossophagic State”, in D. Schneiderman, ed., *Language and the State: The Law and Politics of Identity* (1991), 73, at pp. 75-78; A. Giudici and S. Grizelj, “National unity in cultural diversity: how national and linguistic identities affected Swiss language curricula (1914-1961)” (2017), 53 *Paedagogica Historica* 137). Beginning in the late 19th century, most of Canada’s provinces and territories therefore adopted legislative initiatives whose effect was to prohibit French-language instruction (see *Of Public Instruction*, R.S.N.S. 1864, c. 58; see also A. Martel, *Official Language Minority Education Rights in Canada: From Instruction to Management* (1991), at pp. 164 and 170; *An Act Respecting the Department of Education*, S.M. 1890, c. 37; *The Public Schools Act*, S.M. 1890, c. 38; *The Common Schools Act 1871*, S.N.B. 1871, c. 21, s. 60; *The Public Schools Act, 1896*, S.O. 1896, c. 70, s. 76(2); Ontario, Department of Education, Roman Catholic Separate Schools and English-French Public and Separate Schools, *Circular of Instructions For the School Year September to June, 1912-1913: Instructions 17* (1912); and Ontario, Department of Education, English-French Public and Separate Schools, *Circular of Instructions* (1913) (collectively, “Regulation 17”); *An Act respecting the Board of Trustees of the Roman Catholic Separate Schools of the City of Ottawa*, S.O. 1915, c. 45; *The School Ordinance*, O.N.W.T. 1901, c. 29, s. 136; *The School Act*, R.S.S. 1909, c. 100, s. 135; *The School Act*, R.S.A. 1922, c. 51, s. 184).

[9] In Ontario, some parents and a Catholic school board — many of whose students were French speakers — challenged the constitutionality of *Regulation*

[8] La *Loi constitutionnelle de 1867* ne met cependant pas fin à la tension existant entre les tenants d’un pays unilingue et les défenseurs d’un État bilingue. Cette tension s’explique notamment par le fait qu’à cette époque, plusieurs croyaient qu’un véritable État national devait avoir une identité commune et donc une seule langue commune, et l’éducation dans cette seule et même langue était considérée comme un outil de choix pour créer cette identité commune (voir, p. ex., R. Cook, « Language Policy and the Glossophagic State », dans D. Schneiderman, dir., *Langue et État : droit, politique et identité* (1991), 73, p. 75-78; A. Giudici et S. Grizelj, « National unity in cultural diversity : how national and linguistic identities affected Swiss language curricula (1914-1961) » (2017), 53 *Paedagogica Historica* 137). Ainsi, à partir de la fin du XIX^e siècle, la plupart des provinces et territoires du Canada adoptent des mesures législatives qui ont pour effet d’interdire l’enseignement en langue française (voir *Of Public Instruction*, R.S.N.S. 1864, c. 58; voir aussi A. Martel, *Les droits scolaires des minorités de langue officielle au Canada : de l’instruction à la gestion* (1991), p. 173 et 180; *An Act Respecting the Department of Education*, S.M. 1890, c. 37; *The Public Schools Act*, S.M. 1890, c. 38; *The Common Schools Act 1871*, S.N.B. 1871, c. 21, art. 60; *The Public Schools Act, 1896*, S.O. 1896, c. 70, par. 76(2); Ontario, Ministère de l’Instruction Publique, Roman Catholic Separate Schools and English-French Public and Separate Schools, *Circular of Instructions For the School Year September to June, 1912-1913: Instructions 17* (1912); et Ontario, Ministère de l’Instruction Publique, Écoles publiques et séparées anglo-françaises, *Circulaire d’instructions* (1913) (collectivement, « Règlement 17 »); *An Act respecting the Board of Trustees of the Roman Catholic Separate Schools of the City of Ottawa*, S.O. 1915, c. 45; *The School Ordinance*, O.N.W.T. 1901, c. 29, art. 136; *The School Act*, R.S.S. 1909, c. 100, art. 135; *The School Act*, R.S.A. 1922, c. 51, art. 184).

[9] En Ontario, des parents et un conseil scolaire catholique, dont une importante partie des élèves étaient francophones, contestent la validité

17, which prohibited French-language instruction after the first two years of primary school. They argued that it infringed s. 93 of the *Constitution Act, 1867*. The Appellate Division of the Ontario Supreme Court rejected that argument. In his reasons, Garrow J.A. relied in particular on s. 133 of the *Constitution Act, 1867* to conclude that the use of any language other than English was merely a concession and not a right, and that the use of French was not protected:

It is a perfectly natural thing that those of French descent should love their noble language, and even passionately desire to promote, as far as reasonably possible, its perpetuation here. One may even respect a similar sentiment on the part of the Germans, the Italians, and the others settled among us to whom the English is a foreign tongue. But it is not to be ignored or forgotten that, while all are tolerated, the official language of this Province, as of the Empire, is English, and that the official use of any other language is in the nature of a concession and not of a right. This is, I think, well, and indeed in my opinion conclusively, illustrated by the provisions of sec. 133 of the British North America Act . . .

(*Mackell v. Ottawa Separate School Trustees* (1915), 34 O.L.R. 335, at p. 343)

[10] The Judicial Committee of the Privy Council upheld the Appellate Division’s decision and affirmed that s. 93 did not protect French-language instruction (*The Board of Trustees of the Roman Catholic Separate Schools of the City of Ottawa v. Mackell*, [1917] A.C. 62, at pp. 70-72).

[11] Seventy years after *Regulation 17* was made, the framers of the *Charter* adopted s. 23, which enshrines in the Constitution the right of citizens from the country’s English and French linguistic minorities to have their children receive instruction in their language where the number of children so warrants. In adopting that section, they sought “to ensure that vulnerable minority groups are endowed with the institutions and rights necessary to maintain

constitutionnelle du *Règlement 17* qui interdit l’enseignement en langue française après les deux premières années du primaire. Ils soutiennent que ce règlement va à l’encontre de l’art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Division d’appel de la Cour suprême de l’Ontario rejette cet argument. Dans ses motifs, s’appuyant notamment sur l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le juge Garrow de la Division d’appel conclut que l’utilisation de toute autre langue que l’anglais n’est en fait qu’une concession et non un droit, et que l’utilisation du français ne bénéficie d’aucune protection :

[TRADUCTION] Il est parfaitement naturel que les personnes d’origine française aiment leur noble langue, et même qu’elles désirent passionnément en promouvoir, autant que cela est raisonnablement possible, la perpétuation dans notre pays. On respecterait même l’expression d’un sentiment analogue par les Allemands, les Italiens et les autres personnes qui se sont établies parmi nous et pour qui l’anglais est une langue étrangère. Mais il ne faut pas négliger ou oublier le fait que, bien que toutes les langues soient tolérées, la langue officielle de notre province, tout comme celle de l’Empire, est l’anglais, et que l’utilisation à des fins officielles de toute autre langue tient de la nature d’une concession et non d’un droit. Les dispositions de l’art. 133 de l’Acte de l’Amérique du Nord britannique illustrent bien, et du reste de manière déterminante à mon avis, le bien-fondé de cette conclusion . . .

(*Mackell c. Ottawa Separate School Trustees* (1915), 34 O.L.R. 335, p. 343)

[10] Le Comité judiciaire du Conseil privé confirme le jugement de la Division d’appel et affirme que l’art. 93 ne protège pas l’enseignement en français (*The Board of Trustees of the Roman Catholic Separate Schools of the City of Ottawa c. Mackell*, [1917] A.C. 62, p. 70-72).

[11] Soixante-dix ans après l’adoption du *Règlement 17*, dans le cadre de l’élaboration de la *Charte*, les constituants édictent l’art. 23, lequel constitutionnalise le droit des citoyens appartenant aux minorités linguistiques francophones et anglophones du pays de faire instruire leurs enfants dans leur langue lorsque le nombre d’enfants concernés le justifie. Par l’édictation de cet article, les constituants cherchent « à garantir que des groupes minoritaires vulnérables

and promote their identities against the assimilative pressures of the majority” (*Reference re Secession of Quebec*, at para. 74). By doing so, they definitively closed the door on language policies that would prevent instruction in the language of a minority, and chose an approach that favoured the promotion and development of minority language communities across the country.

[12] The historical and social context at the root of language rights in education makes clear the unique role of s. 23 in Canada’s constitutional landscape. In an oft-quoted passage, Dickson C.J. illustrated the section’s importance by stating that it represents a “linchpin in this nation’s commitment to the values of bilingualism and biculturalism” (*Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at p. 350). More recently, in *Association des parents de l’école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)*, 2015 SCC 21, [2015] 2 S.C.R. 139 (“*Rose-des-vents*”), Karakatsanis J. noted that Canada has a bicultural founding character and that its commitment to bilingualism sets it apart among nations (para. 25, citing *Assn. des Parents Francophones (Colombie-Britannique) v. British Columbia* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 83 (S.C.), at para. 24).

[13] However, the importance of s. 23 is not based solely on its role in the formation of Canada’s identity as a country. The section is also important because of the role it plays in the identity of Canadians as individuals and as members of linguistic communities. Section 23 is intended to preserve culture and language, two core elements of the notions of identity and well-being of individuals and communities (W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (1995), at p. 89).

[14] In *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, this Court noted, on beginning its analysis, “the essential role that language plays in human existence, development and dignity”, and

bénéficient des institutions et des droits nécessaires pour préserver et promouvoir leur identité propre face aux tendances assimilatrices de la majorité » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 74). Ce faisant, ils ferment définitivement la porte aux politiques linguistiques qui empêchent l’enseignement dans la langue de la minorité, et ils choisissent une approche qui favorise la promotion et l’épanouissement des communautés linguistiques minoritaires partout au pays.

[12] Le contexte historique et social à l’origine de la reconnaissance des droits linguistiques en matière d’éducation permet d’apprécier le rôle unique joué par l’art. 23 dans le paysage constitutionnel canadien. Dans un passage fréquemment cité, le juge en chef Dickson décrit l’importance de cette disposition en affirmant qu’elle est la « clef de voûte de l’engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme » (*Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 350). Plus récemment, dans *Association des parents de l’école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, [2015] 2 R.C.S. 139 (« *Rose-des-vents* »), la juge Karakatsanis rappelle que le biculturalisme constitue un élément fondateur du Canada et que l’engagement du Canada envers le bilinguisme le distingue des autres pays (par. 25, citant *Assn. des Parents Francophones (Colombie-Britannique) c. British Columbia* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 83 (C.S.), par. 24).

[13] L’importance de l’art. 23 ne s’explique toutefois pas uniquement par son rôle dans la formation de l’identité du Canada en tant que pays. Son importance s’explique également par le rôle qu’il joue sur l’identité des Canadiens et des Canadiennes en tant qu’individus et en tant que collectivité linguistique. L’article 23 vise à préserver la culture et la langue, deux éléments qui sont au cœur des notions d’identité et de bien-être d’une personne et d’une communauté (W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights* (1995), p. 89).

[14] Dès le début de son analyse dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, notre Cour souligne « le rôle essentiel que joue la langue dans l’existence, le développement

its importance in “bridg[ing] the gap between isolation and community” (p. 744). In *Mahe*, the Court stressed the interplay of language and culture, stating that “any broad guarantee of language rights, especially in the context of education, cannot be separated from a concern for the culture associated with the language. Language is more than a mere means of communication, it is part and parcel of the identity and culture of the people speaking it” (p. 362). And in *Rose-des-vents*, at para. 26, the Court endorsed this comment by the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism: “Language and culture are not synonymous, but the vitality of the language is a necessary condition for the complete preservation of a culture” (*Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, Book II, *Education* (1968), at p. 8).

[15] I would add that in conducting the analysis under s. 23, a court must bear in mind that this section has three purposes, as it is at once preventive, remedial and unifying in nature. It is intended not only to prevent the erosion of official language communities, but also to redress past injustices and promote the development of those communities (*Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201, at para. 3; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, 2000 SCC 1, [2000] 1 S.C.R. 3, at para. 27). Dickson C.J. explained this remedial purpose by reproducing the comment of Kerans J.A. that “the very existence of the section implies the inadequacy of the present regime” (*Mahe*, at p. 363). In the face of this “inadequacy of the present regime”, s. 23 was thus designed to alter the status quo. Finally, the section also has a unifying purpose in that it accommodates mobility by enabling citizens to move anywhere in the country without fearing that they will have to abandon their language and culture (*Solski*, at para. 30; *House of Commons Debates*, vol. 3, 1st Sess., 32nd Parl., October 6, 1980, at p. 3286).

[16] To fully achieve its remedial purpose, s. 23 must, however, be implemented vigilantly. As this

et la dignité de l’être humain » et son importance en tant que « pont entre l’isolement et la collectivité » (p. 744). Dans l’arrêt *Mahe*, elle met en lumière l’interaction entre la langue et la culture, affirmant que « toute garantie générale de droits linguistiques, surtout dans le domaine de l’éducation, est indissociable d’une préoccupation à l’égard de la culture véhiculée par la langue en question. Une langue est plus qu’un simple moyen de communication; elle fait partie intégrante de l’identité et de la culture du peuple qui la parle » (p. 362). Dans l’arrêt *Rose-des-vents*, par. 26, la Cour fait siens les propos suivants de la Commission royale d’enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme : « . . . langue et culture ne sont pas synonymes, mais le dynamisme de la première est indispensable à la préservation intégrale de la seconde » (*Rapport de la Commission royale d’enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Livre II, *L’éducation* (1968), p. 8).

[15] J’ajoute que, dans l’analyse requise pour l’application de l’art. 23, les tribunaux doivent garder à l’esprit le triple objet de cet article, c’est-à-dire son caractère à la fois préventif, réparateur et unificateur. En effet, cette disposition a non seulement pour objet de prévenir l’érosion des communautés linguistiques officielles, mais aussi de remédier aux injustices passées et de favoriser leur épanouissement (*Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201, par. 3; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3, par. 27). Le juge en chef Dickson a expliqué cet objet réparateur en reprenant les propos du juge Kerans, qui avait affirmé que [TRADUCTION] « l’existence même de l’article laisse supposer l’insuffisance du système actuel » (*Mahe*, p. 363). Vu cette « insuffisance du système actuel », l’art. 23 vise donc à modifier le statu quo. Finalement, il a en outre un objet unificateur dans la mesure où il favorise la liberté de circulation et d’établissement en permettant aux citoyens de se déplacer partout au pays, sans crainte de devoir abandonner leur langue et leur culture (*Solski*, par. 30; *Débats de la Chambre des communes*, vol. 3, 1^{re} sess., 32^e lég., 6 octobre 1980, p. 3286).

[16] Pour réaliser pleinement son objectif réparateur, l’art. 23 doit cependant être mis en œuvre

Court has noted, the likelihood of assimilation and of cultural erosion will increase with each passing school year if nothing is done to prevent them. The result is that the actual effectiveness of s. 23 is particularly vulnerable to government inaction (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 29; *Rose-des-vents*, at para. 28). This means that the courts have a crucial role to play, as the framers made them responsible for overseeing the implementation and protection of *Charter* rights.

[17] I would also point out that, unlike some other rights provisions, s. 23 recognizes rights that are assessed not only in individual terms, but also on a collective level. The rights conferred by s. 23 are individual rights, but they have a collective scope. As this Court stated in *Solski*, this means that the courts must, in interpreting s. 23, consider each language group's social context, demographics and history. The courts thus have the delicate task of reconciling the sometimes divergent concerns of French-speaking minority groups outside Quebec, whose language rights have been acquired at considerable expense, with the particular reality of Quebec's English-speaking minority and with how French-speaking Quebecers, who are in the majority in that province but whose language is in the minority in the country as a whole, perceive their future in Canada (*Solski*, at para. 5).

[18] Finally, I would note that the fact that s. 23 originally resulted from a political compromise cannot on its own justify a restrictive interpretation of the rights for which the section provides. While it is true that this Court has in the past evoked a distinction between language rights resulting from a political compromise and the other rights guaranteed by the *Charter*, those days are over. The Court made this clear in *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 24:

Though constitutional language rights result from a political compromise, this is not a characteristic that uniquely applies to such rights. A. Riddell, in «À la recherche du temps perdu: la Cour suprême et l'interprétation des droits

avec vigilance. Comme l'a souligné notre Cour, le risque d'assimilation et d'érosion culturelle croît à mesure que passent les années scolaires sans que rien ne soit fait à cet égard. Il en résulte que l'efficacité concrète de l'art. 23 est particulièrement vulnérable à l'inaction des gouvernements (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 29; *Rose-des-vents*, par. 28). Cette particularité confère un rôle crucial aux tribunaux, à qui les constituants ont confié la responsabilité de veiller à la mise en œuvre et à la protection des droits garantis par la *Charte*.

[17] Je souligne également que, contrairement à d'autres dispositions génératrices de droits, les droits reconnus par l'art. 23 s'apprécient non seulement sur le plan individuel, mais également sur le plan collectif. En effet, l'art. 23 confère des droits individuels, mais dont la portée est collective. Comme l'a affirmé notre Cour dans l'arrêt *Solski*, il en résulte que les tribunaux appelés à interpréter l'art. 23 doivent considérer le contexte social, démographique et historique qui est propre à chaque groupe linguistique. Ainsi, les tribunaux ont la tâche délicate de concilier les préoccupations parfois divergentes de la minorité francophone hors Québec, pour qui l'exercice des droits linguistiques a été chèrement acquis, avec la réalité particulière de la minorité anglophone du Québec et la perception que les francophones du Québec — majoritaires dans cette province, mais dont leur langue est minoritaire à l'échelle du pays — ont de leur avenir au sein du Canada (*Solski*, par. 5).

[18] Enfin, je rappelle que l'origine de l'art. 23 en tant que résultat d'un compromis politique ne saurait justifier, pour cette seule raison, une interprétation restrictive des droits prévus par cette disposition. Si notre Cour a déjà effectué une distinction entre les droits linguistiques issus d'un compromis politique et les autres droits garantis par la *Charte*, cette époque est révolue. Ce constat a été clairement exprimé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 24 :

Même si les droits linguistiques constitutionnels découlent d'un compromis politique, ceci n'est pas une caractéristique qui s'applique uniquement à ces droits. A. Riddell, dans «À la recherche du temps perdu: la Cour

linguistiques constitutionnels dans les années 80” (1988), 29 *C. de D.* 829, at p. 846, underlines that a political compromise also led to the adoption of ss. 7 and 15 of the *Charter* and argues, at p. 848, that there is no basis in the constitutional history of Canada for holding that any such political compromises require a restrictive interpretation of constitutional guarantees. I agree that the existence of a political compromise is without consequence with regard to the scope of language rights. [Emphasis added.]

The Court reaffirmed this statement — that the political compromise that gave rise to language rights is without consequence for the scope of those rights — in the context of s. 23 (*Arsenault-Cameron*, at para. 27; *Doucet-Boudreau*, at para. 27). The result is that the cases that date back to when the Court was equating language rights with a political compromise, which include *Mahe*, must be considered in light of the subsequent cases in which the Court favoured a liberal interpretation that is consistent with the development of official language communities.

[19] To limit the scope of language rights merely because they resulted from a political compromise would represent a dangerous reversion. Many rights that have been granted to Canada’s minorities were dearly won over many years, and it is up to the courts to give full effect to them, and to do so clearly and transparently.

[20] I will pause here to point out that although, in this appeal, my colleagues would grant many of the appellants’ claims for relief, they systematically avoid clarifying how s. 23 should be applied so as to enhance the protection of language rights in this country. Our decision in this case must not be limited to making schools available to the appellants as if the case were one of a kind, as it is also necessary to ensure that future claimants are not forced to undertake interminable judicial proceedings in order to have their rights protected, recognized and enforced. To disregard the problems raised by an erroneous interpretation and application of s. 23, in particular the inevitable judicialization and lengthy delays that are characteristically involved in exercising language rights, is to undermine access to justice and could

suprême et l’interprétation des droits linguistiques constitutionnels dans les années 80 » (1988), 29 *C. de D.* 829, à la p. 846, souligne que l’adoption des art. 7 et 15 de la *Charte* résulte aussi d’un compromis politique et soutient, à la p. 848, que l’histoire constitutionnelle du Canada ne fournit aucune raison de penser qu’un tel compromis politique exige une interprétation restrictive des garanties constitutionnelles. Je conviens que l’existence d’un compromis politique n’a aucune incidence sur l’étendue des droits linguistiques. [Je souligne.]

Notre Cour a confirmé la justesse de ce constat — à savoir que le compromis politique dont découlent les droits linguistiques n’a aucune incidence sur leur portée — dans le contexte de l’art. 23 (*Arsenault-Cameron*, par. 27; *Doucet-Boudreau*, par. 27). Il en résulte que les arrêts qui ont été rendus alors que la Cour assimilait les droits linguistiques à un compromis politique, ce qui inclut l’arrêt *Mahe*, doivent être examinés à la lumière de la jurisprudence subséquente de la Cour qui favorise une interprétation libérale, qui est compatible avec l’épanouissement des communautés linguistiques officielles.

[19] Restreindre la portée des droits linguistiques pour la simple raison qu’ils découlent d’un compromis politique constituerait un dangereux retour en arrière. Plusieurs droits accordés aux minorités au Canada ont été chèrement acquis au fil des ans et il revient aux tribunaux de leur donner plein effet, de façon claire et transparente.

[20] Je fais ici une pause pour souligner que, dans le présent appel, bien que mes collègues fassent droit à plusieurs des demandes de réparation des appelants, ils évitent systématiquement de fournir des précisions sur la façon dont l’art. 23 devrait être appliqué pour améliorer la protection des droits linguistiques au pays. Il ne faut pas, dans la présente affaire, se limiter à ce que des écoles soient mises à la disposition des appelants, comme s’il s’agissait d’un simple cas d’espèce, encore faut-il s’assurer que de futurs demandeurs ne seront pas contraints d’entamer d’interminables procédures judiciaires pour que leurs droits soient protégés, reconnus et mis en œuvre. Faire abstraction des problèmes soulevés par une interprétation et une application erronées de l’art. 23, notamment l’immanquable judiciarisation

slow Canada's historical progress toward the ideal being sought in s. 23: that of "giv[ing] effect to the equal partnership of the two official language groups in the context of education" (*Arsenault-Cameron*, at para. 26).

B. *Overview of Concepts Specific to Section 23: Sliding Scale and Substantive Equivalence*

[21] I feel that it will also be helpful to briefly explain two judge-made concepts that are specific to the interpretation of s. 23: the sliding scale and substantive equivalence. These two concepts were developed to compensate for the silence of s. 23 regarding the level of services and the quality of instruction it guarantees to official language minorities.

[22] Under s. 23, the application of the rights of official language minorities depends on there being a sufficient number of children. But the section is silent as to what number would justify the application of the right to instruction and to educational facilities. Section 23(3)(a) provides that the right to instruction in the language of the minority "applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient". It is complemented by s. 23(3)(b), which provides that the right to instruction includes a right to receive that instruction in minority language facilities provided by the government "where the number of those children so warrants".

[23] In *Mahe*, this Court rejected what was called the "separate rights" approach, according to which s. 23 provides for only two rights: a right to educational facilities where there are a specific number of students and a right only to instruction where the number of students is smaller. The Court held that s. 23 must instead be understood "as encompassing a 'sliding scale' of requirement" (p. 366).

[24] By virtue of this "sliding scale" concept, s. 23 provides a basis for a range of educational services. The low end of the scale corresponds to the right

et les longs délais qui caractérisent l'exercice des droits linguistiques, mine l'accès à la justice et risque de freiner la progression historique du Canada vers l'idéal visé par l'art. 23, c'est-à-dire de « faire des deux groupes linguistiques officiels des partenaires égaux dans le domaine de l'éducation » (*Arsenault-Cameron*, par. 26).

B. *Survol des concepts propres à l'art. 23 : l'échelle variable et l'équivalence réelle*

[21] J'estime également utile d'expliquer brièvement deux concepts jurisprudentiels propres à l'interprétation de l'art. 23, soit l'échelle variable et l'équivalence réelle. Ces deux concepts ont été créés pour suppléer au silence de l'art. 23 sur le niveau de services et la qualité d'instruction qu'il garantit aux minorités linguistiques officielles.

[22] Aux termes de l'art. 23, la mise en œuvre des droits des minorités linguistiques officielles est tributaire de la présence d'un nombre suffisant d'enfants. Toutefois, cet article est muet sur ce qui constitue un nombre justifiant le droit à l'instruction et à des établissements d'enseignement. De fait, l'al. (3)a énonce que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité « s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant ». Cette disposition est complétée par l'al. (3)b, lequel édicte que le droit à cette instruction comprend celui de la recevoir dans des établissements de la minorité financés par l'État « lorsque le nombre de ces enfants le justifie ».

[23] Dans l'arrêt *Mahe*, notre Cour a rejeté l'approche dite des « droits distincts », laquelle suppose que l'art. 23 vise seulement deux droits : le droit à des établissements d'enseignement s'il existe un nombre spécifique d'élèves, et uniquement le droit à l'instruction en présence d'un nombre plus petit d'élèves. Notre Cour a plutôt retenu que l'art. 23 doit être considéré « comme établissant une exigence "variable" » (p. 366).

[24] En vertu de ce concept, désormais appelé « échelle variable », l'art. 23 donne ouverture à une gamme de services éducatifs. La limite inférieure

only to instruction that is provided for in s. 23(3)(a), while the high end corresponds to the “upper level of management and control” provided for in s. 23(3)(b) (*Mahe*, at p. 370). In other words, at the low end, s. 23 rights holders are entitled to have their children receive instruction in the language of the official language minority, but the extent to which the minority exercises control over the provision of instruction rises with the number of children of rights holders. At the low end of the scale, the minority is entitled only to instruction in its language. In the middle, it might have control over one or more classrooms in a school of the majority or over one part of a school it shares with the majority. It might also have control over the hiring of teaching staff and over certain expenditures. At the high end, the minority has control over separate educational facilities, that is, over a homogeneous school. The number of children of rights holders might also entitle the minority to the management and control of a separate school board. In short, once the minimum threshold of s. 23(3)(a) is crossed, the sliding scale applies to determine the level of services that corresponds to the extent to which the minority will have control over the provision of educational services.

[25] Thus, this Court has recognized that s. 23 has an internal limit, the “numbers warrant” requirement. The courts developed the sliding scale concept in order to give substance to that internal limit. Section 23 imposes no constitutional obligation on a government where the number of students in question does not suffice to justify the creation of a minority language program of instruction (*Mahe*, at p. 367). The right to such a program of instruction corresponds to the low end of the sliding scale, a limit below which the government has no obligation under s. 23. In this way, the courts have recognized that public funds are limited and that governments cannot be required to set up educational facilities for a very small number of students. Where the number of students in question crosses the numbers warrant threshold, however, that number must then be situated on the sliding scale in order to establish the scope of the rights guaranteed to the rights holders by s. 23. This appeal affords us an opportunity to clarify the approach to be taken

de cette échelle variable correspond au seul droit à l’instruction prévu à l’al. (3)a), alors que la limite supérieure correspond au « niveau supérieur de gestion et de contrôle » que fixe l’al. (3)b) (*Mahe*, p. 370). En d’autres mots, à la limite inférieure, les bénéficiaires de l’art. 23 ont le droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité linguistique officielle. Toutefois, le niveau de contrôle qu’exerce la minorité sur la prestation de l’instruction augmente en fonction du nombre d’enfants d’ayants droit. À la limite inférieure de l’échelle, la minorité n’a droit qu’à l’instruction dans sa langue. Au milieu, elle pourrait contrôler une ou plusieurs salles de classe dans une école de la majorité ou encore une portion d’une école partagée avec la majorité. Elle pourrait également contrôler l’embauche du personnel enseignant ainsi que certaines dépenses. À la limite supérieure, la minorité contrôle un établissement d’enseignement distinct, c’est-à-dire une école homogène. Le nombre d’enfants d’ayants droit peut en outre donner droit à la gestion et au contrôle d’un conseil scolaire distinct. Bref, une fois que le seuil minimal de l’al. (3)a) a été franchi, l’échelle variable permet de déterminer le niveau de services qui correspond au degré de contrôle qu’exercera la minorité sur la prestation des services éducatifs.

[25] Ainsi, la jurisprudence de notre Cour reconnaît que l’art. 23 comporte une limite interne, c’est-à-dire le critère du « nombre justificatif ». Le concept de l’échelle variable a été développé par les tribunaux pour donner corps à cette limite interne. L’article 23 n’impose en effet aucune obligation constitutionnelle aux gouvernements lorsque le nombre d’élèves concernés est insuffisant pour justifier la création d’un programme d’instruction dans la langue de la minorité (*Mahe*, p. 367). Le droit à un tel programme d’instruction correspond à la limite inférieure de l’échelle variable, limite sous laquelle aucune obligation n’est due en vertu de l’art. 23. Les tribunaux reconnaissent par là que les fonds publics sont limités et qu’on ne peut obliger les gouvernements à mettre en place des installations éducatives pour un tout petit nombre d’élèves. Cependant, lorsque le nombre d’élèves concernés atteint le seuil justificatif requis, il faut alors situer ce nombre sur l’échelle variable afin de déterminer l’étendue des droits que

in order to situate a given number of students on the sliding scale.

[26] Section 23 is also silent regarding the quality of the instruction that must be provided to the official language minority. In *Rose-des-vents*, this Court affirmed that an official language minority is entitled to an educational experience that is substantively equivalent to that of the majority. The Court indicated that instruction is not substantively equivalent if a reasonable parent is discouraged from exercising his or her language rights because the minority language school is meaningfully inferior to that of the majority (para. 35). It follows that to assess the quality of instruction, courts must engage in a process of comparing the minority language school with majority language schools that represent realistic alternatives. However, *Rose-des-vents* concerned a situation in which the number of students enrolled at the minority language school was comparable to the numbers of students enrolled at nearby majority language schools. This appeal affords us an opportunity to determine whether the substantive equivalence test from *Rose-des-vents* applies regardless of the number of minority language students in question, or whether the assessment of equivalence must vary with the number of such students.

C. *The Appellants and Their Claim*

[27] The appellants are the Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique (“CSF”), the Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique and three parents who are rights holders under s. 23 of the *Charter*. The CSF is the sole French-language school board in British Columbia. It began to exercise its powers in 1997 following legal proceedings under s. 23. At the time of filing of the proceeding in this Court, the CSF’s territory covered the entire province, and it had 37 schools spread over 17 parts of the province.

[28] In June 2010, the appellants filed a notice of civil claim in the British Columbia Supreme

garantit l’art. 23 aux ayants droit. Le présent pourvoi est l’occasion de clarifier la méthode qui permet de situer un nombre donné d’élèves sur cette échelle variable.

[26] L’article 23 est également muet sur la qualité de l’instruction qui doit être offerte à la minorité linguistique officielle. Dans l’arrêt *Rose-des-vents*, la Cour a confirmé que les minorités linguistiques officielles sont en droit d’obtenir une expérience éducative réellement équivalente à celle de la majorité. Elle a indiqué qu’une instruction n’est pas réellement équivalente lorsqu’un parent raisonnable est découragé d’exercer ses droits linguistiques parce que l’école de la minorité est véritablement inférieure à celle de la majorité (par. 35). Il s’ensuit que, pour mesurer la qualité de l’instruction, les tribunaux doivent se livrer à un processus de comparaison entre l’école de la minorité et les écoles de la majorité qui constituent une solution de rechange réaliste. L’arrêt *Rose-des-vents* portait cependant sur une situation où le nombre d’élèves inscrits à l’école de la minorité était comparable au nombre d’élèves inscrits dans les écoles avoisinantes de la majorité. Le présent pourvoi permet de déterminer si le critère d’équivalence réelle décrit dans l’arrêt *Rose-des-vents* s’applique sans égard au nombre d’élèves de la minorité en question ou si l’appréciation de l’équivalence doit varier en fonction du nombre d’élèves de cette minorité.

C. *Les appelants et leur demande*

[27] Les appelants sont le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique (« CSF »), la Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique, ainsi que trois parents titulaires de droits au sens de l’art. 23 de la *Charte*. Le CSF est le seul conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique. Il a commencé à exercer ses pouvoirs en 1997 à la suite de recours judiciaires fondés sur l’art. 23. À la date du dépôt des procédures devant notre Cour, le territoire du CSF couvrait l’ensemble de la province et regroupait 37 écoles réparties dans 17 régions.

[28] En juin 2010, les appelants ont déposé une demande introductive d’instance à l’encontre de

Court against Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia and the Minister of Education of British Columbia (collectively, the “Province”), submitting that several aspects of the funding of the education system penalized the official language minority and infringed its s. 23 rights. The alleged infringements were numerous, and can be divided into two categories. The first, which involved systemic claims, concerned, among other things, the fact that the CSF had not received an annual grant for building maintenance, the formula used to set priorities for capital projects, a lack of funding for school transportation and a lack of space for cultural activities. The second category involved claims by the appellants for the purpose of obtaining new schools or improvements to existing schools in 17 communities.

[29] At trial, the appellants were partially successful. They appealed to the British Columbia Court of Appeal. Their appeal was dismissed, while the cross appeal the Province had subsequently filed was allowed.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court, 2016 BCSC 1764*

[30] In a comprehensive judgment — the product of an effort of colossal proportions and, I should add, of high quality — Russell J. allowed in part the action of the CSF and the other appellants. To make it easier to understand the trial judge’s reasons, they can be divided into four parts: (1) the approach to be taken in order to situate a given number of students on the sliding scale, (2) the test to be applied in order to assess the quality of the educational experience provided to official language minorities, (3) the factors to be considered in the s. 1 analysis, and (4) the right to be awarded damages. This summary of the judicial history will be limited to those aspects of the decisions of the courts below that are at issue in the appeal to this Court.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et du ministre de l’Éducation de la Colombie-Britannique (collectivement, la « Province ») auprès de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, soutenant que plusieurs aspects du financement du système d’éducation pénalisent la minorité linguistique officielle et violent les droits qui lui sont reconnus par l’art. 23. Les violations reprochées sont nombreuses et peuvent être divisées en deux catégories. La première catégorie regroupe les demandes de nature systémique. Ces demandes concernent notamment le nonaccès à une subvention annuelle pour l’entretien des édifices, la formule utilisée pour prioriser les projets d’immobilisation, le manque de financement du transport scolaire et le manque d’accès à des espaces pour des activités culturelles. La deuxième catégorie se compose de demandes présentées par les appelants en vue d’obtenir de nouvelles écoles ou des améliorations à des écoles existantes dans 17 communautés.

[29] Les appelants ont eu partiellement gain de cause en première instance. Ils ont fait appel devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. Leur appel a été rejeté tandis que l’appel incident déposé entre-temps par la Province a été accueilli.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (2016 BCSC 1764)*

[30] Dans un jugement très étoffé — qui est le fruit d’un travail colossal dont la qualité doit être soulignée —, la juge Russell accueille en partie la demande du CSF et de ses co-appelants. Pour faciliter la compréhension des motifs de la juge de première instance, ceux-ci peuvent être divisés en quatre sections : (1) la démarche pour situer un nombre d’élèves donné sur l’échelle variable; (2) le critère pour évaluer la qualité de l’expérience éducative offerte aux minorités linguistiques officielles; (3) les facteurs pertinents pour l’analyse fondée sur l’article premier; (4) le droit à l’octroi de dommages-intérêts. Ce résumé de l’historique judiciaire ne traite que de ces aspects des jugements des juridictions inférieures portés en appel devant notre Cour.

[31] First, the trial judge set out an approach to be taken in order to situate the number of students in a given community on the sliding scale. She noted that two factors must guide the sliding scale analysis required by *Mahe*: the appropriate services in pedagogical terms and the cost of the contemplated services.

[32] In the trial judge's view, the analysis required by *Mahe* is a practical one, which justifies taking a comparative approach. She was of the opinion that both the balancing of pedagogical and cost considerations and the application of the broader principles from that case support this conclusion. She inferred from this that "[t]o determine what is practical for governments to provide in terms of pedagogy and cost, it makes sense to look to what government would provide for a similar number of majority students in the same community" (para. 791 (CanLII)). On the basis of this comparison with nearby schools, the trial judge identified the different thresholds of the sliding scale. She concluded that the high end of the scale is reached if the number of minority language students is comparable to the numbers in nearby majority language schools and that the number of students falls in the middle of the sliding scale if it is high enough to form a class but not high enough to warrant a school of comparable size to those of the majority. As for the low end of the scale, she held that a comparative analysis is not necessary and that there is a right to instruction if the CSF determines that it is warranted by the number of students.

[33] The trial judge also noted that the rights held by Canadian citizens under s. 23 vary over time with the number of students. It is possible for the number of students in question to fall at the low end of the sliding scale when a new program begins, but for the program to grow such that its enrolment becomes comparable to that of the majority language schools. If that were to happen, homogeneous facilities could be warranted.

[31] Premièrement, la juge de première instance élabore une démarche permettant de situer le nombre d'élèves d'une communauté donnée sur l'échelle variable. Elle souligne que deux facteurs doivent guider l'analyse basée sur l'échelle variable prescrite par l'arrêt *Mahe* : les services qui sont appropriés du point de vue pédagogique et le coût des services envisagés.

[32] Selon la juge, l'analyse prescrite par l'arrêt *Mahe* présente un caractère pratique, ce qui justifie le recours à une approche comparative. À son avis, tant la mise en balance des considérations pédagogiques et financières que l'application des enseignements plus larges de cet arrêt appuient cette conclusion. La juge déduit donc que [TRADUCTION] « [p]our déterminer ce qui est réaliste pour les gouvernements de fournir du point de vue de la pédagogie et des coûts, il est logique de considérer ce qu'ils fourniraient à un nombre similaire d'élèves de la majorité dans la même communauté » (par. 791 (CanLII)). À partir de cette comparaison avec les écoles avoisinantes, la juge détermine les différents seuils de l'échelle variable. Elle conclut que la limite supérieure de l'échelle est atteinte lorsque le nombre d'élèves de la minorité est comparable à celui des écoles avoisinantes de la majorité. Elle conclut également que le nombre d'élèves se situe au milieu de l'échelle variable lorsqu'il est suffisamment élevé pour former une classe, mais insuffisant pour justifier une école de taille comparable à celles de la majorité. En ce qui concerne le niveau inférieur de l'échelle, elle juge qu'une analyse comparative n'est pas nécessaire et que le droit à l'instruction existe dès que le CSF estime que le nombre d'élèves le justifie.

[33] La juge souligne aussi que les droits reconnus aux citoyens canadiens par l'art. 23 varient dans le temps en fonction du nombre d'élèves. En effet, il est possible que le nombre d'élèves concernés se situe à la limite inférieure de l'échelle variable lorsqu'un nouveau programme voit le jour. Si le programme prend de l'expansion, ses effectifs pourraient devenir comparables à ceux des écoles de la majorité, auquel cas cela pourrait justifier la mise en place d'installations homogènes.

[34] The trial judge then applied her analytical framework and drew conclusions with respect to each of the communities in which the appellants alleged that their rights had been infringed in relation to existing schools or school construction projects. She issued declarations concerning the right to educational facilities in several communities. It is unnecessary here to list all the school projects the trial judge approved, because the CSF and the other appellants are not appealing those decisions. However, the CSF and the other appellants are appealing decisions with respect to nine proposals to create schools or to improve existing schools that she denied on the basis that they were not warranted by the number of students. These proposals were for Abbotsford, Burnaby, Chilliwack, Pemberton, Northeast Vancouver, East Victoria, West Victoria, North Victoria and Whistler.

[35] The declarations that recognized the appellants' right to new schools or to the expansion of existing schools did not require the Province to immediately fund the capital projects the appellants were claiming. The trial judge stressed that the cost of these projects was estimated at over \$300 million and concluded that requiring the CSF to prioritize its capital projects — including those that were needed in order to remedy infringements of s. 23 — did not violate the CSF's right of management and control. Rather, this requirement was a way both to recognize the official language minority's right of management and control and to take into account the impossibility of carrying out all the capital projects simultaneously.

[36] Second, the trial judge outlined the test that is to be applied in determining the quality of the educational experience that must be provided to official language minorities. She drew a distinction between minority language schools that are of comparable size to the majority language schools and those that are smaller than them, and concluded that, where the numbers are comparable, rights holders must

[34] La juge applique ensuite le cadre analytique qu'elle a établi et tire des conclusions pour chacune des communautés où les appelants reprochent des violations de leurs droits relativement à des écoles existantes ou à des écoles dont on projette la construction. Elle prononce des jugements déclaratoires portant sur le droit à des installations éducatives dans plusieurs communautés. Il est inutile d'énumérer ici tous les projets d'écoles qui ont été approuvés par la juge de première instance, car le CSF et ses co-appelants ne font pas appel de ces conclusions. Le CSF et ses co-appelants portent toutefois en appel des conclusions sur neuf projets de création d'écoles ou d'amélioration d'écoles existantes qui ont été refusés par la juge de première instance parce que le nombre d'élèves ne justifie pas leur réalisation. Ces projets sont situés à Abbotsford, Burnaby, Chilliwack, Pemberton, Vancouver Nord-Est, Victoria Est, Victoria Ouest, Victoria Nord et Whistler.

[35] Les jugements déclaratoires qui reconnaissent aux appelants le droit à de nouvelles écoles ou à l'agrandissement d'écoles existantes n'obligent pas la Province à financer immédiatement les projets d'immobilisation réclamés par les appelants. La juge souligne que le coût de ces projets est estimé à plus de 300 millions de dollars et conclut que le fait d'exiger du CSF qu'il priorise ses projets immobiliers — y compris ceux qui sont nécessaires pour remédier à une violation de l'art. 23 — ne porte pas atteinte au droit de contrôle et de gestion dont dispose cet organisme. L'exigence requérant la priorisation des projets constitue plutôt une mesure qui à la fois respecte le droit de contrôle et de gestion dont jouit la minorité linguistique officielle et tient compte de l'impossibilité de réaliser tous les projets immobiliers simultanément.

[36] Deuxièmement, la juge précise le critère pour déterminer la qualité de l'expérience éducative qui doit être offerte aux minorités linguistiques officielles. Elle fait une distinction entre les écoles de la minorité qui sont d'une taille comparable à celles de la majorité et celles qui sont de taille plus petite. Elle conclut que, lorsque les nombres sont comparables, les ayants droit doivent bénéficier d'installations

have facilities that are separate from and equivalent in quality to those of the majority. From a practical standpoint, however, it cannot be expected that where the number of students of a minority language school is not comparable to the numbers at the majority language schools, the former school will provide educational services that are equivalent to those of the latter. The trial judge concluded that in such circumstances, “the minority is not entitled to fully equivalent programmes, amenities and services” (trial reasons, at para. 860), and the appropriate approach is instead one based on proportionality. The relevant facilities and programs must be proportionate to those of nearby majority language schools. Where the number of students of the minority language school is not comparable to those of the majority language schools, the court must ask “whether a reasonable rightsholder would find a minority school to be meaningfully disproportionate to the facilities offered to the majority, based on a local comparison of the global educational experience” (para. 853).

[37] The trial judge concluded with respect to several communities that the rights holders are entitled to facilities that provide an educational experience that is substantively equivalent to the experience of the majority. The CSF and the other appellants did not appeal these decisions. However, the trial judge found that the numbers of children of rights holders in Abbotsford, Burnaby, Chilliwack, Kelowna, Nanaimo, Nelson, Penticton, Sechelt, Squamish, Northeast Vancouver, East Victoria, West Victoria, North Victoria and Whistler warranted not a substantively equivalent educational experience, but one that is proportionately equivalent to the educational experience provided to the majority.

[38] The trial judge considered the quality of the educational experience in several communities in which the appellants maintained that they were not receiving the experience to which they are entitled. The appellants are appealing her decisions with respect to three of them: the communities of Nelson, Chilliwack and Mission. She found that in Nelson, the minority’s educational experience was comparable to the experience provided to the majority. Regarding Chilliwack, she concluded that the

distinctes et de qualité équivalente à celles de la majorité. Toutefois, d’un point de vue pratique, on ne peut s’attendre à ce que les écoles de la minorité dont le nombre d’élèves n’est pas comparable à celui de la majorité offrent des services éducatifs équivalents à ceux des écoles de la majorité. Elle estime que, dans de telles circonstances, [TRADUCTION] « la minorité n’a pas droit à des programmes, aménagements et services pleinement équivalents » (motifs de première instance, par. 860) et qu’il faut plutôt privilégier une approche proportionnelle. Les installations et les programmes pertinents doivent être proportionnels aux installations et programmes des écoles avoisinantes de la majorité. Dans les cas où le nombre d’élèves des écoles de la minorité n’est pas comparable à celui des écoles de la majorité, il faut se demander « si, de l’avis d’un ayant droit raisonnable, il y a disproportion significative entre l’école de la minorité et les installations offertes à la majorité, sur la base d’une comparaison à l’échelle locale de l’expérience éducative globale » (par. 853).

[37] La juge conclut que, dans plusieurs communautés, les ayants droit doivent bénéficier d’installations offrant une expérience éducative réellement équivalente à celle de la majorité. Le CSF et ses co-appellants ne font pas appel de ces conclusions. Toutefois, la juge arrive à la conclusion que le nombre d’enfants des ayants droit à Abbotsford, Burnaby, Chilliwack, Kelowna, Nanaimo, Nelson, Penticton, Sechelt, Squamish, Vancouver Nord-Est, Victoria Est, Victoria Ouest, Victoria Nord et Whistler ne justifie pas l’accès à une expérience éducative réellement équivalente, mais plutôt à une expérience éducative proportionnellement équivalente à celle offerte à la majorité.

[38] La juge se penche sur la qualité de l’expérience éducative dans plusieurs communautés où les appelants affirment ne pas bénéficier de l’expérience à laquelle ils ont droit. Les appelants portent en appel ses conclusions concernant trois d’entre elles. Il s’agit des communautés de Nelson, Chilliwack et Mission. À Nelson, la juge conclut que l’expérience éducative dont profite la minorité est comparable à celle offerte à la majorité. Pour ce qui est de Chilliwack, la juge conclut que l’expérience éducative qui y est

educational experience provided there was superior to the experience to which the community was entitled. As for Mission, she said she was persuaded that the physical education classes provided there were inferior to those provided to the students of majority language schools. The trial judge assumed, without so deciding, that these inferior physical education classes sufficed to establish an infringement of language rights. She concluded that this infringement was caused by one aspect of the Province's funding system, the "Facility Condition Driver" that is used to set priorities for capital projects. The Facility Condition Driver takes only the condition of buildings into account and is not concerned with the ability of schools to perform their pedagogical function.

[39] Third, the trial judge discussed the principles of interpretation that must inform the analysis of infringements of s. 23 under s. 1, and the application of those principles in this case. The court must begin by considering the context, which includes the Province's economic and budgetary objectives. For this reason, the trial judge rejected the appellants' contention that the analysis should instead be limited to the need to protect and promote British Columbia's French-speaking minority.

[40] The trial judge then considered the deference that must be shown to the Province and concluded that a medium level of deference was appropriate in this case. She declined to conclude that the analysis of infringements of s. 23 requires the application of a stringent standard as is the case with infringements of ss. 7 and 15 of the *Charter*, because s. 23 does not engage the same fundamental considerations.

[41] The trial judge also discussed the impact of the cost issue in the justification of an infringement under s. 1. She concluded that cost can, when linked to other non-financial considerations, constitute a valid objective for the purposes of that section. In the context of this case, she identified the "fair and rational allocation of limited public funds" (trial reasons, at para. 1065) as a pressing and substantial objective.

offerte est supérieure à celle à laquelle la communauté a droit. Dans le cas de Mission, la juge se dit persuadée que les cours d'éducation physique qui y sont offerts sont inférieurs à ceux offerts aux élèves des écoles de la majorité. La juge tient pour acquis, sans toutefois trancher la question, que ces cours d'éducation physique inférieurs suffisent pour établir l'existence d'une violation des droits linguistiques. Elle conclut que cette violation résulte d'un aspect du mécanisme de financement mis en place par la Province, soit le « *Facility Condition Driver* » (que j'appellerai « l'indice d'état des installations ») qui est utilisé pour prioriser les projets d'immobilisation. Cet indice ne considère que l'état des immeubles et non la capacité des écoles d'assurer leur fonction pédagogique.

[39] Troisièmement, la juge de première instance rappelle les principes d'interprétation qui doivent guider l'analyse des violations de l'art. 23 au regard de l'article premier, ainsi que leur application en l'espèce. D'abord, le tribunal doit tenir compte du contexte, ce qui inclut les objectifs économiques et budgétaires de la Province. Pour cette raison, la prétention des appelants selon laquelle l'analyse du contexte doit plutôt se limiter à la nécessité de protéger et de promouvoir la minorité franco-colombienne est rejetée.

[40] Ensuite, la juge se penche sur le degré de déférence dont doit jouir la Province et conclut que la présente affaire justifie d'accorder un degré de déférence moyen. Elle refuse de conclure que les violations de l'art. 23 doivent être analysées selon une norme sévère, comme c'est le cas pour les violations des arts. 7 et 15 de la *Charte*, car l'art. 23 ne met pas en jeu les mêmes considérations fondamentales.

[41] La juge se prononce aussi sur l'incidence de la question des coûts dans la justification d'une violation en vertu de l'article premier. Elle conclut que, lorsque liés à d'autres considérations qui ne sont pas de nature financière, les coûts peuvent constituer un objectif valable pour l'application de l'article premier. En l'espèce, la juge accepte que [TRADUCTION] « l'affectation juste et rationnelle de fonds publics limités » (motifs de première instance, par. 1065) constitue un objectif urgent et réel.

[42] As well, the trial judge discussed the proportionality analysis from *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Regarding the question whether the effects of the measure that constituted a limit on the right were proportional to the objective that was found to be important, she stated that the analysis must take both local and systemic effects into account. In her view, an analysis confined to salutary effects at the local level could disguise the fact that, although the CSF's facilities might be substandard in one community, the system it operates is equal to or better than the systems operated by other school boards.

[43] At the local level, the salutary effects include what the funding system provides the rights holders of a given community. At the systemic level, they include what that system provides rights holders across the province. As for what are considered to be deleterious effects, they include, at the local level, the fact that rights holders' children are not receiving the educational experience to which they are entitled and, at the systemic level, the likelihood of assimilation. However, the trial judge found that the existence of minority language schools will not have a significant impact on the high rate of linguistic assimilation of the minority in British Columbia and that the greater likelihood of assimilation is therefore not a particularly strong deleterious effect.

[44] On the basis of this analytical framework, the trial judge concluded that several infringements of the appellants' language rights were justified under s. 1. Thus, the absence of core facilities in Pemberton, the projected overcrowding at École Victor-Brodeur in Victoria and its two annexes, the substandard gymnasium in Mission caused by British Columbia's Facility Condition Driver, and the fact that the CSF had been denied the building maintenance envelope for rural areas ("Annual Facilities Grant Rural Factor") were infringements that she found to be justified in a free and democratic society.

[42] La juge se prononce également sur l'analyse de la proportionnalité prescrite dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Elle précise que, pour statuer sur la proportionnalité entre les effets de la mesure restreignant le droit et l'objectif désigné comme important, il faut prendre en compte dans l'analyse à la fois les effets à l'échelle locale et les effets à l'échelle systémique. Selon la juge, une analyse qui se borne aux effets bénéfiques sur le plan local risque d'occulter le fait que, malgré l'existence d'installations de qualité inférieure à la moyenne dans une communauté particulière, le CSF gère un système de qualité égale, voire supérieure à celui des autres conseils scolaires.

[43] Les effets bénéfiques sur le plan local comprennent ce que le système de financement fournit aux ayants droit d'une communauté donnée. À l'échelle systémique, les effets bénéfiques incluent ce que celui-ci fournit aux ayants droit dans l'ensemble de la province. En revanche, sont considérés parmi les effets préjudiciables, à l'échelle locale, le fait que les enfants des titulaires de droit ne reçoivent pas l'expérience éducative à laquelle ils ont droit, et, à l'échelle systémique, le risque d'assimilation. La juge estime toutefois que la présence d'écoles de la minorité linguistique n'aura pas d'effet significatif sur le fort taux d'assimilation linguistique de cette minorité en Colombie-Britannique, et que le risque d'assimilation accrue ne constitue donc pas un effet préjudiciable particulièrement important.

[44] À la lumière de ce cadre d'analyse, elle conclut que plusieurs violations des droits linguistiques des appelants sont justifiées au regard de l'article premier. Ainsi, le manque d'accès à des installations de base à Pemberton, la surpopulation étudiante projetée à l'école Victor-Brodeur à Victoria et ses deux annexes, la qualité inférieure du gymnase à Mission due à l'indice d'état des installations utilisé par la Colombie-Britannique et le fait que le CSF a été privé de l'enveloppe destinée à l'entretien des immeubles en milieu rural (« *Annual Facilities Grant Rural Factor* » que j'appellerai le « facteur rural de la subvention annuelle aux installations ») sont, selon la juge de première instance, des violations qui sont justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[45] Fourth, the trial judge ruled on damages. She concluded that awarding damages would not be appropriate for most of the appellants' claims. In her view, the principles from *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, and *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, barred an award of damages.

[46] The trial judge considered the limited government immunity established in *Mackin* to be an initial obstacle to a damages award. She concluded that a government has immunity in respect of decisions based on a law that is subsequently held to be unconstitutional, which is the case here given that several of the claims are grounded in the application of a law respecting capital funding. As well, she concluded in light of the principles from *Ward* that the possibility of issuing a declaration and the need for the government to be able to make laws without the possibility of being ordered to pay damages were factors that weighed against a monetary award.

[47] The trial judge found that the freeze on funding for school transportation at a time when the number of students of the linguistic minority was rising constituted an infringement of s. 23, and she accordingly awarded \$6 million in damages to the CSF to make up part of its deficit. In her view, this order would not have a chilling effect on the Province's policies. On the other hand, the trial judge declined to award \$1.1 million in damages to the CSF in compensation for its having been denied the Annual Facilities Grant Rural Factor, as she found that this denial was justified under s. 1.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2018 BCCA 305, 14 B.C.L.R. (6th) 52*

[48] The appellants appealed the trial judge's judgment, arguing that she had made several errors of

[45] Quatrièmement, la juge se prononce sur l'octroi de dommages-intérêts. Elle estime qu'une telle réparation n'est pas justifiée pour la plupart des demandes formulées par les appelants. Les enseignements des arrêts *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, et *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, représentent, à son avis, une fin de non-recevoir à l'octroi de dommages-intérêts.

[46] Aux yeux de la juge de première instance, l'immunité restreinte dont bénéficie l'État en vertu de l'arrêt *Mackin* est un premier obstacle à l'octroi de dommages-intérêts. Elle conclut que l'État jouit de l'immunité à l'égard de décisions découlant d'une loi subséquemment jugée inconstitutionnelle, ce qui est le cas en l'espèce, puisque le fondement de plusieurs reproches repose sur l'application d'une loi régissant le financement des projets d'immobilisation. De plus, à la lumière des enseignements de l'arrêt *Ward*, elle juge que la possibilité de rendre un jugement déclaratoire et la nécessité que l'État puisse légiférer sans être éventuellement condamné à verser des dommages-intérêts sont autant de facteurs qui militent contre l'octroi d'une réparation pécuniaire.

[47] La juge statue que le gel du financement du transport scolaire alors que le nombre d'élèves de la minorité augmentait constitue une violation de l'art. 23, et elle ordonne en conséquence le versement de six millions de dollars en dommages-intérêts au CSF pour compenser une partie du déficit qu'il a subi. Elle estime qu'une telle ordonnance n'a pas d'effet paralysant sur les politiques gouvernementales de la Province. Elle refuse toutefois d'accorder des dommages-intérêts de 1,1 million de dollars au CSF pour l'indemniser du fait qu'il a été privé du facteur rural de la subvention annuelle aux installations, considérant que cette situation était justifiée au regard de l'article premier.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2018 BCCA 305, 14 B.C.L.R. (6th) 52*

[48] Les appelants interjettent appel du jugement de la juge de première instance, plaidant qu'elle a

law in analyzing the alleged infringements of s. 23 of the *Charter*, in reviewing the justification of the infringements under s. 1, and in granting the remedies being sought. The Court of Appeal dismissed the appeal, holding that the *Charter* did not require the Province to use public funds to finance the schools being claimed. It relied for this on the need for practicality when courts interpret the duties imposed on governments by s. 23. The Court of Appeal held that the trial judge had made no errors either in determining whether s. 23 had been infringed or in her review of the infringements under s. 1.

[49] In its cross appeal, the Province submitted that the trial judge had erred in ordering it to pay *Charter* damages for failing to adequately fund transportation costs. The Court of Appeal allowed the cross appeal on the basis that the trial judge had not recognized and applied the government's immunity from being ordered to pay damages that had been established in *Mackin*. It set aside the award of damages for inadequate funding of school transportation.

IV. Issues

[50] This appeal raises the following issues:

1. What is the approach to take in order to situate a given number of students on the sliding scale?
2. Does the test used to assess the quality of instruction provided to official language minorities vary with the number of minority language students?
3. Does compelling a school board to prioritize its capital projects infringe s. 23?
4. How is an infringement of s. 23 assessed under s. 1?
5. Does the limited government immunity from damages awards apply to decisions made in

commis plusieurs erreurs de droit dans son analyse en vue d'identifier les violations alléguées de l'art. 23 de la *Charte*, dans son examen de la justification des violations au regard de l'article premier et dans l'octroi des réparations demandées. La Cour d'appel rejette l'appel et conclut que la *Charte* n'oblige pas la Province à octroyer des fonds publics pour financer les écoles qui sont réclamées. Elle s'appuie sur la nécessité de faire preuve de pragmatisme lorsque les tribunaux interprètent les obligations imposées par l'art. 23 aux gouvernements. La Cour d'appel décide que la juge de première instance n'a pas commis d'erreur dans son analyse en vue de déterminer s'il y avait eu violation de l'art. 23, ni dans son examen des violations au regard de l'article premier.

[49] Dans le cadre de l'appel incident, la Province reproche à la juge de première instance de l'avoir erronément condamnée à verser des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, au motif qu'elle n'aurait pas financé adéquatement les frais de transport. La Cour d'appel accueille l'appel incident, estimant que la juge n'a pas reconnu et appliqué l'immunité dont bénéficie l'État, en vertu de l'arrêt *Mackin*, contre les condamnations au paiement de dommages-intérêts. Elle annule l'octroi de dommages-intérêts pour le financement inadéquat du transport scolaire.

IV. Questions en litige

[50] Le pourvoi soulève les questions suivantes :

1. Quelle est la démarche permettant de situer un nombre d'élèves donné sur l'échelle variable?
2. Le critère utilisé pour évaluer la qualité de l'instruction offerte aux minorités linguistiques officielles varie-t-il selon le nombre d'élèves de la minorité?
3. Le fait d'obliger un conseil scolaire à prioriser ses projets d'immobilisation constitue-t-il une violation de l'art. 23?
4. Comment une violation de l'art. 23 s'apprécie-t-elle au regard de l'article premier?
5. Est-ce que l'immunité restreinte dont bénéficie l'État en matière de dommages-intérêts

accordance with government policies that are found to be contrary to s. 23?

s'applique aux décisions prises en vertu de politiques gouvernementales qui sont déclarées contraires à l'art. 23?

V. Analysis

A. *What Is the Approach to Take in Order to Situate a Given Number of Students on the Sliding Scale?*

[51] This appeal is an opportunity for the Court to clarify the approach to be taken in order to situate a given number of students on the sliding scale. The sliding scale, which serves to determine the level of services to which an official language minority is entitled, is used to decide whether the minority is entitled to a homogeneous school, to educational facilities shared with the majority or to another appropriate solution. It is also used to decide whether the minority is entitled to a separate school board. This Court has stated the principles the courts must apply in this exercise, but has never explained the approach that should be taken.

[52] In *Mahe*, this Court explained that situating a given number of students on the sliding scale requires that the analysis focus on “(1) the services appropriate, in pedagogical terms, for the number of students involved; and (2) the cost of the contemplated services” (p. 384). Obviously, however, given the remedial nature of s. 23, pedagogical requirements will have more weight than cost (p. 385). *Mahe* did not include an exhaustive definition of these two factors, but their scope can be established by reviewing the case law and terminology.

[53] To begin, the word “pedagogy” is defined as “the theory or principles of education; a method of teaching based on such a theory” (*Oxford English Dictionary* (online)). Similarly, the French word “pédagogie” is defined as [TRANSLATION] “the whole of the methods used to educate children and adolescents” (*Le Dictionnaire Larousse* (online)). In *Mahe*, the Court, per Dickson C.J., stressed “that a threshold number of students is required before certain

V. Analyse

A. *Quelle est la démarche permettant de situer un nombre d'élèves donné sur l'échelle variable?*

[51] Le présent pourvoi permet à la Cour de clarifier la marche à suivre pour situer un nombre d'élèves donné sur l'échelle variable. Cette échelle, qui sert à déterminer le niveau de services auquel ont droit les minorités linguistiques officielles, permet de décider si la minorité a droit à une école homogène, à des installations éducatives partagées avec la majorité ou à une autre solution appropriée. Elle permet également de décider si la minorité a droit à un conseil scolaire distinct. Notre Cour a énoncé les principes qui doivent guider les tribunaux dans cette opération, mais elle n'a jamais précisé la démarche qu'il convient d'appliquer.

[52] Dans l'arrêt *Mahe*, notre Cour explique que, pour situer un nombre d'élèves donné sur l'échelle variable, l'analyse doit se concentrer sur « (1) les services appropriés, en termes pédagogiques, compte tenu du nombre d'élèves visés; et (2) le coût des services envisagés » (p. 384). Il va de soi cependant qu'en raison du caractère réparateur de l'art. 23, les besoins pédagogiques pèsent plus lourd dans la balance que les coûts (p. 385). L'arrêt *Mahe* n'a pas défini exhaustivement ces deux facteurs, mais un examen jurisprudentiel et sémantique permet d'en cerner les contours.

[53] D'abord, la « pédagogie » est définie comme étant « l'ensemble des méthodes utilisées pour éduquer les enfants et les adolescents » (*Le Dictionnaire Larousse* (en ligne)). Le mot anglais « *pedagogy* » est défini similairement comme suit : [TRADUCTION] « théorie ou principe en matière d'éducation; méthode d'enseignement basée sur une telle théorie » (*Oxford English Dictionary* (en ligne)). Dans l'arrêt *Mahe*, s'exprimant sous la plume du juge en chef Dickson,

programmes or facilities can operate effectively” (p. 385). The Court has also referred, in a case in which it was asked to rule on the pedagogical needs factor, to a proposed school’s ability to “mee[t] all curriculum requirements” (*Arsenault-Cameron*, at para. 39).

[54] Both the definition of “pedagogy” and the concerns expressed by the Court in the past show that this factor relates to the pedagogical viability of the official language minority’s proposal. This factor is concerned with answering the following question: In light of the number of students at issue, will the level of services proposed by the minority make it possible to meet all curriculum requirements, that is, those related to the knowledge and skills the students must acquire while in school?

[55] The second factor, cost, is a particular constraint on the application of s. 23, because “it is financially impractical to accord to every group of minority language students, no matter how small, the same services which a large group of s. 23 students are accorded” (*Mahe*, at p. 385). Financial considerations comprise the cost of building a new school or launching a program, and the associated operating costs. The cost factor takes into account the fact that public funds are limited and must therefore be used wisely. Once the costs associated with the contemplated project are established, the court must ask, in accordance with the *Mahe* framework, whether they are justified in light of the number of students in question. It is well established that cost is a less important factor than the official language minority’s pedagogical needs.

[56] A number of interveners representing or supporting official language minorities have stressed the need to clarify the *Mahe* framework. It is clear that, because of the lower courts’ interpretation of *Mahe*

la Cour souligne « l’existence d’un seuil numérique minimal pour assurer le fonctionnement efficace de certains programmes et établissements » (p. 385). Par ailleurs, dans une affaire où elle était appelée à se prononcer sur le facteur des besoins pédagogiques, la Cour a déjà évoqué la capacité d’une école projetée de « répondre à toutes les exigences du programme d’études » (*Arsenault-Cameron*, par. 39).

[54] Tant la définition de « pédagogie » que les préoccupations exprimées dans la jurisprudence démontrent que ce facteur s’intéresse à la viabilité pédagogique du projet proposé par la minorité linguistique officielle. Ce facteur vise en fait à répondre à la question suivante : Compte tenu du nombre d’élèves concernés, le niveau de services proposé par la minorité permet-il de répondre à toutes les exigences du programme d’études, à savoir les différentes connaissances et compétences que doivent acquérir les élèves durant leur parcours scolaire?

[55] Le second facteur, c’est-à-dire les coûts, est une contrainte particulière à l’art. 23, puisqu’« il n’est financièrement pas possible d’accorder à chaque groupe d’élèves appartenant à la minorité linguistique, si petit soit-il, les mêmes services que ceux donnés à un groupe important d’élèves visés par l’art. 23 » (*Mahe*, p. 385). Les considérations financières s’entendent des coûts associés à la construction d’une nouvelle école ou au lancement d’un programme, ainsi qu’aux coûts d’exploitation qui s’y rattachent. Le facteur des coûts prend en compte le fait que les fonds publics sont limités et qu’ils doivent en conséquence être utilisés judicieusement. Une fois déterminés les coûts associés au projet envisagé, le tribunal doit alors se demander, conformément au cadre développé dans l’arrêt *Mahe*, si ces coûts sont justifiés au regard du nombre d’élèves concernés. Il est bien établi que les coûts sont un facteur moins important que les besoins pédagogiques de la minorité linguistique officielle.

[56] Plusieurs intervenants représentant les minorités linguistiques officielles ou les appuyant ont souligné le besoin de clarifier le cadre élaboré dans l’arrêt *Mahe*. En effet, force est de constater qu’en raison de

and the interminable judicial proceedings that must be initiated in order to assert language rights, the exercise of those rights is too often delayed, if not diminished. The case at bar is a clear example of this. More than ten years has elapsed between the date of filing of the proceedings and this Court's judgment. As the intervener Canadian Association for Progress in Justice points out, "[t]en years of litigation to determine entitlement is simply not viable" (I.F., at para. 2). Nearly two generations of elementary school students have thus been denied their language rights, and this has contributed to the erosion of British Columbia's French-speaking community. As well, the Fédération nationale des conseils scolaires francophones explains why it is necessary to relax the burden a plaintiff must discharge in order to show that a homogeneous school is appropriate. This case clearly illustrates why the assertion that *Mahe* already provides sufficient guidance for the application of the s. 23 framework cannot be accepted. In my view, it must be explained how the courts are to apply the broad principles from *Mahe* in order to situate the number of students in question in a given case on the sliding scale. I find that the time has therefore come to set out a straightforward and predictable approach that might even enable rights holders to avoid, to the extent possible, resorting to litigation.

[57] To take the pedagogical and cost considerations discussed in *Mahe* into account, I propose that the following approach be taken in order to situate a given number of students on the sliding scale. This approach is designed to recognize the remedial nature of s. 23 "so as to give effect to the equal partnership of Canada's two official language groups in the context of education" (*Rose-des-vents*, at para. 27 (emphasis added), citing *Arsenault-Cameron*, at para. 26, *Mahe*, at p. 364). It is based on the premise that a homogeneous school, that is, a separate facility under the control of the official language minority,

l'interprétation que donnent les cours inférieures de l'arrêt *Mahe* et des interminables recours judiciaires qui doivent être exercés pour faire valoir des droits linguistiques, l'exercice de ces droits s'en trouve par trop souvent retardé, sinon diminué. La présente instance en est un exemple patent. Plus de dix années se sont écoulées entre le dépôt des procédures judiciaires et le jugement de notre Cour. Comme l'a signalé l'intervenante Canadian Association for Progress in Justice, [TRADUCTION] « [d]ix années de litige pour statuer sur l'existence de droits n'est tout simplement pas une façon de faire soutenable » (m.i., par. 2). Près de deux générations d'élèves du niveau primaire ont ainsi été privées de leurs droits linguistiques, situation qui a contribué à l'érosion de la communauté linguistique franco-colombienne. En outre, la Fédération nationale des conseils scolaires francophones a pour sa part expliqué pourquoi il est nécessaire d'alléger le fardeau dont une partie demanderesse doit s'acquitter pour démontrer la pertinence d'une école homogène. La présente affaire illustre bien pourquoi la prétention selon laquelle l'arrêt *Mahe* fournit déjà des lignes directrices suffisantes pour l'application du cadre de l'art. 23 ne peut être retenue. Je suis d'avis qu'il importe de préciser comment les tribunaux doivent appliquer les grands principes de l'arrêt *Mahe* pour situer sur l'échelle variable le nombre d'élèves concernés dans une affaire donnée. En conséquence, j'estime que le temps est venu d'énoncer une démarche simple et prévisible, qui pourrait même permettre d'éviter, dans la mesure du possible, le recours aux tribunaux.

[57] Afin de tenir compte des considérations pédagogiques et des considérations financières énoncées dans l'arrêt *Mahe*, voici la démarche que je propose pour situer un nombre d'élèves donné sur l'échelle variable. Cette démarche vise à reconnaître le caractère réparateur de l'art. 23 « de manière à faire des partenaires égaux dans le domaine de l'éducation » (*Rose-des-vents*, par. 27 (je souligne), se référant à *Arsenault-Cameron*, par. 26, *Mahe*, p. 364). Elle s'appuie sur la prémisse selon laquelle une école homogène, c'est-à-dire un établissement distinct et

is warranted where such a school is available to a comparable number of majority language students.

(1) First Step: Establishing the Number of Students in Question

[58] The first step in situating the number of students in question on the sliding scale is to determine how many students will eventually avail themselves of the contemplated service. This is the starting point for the “numbers warrant” analysis. The burden of proof regarding the number of students who will eventually avail themselves of the service is on the claimants from the official language minority. To discharge it, the claimants must adduce evidence that would enable the court to rule on this issue. That evidence might include expert testimony, various statistical tools such as the census, and statistical models that take into account the demographics of the community in question, its geographical location and any other factor that might have an impact on the number of students.

[59] Long-term projections are necessary. As this Court noted in *Mahe*, “the relevant figure for s. 23 purposes is the number of persons who will eventually take advantage of the contemplated programme or facility” (p. 384). An approach based on a short-term projection of enrolment rather than on the number of students who will eventually avail themselves of the service would be contrary to s. 23 and to this Court’s case law. The effect of such an approach, which might be said to be “temporal” in nature, would be to place on the minority the burden of asking the government for enhancements to the services provided to it each time the number of students reached a new level on the sliding scale and, if necessary, going to court to assert its rights in this regard. That would not be a desirable result. An approach focused on enrolment over the long term might limit the frequency with which such steps need to be taken.

contrôlé par la minorité linguistique officielle, est justifiée lorsqu’un nombre comparable d’élèves de la majorité dispose d’une telle école.

(1) La première étape : établir le nombre d’élèves concernés

[58] Pour situer le nombre d’élèves concernés sur l’échelle variable, la première étape consiste à déterminer le nombre d’élèves qui se prévaudront en définitive du service envisagé. Elle marque le point de départ de l’analyse du « nombre justificatif ». Le fardeau de la preuve relativement au nombre d’élèves qui se prévaudront en définitive du service incombe aux demandeurs de la minorité linguistique officielle. Pour s’acquitter de ce fardeau, ceux-ci doivent présenter au tribunal une preuve propre à lui permettre de statuer sur ce point. Cette preuve peut notamment s’appuyer sur des témoignages d’experts, sur différents outils statistiques tel le recensement et sur des modèles statistiques qui tiennent compte de la démographie de la communauté en question, de sa situation géographique et de tout autre facteur susceptible d’influer sur le nombre d’élèves concernés.

[59] Il faut s’appuyer sur des projections à long terme. Comme l’a souligné notre Cour dans l’arrêt *Mahe*, « le chiffre pertinent aux fins de l’art. 23 est le nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme ou de l’établissement envisagés » (p. 384). Une approche qui tient compte de projections à court terme plutôt que du nombre d’élèves qui se prévaudront en définitive du service va à l’encontre de l’art. 23 et de la jurisprudence de notre Cour. Une telle approche, qu’on pourrait qualifier de « temporelle », a pour effet d’imposer à la minorité le fardeau de réclamer au gouvernement une amélioration des services qui lui sont offerts chaque fois que le nombre d’élèves franchit un nouvel échelon de l’échelle variable et, si nécessaire, de s’adresser aux tribunaux afin de revendiquer ses droits à cet égard. Un tel résultat n’est pas souhaitable. Une approche qui tient compte des effectifs à long terme permet de réduire la fréquence de telles démarches.

[60] The number of students who will eventually avail themselves of the service lies between the known demand and the total number of children of s. 23 rights holders (*Mahe*, at p. 384). In my view, it is not necessary in this case to fix a precise number of years as the length of a long-term projection. On the one hand, such projections must take into account the fact that plans for school construction or expansion projects are prepared on a long-term basis. On the other hand, the projections must not relate to a future so remote that they do not allow a reliable number to be obtained.

(2) Second Step: Taking a Comparative Approach in Order to Determine Whether the School Contemplated by the Minority Is Appropriate from the Standpoint of Pedagogy and Cost

[61] At the second step, the court must determine whether the school or program proposed by the minority is appropriate from the standpoint of pedagogy and cost for the number of students in question. I favour a simple approach, that is, a comparative approach, which also has the advantage of limiting the need to resort to litigation.

[62] This Court has in fact often used comparisons in the context of cases under s. 23. In *Mahe*, for example, it compared the number of minority language students in Edmonton with the numbers of students of Alberta's school boards in order to determine whether the minority was entitled to a separate school board. In *Arsenault-Cameron*, the Court analyzed the pedagogical viability of a proposed school by comparing the number of minority language students with the numbers of students at several small majority language schools. And in *Rose-des-vents*, it considered the quality of the educational experience by comparing the minority language school's facilities with those of majority language schools.

[63] It is best to take a comparative approach in applying the sliding scale, because it is hard to associate a given number of students with academic standards. It will often be experience and practice that determine whether a given number of students

[60] Le nombre d'élèves qui se prévaudront en définitive du service se situe entre la demande connue et le nombre total d'enfants d'ayants droit visés à l'art. 23 (*Mahe*, p. 384). Je considère qu'il n'est pas nécessaire en l'instance de fixer avec précision le nombre d'années qui constitue une projection à long terme. D'une part, ces projections doivent prendre en compte le fait que les projets de construction ou d'agrandissements d'écoles se planifient sur le long terme. D'autre part, elles ne doivent pas porter sur un futur si éloigné qu'elles ne sauraient permettre d'obtenir un nombre fiable.

(2) La deuxième étape : recourir à une méthode comparative pour déterminer si l'école envisagée par la minorité est appropriée au regard de la pédagogie et des coûts

[61] À la deuxième étape, le tribunal doit déterminer si l'école ou le programme proposé par la minorité est approprié sur le plan de la pédagogie et des coûts pour le nombre d'élèves concernés. Je privilégie une méthode simple, soit une méthode comparative, qui présente également l'avantage de réduire la nécessité de recourir aux tribunaux.

[62] Notre Cour a d'ailleurs souvent utilisé des méthodes comparatives dans le contexte d'affaires portant sur l'art. 23. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Mahe*, elle a comparé le nombre d'élèves de la minorité à Edmonton au nombre d'élèves des conseils scolaires de l'Alberta pour déterminer si la minorité avait droit à un conseil scolaire distinct. Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, la Cour a analysé la viabilité pédagogique d'un projet d'école en comparant le nombre d'élèves de la minorité au nombre d'élèves de plusieurs petites écoles de la majorité. Elle a également examiné la qualité de l'expérience éducative en comparant les installations scolaires de la minorité à celles de la majorité dans l'arrêt *Rose-des-vents*.

[63] Il convient de recourir à une méthode comparative dans le contexte de l'application de l'échelle variable, car il est difficile d'associer un nombre donné d'élèves à des normes pédagogiques. C'est souvent l'expérience et la pratique qui déterminent

will suffice for a school to function efficiently in light of the province's curriculum. In this sense, the existence of majority language schools of a similar size represents the best indicator, and in particular the easiest criterion to apply, in order to determine whether a given number of students is sufficient for the achievement of the curriculum's objectives. It would in fact be hard, for the purpose of showing that a school can satisfy academic standards, to find an argument that is more convincing than the fact that majority language schools of a similar size exist or are maintained.

[64] The particular characteristics of a minority language community are not helpful for the purpose of determining whether a proposed school is pedagogically viable. For example, the difference between communities with a strong historical presence and more recently established communities is not relevant, as they all have the same pedagogical needs. A school's pedagogical viability, that is, its capacity to achieve the objectives of the curriculum, does not vary with a community's historical nature. Nor does the fact that a community has existed for a long time have any impact on the cost of a proposed school. Moreover, a distinction that implied that long-established official language communities are more legitimate than communities that have been established more recently would be inconsistent not only with the letter but also with the spirit of the *Charter*. Section 23 guarantees rights to "citizens of Canada" from official language minority communities to which the *Charter* applies and requires equal treatment for all.

[65] In my view, situating a number of students on the sliding scale requires a province-wide comparative analysis. In Canada, laws relating to education are made at the provincial level as a result of s. 93

si un nombre donné d'élèves est suffisant pour permettre à une école de fonctionner efficacement au regard du programme d'études de la province. En ce sens, l'existence d'écoles de la majorité présentant une taille similaire constitue le meilleur indicateur, et surtout le critère le plus simple à utiliser, pour déterminer si un nombre donné d'élèves permet d'atteindre les objectifs du programme d'études. En effet, pour démontrer qu'une école peut répondre aux normes pédagogiques, il est difficile de trouver un argument plus convaincant que l'existence ou le maintien d'écoles de la majorité de taille similaire.

[64] Les caractéristiques particulières d'une communauté de langue minoritaire ne sont pas utiles pour évaluer la viabilité pédagogique d'un projet d'école. À titre d'exemple, il n'est pas pertinent d'établir une distinction entre les communautés qui ont une forte présence historique et les communautés plus récemment établies, car toutes ont les mêmes besoins pédagogiques. La viabilité pédagogique d'un projet d'école, c'est-à-dire la capacité de cette école à atteindre les objectifs fixés par le programme d'études, ne varie pas en fonction du caractère historique d'une communauté. Le fait qu'une communauté soit une communauté de longue date n'a pas lui non plus d'incidence sur les coûts d'un projet scolaire. De plus, une distinction qui tendrait à suggérer que les communautés linguistiques officielles établies depuis longtemps sont plus légitimes que celles établies récemment irait à l'encontre non seulement de la lettre mais également de l'esprit de la *Charte*. L'article 23 garantit des droits aux « citoyens canadiens » des minorités linguistiques officielles au sens de la *Charte* et appelle un traitement égal pour tous.

[65] Afin de situer le nombre d'élèves sur l'échelle variable, je suis d'avis que l'analyse comparative doit se réaliser sur une base provinciale. Au Canada, les lois en matière d'éducation sont déterminées sur

of the *Constitution Act, 1867*.¹ Section 23(3)(a) reflects this fact, as it provides that the constitutional right it creates “applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction”. This is a first indication that a province-wide comparison is required.

[66] In this Court, the Province maintained that a province-wide comparison would not be appropriate, because small rural schools are not valid comparators. It argued that such rural schools exist because of the geographical isolation of the students in question. I find that this does not justify systematically removing rural schools from the equation. The cultural isolation of the minority groups to which s. 23 applies is a circumstance that, although different in some respects, resembles, from a sociolinguistic standpoint, the geographical remoteness of certain majority language communities. I acknowledge that

une base provinciale en vertu de l’art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L’alinéa 23(3)a reconnaît ce fait en affirmant que le droit constitutionnel qu’il crée « s’exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l’instruction dans la langue de la minorité ». Il s’agit d’un premier indice en faveur d’une base de comparaison provinciale.

[66] Devant notre Cour, la Province a soutenu qu’une comparaison à l’échelle de la province n’est pas appropriée, car les petites écoles rurales ne constituent pas des éléments de comparaison valables. Selon la Province, ces écoles rurales existent en raison de l’isolement géographique des élèves concernés. À mon avis, ce constat ne permet pas de retirer systématiquement les écoles rurales de l’équation. L’isolement culturel des minorités visées par l’art. 23 est une situation qui, quoique différente à certains égards, est similaire sur le plan sociolinguistique à l’éloignement géographique de

¹ The Court explained the scope of s. 93 in *Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Yukon (Attorney General)*, 2015 SCC 25, [2015] 2 S.C.R. 282, at para. 68, footnote 2:

Section 93 applies directly to Ontario, Nova Scotia, New Brunswick, British Columbia and Prince Edward Island. Section 93 also applies to Quebec, but not ss. 93(1) to 93(4): *Constitution Amendment, 1997 (Quebec)*, SI/97-141, s. 1; s. 93A of the *Constitution Act, 1867*. Modified versions of s. 93 apply in the other provinces and the territories: *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3, s. 22; *Saskatchewan Act*, S.C. 1905, c. 42, s. 17; *Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3, s. 17

In Newfoundland and Labrador, s. 93 was replaced by an amended version of Term 17 of the Terms of Union of Newfoundland with Canada (*Newfoundland Act* (U.K.), 12, 13 & 14 Geo. 6, c. 22, reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 32); *Constitution Amendment, 1998 (Newfoundland Act)*, SI/98-25; *Constitution Amendment, 2001 (Newfoundland and Labrador)*, SI/2001-117; see also *Department of Justice, A Consolidation of the Constitution Acts, 1867 to 1982* (2012), pp. 81-83, endnote 4. In the territories, the power over education is derived from Parliament’s plenary power over them. That power is delegated by the territories’ constituent legislation (*Constitution Act, 1871* (U.K.), 34 & 35 Vict., c. 28, reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 11, s. 4; *Northwest Territories Act*, S.C. 2014, c. 2 [as en. by the *Northwest Territories Devolution Act*, S.C. 2014, c. 2, s. 2], s. 18(1)(o); *Yukon Act*, S.C. 2002, c. 7, s. 18(1)(o); *Nunavut Act*, S.C. 1993, c. 28, s. 23(1)(m)).

¹ La Cour a expliqué la portée de l’application de l’art. 93 dans *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, [2015] 2 R.C.S. 282, par. 68, note 2 :

L’article 93 s’applique directement à l’Ontario, à la Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, à la Colombie-Britannique et à l’Île-du-Prince-Édouard. L’article 93 s’applique également au Québec, mais pas les par. 93(1) à 93(4) : *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, TR/97-141, art. 1; art. 93A de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les versions modifiées de l’art. 93 s’appliquent dans les autres provinces et les territoires : *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, c. 3, art. 22; *Loi sur la Saskatchewan*, S.C. 1905, c. 42, art. 17; *Loi sur l’Alberta*, S.C. 1905, c. 3, art. 17

À Terre-Neuve-et-Labrador, l’art. 93 est remplacé par la version modifiée de la clause 17 des Conditions de l’union de Terre-Neuve au Canada (*Loi sur Terre-Neuve* (R.-U.), 12, 13 & 14 Geo. 6, c. 22, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 32); *Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR/98-25; *Modification constitutionnelle de 2001 (Terre-Neuve-et-Labrador)*, TR/2001-117; voir aussi Ministère de la Justice, *Codification administrative des Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* (2012), p. 81-83, note en fin d’ouvrage 4. Dans les territoires, la compétence en matière d’éducation provient de la compétence plénière du Parlement concernant les territoires. Cette compétence est déléguée par les lois constitutives des territoires (*Loi constitutionnelle de 1871* (R.-U.), 34 & 35 Vict., c. 28, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 11, art. 4; *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, L.C. 2014, c. 2 [éd. par la *Loi sur le transfert de responsabilités aux Territoires du Nord-Ouest*, L.C. 2014, c. 2, art. 2], al. 18(1)(o); *Loi sur le Yukon*, L.C. 2002, c. 7, al. 18(1)(o); *Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, c. 28, al. 23(1)(m)).

the analogy is not perfect. A small rural school is often the only solution when it comes to providing instruction to people living in remote locations, whereas, in the context of linguistic minorities, a homogeneous school, while it is of course one possible solution, is not the only one. It is sometimes possible to provide instruction to small groups either in a heterogeneous school or in a program of instruction. Moreover, financial considerations are not the same in urban and rural areas. The cost of acquiring land can be lower in a village than in a large urban centre. Nevertheless, official language minority schools, like rural schools, serve to meet the essential educational needs of isolated populations, needs that are distinctive from a geographical or a sociolinguistic standpoint. It therefore cannot be argued that small rural schools must be systematically excluded from the province-wide comparison. Instead, exceptional cases should be excluded one by one.

[67] What is more, I have reservations about an approach in which the comparison would be limited to local schools. The effect of such an approach would be to tie recognition of the minority's rights to choices made by the majority for its own students. If the Court were to adopt that approach, it would be easier for a minority to obtain homogeneous schools in a city where the majority has chosen to establish small schools than in another city where the majority has chosen to operate bigger schools. In my view, the use of province-wide data will ensure fair treatment across the province.

[68] When a province operates small schools with limited numbers of students in certain parts of its territory, it necessarily believes that they satisfy the pedagogical needs of the students enrolled in them and that they are warranted having regard to the principles governing the sound use of public funds. In *Arsenault-Cameron*, this Court drew a positive inference from the fact that there were a number of English-language schools in the province with fewer

certaines communautés issues de la majorité. Je reconnais que l'analogie n'est pas parfaite. Une petite école rurale demeure souvent la seule solution pour instruire une population éloignée tandis que, dans le contexte des minorités linguistiques, une école homogène est certes une solution mais pas la seule. Il est parfois possible d'instruire de petits groupes soit au sein d'une école hétérogène soit dans le cadre d'un programme d'instruction. Par ailleurs, les considérations financières ne sont pas les mêmes en zone urbaine et en zone rurale. Les coûts d'acquisition d'un terrain peuvent être moins élevés dans un village que dans une métropole. Il n'en demeure pas moins que les écoles des minorités linguistiques officielles, tout comme les écoles rurales, servent à répondre aux besoins essentiels en matière d'éducation de populations isolées, besoins qui présentent un caractère particulier, d'un point de vue géographique ou sociolinguistique. On ne peut donc prétendre que les petites écoles rurales doivent être systématiquement exclues des comparaisons à l'échelle provinciale. Il convient plutôt d'écarter, au cas par cas, les situations exceptionnelles.

[67] De plus, j'ai des réserves à l'égard d'une démarche qui limiterait les éléments de comparaison aux seules écoles locales. Une telle situation aurait pour effet de lier la reconnaissance des droits de la minorité aux choix effectués par la majorité pour ses élèves. Si la Cour adoptait cette méthode, il serait plus facile pour une minorité d'obtenir des écoles homogènes dans une ville donnée où la majorité a choisi de se doter de petites écoles que dans une autre ville où la majorité a choisi d'exploiter de plus grandes écoles. Je suis d'avis que l'utilisation des données à l'échelle provinciale assure un traitement équitable partout dans la province.

[68] Lorsqu'une province exploite de petites écoles avec un nombre réduit d'élèves dans certaines régions de son territoire, elle estime forcément qu'elles répondent aux besoins pédagogiques des élèves qui y sont inscrits et qu'elles se justifient au regard des principes de saine utilisation des fonds publics. Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, notre Cour a tiré une inférence positive du fait qu'il existait plusieurs écoles anglaises de moins de 100 élèves dans la province

than 100 students and that the Minister of Education “was not willing to close them or to say they did not meet the department’s pedagogical standards” (para. 40).

[69] I thus find that the existence of majority language schools that serve a given number of students, regardless of where they are located in the province, supports a presumption that it is appropriate from the standpoint of pedagogy and cost to create a comparably sized school for the minority. The province can, however, rebut this presumption by showing on a balance of probabilities either that the majority language schools used as comparators are not appropriate for that purpose or that the school proposed by the minority is not appropriate from the standpoint of pedagogy or cost. I also wish to be clear that the claimants, who are responsible for identifying comparator schools, must endeavour to submit to the court a reasonable number of schools that, to the best of their knowledge, are appropriate comparators in light of the principles set out in these reasons. This will favour judicial economy by ensuring, for example, that courts and parties do not have to analyze hundreds of schools in detail.

[70] This approach has the advantage of being both straightforward and consistent with the principles laid down by this Court. It is based on a recognition that pedagogical considerations and cost considerations are interlinked and can be assessed simultaneously. As Dickson C.J. explained, “in most cases pedagogical requirements will prevent the imposition of unrealistic financial demands upon the state” (*Mahe*, at p. 385). Thus, pedagogical considerations usually encompass those related to cost. In exceptional cases, which will most certainly be rare, the province can still show that a proposed school is inappropriate on the basis either of the students’ pedagogical needs or of cost. The presumption I have just identified is thus consistent with the internal limit of s. 23, as it can be rebutted on the basis that the requirements of one or the other of the considerations from *Mahe* — pedagogy and cost — are not met.

et que le ministre de l’Éducation « n’était disposé à fermer aucune de celles-ci ni à affirmer qu’elles ne satisfaisaient pas aux normes pédagogiques du ministère » (par. 40).

[69] En conséquence, j’estime que la présence d’écoles de la majorité qui desservent un nombre donné d’élèves, peu importe leur emplacement dans la province, permet de présumer qu’il est approprié du point de vue de la pédagogie et des coûts de créer une école de taille comparable pour la minorité. La province peut cependant réfuter cette présomption en démontrant selon la prépondérance des probabilités que les écoles de la majorité utilisées aux fins de comparaison ne sont pas des éléments comparatifs appropriés ou que l’école projetée par la minorité n’est pas appropriée sur le plan de la pédagogie ou des coûts. Je précise également que les demandeurs, qui ont la tâche d’identifier les écoles de comparaison, doivent s’efforcer de soumettre au tribunal un nombre raisonnable d’écoles qui, au meilleur de leurs connaissances, constituent des éléments de comparaison appropriés à la lumière des enseignements de la présente décision. Une telle approche favorise l’économie des ressources judiciaires en évitant notamment que les tribunaux et les parties aient à analyser en détail des centaines d’écoles.

[70] Cette démarche a l’avantage d’être simple et conforme aux enseignements de notre Cour. Elle reconnaît que les considérations pédagogiques et celles liées aux coûts sont imbriquées et s’apprécient simultanément. Comme l’a expliqué le juge en chef Dickson, « dans la plupart des cas, les exigences pédagogiques permettront d’éviter l’imposition à l’État de charges pécuniaires irréalistes » (*Mahe*, p. 385). Les considérations pédagogiques englobent donc habituellement celles reliées aux coûts. Pour les cas d’exception, lesquels seront assurément rares, la province est tout de même habilitée à démontrer qu’un projet d’école n’est pas approprié, soit en invoquant les besoins pédagogiques des élèves, soit en se basant sur les coûts. La présomption que je viens d’identifier est ainsi conforme à la limite interne de l’art. 23, puisqu’elle peut être réfutée au motif que l’une ou l’autre des considérations énoncées dans l’arrêt *Mahe* — la pédagogie et les coûts — n’est pas respectée.

[71] This presumption accounts for the fact that the burden is on the minority to establish the number of students in question and to identify comparator schools. Once this burden has been discharged, the existence of majority language schools of a size similar to that of the proposed minority language school suffices — unless the province produces evidence to the contrary — to establish that the proposed school is pedagogically viable. This interpretation is consistent with this Court’s case law. In *Arsenault-Cameron*, the Court held that “there was no evidence that pedagogical concerns could not be met, or that a small school would mean an education that is substandard” (para. 39). The Court thus recognized that the provinces are in the best position to make representations on the pedagogical quality of the majority language schools they operate that might be used for purposes of comparison.

[72] Furthermore, the presumption is consistent with the case law to the effect that the provinces are also in a better position than the claimants to provide projections of capital costs and expenditures per student. The minority cannot be expected to be able to evaluate education-related costs with precision (*Lavoie v. Nova Scotia (Attorney General)* (1989), 91 N.S.R. (2d) 184, at para. 48).

[73] This comparative approach is intended for the determination of whether the number of students of the official language minority is comparable to the numbers of students in the majority language schools. I wish to be clear that comparable does not mean identical. A formalistic approach according to which the number of minority language students must be exactly equal to or greater than the numbers of students in the majority’s schools if the minority language students are to have access to separate and equivalent facilities would have the effect of reinforcing the status quo and would be incompatible with the remedial purpose of s. 23. It is therefore necessary to be flexible in determining what constitutes a comparable number.

[71] Cette présomption tient compte du fait que la minorité a le fardeau d’établir le nombre d’élèves concernés et d’identifier des écoles de comparaison. Une fois qu’il a été satisfait à ce fardeau, en l’absence de preuve contraire apportée par la province, la présence d’écoles de la majorité de taille similaire à l’école projetée par la minorité suffit pour établir la viabilité de cette école sur le plan pédagogique. Cette interprétation est conforme à la jurisprudence de notre Cour. En effet, dans l’arrêt *Arsenault-Cameron*, notre Cour a jugé que « rien dans la preuve ne permettait de conclure que les considérations pédagogiques ne pourraient pas être respectées ou qu’une petite école serait synonyme d’enseignement inférieur à la norme » (par. 39). La Cour a ainsi reconnu que les provinces sont les mieux placées pour formuler des observations au sujet de la qualité pédagogique des écoles de la majorité qu’elles exploitent et qui pourraient être utilisées à des fins de comparaison.

[72] En outre, cette présomption est conforme à la jurisprudence qui énonce que les provinces sont également mieux placées que les demandeurs pour fournir des prévisions par rapport aux coûts d’immobilisation et aux dépenses par élève. En effet, on ne peut attendre de la minorité qu’elle soit en mesure d’évaluer avec précision les coûts liés à l’éducation (*Lavoie c. Nova Scotia (Attorney General)* (1989), 91 N.S.R. (2d) 184, par. 48).

[73] La démarche comparative que je viens de décrire vise à déterminer si le nombre d’élèves de la minorité linguistique officielle est comparable au nombre d’élèves des écoles de la majorité. Je précise qu’un nombre comparable ne signifie pas un nombre identique. Une approche formaliste qui exigerait que le nombre des élèves de la minorité soit absolument égal ou supérieur à celui des élèves des écoles de la majorité pour que les premiers aient accès à des établissements distincts et équivalents aurait pour effet de renforcer le statu quo et irait à l’encontre de l’objet réparateur de l’art. 23. Il y a donc lieu de faire preuve de souplesse dans l’appréciation de ce qui constitue un nombre comparable.

[74] This flexibility takes into account the importance of homogeneous schools as linguistic islands in a minority environment. In such a context, a homogeneous school is often the only place where all of a person's activities are carried out in his or her language. As well, it serves as a gathering place for the extended community. Shared facilities cannot fully play these roles, as they make it more difficult to achieve the objectives of s. 23.

[75] There are two possible ways for the province to rebut this presumption. It has the choice of arguing (1) that the *comparator schools* identified by the claimants are not appropriate comparators from the standpoint of pedagogy or cost, or (2) that *the school contemplated by the minority* does not meet the requirements from the standpoint of pedagogy or cost. I will explain these different possibilities.

[76] First, the province can show that the *comparator school* is not an appropriate comparator. To do so, it might establish that the school in question does not meet the requirements of the provincial curriculum. Here are some examples. A school that serves a student population with very particular needs — disabled students or students in a specialized arts program — is one in which the learning outcomes might justify its having a small number of students. Such schools have very particular educational plans, which explains their departure from the province's usual standards.

[77] The province might also prove that the number of students at a given school has, owing to attrition, fallen to such an extent that the school no longer meets the requirements of the provincial curriculum. However, it would have to show clearly that the school in question no longer meets those requirements. This example is based on the very premise that guided the Court in *Arsenault-Cameron*: that if the province maintains this small school, it is because it considers that the school continues to meet

[74] Cette souplesse reconnaît l'importance des écoles homogènes comme îlots linguistiques en milieu minoritaire. En effet, dans un tel contexte, l'école homogène est souvent le seul endroit où l'ensemble des activités d'une personne se déroulent dans sa langue. De surcroît, cette école sert de milieu de rassemblement pour la communauté étendue. Le partage de locaux ne peut remplir pleinement ces fonctions, car il rend plus difficile l'atteinte des objectifs ciblés par l'art. 23.

[75] Il existe deux voies que peut emprunter la province pour renverser cette présomption. Elle peut, à son choix, faire valoir (1) que les *écoles de comparaison* identifiées par les demandeurs ne sont pas des éléments de comparaison appropriés du point de vue de la pédagogie ou des coûts, ou (2) que *l'école envisagée par la minorité* ne satisfait pas aux exigences du point de vue de la pédagogie ou de coûts. Je vais préciser ces différentes possibilités.

[76] Premièrement, la province peut démontrer que *l'école de comparaison* n'est pas un élément comparatif approprié. Pour ce faire, elle peut établir que l'école de comparaison ne satisfait pas aux exigences du programme d'études provincial. Voici quelques exemples. Une école qui sert une population étudiante aux besoins très particuliers — élèves ayant un handicap ou élèves étudiant dans le cadre d'un programme arts-études — représente un cas de figure où les objectifs d'apprentissage peuvent justifier qu'on y trouve un petit nombre d'élèves. En effet, de telles écoles ont un projet éducatif très particulier qui explique pourquoi elles dérogent aux normes habituelles de la province.

[77] La province peut aussi faire la preuve que le nombre d'élèves d'une école a diminué de façon si importante à la suite d'un phénomène d'attrition que cette école ne répond plus aux exigences du programme d'études provincial. La province doit toutefois démontrer clairement que l'école en question ne répond plus à ces exigences. Cet exemple repose sur la même prémisse que celle qui a guidé la Cour dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, à savoir que si la province maintient cette petite école, c'est

the pedagogical requirements. If that is not so, the province must say so clearly.

[78] It might also happen that a comparator school is excluded on the basis of financial considerations. This would be true of a school whose operation depends on significant private financing. Such a school is not a valid comparator, because it does not reflect what the province considers to be appropriate education expenditures. It would not suffice here to show that the school has received a few donations. What would have to be shown is that this majority language school would not be viable without private financing. Moreover, a school that serves a particularly isolated location, such as a place that is accessible only by water or air, or a school that serves an isolated location separated from the rest of the province by a road that requires several hours of travel might justify incurring exceptional expenditures for a very small number of students if that is the only way to provide that isolated population with educational services.

[79] I wish to be clear that this should not be interpreted as an invitation to conclude that every small majority language school is an exception and that such schools cannot be used as comparators. The idea is to exclude majority language schools whose circumstances are genuinely exceptional.

[80] Second, the province can show that *the school contemplated by the minority* is not appropriate. To do so, it might establish that the service in question would not suffice to achieve the requirements of the provincial curriculum. This can be shown by means of expert testimony or any other evidence the province considers relevant. If, for example, the province wants to show that there are too few students from the official language minority and that this would prevent the socialization objectives of the provincial curriculum from being achieved, it must explain precisely what the objectives of the curriculum are and how the number of students in question would

qu'elle estime que celle-ci continue de répondre aux exigences pédagogiques. Si ce n'est pas le cas, la province doit l'affirmer clairement.

[78] Il peut également arriver qu'une école de comparaison soit écartée sur la base de considérations financières. C'est le cas d'une école dont le fonctionnement dépend d'un important financement privé. Une telle école ne constitue pas un élément comparatif valable, puisqu'elle ne reflète pas ce que la province considère comme des dépenses appropriées en matière d'éducation. Il ne suffit pas ici de démontrer que l'école a reçu quelques dons. Il doit s'agir d'une école de la majorité dont la viabilité ne serait pas possible sans financement privé. De plus, une école qui dessert un milieu particulièrement isolé, par exemple un milieu accessible uniquement par transport maritime ou aérien ou encore une école qui dessert un milieu isolé qui est séparé du reste de la province par une route qui nécessite un trajet de plusieurs heures, peut justifier que des dépenses exceptionnelles y soient engagées pour un très petit nombre d'élèves lorsque c'est la seule façon d'assurer des services d'éducation à cette population isolée.

[79] Je tiens à préciser que ceci ne doit pas être interprété comme une invitation à conclure que toutes les petites écoles de la majorité sont des exceptions et qu'elles ne peuvent être utilisées comme éléments de comparaison. L'objectif est d'écarter les écoles de la majorité qui constituent des situations véritablement exceptionnelles.

[80] Deuxièmement, la province peut démontrer que *l'école envisagée par la minorité* n'est pas appropriée. Pour ce faire, la province peut établir que le service envisagé ne permet pas d'atteindre les exigences du programme d'études provincial. Cette démonstration peut se faire à l'aide de témoignages d'experts ou de toute autre preuve que la province estime pertinente. À titre d'exemple, si la province veut démontrer que le trop petit nombre d'élèves de la minorité linguistique officielle ne permet pas d'atteindre les objectifs de socialisation du programme d'études provincial, elle doit expliquer précisément les objectifs de son programme et en quoi le nombre

not suffice to achieve them. The province is in the best position to do this, as the education ministry's experts are the people who develop the curriculum's standards. As well, it is the provincial education ministry that issues diplomas and ensures that schools meet academic standards. It is therefore entirely appropriate that the ministry be responsible for showing how, even if the contemplated service would be provided to a number of students comparable to the numbers in majority language schools, it would not suffice to satisfy the province's academic standards.

[81] The province can also show that the cost of the service contemplated by the official language minority would represent an unrealistic financial demand (see *Mahe*, at p. 385). I note that it is perfectly normal for the cost per student of an official language minority school to be higher than that of a majority language school because of the minority language school's small size. Nevertheless, the province can show that the contemplated project would represent an unrealistic financial demand if the difference between its cost and the average cost of majority language schools of comparable size is significant. For example, the construction of a very small school in the centre of a large urban area where the cost of acquiring land would be prohibitive might represent an unrealistic financial demand.

[82] I wish to be clear that caution must be exercised in considering start-up costs. The creation of a school necessarily requires considerable initial costs, but these costs are then amortized, that is, spread over the duration of the building's use. The exercise of language rights requires, by definition, initial expenditures by the government. As Bastarache J. recognized in *Beaulac*, “[l]anguage rights . . . can only be enjoyed if the means are provided” (para. 20).

[83] Once again, the foregoing is not an invitation to try to show that every minority school project represents an unrealistic financial demand. The purpose

d'élèves concernés ne permet pas d'atteindre ces objectifs. La province est la mieux placée pour faire cette démonstration, car ce sont les experts du ministère de l'Éducation qui élaborent les normes du programme d'études. De plus, ce sont les ministères de l'Éducation des provinces qui délivrent les diplômes et qui s'assurent que les écoles répondent aux normes pédagogiques. Il est donc tout à fait approprié qu'il leur revienne de démontrer en quoi le service envisagé, même s'il sert un nombre d'élèves comparable à celui d'écoles majoritaires, ne permet pas de répondre aux normes pédagogiques.

[81] La province peut également démontrer que les coûts du service envisagé par la minorité linguistique officielle représenteraient des charges pécuniaires irréalistes (voir *Mahe*, p. 385). Je rappelle qu'il est tout à fait normal que les coûts par élève des écoles de la minorité linguistique officielle soient plus élevés que ceux des écoles de la majorité en raison de la petite taille des établissements de la minorité. Toutefois, la province peut démontrer que le projet envisagé représente des charges pécuniaires irréalistes si les coûts de ce projet présentent un écart significatif par rapport au coût moyen des écoles de la majorité de taille comparable. À titre d'exemple, la construction d'une toute petite école au centre-ville d'une métropole où les coûts d'acquisition d'un terrain seraient prohibitifs pourrait représenter des charges pécuniaires irréalistes.

[82] Je précise que les coûts initiaux doivent être considérés avec prudence. La création d'une école requiert nécessairement d'importants coûts initiaux, mais ces coûts sont par la suite amortis, c'est-à-dire étalés sur la durée de vie d'utilisation de l'immeuble. L'exercice des droits linguistiques requiert, par définition, des dépenses initiales de la part de l'État. Comme l'a reconnu le juge Bastarache dans l'arrêt *Beaulac*, « [l]es droits linguistiques [. . .] ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis » (par. 20).

[83] Encore une fois, ce qui précède n'est pas une invitation à tenter de démontrer que tous les projets scolaires de la minorité constituent des charges

of the unrealistic financial demand concept is to avert situations resulting in expenditures that are genuinely disproportionate in comparison with the average expenditures encountered in majority language schools of comparable size. Caution must be exercised in deciding against a school project of the official language minority on the basis of cost, because financial considerations are given less weight than pedagogical considerations when situating a given number of students on the sliding scale.

(3) Third Step: Determining the Level of Services That Must Be Provided

[84] At the third step, the level of services to be provided to the official language minority must be determined. If the court has found at the second step that the number of students is comparable and that the presumption has not been rebutted, that number is at the high end of the sliding scale and the minority is therefore entitled to have its children receive instruction in a homogeneous school.

[85] If, on the other hand, the court has found at the second step that the number of minority language students is not comparable, the number then falls below the high end and a homogeneous school is therefore not required. In such circumstances, there is a range of services that can be provided to the minority. These services vary from the provision of certain courses in the minority language to control over a portion of a school shared with the majority. These different levels of services represent a variety of possibilities.

[86] The provision of such limited educational services is a reality specific to the minority. Having to share premises or being able to provide only a few classes in their language are realities with which the managers of majority language schools, which are always homogeneous, do not have to deal. As a result, school boards of official language minorities have particular expertise in relation to the services that might be provided to a limited number of

pécuniaires irréalistes. Cette notion de charges pécuniaires irréalistes vise à éviter des situations qui se traduiraient par des dépenses véritablement démesurées par rapport aux dépenses moyennes observées dans des écoles de la majorité de taille comparable. Écarter un projet scolaire de la minorité linguistique officielle sur la base des coûts est une décision qui doit être décidée avec prudence, car les considérations financières pèsent moins lourd que les considérations pédagogiques dans l'opération qui vise à situer un nombre d'élèves donné sur l'échelle variable.

(3) La troisième étape : déterminer le niveau de services qui doit être offert

[84] La troisième étape consiste à déterminer le niveau de services qui doit être offert à la minorité linguistique officielle. Si, à la deuxième étape, le tribunal conclut que le nombre d'élèves est comparable, et que la présomption n'est pas renversée, ce nombre se situe à la limite supérieure de l'échelle variable et la minorité est alors en droit de faire instruire ses enfants dans une école homogène.

[85] Par contre, si le tribunal conclut à cette étape que le nombre d'élèves de la minorité n'est pas comparable, ce nombre se situe alors en deçà de la limite supérieure et une école homogène n'est en conséquence pas exigée. Dans ces circonstances, il existe une gamme de services qui peuvent être offerts à la minorité. Ces services vont de l'offre de certains cours dans la langue de la minorité au contrôle d'une portion d'une école partagée avec la majorité. Ces différents niveaux de services représentent une gamme de possibilités.

[86] Une telle offre de services éducatifs restreints est une réalité particulière de la minorité. En effet, le fait de devoir partager des locaux ou de ne pouvoir offrir que quelques cours dans sa langue sont des réalités étrangères aux gestionnaires d'écoles majoritaires, lesquelles sont toujours homogènes. Il en résulte que les conseils scolaires de la minorité linguistique officielle possèdent une expertise particulière en matière de services qui peuvent être offerts

students. School boards are in fact favoured vehicles for the concerns of official language minorities. As Dickson C.J. explained in *Mahe*, although the majority's intentions may not be bad, "the majority cannot be expected to understand and appreciate all of the diverse ways in which educational practices may influence the language and culture of the minority" (p. 372). This observation justifies recognizing that, when the number of students falls in the lower levels of the sliding scale, the government and, in the event of litigation, the courts must show deference to the school board's expertise with respect to the appropriate level of services. It is perfectly logical, and even desirable, for the courts to look to the expertise of school boards in such matters given that they have long recognized the importance of the role played by school boards in ensuring that the "special educational needs of the minority" are expressed adequately (*Mahe*, at p. 373). The CSF itself was in fact created as a result of judicial proceedings (*Assn. des Parents Francophones*). If no school board exists to represent the interests of the official language minority, governments and courts will have to rely on groups or associations that, or witnesses who, are in a position to express the minority's special educational needs.

[87] At the lower levels of the sliding scale, it is obviously not possible to use the comparative approach I set out above in order to determine what is appropriate from the standpoint of pedagogy and cost. I reiterate that at this stage, the court will have found that the number of minority language students in question is not comparable to the numbers at majority language schools, even at the smallest of those schools. Given that the parties have not proposed a specific approach in this regard and that this case does not turn on such an approach, it would be premature to rule on this issue.

[88] I will simply say that, in such a context, governments must be deferential to the proposals made by the school board, and their decisions must be guided by pedagogical and financial considerations,

à un nombre d'élèves limité. Les conseils scolaires sont en effet des vecteurs privilégiés des préoccupations des minorités linguistiques officielles. Comme l'a affirmé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Mahe*, bien qu'elle n'agisse pas par malveillance, « on ne peut attendre de la majorité qu'elle comprenne et évalue les diverses façons dont les méthodes d'instruction peuvent influencer sur la langue et la culture de la minorité » (p. 372). Ce constat justifie de reconnaître que, lorsque le nombre d'élèves se situe dans les niveaux inférieurs de l'échelle variable, les gouvernements et, en cas de litige, les tribunaux doivent faire preuve de déférence envers l'expertise du conseil scolaire en ce qui concerne le niveau de services approprié. Il est parfaitement logique, et même souhaitable, que les tribunaux se réfèrent à l'expertise des conseils scolaires sur ces questions, étant donné que les tribunaux reconnaissent depuis longtemps l'importance de ces institutions afin que soient exprimés adéquatement les « besoins spéciaux de la minorité en matière d'éducation » (*Mahe*, p. 373). C'est d'ailleurs à la suite d'un recours judiciaire qu'a été créé le CSF (*Assn. des Parents Francophones*). Si aucun conseil scolaire n'existe pour représenter les intérêts de la minorité linguistique officielle, les gouvernements et les tribunaux devraient s'appuyer sur les groupes, associations ou témoins qui sont en mesure d'exprimer les besoins spéciaux de la minorité en matière d'éducation.

[87] Dans les niveaux inférieurs sur l'échelle variable, il n'est évidemment pas possible de recourir à la démarche comparative que j'ai expliquée précédemment pour déterminer ce qui est approprié du point de vue de la pédagogie et des coûts. Je rappelle qu'à cette étape, il a été établi que le nombre d'élèves concernés de la minorité n'est pas comparable à celui des écoles de la majorité, même les plus petites d'entre elles. Considérant que les parties n'ont pas proposé de marche à suivre spécifique à cet égard et que l'issue du présent litige n'en dépend pas, il est prématuré de se prononcer sur cette question.

[88] Je vais me contenter d'affirmer que, dans un tel contexte, les gouvernements doivent faire preuve de déférence à l'égard des propositions du conseil scolaire, et que leurs décisions doivent être guidées

as defined above. However, the cost issue will rarely be decisive, as the sharing of facilities obviously produces economies of scale. The focus must be on whether the contemplated service is able to meet the pedagogical requirements established by the province in a setting that is respectful of the minority's language and culture. This last factor, the need "to consider the value of linguistic minority education as part of the determination of the services appropriate for the number of students" (*Arsenault-Cameron*, at para. 38), is particularly important in cases in which the number of students in question falls in the lower levels of the sliding scale. Where a number of students falls at the high end of the scale and therefore warrants a separate facility, it goes without saying that the educational setting will be respectful of the minority's language and culture.

[89] Thus, if the number of students in question falls in the lower levels of the sliding scale, it is necessary to determine what level of service corresponds to the level of control that would enable the minority to promote its language and culture while at the same time meeting the province's pedagogical requirements. The greater the control exerted in a school by the minority, the more separate the minority language students will be from those of the majority. The more separate the minority is from the school as a whole, the higher will be the number of minority language students needed in order for the school to be in a position to meet the pedagogical requirements. For example, if the number of minority language students should fall slightly below the high end of the scale, the minority might be entitled to have control over a separate portion of the school — which would permit it to make announcements and post materials in its own language — but still be required to share the gymnasium and the library. It might also have its own school administrators and issue its own report cards. Where, on the other hand, the number of students is lower, meeting pedagogical requirements may — despite the importance of the value of instruction in the language of the minority as

par les considérations pédagogiques et financières, telles qu'elles ont été définies précédemment. Il sera toutefois rare que l'enjeu des coûts soit décisif, étant donné que le partage de locaux entraîne naturellement des économies d'échelle. La question doit être axée sur la capacité du service envisagé à répondre aux exigences pédagogiques fixées par la province dans un cadre respectueux de la langue et de la culture de la minorité. Cette dernière considération, soit la nécessité « de considérer la valeur de l'enseignement dans la langue de la minorité comme un élément de la détermination des services appropriés pour le nombre d'élèves » (*Arsenault-Cameron*, par. 38), revêt une importance particulière dans les cas où le nombre d'élèves concernés se situe dans les niveaux inférieurs de l'échelle variable. Lorsqu'un nombre d'élèves se situe à la limite supérieure de l'échelle et a en conséquence droit à un établissement distinct, il va de soi que le cadre d'enseignement sera respectueux de la langue et de la culture de la minorité.

[89] Ainsi, lorsque le nombre d'élèves concernés se situe dans les niveaux inférieurs de l'échelle variable, il faut déterminer le niveau de service qui correspond au degré de contrôle propre à permettre à la minorité de promouvoir sa langue et sa culture, tout en se conformant aux exigences pédagogiques de la province. Plus le degré de contrôle exercé par la minorité dans une école est élevé, plus les élèves de la minorité seront isolés de ceux de la majorité. Plus la minorité est isolée dans l'ensemble de l'école, plus le nombre d'élèves de celle-ci doit être élevé pour qu'elle soit à même de répondre aux exigences pédagogiques. À titre d'exemple, il se peut que, lorsque le nombre de la minorité se situe légèrement en deçà de la limite supérieure, la minorité ait droit au contrôle d'une portion séparée de l'école — ce qui lui permettrait d'annoncer et d'afficher dans sa langue — mais qu'elle soit néanmoins contrainte de partager le gymnase et la bibliothèque. Elle pourrait aussi posséder sa propre direction scolaire et remettre ses propres bulletins. En revanche, lorsque le nombre d'élèves se situe plus bas, il se pourrait que, malgré l'importance de la valeur de l'enseignement dans la langue de la minorité en tant que facteur à considérer, l'atteinte des exigences pédagogiques fasse en sorte

a factor to be considered — mean that the appropriate level of service is limited to the provision of certain courses in a shared facility that is entirely managed by the majority.

(4) Summary of the Applicable Approach

[90] In sum, a court that is asked to situate a given number of students on the sliding scale must proceed as follows. The first step is to identify the relevant number of students. To do so, the court must consider the number of students who will eventually avail themselves of the service. At the second step, the court must compare that number with the numbers of students in majority language schools across the province in order to determine what is appropriate from the standpoint of pedagogy and cost. The existence of comparably sized majority language schools, regardless of where they are located in the province, supports a presumption that the province considers maintaining those smaller schools to be appropriate from the standpoint of pedagogy and cost. The province can rebut this presumption by showing that the majority language comparator schools identified by the claimants are not appropriate comparators or that the school proposed by the minority is inappropriate from the standpoint of pedagogy or cost.

[91] However, I would stress that if the court finds at the outset that the number of minority language students is comparable to the numbers of students attending local majority language schools, a province-wide comparison will not be necessary. This ensures that the courts do not engage in an unnecessarily detailed and complex analysis. If the number of minority language students is comparable to the numbers of students in local majority language schools, there is no doubt that the number of minority language students falls at the high end of the sliding scale and that the minority is therefore entitled to a homogeneous school.

[92] Once the court has completed a province-wide comparison — where such a comparison is necessary — it moves on to the third step: determining what level of services is appropriate. Where the number

que le niveau de service approprié soit limité à l'offre de certains cours dans un établissement partagé et entièrement géré par la majorité.

(4) Résumé de la démarche applicable

[90] En résumé, lorsqu'un tribunal est appelé à situer un nombre donné d'élèves sur l'échelle variable, il doit procéder de la façon suivante. La première étape consiste à déterminer le nombre pertinent d'élèves visés. Pour ce faire, il faut considérer le nombre d'élèves qui se prévaudront en définitive du service. À la deuxième étape, le tribunal doit comparer le nombre d'élèves à celui des écoles majoritaires à travers la province pour déterminer ce qui est approprié sur le plan de la pédagogie et des coûts. La présence d'écoles de la majorité de taille comparable, peu importe où elles se trouvent dans la province, permet de présumer que la province considère que le maintien de ces plus petites écoles est approprié du point de vue de la pédagogie et des coûts. La province peut réfuter cette présomption en démontrant que les écoles de comparaison de la majorité identifiées par les demandeurs ne sont pas des éléments comparatifs appropriés ou que l'école projetée par la minorité n'est pas appropriée sur les plans pédagogiques ou financiers.

[91] Toutefois, je tiens à préciser que, dans les cas où le tribunal constate d'entrée de jeu que le nombre d'élèves de la minorité est comparable à celui des élèves fréquentant les écoles de la majorité à l'échelle locale, il n'a pas à effectuer de comparaison à l'échelle de la province. Cela permet d'éviter que les tribunaux ne se lancent dans une analyse inutilement poussée et complexe. Lorsque le nombre d'élèves de la minorité est comparable, localement, à celui des élèves de la majorité, il ne fait aucun doute que le nombre des premiers se situe à la limite supérieure de l'échelle variable et que la minorité a alors droit à une école homogène.

[92] Une fois que le tribunal a effectué une comparaison à l'échelle provinciale, lorsqu'une telle comparaison est requise, il passe à la troisième étape, laquelle consiste à déterminer le niveau de services

of minority language students in question is comparable to the numbers of students attending majority language schools, regardless of where those schools are located in the province (provided of course that the government has not shown that the choice of comparator schools or the proposed service is inappropriate from the standpoint of pedagogy or cost), the number of minority language students falls at the high end of the sliding scale and warrants a homogeneous school.

[93] If the result of the province-wide comparison is that there is no comparable number, the number of minority language students falls below the high end of the sliding scale, that is, at the low end or in the middle. A minority at the lower levels of the scale can qualify for a range of services varying from a few hours of classes in its language to the use and control of premises in a school shared with the majority. These examples are of course not exhaustive. In such a situation, the court must show deference to the level of services proposed by the school board. It must rely on the school board's expertise in determining whether the proposed level of services is appropriate from the standpoint of pedagogy and cost. The court must consider the importance of receiving instruction in the language of the minority in a setting that is respectful of that minority's cultural needs. However, the exact approach to be taken in order to situate the number of students in question in the lower levels of the sliding scale will have to be determined in a case in which that specific issue is raised.

(5) Application of the Principles With Respect to the Sliding Scale

[94] In my view, when this approach is applied in the case at bar to the CSF's claims for new schools or for the expansion of existing schools, the appellants are entitled to eight homogeneous schools that were denied by the courts below. The schools in question are warranted by the numbers of minority language students in the communities in question.

approprié. Lorsque le nombre d'élèves concernés de la minorité est comparable à celui des élèves fréquentant des écoles de la majorité, peu importe où se trouvent ces écoles dans la province (pourvu évidemment que le gouvernement n'ait pas démontré que le choix des écoles ayant servi à la comparaison ou le service projeté est inapproprié sur le plan de la pédagogie ou des coûts), le nombre d'élèves de la minorité se situe à la limite supérieure de l'échelle variable et justifie le droit à une école homogène.

[93] Lorsque la comparaison à l'échelle provinciale ne révèle pas de nombre comparable, le nombre d'élèves de la minorité se situe alors en deçà de la limite supérieure de l'échelle variable, c'est-à-dire au bas ou au milieu de celle-ci. Les niveaux inférieurs de l'échelle variable permettent à la minorité de bénéficier d'une gamme de services allant de quelques heures de cours dans sa langue jusqu'à l'utilisation et au contrôle de locaux dans une école partagée avec la majorité. Ces exemples ne sont évidemment pas exhaustifs. Dans ces situations, le tribunal doit faire preuve de déférence envers le niveau de services proposé par le conseil scolaire. Le tribunal doit s'appuyer sur l'expertise du conseil scolaire afin de déterminer si le niveau de services proposé est approprié sur le plan de la pédagogie et des coûts. Le tribunal doit considérer l'importance de recevoir l'instruction dans la langue de la minorité dans un contexte qui est respectueux des besoins culturels de cette minorité. Toutefois, la démarche exacte pour situer le nombre d'élèves concernés dans les niveaux inférieurs de l'échelle variable devra être déterminée lorsque cet enjeu spécifique sera soulevé.

(5) Application des principes de l'échelle variable

[94] En l'espèce, lorsque cette démarche est appliquée aux demandes formulées par le CSF en vue d'obtenir de nouvelles écoles ou l'agrandissement d'écoles existantes, je suis d'avis que les appelants ont le droit de bénéficier de huit écoles homogènes qui leur ont été refusées par les juridictions inférieures. Ces écoles sont justifiées par le nombre d'élèves de la minorité dans ces communautés.

[95] The failure to recognize the right to these eight schools resulted from two types of errors. The first type relates to the assessment of the relevant number that would warrant a school under s. 23. In her analysis, the trial judge made short-term (3-year) and long-term (10-year) projections. But it was the short-term projections she applied in identifying the level of services to which the official language minority is presently entitled. When she applied the long-term projections, it was only to determine the minority's future rights. With respect, that was an error. The relevant number under s. 23 is the number of students who will eventually avail themselves of the service. This error had an impact in relation to five proposed schools being claimed by the appellants, those for the communities of Abbotsford (elementary component for children of rights holders in the community of Abbotsford and secondary component for children of rights holders in the communities of the Central Fraser Valley), Burnaby, Northeast Vancouver, East Victoria and West Victoria.

[96] The trial judge found that, in the short term, the number of minority language students in each of these communities falls below the high end of the sliding scale, and that these communities are therefore not presently entitled to homogeneous schools. However, she found that the number of students in each of these communities will in the long term warrant the creation of homogeneous schools (see trial reasons, at paras. 5064 and 5067 (Abbotsford), 5221 (Burnaby), 3805 (Northeast Vancouver), and 4068 (East Victoria and West Victoria)). Given that the trial judge's long-term projections are the relevant numbers for the determination of where the number of minority language students should be situated on the sliding scale, I find that these communities fall at the high end of the sliding scale and are entitled to homogeneous schools.

[97] The second type of error relates to the basis for comparison used to situate the numbers of minority language students on the sliding scale. The trial judge decided on a local basis for comparison.

[95] Le refus de reconnaître le droit à ces huit écoles résulte de deux catégories d'erreurs. La première catégorie concerne l'appréciation de ce qui constitue le nombre justificatif pertinent pour l'application de l'art. 23. Dans son analyse, la juge de première instance effectue des projections à court terme (3 ans) et à long terme (10 ans). Ce sont les projections à court terme qu'elle retient pour déterminer le niveau de services auquel la minorité linguistique officielle a présentement droit. Les projections à long terme, lorsqu'appliquées, ne sont utilisées que pour déterminer les droits futurs de la minorité. Avec égard, il s'agit là d'une erreur. Le nombre justificatif pertinent pour l'application de l'art. 23 est le nombre d'élèves qui se prévaudront du service en définitive. Cette erreur a un impact sur cinq projets d'écoles demandés par les appelants, soit ceux des communautés d'Abbotsford (volet primaire destiné aux enfants d'ayants droit dans la communauté d'Abbotsford et volet secondaire destiné aux enfants d'ayants droit dans les communautés de la vallée centrale du Fraser), de Burnaby, de Vancouver Nord-Est, de Victoria Est et de Victoria Ouest.

[96] La juge de première instance est arrivée à la conclusion qu'à court terme, le nombre d'élèves de la minorité dans chacune de ces communautés ne se situe pas à la limite supérieure de l'échelle variable. En conséquence, ces communautés n'ont pas présentement droit à des écoles homogènes. Elle estime toutefois qu'à long terme le nombre d'élèves dans chacune de ces communautés justifiera la création d'écoles homogènes (voir motifs de première instance, par. 5064 et 5067 (Abbotsford); par. 5221 (Burnaby); par. 3805 (Vancouver Nord-Est); par. 4068 (Victoria Est et Victoria Ouest). Considérant que ce sont les projections à long terme de la juge de première instance qui sont pertinentes pour situer le nombre d'élèves de la minorité sur l'échelle variable, je conclus que ces communautés se situent à la limite supérieure de l'échelle variable et qu'elles ont le droit d'obtenir des écoles homogènes.

[97] La deuxième catégorie d'erreurs concerne la base de comparaison utilisée pour situer le nombre d'élèves de la minorité sur l'échelle variable. La juge de première instance a retenu une base de

Unlike the courts below, I have concluded that the comparison must take schools located across the province into account. I will apply the appropriate comparative approach to the communities of North Victoria, Whistler, Chilliwack and Pemberton, where the appellants claim to be entitled to homogeneous schools that were denied by the courts below because of the basis for comparison they used.

[98] As I explained above, the first step of the approach to situating the number of students on the sliding scale is to establish the relevant number of students, that is, the number who will eventually avail themselves of the service. In this case, the trial judge found this number to be 98 for North Victoria, 85 for Whistler,² 60 for Chilliwack and 55 for Pemberton.

[99] The second step is to compare these numbers with the numbers of students attending schools located across the province in order to determine what is appropriate from the standpoint of pedagogy and cost. According to the evidence in the record, there are 250 majority language schools with fewer than 100 students. Of these, the trial judge retained 11 schools with 100 or fewer students in British Columbia. The schools in question included Madeira Park Elementary, which has 72 students, Deroche Elementary, which has 66, and Dewdney Elementary, which has 73 (trial reasons, at para. 2693). The existence of these schools raises the presumption that it is appropriate from the standpoint of pedagogy and cost to create a school of comparable size for the minority.

[100] As I mentioned above, it is possible for the province to rebut this presumption by showing that the schools chosen as comparators are not appropriate for that purpose. In this regard, the trial judge

comparaison locale. Contrairement aux juridictions inférieures, j'ai conclu que la comparaison devait prendre en considération des écoles situées partout en province. Je vais appliquer la démarche comparative appropriée aux communautés de Victoria Nord, de Whistler, de Chilliwack et de Pemberton, où les appelants estiment être en droit d'obtenir les écoles homogènes qui leur ont été refusées par les juridictions inférieures en raison de la base de comparaison utilisée par ces dernières.

[98] Comme je l'ai expliqué plus tôt, la première étape de la démarche permettant de situer le nombre d'élèves sur l'échelle variable consiste à déterminer le nombre pertinent d'élèves, c'est-à-dire le nombre d'élèves qui vont se prévaloir en définitive du service. En l'espèce, la juge de première instance a estimé que ce nombre est 98 pour Victoria Nord, 85 pour Whistler², 60 pour Chilliwack et 55 pour Pemberton.

[99] La deuxième étape consiste à comparer ces nombres à ceux des élèves fréquentant des écoles situées partout en province afin de déterminer ce qui est approprié sur le plan de la pédagogie et des coûts. La preuve soumise fait état de 250 écoles de la majorité comptant moins de 100 élèves. De ce nombre, la juge de première instance a retenu 11 écoles de 100 élèves ou moins en Colombie-Britannique. À titre d'exemples, mentionnons que l'école Madeira Park Elementary compte 72 élèves, l'école Deroche Elementary 66 et l'école Dewdney Elementary 73 (motifs de première instance, par. 2693). L'existence de ces écoles fait naître la présomption qu'il est approprié, du point de vue de la pédagogie et des coûts, de créer une école de taille comparable pour la minorité.

[100] J'ai mentionné précédemment qu'il est possible pour la province de renverser cette présomption en démontrant que les écoles choisies comme éléments de comparaison ne sont pas appropriées à cette

² The appellants submit that the trial judge erred in situating the 85 elementary school age students where she did on the sliding scale. They do not challenge her conclusion that the 30 secondary school age students warrant a program of instruction.

² Les appelants soutiennent que la juge de première instance a fait erreur en situant comme elle l'a fait les 85 élèves d'âge primaire sur l'échelle variable. Ils ne remettent pas en question sa conclusion que les 30 élèves d'âge secondaire donnent droit à un programme d'instruction.

found that a school created to serve the Big White ski resort and one at Port Clements that serves a particularly remote island community were not appropriate comparators. I agree. Schools that were created for a ski resort and for a community serviced only by air or water represent two genuinely exceptional situations that justify excluding them and not considering them as comparators.

[101] However, there is no evidence in the record on the basis of which the presumption could be rebutted in relation to the other small schools I mentioned above whose enrolment ranges from 66 to 73 students. What is more, each of these comparator schools, like the schools being proposed, is an elementary school. It is therefore appropriate to compare the relevant numbers of students in North Victoria, Whistler, Chilliwack and Pemberton with the numbers at those schools. I would reiterate that it is necessary to be flexible and that a comparable number does not mean an identical one. In my view, the relevant numbers for North Victoria, Whistler and Chilliwack are comparable to the numbers of students attending comparator majority language schools in British Columbia. They therefore fall at the high end of the sliding scale, and it is appropriate from the standpoint of pedagogy and cost for those students to receive their instruction in homogeneous schools.

[102] As for Pemberton, it is in my view difficult to compare the number of students in question there with the numbers of students at the majority language schools located elsewhere in the province that were retained by the trial judge. None of the 11 schools with fewer than 100 students that she retained has approximately 50 students. In spite of this, I find, for two reasons, that it is preferable to remand this question to the court of original jurisdiction for reconsideration. First of all, the available evidence is limited. In retaining the existence of 11 schools with 100 or fewer students in British Columbia, the trial judge did not consider all of the province's small schools. The appellants' record contains a list of

fin. À cet effet, la juge de première instance a conclu que l'école créée pour la station de ski Big White ainsi que l'école Port Clements, qui dessert une communauté insulaire particulièrement isolée, n'étaient pas des éléments de comparaison appropriés. Je suis d'accord. Une école créée pour une station de ski ou pour une communauté qui n'est accessible que par transport aérien ou maritime constituent deux situations véritablement exceptionnelles qui permettent d'écarter ces écoles et de ne pas les considérer comme éléments de comparaison.

[101] Le dossier ne contient toutefois aucune preuve permettant de repousser la présomption à l'égard des autres écoles de petite taille dont j'ai fait état plus tôt et où les effectifs varient entre 66 et 73 élèves. Qui plus est, chacune de ces écoles de comparaison, tout comme les projets d'école demandés, sont des établissements d'enseignement primaire. Il convient donc de comparer le nombre d'élèves pertinent pour Victoria Nord, Whistler, Chilliwack et Pemberton à celui de ces écoles. Je rappelle qu'il faut faire preuve de souplesse et qu'un nombre comparable ne signifie pas un nombre identique. Je suis d'avis que les nombres pertinents pour Victoria Nord, Whistler et Chilliwack sont comparables à ceux des élèves fréquentant les écoles majoritaires de comparaison en Colombie-Britannique. En conséquence, ces nombres se situent à la limite supérieure de l'échelle variable, et il est approprié, sur le plan de la pédagogie et des coûts, d'instruire ces élèves dans des écoles homogènes.

[102] En ce qui a trait à Pemberton, je suis d'avis que le nombre d'élèves concernés y est difficilement comparable au nombre d'élèves des écoles de la majorité qui sont situées ailleurs dans la province et qui ont été retenues par la juge de première instance. En effet, parmi les 11 écoles de moins de 100 élèves retenues par cette dernière, aucune ne compte une cinquantaine d'élèves. Malgré ce constat, j'estime qu'il est préférable de renvoyer cette question au tribunal de première instance pour réexamen, et ce, pour deux raisons. D'abord, la preuve disponible est limitée. En retenant l'existence de 11 écoles de 100 élèves ou moins en Colombie-Britannique, la juge de première instance n'a pas

over 250 schools with fewer than 100 students in British Columbia (A.R., vol. XIX, at pp. 678-84). The trial judge did not refer to the vast majority of those schools. This omission resulted from the fact that her comparison was mainly a local one. Given that the existence of the small schools in question is crucial to the determination of the rights of the rights holders in Pemberton, it would be preferable to be able to consider complete evidence in light of the principles set out in these reasons. Moreover, if the court were to find that the number of students in question falls below the high end of the sliding scale, additional submissions would then be necessary. As I explained above, where the number of students falls in the middle or at the low end of the sliding scale, deference must be shown to the level of services contemplated by the school board. The appellants did not have the opportunity to make such submissions in this case.

[103] I therefore reluctantly conclude that the question of the level of services warranted by the number of students in Pemberton must be remanded to the court of original jurisdiction for reconsideration. I am optimistic that the clarifications provided in these reasons will incite the parties to resolve this matter promptly. And it would of course be open to the appellants to end their action if, in light of these clarifications, they consider that the number of students in question is situated at the appropriate point on the sliding scale and that occupying a heterogeneous facility corresponds to the level of service to which the s. 23 rights holders are accordingly entitled.

B. *Does the Test Used to Assess the Quality of Instruction Provided to Official Language Minorities Vary With the Number of Minority Language Students?*

[104] Section 23 gives an official language minority the right to an educational experience that is

examiné l'ensemble des petites écoles de la province. Le dossier des appelants contient une liste de plus de 250 écoles de moins de 100 élèves en Colombie-Britannique (d.a., vol. XIX, p. 678-684). Il n'est pas fait mention de la vaste majorité de ces écoles dans le jugement de première instance. Cette omission résulte du fait que la juge de première instance s'est principalement livrée à une comparaison à l'échelle de comparaison locale. Considérant que l'existence de ces petites écoles est un élément crucial en vue de la détermination des droits des ayants droit à Pemberton, il est donc souhaitable qu'une preuve complète puisse être examinée à la lumière des enseignements du présent arrêt. De plus, si le tribunal devait constater que le nombre d'élèves concernés se situe en deçà de la limite supérieure de l'échelle variable, des observations supplémentaires seraient alors nécessaires. Comme je l'ai précisé précédemment, lorsque le nombre d'élèves se situe au milieu ou au bas de l'échelle variable, il y a alors lieu de faire preuve de déférence envers le niveau de services envisagé par le conseil scolaire. Les appelants n'ont pas eu la possibilité de soumettre de telles observations en l'espèce.

[103] C'est donc avec réticence que je conclus que la question du niveau de services auquel le nombre d'élèves à Pemberton donne droit doit être renvoyée au tribunal de première instance pour réexamen. J'ai bon espoir que les parties s'inspireront des clarifications fournies dans les présents motifs afin de résoudre promptement cette question. Bien entendu, si les appelants estiment, à la lumière de ces clarifications, que le nombre d'élèves concernés est situé au bon endroit sur l'échelle variable et que le fait d'occuper un établissement hétérogène correspond au niveau de service auquel les bénéficiaires de l'art. 23 ont droit en conséquence, ils pourront mettre un terme à leur recours.

B. *Le critère utilisé pour évaluer la qualité de l'instruction offerte aux minorités linguistiques officielles varie-t-il selon le nombre d'élèves de la minorité?*

[104] L'article 23 confère aux minorités linguistiques officielles le droit à une expérience éducative

equivalent in quality to the experience provided to the majority. In *Rose-des-vents*, this Court discussed the proper approach for determining what constitutes instruction that is equivalent in quality in a case in which the number of minority language students was comparable to the numbers of students in local majority language schools.

[105] The Court stated that the focus must be on substantive equivalence, not on formal equivalence. In other words, it is not enough that public spending per student is the same for the minority and the majority; the quality of the overall educational experience must be meaningfully similar to that of the experience provided to the majority. The Court held that substantive equivalence must be assessed from the perspective of a linguistic minority parent who has to choose between the minority language school and a majority language school. Courts must consider whether reasonable parents would be deterred from sending their children to a school of the official language minority because it is meaningfully inferior to an available majority language school (*Rose-des-vents*, at para. 35).

[106] In the case at bar, however, the factual circumstances of certain communities differ from those of the Vancouver West community whose school was at issue in *Rose-des-vents*. In *Rose-des-vents*, the minority language school had 344 students and was overcrowded. It was not a small school. In some of the communities in question in the instant case, the numbers of minority language students are much lower than the numbers of students attending local majority language schools. The Court must therefore determine whether the approach developed in *Rose-des-vents* is applicable in the context of small minority language schools whose size is not comparable to that of the majority language schools.

[107] In my view, children of s. 23 rights holders must receive an educational experience that is substantively equivalent to the experience provided to the majority, regardless of the size of the school or program in question. The substantive equivalence test applies everywhere on the sliding scale. The

de qualité équivalente à celle de la majorité. Dans l'arrêt *Rose-des-vents*, notre Cour s'est prononcée sur la marche à suivre pour déterminer ce qui constitue une instruction de qualité équivalente dans une affaire où le nombre d'élèves de la minorité était comparable à celui des écoles locales de la majorité.

[105] La Cour a affirmé que l'accent doit être mis sur l'équivalence réelle plutôt que sur l'équivalence formelle. Autrement dit, il ne suffit pas que les dépenses publiques par élève soient les mêmes entre la minorité et la majorité, il faut que l'expérience éducative globale soit de qualité réellement semblable à celle dont jouit la majorité. Il a été déterminé que, pour évaluer l'équivalence réelle, il faut se placer dans la situation d'un parent de la minorité qui doit choisir entre l'école de la minorité et celle de la majorité. Les tribunaux doivent se demander si des parents raisonnables seraient dissuadés d'envoyer leurs enfants dans une école de la minorité linguistique officielle parce que cette école est véritablement inférieure à une école de la majorité linguistique où ils peuvent les inscrire (*Rose-des-vents*, par. 35).

[106] Dans la présente affaire, la situation factuelle de certaines communautés est toutefois différente de la communauté de Vancouver Ouest dont l'école était en cause dans l'arrêt *Rose-des-vents*. Dans cet arrêt, l'école de la minorité comptait 344 élèves et était surpeuplée. Il ne s'agissait pas d'une petite école. En l'espèce, dans certaines des communautés concernées, le nombre d'élèves de la minorité est bien inférieur à celui des élèves fréquentant les écoles locales de la majorité. La Cour doit donc déterminer si la démarche élaborée dans l'arrêt *Rose-des-vents* est applicable dans le contexte de petites écoles de la minorité dont la taille n'est pas comparable aux écoles de la majorité.

[107] À mon avis, les enfants des titulaires de droits reconnus à l'art. 23 doivent bénéficier d'une expérience éducative réellement équivalente à celle de la majorité, et ce, peu importe la taille de l'école ou du programme en question. Le critère de l'équivalence réelle s'applique partout sur l'échelle variable. La

Rose-des-vents approach must, however, be applied in light of the specific context of official language minority schools that are not comparable in size to nearby majority language schools. I therefore consider it necessary to offer some guidance on how to assess the quality of the educational experience provided to the minority in the context of small schools. For this purpose, I will begin by identifying the key elements of the *Rose-des-vents* approach that are applicable, and I will then explain how they must be adapted.

[108] The approach from *Rose-des-vents* has three key elements. First, the relevant perspective is that of a reasonable parent who must choose between the school of the official language minority and the schools of the majority. As the Court stated, such a reasonable parent cannot expect “to have the ‘very best’ of every aspect of the educational experience” (para. 40). A reasonable parent considers many factors before choosing a school, such as the quality of instruction and of physical facilities (*Rose-des-vents*, at paras. 39-40). Second, the educational experience does not meet the equivalence requirement if it is meaningfully inferior. This approach thus allows for some variations between minority and majority language schools. Third, minority language schools must be compared with majority language schools that represent a realistic alternative for the parent. The comparison is holistic and contextual, and involves considering all the factors a parent would take into account in choosing a school. I repeat that this approach was developed in a context in which the school in question was comparable in size to the majority language schools. How does this translate to a different context, one in which the minority language schools are smaller?

[109] I am of the opinion that the essentials of the approach do not need to be adapted in a situation in which the schools of the official language minority are small, aside from the fact that a reasonable parent must take into account the inherent characteristics of attendance at a small school. Let me explain.

démarche énoncée dans l’arrêt *Rose-des-vents* doit cependant être appliquée à la lumière du contexte particulier des écoles de la minorité linguistique officielle dont la taille n’est pas comparable aux écoles avoisinantes de la majorité. J’estime donc nécessaire de donner des indications sur la façon d’évaluer la qualité de l’expérience éducative offerte à la minorité dans le contexte de petites écoles. Pour ce faire, je vais d’abord dégager les éléments clés de la démarche de l’arrêt *Rose-des-vents* qui s’appliquent, puis préciser les adaptations nécessaires.

[108] La démarche établie dans l’arrêt *Rose-des-vents* comporte trois éléments clés. Premièrement, le point de vue pertinent est celui du parent raisonnable qui doit choisir entre l’école de la minorité linguistique officielle et les écoles de la majorité. Comme l’a souligné la Cour, ce parent raisonnable ne peut pas s’attendre « à ce que tous les aspects de l’expérience éducative soient les “meilleurs possible” » (par. 40). Un parent raisonnable tient compte d’une multitude de facteurs avant d’arrêter son choix sur une école, par exemple la qualité de l’instruction et des installations matérielles (*Rose-des-vents*, par. 39-40). Deuxièmement, l’expérience éducative ne satisfait pas à l’exigence d’équivalence si elle est véritablement inférieure. Cette démarche admet donc certaines variations entre les écoles de la minorité et de la majorité. Troisièmement, il faut comparer les écoles de la minorité avec les écoles de la majorité qui constituent une solution de rechange réaliste pour le parent. La comparaison s’effectue de façon holistique et contextuelle, en appréciant l’ensemble des facteurs que prend en compte un parent dans le choix d’une école. Je rappelle que cette démarche a été élaborée dans un contexte où l’école en question était de taille comparable à celles de la majorité. Qu’en est-il lorsque le contexte est différent en raison de la petite taille des écoles de la minorité?

[109] Je suis d’avis que l’essentiel de la démarche ne nécessite aucune adaptation dans le cas de petites écoles de la minorité linguistique officielle, à l’exception du fait que le parent raisonnable doit tenir compte des particularités inhérentes à la fréquentation d’une petite école. Je m’explique.

[110] First of all, there is no need to adapt the “meaningfully inferior” school concept that was adopted in *Rose-des-vents* (para. 35). Official language minorities are entitled to have their children receive, anywhere in Canada, an educational experience that is substantively equivalent to the experience provided to majority language children. This is based on the principle of equal opportunity. The importance of providing an education of high quality to every child must not be underestimated, as children are “our country’s most important resource, our future” (*Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at p. 718). Section 23 allows all children, regardless of which official language they study in, to have the same opportunities for advancement in society.

[111] I arrive at the same conclusion with regard to the geographical scope of the comparison. The equivalence test must be interpreted in a manner that supports parents in the exercise of their rights. No matter what the size of the school concerned, linguistic minority parents will always have to choose between the minority language school and majority language schools. A comparison must therefore be made between the minority language school, even if it is small, and nearby majority language schools in order to determine whether the educational experience at the minority language school is meaningfully inferior. In this Court, the Province insisted that no comparison can be drawn between a small school and a large majority language school. I disagree. Where a school is not comparable in size to the majority language schools, a reasonable parent must be aware of the inherent characteristics of small schools. If these characteristics are kept in mind, it is quite possible to compare a small school with a larger one.

[112] A reasonable parent who is aware of the inherent characteristics of a small school will take into account the same factors as those listed in *Rose-des-vents* in assessing the quality of a school. These factors include quality of instruction, educational outcomes, quality of facilities, extracurricular activities that are offered, travel times, competence of

[110] Tout d’abord, la notion d’école « véritablement inférieure » adoptée dans l’arrêt *Rose-des-vents* (par. 35) ne requiert aucune adaptation. Les minorités linguistiques officielles sont en droit d’obtenir pour leurs enfants, partout sur le territoire canadien, une expérience éducative réellement équivalente à celle dont jouissent les enfants de la majorité. Cette affirmation s’appuie sur le principe d’égalité des chances. On ne peut sous-estimer l’importance d’offrir une formation de qualité à chaque enfant, lesquels représentent « la ressource la plus importante de notre pays, son avenir » (*Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, p. 718). L’article 23 permet à tous les enfants, peu importe la langue officielle dans laquelle ils étudient, d’avoir les mêmes possibilités d’avancement dans la société.

[111] J’arrive à la même conclusion en ce qui concerne l’étendue géographique de la comparaison. Le critère d’équivalence doit être interprété d’une manière propre à appuyer les parents dans l’exercice de leurs droits. Peu importe la taille de l’école en question, les parents faisant partie des minorités linguistiques seront toujours appelés à choisir entre l’école de la minorité et les écoles de la majorité. Il faut donc comparer l’école de la minorité, même si celle-ci est de petite taille, avec les écoles avoisinantes de la majorité pour déterminer si l’expérience éducative qui y est offerte est véritablement inférieure. Devant notre Cour, la Province a insisté sur le fait qu’il n’était pas possible de comparer une petite école avec une grande école de la majorité. Je suis en désaccord. Dans le contexte d’une école dont la taille n’est pas comparable à celles de la majorité, un parent raisonnable doit être conscient des particularités inhérentes aux petites écoles. En ayant à l’esprit ces particularités, il est tout à fait possible de comparer une petite école avec une école de plus grande taille.

[112] Un parent raisonnable, conscient des particularités inhérentes d’une petite école, tient compte des mêmes facteurs que ceux énumérés dans l’arrêt *Rose-des-vents* pour évaluer la qualité d’une école. Ces facteurs incluent la qualité de l’instruction, les résultats scolaires, la qualité des bâtiments, les activités parascolaires offertes, le temps de déplacement,

the teachers, and cultural opportunities offered to the official language minority (*Rose-des-vents*, at paras. 39-40). They are assessed globally in order to determine whether the educational experience at that school is inferior to the experience provided at the majority language schools.

[113] Where possible, a court should not undertake an analysis that takes into account only one part or one room of a school, or a single aspect of the educational experience. Even the right to instruction alone, which corresponds to the low end of the sliding scale, cannot be entirely severed from the overall educational experience. As was noted in *Mahe*, instruction “must take place somewhere and accordingly the right to ‘instruction’ includes an implicit right to be instructed in facilities” (pp. 369-70). This means that where the number of students in question is not comparable to the numbers at the majority language schools — including where the number of students falls at the low end of the sliding scale — the factors listed in *Rose-des-vents* must be taken into account. In assessing the quality of the educational experience from a program of instruction, for example, the court must not confine itself to an assessment of the quality of instruction and educational outcomes. The quality of the building in which the instruction is provided is also relevant, as are travel times. A parent does not compare each schoolroom or each aspect of the educational experience individually, but assesses the school as a whole.

[114] The inherent characteristics of a small school are neutral considerations in the balancing of the factors used to assess the educational experience. They must not be taken into account in the equation. What these characteristics mean is, in particular, that a parent cannot expect there to be the same number of specialized teachers or the same range of facilities as at a big school. In addition, the size of a small school can sometimes require that multiple grades be combined in individual classes in order to attain a sufficient number of students. These are

la compétence des enseignants et les occasions culturelles offertes à la minorité linguistique officielle (*Rose-des-vents*, par. 39-40). Ces facteurs s’apprécient de façon globale pour déterminer si l’expérience éducative dans cette école est inférieure à celle offerte dans les écoles de la majorité.

[113] Il faut, dans la mesure du possible, éviter de se lancer dans une analyse qui ne tient compte que d’une partie de l’école ou d’une pièce de celle-ci, ou encore d’un seul élément de l’expérience éducative. Même le droit à l’instruction uniquement, qui correspond à la limite inférieure de l’échelle variable, ne peut être totalement dissocié de l’expérience éducative globale. L’instruction, comme on le rappelle dans l’arrêt *Mahe*, « doit avoir lieu quelque part et il s’ensuit que le droit à “l’instruction” comprend un droit implicite d’être instruit dans des établissements » (p. 369-370). En conséquence, lorsque le nombre d’élèves concernés n’est pas comparable à celui des écoles de la majorité — y compris si le nombre d’élèves se situe à la limite inférieure de l’échelle variable — les considérations énumérées dans l’arrêt *Rose-des-vents* doivent être prises en compte. Pour apprécier la qualité de l’expérience éducative d’un programme d’instruction, par exemple, le tribunal ne doit pas se limiter à une appréciation de la qualité de l’instruction et des résultats scolaires. La qualité du bâtiment dans lequel le programme est offert ainsi que le temps de déplacement sont également pertinents. Un parent ne compare pas chaque pièce de l’école ou chaque aspect de l’expérience éducative individuellement, il apprécie l’école dans son ensemble.

[114] Les caractéristiques inhérentes à une petite école constituent des éléments neutres dans la mise en balance des facteurs qui servent à évaluer l’expérience éducative. Elles ne doivent pas être prises en compte dans l’équation. L’existence de ces caractéristiques implique notamment qu’un parent ne peut s’attendre à bénéficier du même nombre d’enseignants spécialisés ou de la même gamme d’installations que dans une grande école. De plus, la petite taille d’une école oblige parfois celle-ci à créer des classes qui combinent les cycles d’études

circumstances that a reasonable parent is prepared to accept if his or her child attends a small school.

[115] I would stress that in a country like Canada where the educational system is adequately funded, parents are entitled to expect an educational experience of high quality regardless of the size of their children's school. For example, a school whose teachers are not properly trained cannot provide a substantively equivalent educational experience. The same is true of a small school whose building is in a state of repair clearly inferior to that of the majority language schools. It is also very hard to imagine how a school that has no gymnasium or outdoor play area for students can provide an educational experience that is substantively equivalent to the experience at majority language schools that do have such facilities. To me, these factors are minimum standards below which an educational experience cannot be said to be substantively equivalent.

[116] In short, the *Rose-des-vents* approach continues to apply where the number of students at a minority language school is comparable to the numbers of students attending nearby majority language schools. Where a minority language school is not comparable in size to nearby majority language schools, a judge must consider whether reasonable parents who are *aware of the inherent characteristics of small schools* would be deterred from sending their children to a school of the official language minority because the educational experience there is meaningfully inferior to the experience at available majority language schools.

[117] In light of these comments, the approach proposed by the Province and adopted by the courts below must be rejected. Relying on what she called a proportionality test rather than on that of substantive equivalence, the trial judge found that where the number of minority language students is not comparable to the numbers of majority language

pour atteindre un niveau d'élèves suffisant. Ce sont des éléments qu'un parent raisonnable est prêt à accepter lorsque son enfant fréquente une petite école.

[115] Je souligne que dans un pays comme le Canada, où le système d'éducation est financé de façon adéquate, les parents sont en droit de s'attendre à une expérience éducative de qualité, et ce, peu importe la taille de l'école que leurs enfants fréquentent. À titre d'exemple, une école dont les enseignants ne sont pas adéquatement formés ne peut offrir une expérience éducative réellement équivalente. Il en est de même pour une petite école dont le bâtiment est dans un état d'entretien nettement inférieur à ceux de la majorité. Il est également très difficile d'imaginer comment une école qui n'a pas de gymnase ou encore d'espace pour permettre aux élèves de jouer à l'extérieur — alors que les écoles de la majorité disposent d'installations ou aménagements de cette nature — peut offrir une expérience éducative réellement équivalente. Ces éléments constituent selon moi des normes minimales en deçà desquelles une expérience éducative ne peut être qualifiée de réellement équivalente.

[116] Bref, la démarche établie dans l'arrêt *Rose-des-vents* continue de s'appliquer lorsque le nombre d'élèves d'une école de la minorité est comparable au nombre d'élèves fréquentant les écoles avoisinantes de la majorité. Dans le contexte des écoles de la minorité dont la taille n'est pas comparable aux écoles avoisinantes de la majorité, les juges doivent se demander si des parents raisonnables, *conscients des particularités inhérentes d'une petite école*, seraient dissuadés d'envoyer leurs enfants dans une école de la minorité linguistique officielle parce que l'expérience éducative qui y est offerte est véritablement inférieure à celle des écoles de la majorité linguistique où ils peuvent les inscrire.

[117] À la lumière de ces indications, l'approche proposée par la Province et adoptée par les juridictions inférieures doit être écartée. En se fondant sur un critère dit de proportionnalité plutôt que sur celui de l'équivalence réelle, la juge de première instance a conclu que, pour évaluer si l'expérience éducative est équivalente lorsque le nombre d'élèves de la

students, the equivalence of the educational experience must be assessed by considering “whether a reasonable rightsholder would find a minority school to be meaningfully disproportionate to the facilities offered to the majority, based on a local comparison of the global educational experience” (trial reasons, at para. 853 (emphasis added)).

[118] The effect of applying this proportionality test is to endorse an educational experience of inferior quality for official language minorities, with the degree of inferiority being determined by the size of the minority language school in comparison with that of the majority language school. Such an outcome is incompatible with the remedial purpose of s. 23. As this Court noted in *Arsenault-Cameron*, the interpretation of s. 23 must be based on “the true purpose of redressing past injustices and providing the official language minority with equal access to high quality education in its own language, in circumstances where community development will be enhanced” (para. 27 (emphasis added)). I am aware that the trial judge did not mean to reduce the assessment of equivalence to a simple mathematical calculation according to which, for example, 100 students attending a minority language school would be entitled to an educational experience whose quality is half that of the experience provided to 200 students at a majority language school. Nevertheless, I do not see how this test could be applied without indeed becoming a simple mathematical calculation. I am especially concerned about what signal the application of such a test would send regarding the quality of the educational experience that must be provided to official language minorities.

[119] In addition, the concept of proportionality rests on the premise that the quality of a school depends primarily on the size of its student body. I cannot subscribe to this premise. There are a great many small majority language schools across the country, and they do not necessarily provide an educational experience that is proportionately inferior in quality to the experience provided by larger schools. Provincial and territorial governments ensure that,

minorité n’est pas comparable à celui de la majorité, il faut se demander [TRADUCTION] « si, de l’avis d’un titulaire de droit raisonnable, l’école de la minorité est de qualité disproportionnellement inférieure aux installations dont dispose la majorité, sur la base d’une comparaison à l’échelle locale de l’expérience éducative globale » (motifs de première instance, par. 853 (je souligne)).

[118] L’application de ce critère de proportionnalité a pour effet de cautionner une expérience éducative de qualité inférieure pour les minorités linguistiques officielles, le niveau d’infériorité étant déterminé par la taille de l’école de la minorité par rapport à celle de la majorité. Un tel résultat va à l’encontre de l’objectif réparateur de l’art. 23. Comme l’a souligné notre Cour dans l’arrêt *Arsenault-Cameron*, l’interprétation de l’art. 23 doit s’appuyer sur « le véritable objectif de cet article qui est de remédier à des injustices passées et d’assurer à la minorité linguistique officielle un accès égal à un enseignement de grande qualité dans sa propre langue, dans des circonstances qui favoriseront le développement de la communauté » (par. 27 (je souligne)). Je suis conscient que la juge de première instance n’entendait pas réduire l’évaluation de l’équivalence à une simple opération mathématique où, par exemple, 100 élèves fréquentant une école de la minorité auraient droit à une expérience éducative dont la qualité serait inférieure de moitié à celle offerte aux 200 élèves d’une école de la majorité. Toutefois, je ne vois pas comment ce critère pourrait être appliqué sans effectivement devenir une simple opération mathématique. Je suis particulièrement préoccupé par le signal qu’enverrait le recours à un tel critère relativement à la qualité de l’expérience éducative qui doit être offerte aux minorités linguistiques officielles.

[119] De plus, le concept de proportionnalité s’appuie sur la prémisse selon laquelle la qualité d’une école est principalement tributaire de la taille de sa population étudiante. Je ne peux souscrire à cette prémisse. Il existe une foule de petites écoles de la majorité à travers le pays et elles n’offrent pas nécessairement une expérience éducative de qualité proportionnellement inférieure à celle offerte par les écoles de taille plus grande. Partout sur leur territoire

throughout their respective territories, all the students for whom they are responsible receive an educational experience that is substantively equivalent regardless of the size of the school they attend.

[120] In the case at bar, I am of the view that all children of rights holders who attend CSF schools or participate in its programs are entitled to an educational experience that is substantively equivalent to the experience of the majority. All communities served by the CSF are therefore entitled to schools or programs of instruction in which the educational experience is substantively equivalent to the experience at nearby majority language schools, and the trial judge's conclusions must be varied to reflect this.

[121] Before applying the principles and clarifications set out above to the facts of this case, I would like to clarify the relationship between the position of a given number of students on the sliding scale and the assessment of the quality of the educational experience on the basis of the substantive equivalence test. I note that the assessment of the quality of the educational experience does not make it possible to change the position of a given number of students on the sliding scale in order to raise or lower the level of services the number warrants. These are two different stages that must be distinguished clearly.

[122] At the first stage, the application of the sliding scale concept makes it possible to establish the required level of services, that is, the range of services which varies from a program of instruction alone to a homogeneous school. The level of services reflects the extent of the control the minority is entitled to have over the provision of instruction. This concept of control clearly illustrates the differences between the levels of the sliding scale. At both homogeneous and heterogeneous schools, instruction is provided in a building that contains, to a greater or lesser extent, specialized facilities. At the high end of the sliding scale, where the official language minority is entitled to a homogeneous school, that minority has control over every aspect of the premises and of the provision of instruction. In the middle

respectif, les gouvernements provinciaux et territoriaux veillent à ce que tous les élèves qui sont sous leur responsabilité aient accès à une expérience éducative réellement équivalente, peu importe la taille de l'école qu'ils fréquentent.

[120] En l'espèce, je suis d'avis que l'ensemble des enfants d'ayants droit qui fréquentent les écoles ou suivent les programmes du CSF ont droit à une expérience éducative réellement équivalente à celle de la majorité. En conséquence, toutes les communautés desservies par le CSF sont en droit d'obtenir des écoles ou des programmes d'instruction offrant une expérience éducative réellement équivalente à celle des écoles avoisinantes de la majorité, et les conclusions de la juge de première instance doivent être modifiées pour en tenir compte.

[121] Avant d'appliquer aux faits de la présente espèce les principes et clarifications exposés précédemment, je tiens à préciser la relation entre la position d'un nombre donné d'élèves sur l'échelle variable et l'évaluation de la qualité de l'expérience éducative en vertu du critère de l'équivalence réelle. Je précise que l'évaluation de la qualité de l'expérience éducative ne permet pas de modifier la position d'un nombre donné d'élèves sur l'échelle variable afin de hausser ou de réduire le niveau de services auquel ce nombre donne droit. Il s'agit de deux étapes différentes qu'il importe de bien distinguer.

[122] Dans un premier temps, l'application du concept de l'échelle variable permet d'établir le niveau de services requis, c'est-à-dire la gamme de services allant du simple programme d'instruction à l'école homogène. Le niveau de services reflète le degré de contrôle sur la prestation de l'instruction auquel la minorité a droit. Cette notion de contrôle permet de bien illustrer la différence entre les niveaux de l'échelle variable. Que ce soit dans une école homogène ou une école hétérogène, l'instruction est offerte dans un bâtiment qui contient, dans une plus ou moins grande mesure, des installations spécialisées. À la limite supérieure de l'échelle variable, où la minorité linguistique officielle a droit à une école homogène, cette minorité linguistique contrôle tous les aspects de l'établissement et de la

of the scale, at a heterogeneous school, for example, the minority has control over the provision of instruction but over only some aspects of the building, and must negotiate access to certain facilities, such as the gymnasium, with the majority.

[123] At the second stage, the analysis based on the substantive equivalence test is applied in order to make a holistic assessment of the quality of the educational experience provided to the official language minority. This analysis does not make it possible to move a given number of students higher or lower on the sliding scale. Rather, its purpose is to determine whether a reasonable parent would be deterred from exercising his or her language rights because the educational experience provided to the minority is meaningfully inferior to the experience provided to the majority. In the case of a homogeneous school, the analysis serves to determine whether the instruction and the facilities over which the minority has control are of sufficient quality. In the case of a heterogeneous school or a program of instruction, it serves to determine whether the instruction over which the minority has *control* and the facilities to which it has *access* are of sufficient quality.

[124] I will now discuss more specifically three schools in respect of which the appellants argue that the trial judge erred in assessing what constitutes an educational experience equivalent to that of the majority. The schools in question are in the communities of Nelson, Chilliwack and Mission. I note that these schools are small in comparison with nearby majority language schools. The quality of the educational experience provided in these schools must, as I mentioned above, be assessed from the perspective of a reasonable parent who is aware of the inherent characteristics of a small school. I will also discuss how the Facility Condition Driver used by the Province to prioritize its capital projects affects the CSF's ability to provide high quality educational services.

[125] The appellants note that the school in Nelson (École des Sentiers-alpins) does not have the facilities needed to offer a middle school enrichment

prestation de l'instruction. Au milieu de l'échelle, à titre d'exemple dans un établissement hétérogène, la minorité contrôle la prestation de l'instruction, mais elle ne contrôle que certains aspects du bâtiment et doit négocier avec la majorité l'accès à certaines installations telles que le gymnase.

[123] Dans un deuxième temps, l'analyse basée sur le critère de l'équivalence réelle permet d'examiner de façon holistique la qualité de l'expérience éducative offerte à la minorité linguistique officielle. Cette analyse ne permet pas de déplacer vers le haut ou vers le bas la position d'un nombre donné d'élèves sur l'échelle variable. Elle vise plutôt à déterminer si un parent raisonnable serait dissuadé d'exercer ses droits linguistiques, parce que l'expérience éducative offerte à la minorité serait véritablement inférieure à celle dont jouit la majorité. Dans le cas d'une école homogène, elle permet de déterminer si l'instruction et les installations que contrôle la minorité sont d'une qualité suffisante. Dans le cas d'une école hétérogène ou d'un programme d'instruction, elle permet de déterminer si l'instruction que *contrôle* la minorité et les installations auxquelles celle-ci a *accès* sont de qualité suffisante.

[124] Je vais maintenant traiter plus particulièrement de trois écoles à l'égard desquelles, soutiennent les appelants, la juge de première instance a fait erreur dans son appréciation de ce qui constitue une expérience éducative équivalente à celle de la majorité. Il s'agit des écoles situées dans les communautés de Nelson, de Chilliwack et de Mission. Je souligne qu'il s'agit de petites écoles par comparaison aux écoles majoritaires avoisinantes. La qualité de l'expérience éducative offerte dans ces écoles doit être évaluée du point de vue du parent raisonnable et conscient des particularités inhérentes d'une petite école, comme il a été précisé précédemment. Je vais également traiter de l'impact qu'a sur la capacité du CSF à offrir des services éducatifs de qualité l'indice d'état des installations utilisé par la Province pour prioriser ses projets d'immobilisation.

[125] Les appelants mentionnent que l'école située à Nelson (école des Sentiers-alpins) ne dispose pas des installations nécessaires pour offrir un

program. It has only one specialized space at its disposal, an art classroom. One of the schools used as comparators, which does, however, have a much higher enrolment, has rooms for woodworking, sewing and cooking classes. The other school used as a comparator has no specialized spaces and does not even have a gymnasium or a library. The trial judge found that, because the facilities of the minority language school in Nelson are superior to those of one of the two comparator schools, the educational experience of the minority language students is equivalent to the experience provided to the majority language students.

[126] I agree. The appellants' complaints are based on the absence of certain specialized workspaces for middle school students. Even on applying the substantive equivalence test and the proper approach I discussed above, I am of the view that a reasonable parent who is aware of the inherent characteristics of small schools would conclude that the absence of rooms for woodworking, sewing and cooking classes does not make the educational experience meaningfully inferior to the experience of students at the majority language schools. The limited number of specialized workspaces is an inherent characteristic of a small school. A reasonable parent would see this limitation as a neutral factor in his or her balancing exercise for the purpose of determining whether the educational experience is substantively equivalent to that of the majority. It is true that there is a nearby majority language school that has such facilities, but it is much larger than the minority language school in question. Moreover, one majority language school that is comparable in size has almost no specialized facilities. Absent arguments other than the lack of certain specialized workspaces, a reasonable parent could not conclude that the minority receives educational services inferior to those of the majority and be deterred as a result from exercising his or her rights under s. 23 of the *Charter*.

[127] The appellants also argue that the educational experience at the school in Chilliwack (École La Vérendrye) is meaningfully inferior to

programme d'éducation intermédiaire enrichie. Elle n'a qu'un espace spécialisé à sa disposition, soit une salle d'art. Une des écoles ayant servi à la comparaison, dont les effectifs sont toutefois nettement supérieurs, possède des ateliers de menuiserie et de couture ainsi qu'une cuisine. L'autre école utilisée pour la comparaison ne possède aucun espace spécialisé et n'a même pas de gymnase ou de bibliothèque. La juge de première instance a conclu que, comme les installations à l'école de la minorité à Nelson sont supérieures à celles d'une des deux écoles de comparaison, l'expérience éducative dont jouissent les élèves de la minorité est équivalente à celle offerte aux élèves de la majorité.

[126] Je souscris à cette conclusion. Les critiques des appelants se fondent sur l'absence de certains ateliers pour les élèves du cycle intermédiaire. Même en appliquant le critère de l'équivalence réelle et la démarche appropriée que j'ai décrite plus tôt, je suis d'avis qu'un parent raisonnable, conscient des particularités inhérentes à une petite école, conclurait que l'absence d'un atelier de menuiserie et de couture, ainsi que le fait qu'il n'y a pas de cuisine ne rendent pas l'expérience éducative véritablement inférieure à celle des écoles de la majorité. Le nombre limité d'ateliers spécialisés est une caractéristique inhérente d'une petite école. Cette limitation serait considérée comme un facteur neutre par un parent raisonnable dans la mise en balance à laquelle il se livre pour déterminer si l'éducation est véritablement équivalente à la majorité. Il est vrai qu'une école avoisinante de la majorité possède de telles installations, mais cette école est beaucoup plus grande que l'école de la minorité en question. De plus, une école de la majorité de taille comparable ne dispose pratiquement d'aucune installation spécialisée. En l'absence d'arguments autres que l'inexistence de certains ateliers spécialisés, un parent raisonnable ne pourrait pas conclure que la minorité reçoit des services éducatifs inférieurs à ceux de la majorité et être ainsi dissuadé d'exercer les droits que lui reconnaît l'art. 23 de la *Charte*.

[127] Les appelants plaident en outre qu'à l'école située à Chilliwack (école La Vérendrye), l'expérience éducative est véritablement inférieure à celle

the experience at nearby majority language schools. First, the French-language school does not have a proper gymnasium, but instead rents one in a community hall. The logistics for getting to the hall are complex and involve a number of steps. In addition, the gymnasium is too small for sports like basketball, and it is so cold in the room that jackets sometimes have to be worn there. The students do not use the gymnasium at the beginning of the week, because they would then have to deal with disorderly premises and the smell of alcohol as a result of community activities held in it on the weekend.

[128] The situation is quite different at the local majority language schools. Each of the local schools used as comparators has a gymnasium owned by the English-language school board. In almost every case, the gymnasium is located inside the school building, with the exception of one school where the gymnasium is in a separate building but is accessible by a covered walkway. As well, the gymnasiums at the local majority language schools are larger. Their average size is 390 square metres, whereas the one used by students of the French-language school is 280 square metres.

[129] Second, the appellants complain about the quality of the library. The French-language school in Chilliwack does not have a real library. Books are instead stored in a portable classroom. Moving between the classrooms and the library is difficult. Owing to a lack of space, part of the library is also used to store sports equipment. A comparison between this library and those of the local majority language schools shows that the latter libraries are larger, with the exception of two that are smaller.

[130] The location of the school, the lack of space and the quality of the infrastructures also present problems. The school is in a rural area on the outskirts of Chilliwack. It is located on a busy industrial road with frequent and noisy heavy vehicle traffic,

des écoles avoisinantes de la majorité. Premièrement, l'école francophone ne dispose pas d'un gymnase adéquat, mais elle en loue plutôt un situé dans une salle communautaire. La logistique nécessaire pour s'y rendre est complexe et comporte plusieurs étapes. De surcroît, le gymnase en question est trop petit pour des sports comme le basketball, et la température ambiante dans celui-ci est telle qu'il est parfois nécessaire d'y porter un manteau. Les élèves n'utilisent pas le gymnase en début de semaine, car cela exigerait qu'ils composent avec des lieux en désordre et une odeur d'alcool en raison des activités communautaires qui s'y sont déroulées durant la fin de semaine.

[128] La situation est tout autre dans les écoles locales de la majorité. En effet, toutes les écoles locales ayant servi à la comparaison disposent d'un gymnase qui est la propriété du conseil scolaire anglophone. Dans pratiquement tous les cas, le gymnase se trouve dans l'immeuble abritant l'école, à l'exception d'une école dont le gymnase est situé dans un immeuble séparé, mais auquel on peut accéder par un passage couvert. De plus, les gymnases des écoles locales de la majorité sont plus grands. Ils mesurent en moyenne 390 mètres carrés, alors que celui utilisé par les élèves de l'école francophone a une superficie de 280 mètres carrés.

[129] Deuxièmement, les appelants se plaignent de la qualité de la bibliothèque. L'école francophone de Chilliwack ne dispose pas d'une véritable bibliothèque, les livres sont plutôt entreposés dans une salle de classe mobile. Les déplacements entre les salles de cours et la bibliothèque sont difficiles. De plus, en raison du manque d'espace, une partie de la bibliothèque est utilisée pour entreposer des équipements sportifs. La comparaison entre cette bibliothèque et celles des écoles locales de la majorité montre que ces dernières sont plus grandes, sauf deux qui sont plus petites.

[130] L'emplacement de l'école, le manque d'espace ainsi que la qualité des infrastructures posent également problème. L'école se trouve en périphérie de Chilliwack, en milieu rural. Elle est située le long d'une route industrielle achalandée, où circulent de

and is also surrounded by agricultural land on which activities causing strong, unpleasant odours take place. As the trial judge acknowledged, the fact that the school is not centrally located in the community means that it is not easily accessible to all of the area's students, and also limits its ability to serve as a gathering place for the French-speaking community.

[131] In addition, the quality of the building is greatly inferior to that of the nearby schools because of its age and its state of disrepair. The trial judge also noted that almost all of the students use school transportation and that the average ride time is twice as long as that of students attending the comparator schools. Despite the high proportion of minority language students who depend on school transportation, the buses are unable to use the school's parking lot because of its small size.

[132] The trial judge weighed these disadvantages against the advantages of this school, noting that it provides services of high quality in French and that its classes are smaller than those of the schools with which it was compared. For example, the average kindergarten class has 14 students, whereas those of the majority language schools have 20. She also noted that the school offers a technological environment of superior quality.

[133] After balancing all of these factors, the trial judge concluded that the rights holders receive more than what they are entitled to on the basis of the number of students in question. In my view, this outcome illustrates the shortcomings of reasoning based on a proportional approach. For instance, the trial judge noted that if the size of the minority language school's parking lot is assessed in proportion to the number of its students, it can be seen that this school has more parking spaces than any of the majority language schools used as comparators. With respect, this conclusion is puzzling given that this otherwise favourable proportion does not alter the fact that the buses that almost all the minority language students

nombreux poids lourds bruyants, en plus d'être entourée de terres agricoles dont les activités génèrent de fortes odeurs désagréables. Comme l'a reconnu la juge de première instance, le fait que l'école n'est pas située dans le centre de la communauté fait en sorte qu'elle n'est pas facile d'accès pour tous les élèves de la région, en plus de limiter sa capacité de servir comme centre de rencontre pour la communauté francophone.

[131] En outre, la qualité de l'immeuble est bien inférieure à celle des écoles avoisinantes en raison de son âge et de son état de vétusté. La juge a également noté que la quasi-totalité des élèves utilisent le transport scolaire et que la durée du trajet est en moyenne deux fois plus longue que celle des élèves qui fréquentent les écoles de comparaison. Malgré la forte proportion d'élèves de la minorité qui dépendent du transport scolaire, les autobus ne peuvent utiliser le stationnement de l'école en raison de sa taille restreinte.

[132] La juge de première instance a soupesé ces inconvénients et les avantages de cette école, notant qu'elle offre des services en français de grande qualité et que le nombre d'élèves par classe est inférieur à celui observé dans les écoles auxquelles elle a été comparée. À titre d'exemple, la classe de maternelle compte en moyenne 14 élèves, alors que celles des écoles de la majorité en compte 20. Elle a également souligné que cette école offre un environnement technologique de qualité supérieure.

[133] Après avoir mis en balance l'ensemble de ces facteurs, la juge a conclu que les ayants droit reçoivent plus que ce à quoi ils ont droit étant donné le nombre d'élèves concernés. À mon sens, ce résultat illustre les failles d'un raisonnement fondé sur une approche proportionnelle. À titre d'exemple, la juge note que, si on évalue la superficie du stationnement de l'école de la minorité en proportion du nombre de ses élèves, on constate que cette école dispose de plus d'espaces de stationnement que toutes les écoles de la majorité servant d'éléments de comparaison. Avec égards, cette conclusion laisse perplexe puisque cette proportion par ailleurs favorable ne change rien au fait que les autobus, qui doivent utiliser presque tous

must use to travel to the school are unable to enter the parking lot. Similarly, the trial judge found that the gymnasium and the library are larger than the corresponding facilities of most of the majority language schools if they are analyzed on a proportional basis. The effect of the application of this proportionality-based approach is to turn a gymnasium where most sports cannot be played and a library set up in a cramped portable classroom into facilities that are considered to be of sufficient quality.

[134] My view is instead that a balancing of the advantages and disadvantages of the French-language school in Chilliwack shows that the quality of the educational experience provided there is meaningfully inferior to that of the experience at the majority's schools. A reasonable parent, even one who is aware of the inherent characteristics of small schools, would likely be deterred from enrolling his or her child at this school. The children of rights holders in Chilliwack do not receive an educational experience of the quality guaranteed to them by s. 23 of the *Charter*.

[135] The appellants also maintain that the school in Mission (École des Deux-rives) provides an educational experience that is inferior to the experience provided in the majority language schools. The problem that requires our intervention with respect to the school in Mission differs from the one relating to the school in Chilliwack. The trial judge found that the gymnasium used by the students of École des Deux-rives is deficient in several ways. It is half the size of the gymnasiums at the nearby majority language schools. Its size is 166 square metres, whereas that of the comparator schools' gymnasiums is 373 square metres. Even if the small class sizes at École des Deux-rives are taken into account, this school's gymnasium "underperforms [that of] every majority school", which "makes it difficult to deliver core physical education services", particularly for older students (trial reasons, at paras. 4957-58). The gymnasium is so cramped that physical education periods must be divided up among students in the same class. And when they do have access to the gymnasium, students must restrain their movements

les élèves de la minorité pour se rendre à l'école, ne peuvent accéder au stationnement. De même, la juge conclut que le gymnase et la bibliothèque sont d'une superficie supérieure à la plupart des installations correspondantes des écoles de la majorité si on les analyse de façon proportionnelle. L'application de cette approche proportionnelle a pour effet de faire d'un gymnase où il n'est pas possible de pratiquer la plupart des sports et d'une bibliothèque aménagée dans une salle de classe mobile exiguë des installations jugées de qualité suffisante.

[134] Je suis plutôt d'avis que la mise en balance des avantages et des inconvénients de l'école francophone de Chilliwack démontre que l'expérience éducative qui y est offerte est d'une qualité véritablement inférieure à celles des écoles de la majorité. Un parent raisonnable, même conscient des particularités inhérentes aux petites écoles, serait vraisemblablement dissuadé d'inscrire son enfant dans cette école. À Chilliwack, les enfants des ayants droit ne reçoivent pas la qualité d'expérience éducative qui est garantie à ces derniers par l'art. 23 de la *Charte*.

[135] Les appelants estiment également que l'école située à Mission (école des Deux-rives) offre une expérience éducative inférieure à celles des écoles de la majorité. Le problème qui requiert notre intervention pour ce qui est de l'école de Mission est différent de celui concernant l'école de Chilliwack. Selon les conclusions de la juge de première instance, le gymnase qu'utilisent les élèves de l'école des Deux-rives présente de nombreuses lacunes. Celui-ci est deux fois plus petit que les gymnases des écoles avoisinantes de la majorité. Sa superficie est de 166 mètres carrés alors que celle des gymnases des écoles de comparaison est de 373 mètres carrés. Même en tenant compte de la taille réduite des groupes à l'école des Deux-rives, le gymnase de cette école [TRADUCTION] « est inférieur à celui de toutes les écoles de la majorité », ce qui « rend difficile la prestation de services d'éducation physique de base », particulièrement dans le cas des élèves plus âgés (motifs de première instance, par. 4957-4958). En raison de l'exiguïté du gymnase, les élèves d'une même classe sont contraints de se partager la période

for safety reasons, which limits the attainment of learning outcomes.

[136] The trial judge did not answer the question whether this constitutes an infringement of s. 23, however. She noted that it is instead necessary to assess the educational experience that is provided from a global perspective, as opposed to analyzing a single aspect of that experience. She “assume[d], without deciding, that a substandard physical education experience is sufficient to ground a breach of s. 23” (para. 4963). The trial judge also stated that one factor that had materially contributed to the infringement of s. 23 with respect to the minority language school in Mission — an infringement that was found to be justified under s. 1, however — was the Facility Condition Driver used by the Province to prioritize the funding of capital projects, because it does not take students’ pedagogical needs into account (trial reasons, at paras. 4990 and 5003; C.A. reasons, at paras. 246 and 253). The Facility Condition Driver takes only the life cycle of buildings into account, and is not concerned with a building’s ability to meet students’ pedagogical needs. The appellants submit that the Facility Condition Driver prevents them from providing an education that is substantively equivalent in Mission.

[137] The Court of Appeal upheld the trial judge’s decision and added that there was no infringement of s. 23, because the appellants had not introduced sufficient evidence to enable the trial judge to assess the global educational experience. The Court of Appeal also concluded that the evidence concerning the Facility Condition Driver was insufficient to support a finding that there was an infringement.

[138] The situation in Mission is concerning. The physical education classes provided at École des Deux-rives are far from ideal. Unfortunately, as the Court of Appeal observed, the evidence that was adduced is insufficient for the purpose of making the holistic assessment required by the test I discussed above of a reasonable parent who is aware of the inherent characteristics of a small school. I also note

d’éducation physique. De plus, lorsqu’ils ont accès au gymnase, les élèves doivent limiter leurs mouvements pour des raisons de sécurité, situation qui limite l’atteinte des objectifs d’apprentissage.

[136] La juge n’a toutefois pas tranché la question de savoir si cela constituait une violation de l’art. 23. Elle a noté qu’il faut plutôt évaluer l’éducation offerte de façon globale, et non analyser un seul aspect de cette expérience éducative. La juge de première instance a [TRADUCTION] « suppos[é], sans en décider, qu’une expérience de qualité inférieure en éducation physique suffit pour établir une violation de l’art. 23 » (par. 4963). Elle a également affirmé qu’un facteur qui a contribué de façon appréciable à la violation de l’art. 23 en ce qui concerne l’école de la minorité à Mission — violation qui a toutefois été jugée justifiée au regard de l’article premier — est l’indice d’état des installations utilisé par la Province pour prioriser le financement de projets d’immobilisation, car il ne prend pas en compte les besoins pédagogiques des élèves (motifs de première instance, par. 4990 et 5003; motifs de la C.A., par. 246 et 253). Ce mécanisme ne tient compte que du cycle de vie des immeubles. Il ne tient pas compte de la capacité des immeubles à répondre aux besoins pédagogiques des élèves. Les appelants soutiennent que cet indice ne leur permet pas d’offrir une éducation réellement équivalente à Mission.

[137] La Cour d’appel a confirmé cette décision et ajouté qu’il n’y avait pas de violation de l’art. 23, puisque les appelants n’avaient pas fourni une preuve suffisante pour permettre à la juge de première instance d’évaluer l’expérience éducative globale. La Cour d’appel a également conclu que la preuve concernant l’indice d’état des installations était insuffisante pour conclure à une violation.

[138] La situation à Mission est préoccupante. L’éducation physique qui est offerte à l’école des Deux-rives est loin d’être idéale. Malheureusement, comme l’a souligné la Cour d’appel, la preuve soumise est insuffisante pour effectuer l’examen holistique que commande le critère du parent raisonnable et conscient des particularités inhérentes d’une petite école que j’ai décrit précédemment. Je note en outre

that the evidence that was presented concerning the impact of the Facility Condition Driver is limited. I therefore conclude, reluctantly once again given the delays that have already occurred in this entire case, that the question of the quality of the educational experience in Mission and the impact of the Facility Condition Driver on this situation must be remanded to the court of original jurisdiction to be reassessed on the basis of the principles set out in these reasons.

C. *Does Compelling a School Board to Prioritize Its Capital Projects Infringe Section 23?*

[139] The appellants contend that the Province may not, as a solution for clear infringements of s. 23 of the *Charter*, compel the CSF to prioritize the capital projects the latter submits. This prioritization obliges the CSF to accept that some infringements of s. 23 will persist longer than others. The Province counters that the government has a limited budget and that it is up not to the Province but to the CSF to prioritize projects in exercising its right of management. In the current situation, the Province would have to be a sort of mind reader when it comes to the CSF's projects. I agree with the Province on this point.

[140] In my view, the prioritization required by the Province does not infringe the right of management guaranteed by s. 23 of the *Charter*. On the contrary, the Province is furthering the exercise of that right in asking the CSF to indicate where funds should be invested on a priority basis.

[141] The real question instead relates to the time-frame for a remedy. In other words, the appellants are asking this: How much time does the Province have to remedy the infringements of s. 23? This will have to be addressed on a case-by-case basis. The Province's ability to pay and the CSF's ability to manage multiple projects will have to be taken into account.

[142] The infringements must nonetheless be remedied in a timely fashion. This requirement is

que la preuve présentée au sujet de l'impact de l'indice d'état des installations est limitée. C'est donc une fois de plus avec réticence, au vu des délais déjà occasionnés dans toute cette affaire, que j'estime nécessaire de renvoyer la question de la qualité de l'expérience éducative à Mission et de l'impact de l'indice d'état des installations sur cette situation au tribunal de première instance pour qu'il la réexamine à la lumière des enseignements du présent arrêt.

C. *Le fait d'obliger un conseil scolaire à prioriser ses projets d'immobilisation constitue-t-il une violation de l'art. 23?*

[139] Les appelants estiment que la Province ne peut, comme solution à des violations claires de l'art. 23 de la *Charte*, obliger le CSF à prioriser les projets d'immobilisation qu'il soumet. Cette priorisation force le CSF à accepter que certaines violations de l'art. 23 durent plus longtemps que d'autres. La Province répond que le gouvernement dispose de ressources budgétaires limitées et que c'est non pas à elle mais bien plutôt au CSF, dans l'exercice de son droit de gestion, qu'il revient de prioriser les projets. Dans la situation actuelle, la Province serait en quelque sorte appelée à agir en devin à l'égard des projets du CSF. J'estime que la Province a raison sur ce point.

[140] Je suis d'avis que la priorisation exigée par la Province ne porte pas atteinte au droit de gestion garanti par l'art. 23 de la *Charte*. Au contraire, la Province favorise l'exercice de ce droit de gestion en demandant au CSF d'indiquer où doivent être investis les fonds de façon prioritaire.

[141] La véritable question a plutôt trait au délai de réparation. En d'autres mots, les appelants demandent ceci : quel est le délai dont dispose la Province pour réparer les violations de l'art. 23? Chaque réparation est un cas d'espèce. La capacité de payer de la Province et celle du CSF de gérer de multiples projets devront être prises en compte.

[142] La réparation doit néanmoins être apportée dans un délai utile. Cette exigence va de pair avec

in keeping with the unique and distinct nature of s. 23. Section 23 rights are particularly vulnerable to foot-dragging by public authorities because of the “numbers warrant” requirement in that section. The force of assimilation is such that the number of children of rights holders could fall irreversibly below the number needed to warrant the provision of services in a linguistic minority community while the authorities delay fulfilling their constitutional obligations (*Doucet-Boudreau*, at para. 29). As this Court recently noted, “there is a critical need both for vigilant implementation of s. 23 rights, and for timely compliance in remedying violations” (*Rose-des-vents*, at para. 28).

D. How Is an Infringement of Section 23 Assessed Under Section 1?

[143] This Court has held that it is possible to justify a limit on s. 23 language rights under s. 1 of the *Charter* (*Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208, at para. 37; *Rose-des-vents*, at para. 49; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 772-73). Where an infringement of s. 23 is established, a court must therefore take the approach established in *Oakes* for determining whether the infringement of a *Charter* right can be justified in a free and democratic society. This Court has never yet determined that an infringement of s. 23 was justified under s. 1.

[144] In the instant case, the British Columbia Supreme Court, whose judgment was affirmed by the Court of Appeal, was of the view that the fair and rational allocation of public funds is a pressing and substantial objective that can justify an infringement of s. 23 in accordance with the *Oakes* test. Both of the courts below also held that assimilation is not a significant deleterious effect of the infringing measure, because minority language schools can only slow the inevitable process of assimilation in British Columbia. As well, the courts below found that the savings resulting from an infringement of

le caractère unique et distinct de l’art. 23. Les droits énoncés à cet article sont particulièrement vulnérables aux tergiversations des autorités publiques en raison de la « justification par le nombre » qu’exige la disposition. Confronté à la puissance de l’assimilation, le nombre d’enfants d’ayants droit nécessaire pour justifier la prestation de services dans une communauté minoritaire risque de s’éroder irrémédiablement pendant que les autorités tardent à s’acquitter de leurs obligations constitutionnelles (*Doucet-Boudreau*, par. 29). Comme l’a récemment souligné notre Cour, « il est essentiel de veiller à mettre en œuvre avec vigilance les droits reconnus par l’art. 23 et de remédier à temps aux violations » (*Rose-des-vents*, par. 28).

D. Comment une violation de l’art. 23 s’apprécie-t-elle au regard de l’article premier?

[143] Notre Cour a statué qu’il est possible de justifier une limitation des droits linguistiques garantis par l’art. 23 en vertu de l’article premier de la *Charte* (*Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208, par. 37; *Rose-des-vents*, par. 49; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 772-773). En conséquence, lorsqu’une violation de l’art. 23 est établie, les tribunaux doivent suivre la démarche qui a été établie dans l’arrêt *Oakes* pour déterminer si la violation d’un droit garanti par la *Charte* peut se justifier dans une société libre et démocratique. Jusqu’à maintenant, la Cour n’a jamais jugé qu’une violation de l’art. 23 était justifiée au regard de l’article premier.

[144] En l’espèce, la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dont le jugement a été confirmé par la Cour d’appel, a considéré que l’affectation juste et rationnelle des fonds publics constitue un objectif urgent et réel permettant de justifier une violation de l’art. 23 au sens de l’arrêt *Oakes*. De plus, les deux juridictions inférieures ont statué que l’assimilation ne constitue pas un effet préjudiciable important de la mesure attentatoire, car les écoles de la minorité ne peuvent que ralentir l’inexorable phénomène d’assimilation en Colombie-Britannique. Elles ont également conclu que les économies résultant d’une

s. 23 can be considered a salutary effect of the infringing measure. This analytical framework was applied to all the infringements of s. 23 alleged by the appellants, and it served to justify a number of those infringements. It is therefore necessary to clarify the applicable framework for determining whether an infringement of s. 23 is justified, as well as the role of financial considerations and linguistic assimilation in this framework.

[145] It will be helpful at this point to reiterate the criteria from *Oakes* before applying them in the specific context of s. 23. *Oakes* requires that two criteria be met in order to justify an infringing measure. First, the objective of the measure must be an important one. More specifically, the measure must “relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important” (pp. 138-39). This Court stated that such a standard must be high in order to ensure “that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection” (p. 138).

[146] Second, once the importance of the objective is established, the party seeking to justify the infringement must show that the means chosen to attain the objective are reasonable. This second stage involves the application of a proportionality test that has three branches: (1) the measure must be rationally connected to the objective, (2) the means chosen should impair the right or freedom in question as little as possible, and (3) there must be a proportionality between the effects of the measure that is responsible for limiting the right or freedom and the objective that has been identified as important.

[147] In my opinion, three factors weigh in favour of applying a particularly stringent standard for justifying an infringement of the right to minority language instruction. First, the framers of the *Charter* imposed positive obligations on the provincial and territorial governments in s. 23. Under s. 23, governments must provide public funding for minority

violation de l’art. 23 peuvent être considérées comme un effet bénéfique de la mesure attentatoire. Ce cadre d’analyse a été appliqué à l’ensemble des violations de l’art. 23 alléguées par les appelants et il a servi à justifier plusieurs de ces violations. Il est donc nécessaire d’apporter des précisions sur le cadre applicable pour décider si une violation de l’art. 23 est justifiée, ainsi que sur le rôle des considérations financières et du phénomène de l’assimilation linguistique dans ce cadre d’analyse.

[145] Il n’est pas inutile ici de rappeler les critères énoncés dans l’arrêt *Oakes* avant de les appliquer dans le contexte spécifique de l’art. 23. Conformément à cet arrêt, il faut satisfaire à deux critères pour justifier une mesure attentatoire. Premièrement, l’objectif visé par cette mesure doit être important. De façon plus précise, il faut que l’objectif « se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu’on puisse le qualifier de suffisamment important » (p. 139). Notre Cour a précisé qu’une telle norme doit être sévère pour « que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l’essence même d’une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l’article premier » (p. 138-139).

[146] Deuxièmement, une fois l’importance de l’objectif établie, la partie qui entend justifier la mesure attentatoire doit démontrer que les moyens choisis pour réaliser l’objectif sont raisonnables. Cette deuxième étape implique l’application d’un critère de proportionnalité. Ce critère comporte trois éléments : (1) la mesure doit avoir un lien rationnel avec l’objectif visé; (2) le moyen choisi doit porter atteinte le moins possible au droit ou à la liberté en question; (3) il doit y avoir proportionnalité entre les effets de la mesure restreignant le droit ou la liberté et l’objectif désigné comme important.

[147] À mon avis, trois facteurs militent en faveur de l’application d’une norme particulièrement sévère en matière de justification d’une violation du droit à l’instruction dans la langue de la minorité. Premièrement, en adoptant l’art. 23, les rédacteurs de la *Charte* ont imposé des obligations positives aux gouvernements provinciaux et territoriaux. En

language instruction where the number of children so warrants. They must fulfill these obligations in a timely fashion in order to avoid the likelihood of assimilation and of a loss of rights (*Doucet-Boudreau*, at para. 29; *Rose-des-vents*, at para. 28). The adoption of a flexible approach to the justification of an infringement of s. 23 could jeopardize the section's remedial purpose, the importance of which I explained above.

[148] Second, s. 23 is not subject to the notwithstanding clause in s. 33 of the *Charter*. The decision in this regard reflects the importance attached to this right by the framers of the *Charter* as well as their intention that intrusions on it be strictly circumscribed. In *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3, which concerned the right to vote of Canadians residing abroad, I reiterated McLachlin C.J.'s statement in *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519, that the framers had signalled the special importance of that right by excluding it from the scope of the notwithstanding clause. I added that, because of this exemption, any intrusions on the right are to be reviewed on the basis of a stringent justification standard (*Frank*, at para. 25; *Sauvé*, at paras. 11 and 14). This also applies in the context of s. 23.

[149] What s. 23 does is to protect an official language minority from the effects of decisions of the majority in the area of education by granting the minority a certain autonomy in relation to its education system. The history of the relationship between the majority and the minority in this area shows that the minority's interests are not well served if it does not have some control over the management and funding of its schools. By excluding s. 23 from the scope of the notwithstanding clause, the framers of the *Charter* sought to prevent the majority from being able to shirk its constitutional obligations and thus avert a return to the time when the minority was unable to develop in its own language and culture.

vertu de l'art. 23, les gouvernements doivent financer l'instruction dans la langue de la minorité sur le Trésor public lorsque le nombre d'enfants le justifie. Ils doivent satisfaire à ces obligations en temps utile pour prévenir les risques d'assimilation et de perte des droits (*Doucet-Boudreau*, par. 29; *Rose-des-vents*, par. 28). L'adoption d'une approche souple relativement à la justification d'une violation de l'art. 23 risque de mettre en péril l'objectif réparateur de cet article, dont l'importance a été expliquée précédemment.

[148] Deuxièmement, l'art. 23 n'est pas visé par la clause de dérogation prévue à l'art. 33 de la *Charte*. Cette décision témoigne de l'importance accordée à ce droit par les rédacteurs de la *Charte* et de leur intention d'encadrer de façon stricte les dérogations à celui-ci. Dans l'arrêt *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3, qui portait sur le droit de vote des Canadiens et des Canadiennes résidant à l'étranger, j'ai réitéré les propos formulés par la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519, selon lesquels en excluant le droit de vote du champ d'application de la clause de dérogation, les constituants ont souligné l'importance privilégiée de ce droit. J'ai ajouté qu'en raison de cette exclusion, toute dérogation à ce droit doit être examinée en fonction d'une norme sévère en matière de justification (*Frank*, par. 25; *Sauvé*, par. 11 et 14). Ces propos s'appliquent également dans le contexte de l'art. 23.

[149] Effectivement, l'art. 23 protège les minorités linguistiques officielles contre les effets des décisions de la majorité en matière d'éducation en leur permettant de jouir d'une certaine autonomie sur leur système d'éducation. L'historique des relations entre la majorité et la minorité en matière d'éducation démontre que les intérêts de la minorité ne sont pas bien servis lorsque celle-ci n'exerce pas un certain degré de contrôle sur la gestion de ses écoles et de leur financement. En écartant l'art. 23 du champ d'application de la clause de dérogation, les rédacteurs de la *Charte* ont voulu éviter que la majorité puisse se soustraire à ses obligations constitutionnelles et que renaisse ainsi l'époque où la minorité ne pouvait s'épanouir dans sa langue et sa culture.

[150] Third, s. 23 has an internal limit, the numbers warrant requirement, according to which the exercise of the right for which the section provides will be warranted if there are a sufficient number of children, that is, of students. In adopting this limit, the framers sought to take account of practical considerations, including cost and pedagogical needs, related to the number of students who might benefit from the right in question. Where s. 23 is found to have been infringed, the government concerned will often advance a financial argument to justify the infringement. In such a case, the s. 1 analysis will then in some respects duplicate the numbers warrant analysis the court has already completed, because if there are enough students in a given case to exceed the numbers warrant threshold, the court will already have balanced the considerations related to cost and pedagogical needs in the first analysis. Balancing them again in the s. 1 analysis should normally lead to the same result. It would make no sense if considerations that justify the exercise of the right at one stage could also justify its infringement at a second stage. For an infringement of s. 23 to be justified under s. 1, it must not therefore be supported by considerations that have been taken into account at the numbers warrant stage.

[151] For the foregoing reasons, I am of the view that s. 23 is one of the *Charter* provisions whose infringement is especially difficult to justify. I conclude that any intrusions on s. 23 must therefore be analyzed and justified on the basis of a very stringent standard.

[152] That being said, the Court must determine whether the fair and rational allocation of limited public funds can be a pressing and substantial objective in the s. 23 context. The courts below relied mainly on *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, to hold that this objective is pressing and substantial. But as this Court has pointed out, “[t]o the extent that the objective of the law was to cut costs, that objective is suspect as a pressing and substantial objective under the authority in *N.A.P.E.*” (*Health Services and*

[150] Troisièmement, l’art. 23 comporte une limite interne, la justification par le nombre, qui exige l’existence d’un nombre suffisant d’enfants, c’est-à-dire d’élèves, pour justifier l’exercice du droit qu’il accorde. En adoptant cette limite, les constituants ont voulu tenir compte de considérations d’ordre pratique — notamment des coûts et des besoins pédagogiques — liées au nombre d’élèves qui peuvent bénéficier du droit reconnu. Lorsqu’une violation de l’art. 23 est constatée, l’argument invoqué par les gouvernements pour la justifier est souvent d’ordre financier. Dans de tels cas, l’analyse fondée sur l’article premier fait alors double emploi à certains égards avec l’analyse de la justification par le nombre qu’a déjà réalisée le tribunal. En effet, si dans un cas donné le nombre d’élèves atteint le seuil justificatif, les considérations liées aux coûts et aux besoins pédagogiques ont déjà été mises en balance dans la première analyse. Les mettre à nouveau en balance dans l’analyse fondée sur l’article premier devrait normalement mener au même résultat. Il serait illogique que des considérations qui justifient dans un premier temps l’exercice du droit puissent dans un second temps justifier la violation de celui-ci. Pour qu’une violation de l’art. 23 puisse être justifiée au regard de l’article premier, la justification ne doit donc pas s’appuyer sur des considérations qui ont été prises en compte à l’étape de la justification par le nombre.

[151] Pour les raisons qui précèdent, je suis d’avis que l’art. 23 fait partie des dispositions de la *Charte* dont la violation est particulièrement difficile à justifier. Je conclus que toute dérogation à l’art. 23 doit donc être analysée et justifiée en vertu d’une norme des plus sévère.

[152] Cela dit, la Cour doit décider si l’affectation juste et rationnelle de fonds publics limités peut constituer un objectif urgent et réel dans le contexte de l’art. 23. Les juridictions inférieures se sont principalement appuyées sur l’arrêt *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381, pour confirmer le caractère urgent et réel de cet objectif. Comme l’a souligné notre Cour, « [d]ans la mesure où l’objectif de la loi est de réduire les coûts, cet objectif demeure sujet à caution en tant qu’objectif urgent et réel selon *N.A.P.E.* » (*Health Services*

Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 147). In this context, the courts must therefore display strong scepticism in determining whether the objective is pressing and substantial (*Health Services*, at para. 147, quoting *N.A.P.E.*, at para. 72).

[153] In my view, the courts below erred in ruling that “the fair and rational allocation of limited public funds” is a pressing and substantial objective in the case at bar. Public funds are limited by definition. Every government allocates its funds among its various programs on the basis of certain scales, and as fairly as possible. If merely adding the words “fair and rational” to the word “allocation” sufficed to transform the allocation of public funds into a pressing and substantial objective, it would be disconcertingly easy for any government to intrude on fundamental rights. I cannot accept such a result. The fair and rational allocation of limited public funds represents the daily business of government. The mission of a government is to manage a limited budget in order to address needs that are, for their part, unlimited. This is not a pressing and substantial objective that can justify an infringement of rights and freedoms. Treating this role as such an objective would lead society down a slippery slope and would risk watering down the scope of the *Charter*. I would add that, from a practical standpoint, the appropriateness of such an objective would be nearly impossible to verify.

[154] Given my conclusions on the existence of a pressing and substantial objective, it will not be necessary to consider the proportionality test, and in particular the rational connection and minimal impairment branches. However, I will offer some comments on proportionality between the effects of the measure that is responsible for limiting the right and the objective that has been identified as important.

[155] Regarding the proportionality stage, the trial judge did not consider the high rate of assimilation of

and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 147). Ainsi, dans un tel contexte, les tribunaux doivent faire preuve d’un grand scepticisme dans l’examen de la justification du caractère urgent et réel de l’objectif (*Health Services*, par. 147, citant *N.A.P.E.*, par. 72).

[153] À mon avis, les juridictions inférieures ont commis une erreur en statuant que [TRADUCTION] « l’affectation juste et rationnelle de fonds publics limités » constitue en l’espèce un objectif urgent et réel. Par définition, les fonds publics sont limités. Tout gouvernement affecte ses fonds entre ses divers programmes, et ce, selon certains barèmes et de la façon la plus équitable possible. Si le simple fait d’accoler les mots « juste et rationnelle » au mot « affectation » permettait de faire de l’affectation de fonds publics un objectif urgent et réel, il serait alors loisible à tout gouvernement de déroger aux droits fondamentaux avec une aisance déconcertante. Je ne peux accepter un tel résultat. L’affectation juste et rationnelle de fonds publics limités constitue le travail quotidien d’un gouvernement. La mission de l’État consiste à gérer des ressources budgétaires limitées pour répondre à des besoins qui eux sont tout sauf limités. Nous ne sommes pas en présence ici d’un objectif urgent et réel qui permet de justifier une violation des droits et libertés. Assimiler ce rôle à un tel objectif entraînerait la société sur une pente glissante et risquerait d’atténuer la portée de la *Charte*. J’ajouterais que, d’un point de vue pratique, la justesse d’un tel objectif serait presque impossible à vérifier.

[154] Vu mes conclusions sur l’existence d’un objectif urgent et réel, il n’est pas nécessaire de traiter de l’étape du critère de proportionnalité, notamment des éléments du lien rationnel et de l’atteinte minimale. Je propose toutefois quelques commentaires sur la proportionnalité entre les effets de la mesure restreignant le droit et l’objectif désigné comme important.

[155] À l’étape de la proportionnalité, la juge de première instance n’a pas considéré le fort taux

French-speaking students to be a particularly strong deleterious factor. She justified this conclusion by stating that the evidence showed that the rate of assimilation of French speakers is high in the province and that the number of schools of the official language minority does not have a significant impact on this.

[156] Yet it is clearly recognized that one of the purposes of s. 23 is to counter the assimilation of official language minority communities. In light of this purpose, it defies logic to suggest that the high rate of assimilation of French speakers in British Columbia is a deleterious effect that is not particularly strong. On the contrary, it is my view that such evidence attests to that community's linguistic fragility, to its vulnerability. This means that it is necessary to be all the more careful in reviewing any infringement of s. 23 and to take assimilation fully into account as a deleterious effect when the right under that section is infringed.

[157] I am therefore of the opinion that the purpose of s. 23 is not only to ensure the sustainability of the country's linguistic communities, which is a concern focused on the future, but also to make it possible for those communities to develop in their own language and culture, a concern focused on the present. In this sense, even though the evidence before the trial court shows that s. 23 has not been able to counter, or even slow, the process of assimilation in British Columbia, the fact remains that French-speaking citizens in that province have a right to achieve fulfillment in their own language in everyday life. The context in which the right to minority language instruction is exercised in that province may be a difficult one, but under no circumstances should this interfere with the exercise of that right.

[158] I would add that, in analyzing the justification for an infringement of the right guaranteed by s. 23 of the *Charter*, a court must bear in mind that while it is true that s. 23 has a collective dimension, it also has an individual dimension, because the holders

d'assimilation des élèves francophones comme étant un facteur particulièrement préjudiciable. Elle a justifié cette conclusion en affirmant que la preuve soumise démontre que le taux d'assimilation des francophones est élevé dans la province et que le nombre d'écoles de la minorité linguistique officielle n'a pas d'effet appréciable sur ce phénomène.

[156] Il est pourtant clairement reconnu que l'un des objectifs de l'art. 23 est de contrer l'assimilation des communautés linguistiques minoritaires officielles. À la lumière de cet objectif, il est illogique de prétendre que le fort taux d'assimilation des francophones en Colombie-Britannique constitue un effet préjudiciable qui n'est pas particulièrement important. Au contraire, je suis d'avis qu'une telle preuve témoigne de la fragilité linguistique de cette communauté, de sa vulnérabilité. Il faut donc redoubler de prudence dans l'examen de toute violation de l'art. 23 et tenir pleinement compte de l'assimilation en tant qu'effet préjudiciable lorsqu'il est porté atteinte au droit reconnu par cet article.

[157] En conséquence, j'estime que l'art. 23 vise non seulement à assurer la pérennité des communautés linguistiques au pays, c'est-à-dire une préoccupation tournée vers l'avenir, mais également à permettre à ces communautés de s'épanouir dans leur propre langue et leur propre culture, c'est-à-dire une préoccupation axée sur le présent. En ce sens, même si la preuve soumise au tribunal de première instance démontre que l'existence de l'art. 23 n'a pas été en mesure de contrer, ni même de freiner le phénomène de l'assimilation en Colombie-Britannique, il n'en reste pas moins que les citoyens francophones de cette province sont en droit de s'épanouir dans leur langue au quotidien. Même si le droit à l'instruction dans la langue de la minorité s'exerce dans un contexte difficile dans cette province, ce constat ne doit sous aucune considération nuire à l'exercice de ce droit.

[158] J'ajoute que, dans l'analyse de la justification d'une violation du droit reconnu par l'art. 23 de la *Charte*, les tribunaux doivent garder à l'esprit que même si cette disposition a certes une dimension collective, elle a également une dimension individuelle,

of the right in question are, first and foremost, individuals. It is difficult to assess the impact of minority language schools on the assimilation process at the collective level. However, these schools have a definite impact, at the individual level, on the life paths and likelihood of assimilation of French speakers who attend them. From an individual perspective, an infringement of s. 23 increases the likelihood of assimilation for those who are unable to attend a school of the official language minority.

[159] The trial judge found at the proportionality stage that the savings resulting from the infringements of s. 23 represented a salutary effect in the sense contemplated in *Oakes*. I cannot agree with that finding. Savings that result from an infringement of s. 23 cannot serve to justify the infringement. Such reasoning obscures the very purpose of s. 23, which is to protect the minority from effects deleterious to it that are caused by budgetary choices of the majority. Cost savings linked to an infringement of s. 23 cannot be considered a relevant factor in the balancing of the salutary and deleterious effects of the infringing measure.

[160] The application of these principles in this case leads me to conclude that the infringements of the appellants' s. 23 rights are not justified.

[161] I concluded above that the Province has infringed the appellants' rights in Abbotsford (elementary component for children of rights holders in the community of Abbotsford and secondary component for children of rights holders in the communities of the Central Fraser Valley), Burnaby, Chilliwack, Northeast Vancouver, East Victoria, West Victoria, North Victoria and Whistler. These infringements stem from a lack of appropriate educational services and from a deficiency in the quality of the educational experience to which the appellants are entitled under s. 23.

puisque les titulaires du droit en question sont d'abord et avant tout des individus. Il est difficile d'évaluer l'incidence des écoles de la minorité sur le phénomène de l'assimilation à l'échelle collective. Toutefois, ces écoles ont un impact certain, à l'échelle individuelle, sur la trajectoire de vie et sur le risque d'assimilation des francophones qui fréquentent ces écoles. En effet, considérée à l'échelle de l'individu, une violation de l'art. 23 a pour résultat d'augmenter le risque d'assimilation des personnes qui n'ont pu fréquenter une école de la minorité linguistique officielle.

[159] La juge de première instance a conclu, à l'étape de la proportionnalité, que les économies résultant des violations de l'art. 23 constituaient un effet bénéfique au sens de l'arrêt *Oakes*. Je ne puis souscrire à cette conclusion. Les économies découlant d'une violation de l'art. 23 ne sauraient servir à justifier cette violation. Un tel raisonnement a pour effet d'occulter l'objet même de l'art. 23, à savoir protéger la minorité contre les effets préjudiciables à son endroit des décisions budgétaires de la majorité. Les économies budgétaires liées à une violation de l'art. 23 ne peuvent pas être considérées comme un facteur pertinent à l'étape de la mise en balance des effets bénéfiques et des effets préjudiciables de la mesure attentatoire.

[160] Si j'applique ces principes à la présente instance, j'arrive à la conclusion que les violations de l'art. 23 subies par les appelants ne sont pas justifiées.

[161] J'ai conclu précédemment que la Province a violé les droits des appelants à Abbotsford (volet primaire destiné aux enfants d'ayants droit dans la communauté d'Abbotsford et volet secondaire destiné aux enfants d'ayants droit dans les communautés de la vallée centrale du Fraser), à Burnaby, à Chilliwack, à Vancouver Nord-Est, à Victoria Est, à Victoria Ouest, à Victoria Nord et à Whistler. Ces violations découlent du manque de services éducatifs appropriés et d'une carence dans la qualité de l'expérience éducative à laquelle les appelants ont droit en vertu de l'art. 23.

[162] In her reasons, the trial judge found that there were infringements of s. 23 in the communities of Pemberton and Victoria. Those infringements resulted, in Pemberton, from inadequate access to the core facilities required in order to provide an educational program and, in Victoria, from projected overcrowding at École Victor-Brodeur. The trial judge also found that the appellants' fundamental rights were infringed because the Province had denied the CSF an amount for building maintenance, the Annual Facilities Grant Rural Factor. However, the courts below held that each of these infringements was justified under s. 1. In my opinion, they were wrong.

[163] I am of the view that neither the infringements of s. 23 that I identify in these reasons nor the ones found to have occurred by the courts below can be justified in a free and democratic society. As I explained above, the first stage in the analysis of a justification for an infringement of s. 23 is the identification of the pressing and substantial objective being pursued by the legislature in question. In this case, the courts below found, for each of the infringements, that the objective being pursued was the fair and rational allocation of public funds. I have concluded that such an objective cannot be a pressing and substantial objective in the sense contemplated in *Oakes*. The justification for the infringements therefore fails at the first stage of the analysis. Without a valid objective, the Province cannot justify such infringements of s. 23 of the *Charter*.

E. *Does the Limited Government Immunity From Damages Awards Apply to Decisions Made in Accordance With Government Policies That Are Found to Be Contrary to Section 23?*

[164] Governments have a limited immunity from damages awards in relation to infringements of the *Charter*. This immunity does not apply in the case of conduct that is “clearly wrong, in bad faith or an abuse of power” (*Ward*, at para. 39, quoting *Mackin*, at para 78). In the instant case, no one claims that

[162] Dans ses motifs, la juge de première instance a conclu à l'existence d'une violation de l'art. 23 dans les communautés de Pemberton et de Victoria. Ces violations découlent, à Pemberton, d'un accès inadéquat aux installations de base requises pour offrir un programme d'enseignement et, à Victoria, de la surpopulation étudiante projetée à l'école Victor-Brodeur. La juge a également conclu à l'existence d'une violation des droits fondamentaux des appelants, parce que la Province a privé le CSF d'une somme destinée à l'entretien des immeubles, le facteur rural de la subvention annuelle aux installations. Les juridictions inférieures ont toutefois jugé que toutes ces violations étaient justifiées au regard de l'article premier. Je suis d'avis qu'elles ont tort.

[163] J'estime que tant les violations de l'art. 23 auxquelles je conclus dans les présents motifs que celles auxquelles ont conclu les juridictions inférieures ne peuvent se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Comme je l'ai expliqué plus tôt, l'analyse de la justification d'une violation de l'art. 23 débute par la détermination de l'objectif urgent et réel poursuivi par le législateur concerné. En l'espèce, les juridictions inférieures ont statué que, dans le cas de chacune de ces violations, l'objectif visé était l'affectation juste et rationnelle de fonds publics. Pour ma part, je suis arrivé à la conclusion qu'un tel objectif ne peut constituer un objectif urgent et réel au sens de l'arrêt *Oakes*. En conséquence, la justification des violations échoue dès la première étape de l'analyse. En l'absence d'un objectif valable, la Province ne peut justifier de telles violations de l'art. 23 de la *Charte*.

E. *Est-ce que l'immunité restreinte dont bénéficie l'État en matière de dommages-intérêts s'applique aux décisions prises en vertu de politiques gouvernementales qui sont déclarées contraires à l'art. 23?*

[164] L'État bénéficie d'une immunité restreinte contre les condamnations au paiement de dommages-intérêts en cas de violations de la *Charte*. Cette immunité ne s'applique pas en cas de comportement « clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir » (*Ward*, par. 39, citant *Mackin*,

the Province acted in bad faith. The issue is instead whether the immunity applies to decisions made in accordance with government policies.

[165] The limited immunity governments have can be raised when there are countervailing considerations against the payment of damages. Such considerations include, in particular, the existence of alternative remedies and concerns for good governance (*Ward*, at para. 33). The case at bar requires the Court to determine whether this limited immunity applies where an infringement results from a decision made in accordance with a government policy.

[166] The trial judge awarded damages to the CSF as a remedy for the infringement of s. 23 resulting from the inadequate funding of school transportation. The Court of Appeal, relying on *Ward* and *Mackin*, reversed the trial judge's decision and cited the government's limited immunity in this regard. It held that concerns for good governance justify affording governments immunity for decisions made in accordance with any type of government policy that is subsequently found to constitute an infringement. In my view, this was an error. There is no government immunity for decisions made in accordance with government policies.

[167] In *Ward*, this Court explained the approach to be taken in order to determine whether an award of damages is an appropriate remedy for an infringement of the *Charter*. A brief review of that approach will help to situate the limited government immunity in its proper context. The first step identified in *Ward* is to establish a *Charter* infringement. The second is to determine whether damages would serve a useful function or purpose. The functions of compensation, vindication and deterrence can satisfy this requirement. At the third step, the government may raise its limited immunity to oppose a damages award by citing considerations such as the existence of alternative remedies and concerns for good governance. These are not the only possible considerations, as

par. 78). En l'espèce, nul ne prétend que la Province a agi de mauvaise foi. La question en litige est plutôt de savoir si cette immunité s'applique aux décisions prises en vertu de politiques gouvernementales.

[165] L'immunité restreinte dont bénéficie l'État est opposable lorsque des considérations font contreponds au versement de dommages-intérêts. Ces considérations incluent notamment l'existence d'autres recours et les préoccupations relatives au bon gouvernement (*Ward*, par. 33). Dans la présente affaire, la Cour est appelée à décider si cette immunité restreinte s'applique lorsque la violation résulte de décisions prises en vertu de politiques gouvernementales.

[166] En première instance, le tribunal a accordé des dommages-intérêts au CSF à titre de réparation pour la violation de l'art. 23 résultant du financement inadéquat du transport scolaire. S'appuyant sur les arrêts *Ward* et *Mackin*, la Cour d'appel a renversé la décision du premier tribunal et invoqué l'immunité restreinte dont bénéficie l'État à cet égard. Selon la Cour d'appel, il est justifié, pour des considérations de bon gouvernement, d'accorder une telle immunité à l'État pour les décisions prises en vertu de toute forme de politiques gouvernementales qui sont subseqüemment déclarées attentatoires. J'estime qu'il s'agit d'une erreur et que l'État ne bénéficie pas d'une immunité pour des décisions prises en vertu de politiques gouvernementales.

[167] Dans l'arrêt *Ward*, notre Cour a précisé la démarche à appliquer pour déterminer si l'octroi de dommages-intérêts constitue une réparation convenable à la suite d'une violation de la *Charte*. Un survol de cette démarche permet de situer contextuellement l'immunité restreinte dont jouit l'État. En vertu de cet arrêt, la première étape consiste à prouver une violation de la *Charte*. La deuxième étape vise à déterminer si les dommages-intérêts servent une fonction ou un but utile. Les fonctions d'indemnisation, de défense du droit et de dissuasion satisfont à cette condition. À la troisième étape, l'État peut, en vertu de l'immunité restreinte dont il jouit, s'opposer à la condamnation au paiement de dommages-intérêts en invoquant des considérations

others may be identified over time. The fourth step is to determine the quantum of the damages.

[168] This Court made it clear that there will be situations in which good governance concerns justify requiring that a minimum threshold of gravity be crossed before damages are awarded (*Ward*, at para. 39). One such situation had arisen in *Mackin*, in which a claimant sought damages for a government's acts pursuant to a law that had been duly enacted but was subsequently found to violate the *Charter*. In that context, the Court concluded that the possibility of a damages award could have a chilling effect on the work of those who make laws and those who enforce them, owing to a fear of being held liable. Such an outcome would be unacceptable, because the legislature and those who enforce laws must be able to perform their functions without fear of reprisals. This means that there must be a minimum threshold of gravity and that, absent conduct that is “clearly wrong, in bad faith or an abuse of power”, damages may not be awarded under s. 24(1) for acts carried out pursuant to a law that is subsequently declared to be invalid and of no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* (*Ward*, at para. 39, quoting *Mackin*, at para. 78).

[169] The Province argues that *Ward* extended the scope of the government immunity to include decisions made by a government in accordance with its policies. This Court noted at para. 40 of that case that “the state must be afforded some immunity from liability in damages resulting from the conduct of certain functions that only the state can perform. Legislative and policy-making functions are one such area of state activity. The immunity is justified because the law does not wish to chill the exercise of policy-making discretion.” Considered in its context, the concept of policy making relates to government policies that are based on laws. The Province's argument in this regard must fail. Only one situation in

telles que l'existence d'autres recours et des préoccupations liées au bon gouvernement. Ces considérations ne sont pas exhaustives et d'autres pourraient s'ajouter au fil du temps. La quatrième étape consiste à fixer le montant des dommages-intérêts.

[168] Notre Cour a précisé que, dans certaines situations, les préoccupations relatives au bon gouvernement justifient d'exiger un seuil minimal de gravité pour que des dommages-intérêts soient octroyés (*Ward*, par. 39). C'était le cas dans l'arrêt *Mackin* dans lequel un demandeur a entrepris un recours en dommages-intérêts contre l'État pour des actes accomplis en vertu d'une loi dûment promulguée, mais subséquemment déclarée contraire à la *Charte*. Dans ce contexte, notre Cour a conclu que le risque d'être condamnés à verser des dommages-intérêts pourrait paralyser le travail de ceux qui font les lois et de ceux qui les appliquent parce qu'ils craindraient d'engager leur responsabilité. Un tel résultat est inacceptable, car le législateur et les responsables de l'application des lois doivent pouvoir exercer leurs fonctions sans crainte de représailles. Il s'ensuit qu'il faut exiger un seuil minimal de gravité et qu'en l'absence de comportement « clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir », des dommages-intérêts ne peuvent être octroyés en vertu du par. 24(1) pour des actes accomplis en application d'une loi qui est subséquemment déclarée invalide et rendue inopérante par l'effet du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (*Ward*, par. 39, citant *Mackin*, par. 78).

[169] La Province prétend que l'arrêt *Ward* a élargi le champ d'application de l'immunité de l'État aux décisions prises par l'État en vertu d'une politique gouvernementale. Au paragraphe 40 de cet arrêt, notre Cour a affirmé que « l'État doit pouvoir jouir d'une certaine immunité qui écarte sa responsabilité pour les dommages résultant de certaines fonctions qu'il est seul à pouvoir exercer. Les fonctions législatives et l'élaboration de politiques sont un exemple de telles activités étatiques. L'immunité est justifiée, car le droit ne saurait paralyser l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière d'élaboration de politiques. » Replacée dans son contexte, la notion d'élaboration de politiques vise les politiques

which the limited immunity applies was recognized in *Ward*, that of government decisions made under laws that were duly enacted but were subsequently declared to be invalid.

[170] The Court did not, however, rule out the possibility that other situations might eventually justify the recognition of a limited immunity on grounds of good governance (*Ward*, at para. 42). This raises the question whether the possibility of damages being awarded in relation to decisions made by a government in accordance with its own policy could undermine good governance. In my view, awarding such a remedy in this context is unlikely to have a chilling effect on government actions and thereby undermine their effectiveness.

[171] On the contrary, the possibility of damages being awarded in respect of *Charter*-infringing government policies helps ensure that government actions are respectful of fundamental rights.

[172] An overly broad application of the limited government immunity could in fact have undesirable effects. It would permit a government to avoid liability for damages simply by showing that its unlawful actions are authorized by its policies.

[173] This concern is accentuated by the fact that government policies do not usually result from a public process and that the “government policy” concept has not been defined. Does it concern any form of directives or guidelines issued by the government? If so, the immunity the Court is being asked to recognize would be very broad. In contrast, a law is an easily identifiable instrument. It is the product of a vote taken by a legislative body. The preparation of a law is a transparent public process that is central to the democratic process. It is therefore appropriate to give the government, in respect of a well-defined instrument such as a law, an immunity

gouvernementales qui tirent leur source de la loi. L’argument de la Province à cet égard doit être rejeté. L’arrêt *Ward* ne reconnaît qu’une seule situation donnant ouverture à la reconnaissance de l’immunité restreinte, soit les cas de décisions gouvernementales prises en vertu de lois dûment promulguées, puis subséquemment déclarées invalides.

[170] Notre Cour n’a cependant pas exclu la possibilité que d’autres situations puissent éventuellement justifier la reconnaissance d’une immunité restreinte au nom du bon gouvernement (*Ward*, par. 42). Il faut donc se demander si la possibilité que soient accordés des dommages-intérêts par suite de décisions prises par l’État en vertu d’une politique gouvernementale pourrait nuire au bon gouvernement. J’estime que l’octroi d’une réparation de cette nature dans un tel contexte ne risque pas de paralyser l’action gouvernementale et de nuire ainsi à son efficacité.

[171] Au contraire, la possibilité que soient accordés des dommages-intérêts à l’égard de politiques gouvernementales attentatoires permet de faire en sorte que l’action gouvernementale demeure respectueuse des droits fondamentaux.

[172] Appliquer trop largement l’immunité restreinte dont jouit l’État risquerait en effet de produire des effets indésirables. Il suffirait alors aux gouvernements de démontrer que leurs actions illégales sont autorisées par une politique gouvernementale pour éviter d’avoir à verser des dommages-intérêts.

[173] Cette crainte est accentuée par le fait que les politiques gouvernementales ne sont habituellement pas le résultat d’un processus public et que la notion de « politique gouvernementale » n’est pas définie. S’agit-il de toute forme de directives ou de lignes directrices émanant de l’État? Si c’est le cas, l’immunité qu’on demande à la Cour de reconnaître aurait une très large portée. Par contre, une loi est un instrument facilement identifiable. Elle est le résultat du vote d’un corps législatif. L’élaboration d’une loi est un processus public et transparent, qui se situe au cœur du processus démocratique. Il est en conséquence justifié d’accorder à l’État, à l’égard d’un

that it is nonetheless inadvisable to give it for undefined instruments with unclear limits, such as government policies. The latter approach would reduce the chances of obtaining access to justice and an appropriate and just remedy for individuals whose rights have been infringed. The effect of expanding the scope of the government immunity like this is that bringing an action for damages in response to a *Charter* infringement would become illusory.

[174] In *Ward*, at para. 38, McLachlin C.J. in fact warned against an overly broad interpretation of good governance concerns that would have the effect of precluding any type of remedy:

Good governance concerns may take different forms. At one extreme, it may be argued that any award of s. 24(1) damages will always have a chilling effect on government conduct, and hence will impact negatively on good governance. The logical conclusion of this argument is that s. 24(1) damages would never be appropriate. Clearly, this is not what the Constitution intends. Moreover, insofar as s. 24(1) damages deter *Charter* breaches, they promote good governance. Compliance with *Charter* standards is a foundational principle of good governance.

[175] To extend the government immunity to all decisions made in accordance with government policies amounts to adopting the “extreme” form of good governance concerns that was explicitly rejected in *Ward*.

[176] Moreover, the government immunity for acts carried out under laws that were duly enacted is justified by the importance of the legislative process. In *Mackin*, at para. 78, Gonthier J. endorsed these remarks of Dussault and Borgeat concerning the liability of governments in civil matters, and noted that they apply in the *Charter* context:

instrument bien défini comme une loi, une immunité qu’il n’est toutefois pas souhaitable de lui reconnaître pour des instruments indéfinis et aux contours incertains comme les politiques gouvernementales. Une telle approche réduirait la possibilité pour les justiciables dont les droits ont été violés d’avoir accès à la justice et d’obtenir une réparation convenable et juste. Élargir de la sorte le champ d’application de l’immunité de l’État rendrait illusoire l’exercice d’un recours en réparation par suite d’une violation de la *Charte*.

[174] Dans l’arrêt *Ward*, par. 38, la juge en chef McLachlin a d’ailleurs formulé la mise en garde suivante à l’encontre d’une interprétation trop large des considérations relatives au bon gouvernement qui aurait pour résultat d’empêcher toute forme de réparation :

Les préoccupations relatives au bon gouvernement peuvent revêtir diverses formes. À l’extrême, on pourrait prétendre que l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) aura toujours un effet paralysant sur la conduite de l’État, ce qui nuira au bon gouvernement. Logiquement, cet argument mène à la conclusion que les dommages-intérêts fondés sur le par. 24(1) ne seront jamais convenables. De toute évidence, ce n’est pas là l’intention exprimée dans la Constitution. En outre, lorsque les dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) découragent les violations de la *Charte*, ils contribuent au bon gouvernement. Le respect des normes établies dans la *Charte* constitue un principe fondamental de bon gouvernement.

[175] L’application de l’immunité de l’État à toutes les décisions prises en vertu de politiques gouvernementales revient à adopter la forme « extrême » de considérations relatives au bon gouvernement explicitement rejetée dans l’arrêt *Ward*.

[176] De plus, l’immunité dont jouit l’État pour des actes qui découlent de lois dûment promulguées se justifie en raison de l’importance du processus législatif. Dans l’arrêt *Mackin*, au par. 78, le juge Gonthier a fait siens les propos des auteurs Dussault et Borgeat sur la responsabilité de l’État en matière civile et a souligné que ces propos étaient applicables dans le contexte de la *Charte* :

In our parliamentary system of government, Parliament or a legislature of a province cannot be held liable for anything it does in exercising its legislative powers. The law is the source of duty, as much for citizens as for the Administration, and while a wrong and damaging failure to respect the law may for anyone raise a liability, it is hard to imagine that either Parliament or a legislature can as the lawmaker be held accountable for harm caused to an individual following the enactment of legislation. [Footnotes omitted.]

(R. Dussault and L. Borgeat, *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1990), vol. 5, at p. 177)

[177] In this passage, the limited government immunity is justified by the fact that the law is the “source” of duty for the government. The enactment of laws is the fundamental role of legislatures, and the courts must not act so as to have a chilling effect on the legislatures’ actions in this regard. When the legislative branch enacts a law, it confers powers on the executive branch. In contrast, a minister’s decisions respecting school transportation are not a “source” of duty for the government in the same way as a law. When the executive branch adopts a government policy, it confers powers on itself. In light of this distinction, there is good reason not to extend the limited government immunity to government policies.

[178] In my view, there is no need in this case to identify every act that might be considered to be carried out under a law. For example, this appeal does not raise the question whether the government has a limited immunity when it makes orders in council or regulations pursuant to laws that have been duly enacted, and I will take no position on that question.

[179] In short, the general rule continues to be that damages can be awarded against a government where they are an appropriate and just remedy in the circumstances. However, the government may avoid such an award by raising concerns for effective governance. One situation in which it may oppose the payment of damages is where a law has been declared to be invalid after the act that caused the infringement, but it does not have immunity in relation

Dans notre régime parlementaire, il est impensable que le Parlement puisse être déclaré responsable civilement en raison de l’exercice de son pouvoir législatif. La loi est la source des devoirs, tant des citoyens que de l’Administration, et son inobservation, si elle est fautive et préjudiciable, peut pour quiconque faire naître une responsabilité. Il est difficilement imaginable cependant que le législateur en tant que tel soit tenu responsable du préjudice causé à quelqu’un par suite de l’adoption d’une loi. [Notes en bas de page omises.]

(R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1989), t. III, p. 959)

[177] Dans cet extrait, l’immunité restreinte reconnue à l’État est justifiée par le fait que la loi est la « source » des devoirs de l’Administration. L’adoption de lois est le rôle fondamental des législateurs et les tribunaux ne doivent pas paralyser l’action de ceux-ci à cet égard. En adoptant une loi, l’organe législatif confère des pouvoirs à l’exécutif. Par contre, les décisions d’un ministre en matière de transport scolaire ne constituent pas une « source » des devoirs de l’Administration au même titre que les lois. En adoptant une politique gouvernementale, l’exécutif se donne lui-même des pouvoirs. Gardant cette distinction à l’esprit, il est justifié de ne pas appliquer aux politiques gouvernementales l’immunité restreinte de l’État.

[178] J’estime qu’il n’est pas nécessaire en l’instance de répertorier tous les actes que l’on pourrait considérer comme étant des actes qui découlent de lois. À titre d’exemple, le présent pourvoi ne soulève pas la question de savoir si l’État jouit d’une immunité restreinte à l’égard de décrets ou de règlements pris en vertu de lois dûment promulguées, et je ne me prononce pas sur cette question.

[179] En résumé, la règle générale demeure. L’État peut être condamné à verser des dommages-intérêts lorsque ceux-ci constituent une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances. L’État peut cependant invoquer des considérations liées à l’efficacité gouvernementale pour éviter une telle condamnation. Une loi déclarée invalide postérieurement à l’acte à l’origine de la violation est un cas d’espèce où l’État peut s’opposer au versement de

to government policies that infringe fundamental rights.

[180] In the case at bar, the trial judge awarded \$6 million in damages for chronic underfunding of the CSF's school transportation system between 2002-3 and 2011-12. The Province had frozen funding for school transportation during that period, which coincided with a significant increase in the CSF's enrolment, and this resulted in a deficit of between \$6 and \$14 million. However, the Court of Appeal reversed the decision to award damages on the basis of the limited government immunity and of the fact that damages are not an appropriate remedy absent conduct that is wrong. Because I have concluded that the limited government immunity does not apply in respect of government policies, and because the freeze on school transportation funding was a government policy, I would set aside the Court of Appeal's conclusion and restore the trial judge's order awarding damages for the inadequate funding of school transportation.

[181] The trial judge also found that the CSF had been denied \$1.1 million by not having benefited from the Annual Facilities Grant Rural Factor. She held that this was an infringement of s. 23 but that the infringement was justified under s. 1. Given that I concluded above that this infringement was not justified, the appellants are therefore entitled to \$1.1 million in damages on the basis that insufficient funding was granted for rural minority language schools. Since the parties are not disputing the quantum of the damages awarded by the trial judge, there is no reason not to accept it.

VI. Disposition

[182] I would allow the appeal in part and set aside the judgment of the Court of Appeal.

dommages-intérêts, mais ce dernier ne jouit toutefois pas d'une immunité à l'égard des politiques gouvernementales qui portent atteinte aux droits fondamentaux.

[180] En l'espèce, le tribunal de première instance a accordé des dommages-intérêts de six millions de dollars en raison du sous-financement chronique qu'a connu le CSF au titre du transport scolaire entre 2002 à 2003 et 2011 à 2012. Durant cette période, la Province a imposé un gel du financement du transport scolaire. Or, cette période de gel a coïncidé avec une forte augmentation des effectifs du CSF, ce qui a engendré un déficit de 6 à 14 millions de dollars. La Cour d'appel a cependant infirmé la décision d'octroyer des dommages-intérêts, en se fondant sur l'immunité restreinte dont bénéficie l'État et sur le fait que, en l'absence de comportement fautif, des dommages-intérêts ne sont pas une réparation convenable. Comme j'ai conclu que l'immunité restreinte dont jouit l'État ne s'applique pas dans le cas des politiques gouvernementales, et comme le gel du financement du transport scolaire est une politique gouvernementale, je suis d'avis d'infirmar la conclusion de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance de la juge de première instance accordant des dommages-intérêts pour le financement inadéquat du transport scolaire.

[181] La juge de première instance a également conclu que le CSF a été privé de 1,1 million de dollars, parce qu'il n'a pas eu accès au facteur rural de la subvention annuelle aux installations. Elle a statué qu'il s'agissait d'une violation de l'art. 23, mais que celle-ci était justifiée au regard de l'article premier. Comme je suis arrivé précédemment à la conclusion que cette violation n'est pas justifiée, les appelants ont donc droit à des dommages-intérêts de 1,1 million de dollars en raison du financement insuffisant accordé aux écoles rurales de la minorité. Le montant des dommages-intérêts fixé par la juge de première instance n'étant pas remis en question par les parties, il n'y a pas lieu de l'écarter.

VI. Dispositif

[182] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et d'annuler le jugement de la Cour d'appel.

[183] I would issue the following declarations in favour of rights holders under s. 23 of the *Charter* who live in the communities listed below; the effect of these declarations is to replace the corresponding declarations issued by the trial judge or to add to her declarations.

- (a) Rights holders in the Abbotsford area are entitled to have their elementary school age children receive instruction at a homogeneous minority language school with space for 85 elementary school students (or such other number as the parties agree to) that provides an educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language schools (this declaration replaces the trial judge's declaration 13 (see trial reasons, at para. 6834 m))). The lack of minority language educational facilities in Abbotsford prevents the CSF from providing a global educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language elementary schools (this declaration and the corresponding declaration for secondary school age children replace the trial judge's declaration 14 (see trial reasons, at para. 6834 n))).
- (b) Rights holders in the Central Fraser Valley area (Abbotsford, Mission and Chilliwack) are entitled to have their secondary school age children receive instruction at a homogeneous minority language school that is a combined elementary and secondary school, that has space for 120 secondary school age students (or such other number as the parties agree to) and that provides an educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language schools (this declaration replaces the trial judge's declaration 12 (see trial reasons, at para. 6834 l))). The lack of minority language educational facilities for secondary school age students in the Central Fraser Valley prevents the CSF from providing a global educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language secondary schools (this declaration and the corresponding

[183] Je prononcerais les jugements déclaratoires qui suivent en faveur des ayants droit au titre de l'art. 23 de la *Charte* qui vivent dans les communautés énumérées ci-après; ces jugements déclaratoires ont pour effet de remplacer les déclarations correspondantes prononcées par la juge de première instance ou de s'ajouter aux déclarations de celle-ci.

- a) Les ayants droit de la région d'Abbotsford sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir 85 élèves de niveau primaire (ou tout autre nombre convenu entre les parties) et qui offre une expérience éducative réellement équivalente aux écoles avoisinantes de la majorité (cette déclaration remplace la déclaration 13 de la juge de première instance (voir motifs de première instance, sous-par. 6834 m))). L'absence à Abbotsford d'installations scolaires destinées aux élèves de la minorité linguistique empêche le CSF d'offrir une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles primaires avoisinantes de la majorité (cette déclaration et la déclaration correspondante pour les enfants d'âge secondaire remplacent la déclaration 14 de la juge de première instance (voir motifs de première instance, sous-par. 6834 n))).
- b) Les ayants droit de la région de la vallée centrale du Fraser (Abbotsford, Mission et Chilliwack) sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge secondaire dans une école homogène de la minorité combinant les cycles d'études primaire et secondaire, pouvant accueillir 120 élèves d'âge secondaire (ou tout autre nombre convenu entre les parties) et qui offre une expérience éducative réellement équivalente aux écoles avoisinantes de la majorité (cette déclaration remplace la déclaration 12 de la juge de première instance (voir motifs de première instance, sous-par. 6834 l))). L'absence dans la vallée centrale du Fraser d'installations scolaires destinées aux élèves d'âge secondaire de la minorité linguistique empêche le CSF d'offrir une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles secondaires avoisinantes de la majorité linguistique (cette déclaration et la déclaration

declaration for elementary school age children replace the trial judge's declaration 14 (see trial reasons, at para. 6834 n))).

- (c) Rights holders living in the proposed Burnaby catchment area are entitled to have their elementary school age children receive instruction at a homogeneous minority language school with space for 175 students (or such other number as the parties agree to) that provides an educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language schools (this declaration replaces the trial judge's declaration 15 (see trial reasons, at para. 6834 o))).
- (d) Rights holders in the Chilliwack area are entitled to have their elementary school age children receive instruction at a homogeneous minority language school with space for 60 students (or such other number as the parties agree to) that provides an educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language schools. The educational facilities presently available to École La Vérendrye do not allow the CSF to provide a substantively equivalent educational experience.
- (e) Children of rights holders in the Kelowna area are entitled to an educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language schools.
- (f) Children of rights holders in the Mission area are entitled to an educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language schools.
- (g) Children of rights holders in the Nanaimo area are entitled to an educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language schools.
- (h) Children of rights holders in the Pemberton area are entitled to an educational experience that is substantively equivalent to the experience at

correspondante pour les enfants d'âge primaire remplacent la déclaration 14 de la juge de première instance (voir motifs de première instance, sous-par. 6834 n))).

- c) Les ayants droit qui habitent dans le secteur de fréquentation proposé de Burnaby sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir 175 élèves (ou tout autre nombre convenu entre les parties) qui offre une expérience éducative réellement équivalente aux écoles avoisinantes de la majorité (cette déclaration remplace la déclaration 15 de la juge de première instance (voir motifs de première instance, sous-par. 6834 o))).
- d) Les ayants droit de la région de Chilliwack sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir 60 élèves (ou tout autre nombre convenu entre les parties) qui offre une expérience éducative réellement équivalente aux écoles avoisinantes de la majorité. Les installations scolaires présentement mises à la disposition de l'école La Vérendrye ne permettent pas au CSF d'offrir une expérience éducative réellement équivalente.
- e) Les enfants des ayants droit de la région de Kelowna sont en droit de bénéficier d'une expérience éducative réellement équivalente à celle offerte dans les écoles avoisinantes de la majorité.
- f) Les enfants des ayants droit de la région de Mission sont en droit de bénéficier d'une expérience éducative réellement équivalente à celle offerte dans les écoles avoisinantes de la majorité.
- g) Les enfants des ayants droit de la région de Nanaimo sont en droit de bénéficier d'une expérience éducative réellement équivalente à celle offerte dans les écoles avoisinantes de la majorité.
- h) Les enfants des ayants droit de la région de Pemberton sont en droit de bénéficier d'une expérience éducative réellement équivalente à

nearby majority language schools. The educational facilities presently available to École La Vallée in Pemberton do not allow the CSF to provide a substantively equivalent educational experience.

- (i) Rights holders living in the catchment area of École Entre-lacs in Penticton are entitled to have their elementary and middle school age children receive instruction at a homogeneous minority language school with space for 175 students (or such other number as the parties agree to) that provides an educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language schools. The educational facilities presently available to École Entre-lacs do not allow the CSF to provide a substantively equivalent educational experience (this declaration replaces the trial judge's declarations 7 and 8 (see trial reasons, at paras. 6834 g) and h))).
- (j) Rights holders living in the catchment area of École du Pacifique in Sechelt are entitled to have their elementary school age children receive instruction at a homogeneous minority language school with space for 90 students (or such other number as the parties agree to) that provides an educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language schools. The educational facilities presently available to École du Pacifique do not allow the CSF to provide a substantively equivalent educational experience (this declaration replaces the trial judge's declarations 5 and 6 (see trial reasons, at paras. 6834 e) and f))).
- (k) Rights holders in the Squamish area are entitled to have their elementary school age children receive instruction at a homogeneous minority language school with space for 135 students (or such other number as the parties agree to) that provides an educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language schools (this declaration

celle offerte dans les écoles avoisinantes de la majorité. Les installations scolaires présentement mises à la disposition de l'école La Vallée située à Pemberton ne permettent pas au CSF d'offrir une expérience éducative réellement équivalente.

- i) Les ayants droit qui habitent dans le secteur de fréquentation de l'école Entre-lacs située à Penticton sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire et intermédiaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir 175 élèves (ou tout autre nombre convenu entre les parties) qui offre une expérience éducative réellement équivalente aux écoles avoisinantes de la majorité. Les installations scolaires présentement mises à la disposition de l'école Entre-lacs ne permettent pas au CSF d'offrir une expérience éducative réellement équivalente (cette déclaration remplace les déclarations 7 et 8 de la juge de première instance (voir motifs de première instance, sous-par. 6834 g) et h))).
- j) Les ayants droit qui habitent dans le secteur de fréquentation de l'école du Pacifique située à Sechelt sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir 90 élèves (ou tout autre nombre convenu entre les parties) qui offre une expérience éducative réellement équivalente aux écoles avoisinantes de la majorité. Les installations scolaires présentement mises à la disposition de l'école du Pacifique ne permettent pas au CSF d'offrir une expérience éducative réellement équivalente (cette déclaration remplace les déclarations 5 et 6 de la juge de première instance (voir motifs de première instance, sous-par. 6834 e) et f))).
- k) Les ayants droit de la région de Squamish sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir 135 élèves (ou tout autre nombre convenu entre les parties) qui offre une expérience éducative réellement équivalente aux écoles avoisinantes de la majorité (cette déclaration remplace les déclarations 2 et 3 de la juge

replaces the trial judge's declarations 2 and 3 (see trial reasons, at paras. 6834 b) and c))).

- (l) Rights holders living in the proposed catchment area for the Northeast Vancouver elementary school project are entitled to have their elementary school age children receive instruction at a homogeneous minority language school with space for 270 students (or such other number as the parties agree to) that provides an educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language schools (this declaration replaces the trial judge's declaration 11 (see trial reasons, at para. 6834 k))).
- (m) Rights holders living in the proposed East Victoria catchment area are entitled to have their elementary school age children receive instruction at a homogeneous minority language school with space for 275 students (or such other number as the parties agree to) that provides an educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language schools.
- (n) Rights holders living in the proposed North Victoria catchment area are entitled to have their elementary school age children receive instruction at a homogeneous minority language school with space for 98 students (or such other number as the parties agree to) that provides an educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language schools.
- (o) Rights holders living in the proposed West Victoria catchment area are entitled to have their elementary school age children receive instruction at a homogeneous minority language school with space for 299 students (or such other number as the parties agree to) that provides an educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language schools.
- (p) Rights holders in the Whistler area are entitled to have their elementary school age children receive instruction at a homogeneous minority

de première instance (voir motifs de première instance, sous-par. 6834 b) et c))).

- l) Les ayants droit qui habitent dans le secteur de fréquentation proposé du projet d'école primaire de Vancouver Nord-Est sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir 270 élèves (ou tout autre nombre convenu entre les parties) qui offre une expérience éducative réellement équivalente aux écoles avoisinantes de la majorité (cette déclaration remplace la déclaration 11 de la juge de première instance (voir motifs de première instance, sous-par. 6834 k))).
- m) Les ayants droit qui habitent dans le secteur de fréquentation proposé de Victoria Est sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir 275 élèves (ou tout autre nombre convenu entre les parties) qui offre une expérience éducative réellement équivalente aux écoles avoisinantes de la majorité.
- n) Les ayants droit qui habitent dans le secteur de fréquentation proposé de Victoria Nord sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir 98 élèves (ou tout autre nombre convenu entre les parties) qui offre une expérience éducative réellement équivalente aux écoles avoisinantes de la majorité.
- o) Les ayants droit qui habitent dans le secteur de fréquentation proposé de Victoria Ouest sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir 299 élèves (ou tout autre nombre convenu entre les parties) qui offre une expérience éducative réellement équivalente aux écoles avoisinantes de la majorité.
- p) Les ayants droit de la région de Whistler sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire dans une école homogène de la minorité

language school with space for 85 students (or such other number as the parties agree to) that provides an educational experience that is substantively equivalent to the experience at nearby majority language schools.

[184] I would remand the following questions to the court of original jurisdiction for reconsideration:

- (a) the question of the educational experience at École des Deux-rives in Mission and the impact of the Facility Condition Driver on the CSF's ability to provide a substantively equivalent education; and
- (b) the question of the level of services warranted by the number of students in the Pemberton area.

[185] I would also restore the trial judge's order concerning school transportation, and I order the respondents to pay \$6 million in *Charter* damages to the CSF over a period of 10 years in respect of the inadequate funding of school transportation from 2002-3 to 2011-12.

[186] I also order the respondents to pay \$1.1 million in damages to the CSF to compensate it for the amount it was denied in respect of the Annual Facilities Grant Rural Factor.

[187] With costs to the appellants throughout.

The following are the reasons delivered by

BROWN AND ROWE JJ. (dissenting in part) —

I. Introduction

[188] The fundamental importance of bilingualism to Canadian society was affirmed by this Court in *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia*, 2013

pouvant accueillir 85 élèves (ou tout autre nombre convenu entre les parties) qui offre une expérience éducative réellement équivalente aux écoles avoisinantes de la majorité.

[184] Je suis d'avis de renvoyer les questions suivantes au tribunal de première instance pour réexamen :

- a) La question de l'expérience éducative à l'école des Deux-rives située à Mission et de l'impact de l'indice d'état des installations sur la capacité du CSF à offrir une éducation réellement équivalente.
- b) La question du niveau de services auquel a droit le nombre d'élèves de la région de Pemberton.

[185] Je suis également d'avis de rétablir l'ordonnance de la juge de première instance concernant le transport scolaire et j'ordonne aux intimés de payer au CSF six millions de dollars en dommages-intérêts en vertu de la *Charte* sur une période de 10 ans à l'égard du financement inadéquat du transport scolaire de 2002-2003 à 2011-2012.

[186] J'ordonne aussi aux intimés de payer 1,1 million de dollars en dommages-intérêts au CSF pour l'indemniser de la somme dont il a été privé au titre du facteur rural de la subvention annuelle aux installations.

[187] Le tout avec dépens en faveur des appelants devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES BROWN ET ROWE (dissidents en partie) —

I. Introduction

[188] L'importance fondamentale du bilinguisme pour la société canadienne a été confirmée par notre Cour dans l'arrêt *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*,

SCC 42, [2013] 2 S.C.R. 774, at para. 106. Similarly, in *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, Dickson C.J. described the “vital role of education in preserving and encouraging linguistic and cultural vitality” as the “linchpin” of Canada’s commitment to bilingualism and biculturalism: p. 350. And the promotion and preservation of bilingualism through education also connotes a commitment to official minority language rights. To borrow from L’Heureux-Dubé J.’s felicitous metaphors in *Lifchus*, bilingualism and minority language rights are “forever as closely linked as Romeo with Juliet or Oberon with Titania and they must be presented together as a unit”: *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 27.

[189] As our colleague notes, it is impossible to separate the history of Canada from the history of its official languages: paras. 5-12. Language and culture are inextricably linked to the Canadian identity. This is one of the reasons that bilingualism and the protection of official linguistic minorities have long been, and continue to be, of profound concern to many Canadians. The entrenchment of these two concepts in the Constitution speaks volumes about their importance.

[190] Unlike most rights under the *Charter*, s. 23 imposes *positive duties* on governments to act. Its framing as a positive right is particularly significant in this regard. As highlighted by the Chief Justice, the objective of s. 23 is threefold, being at once preventative, remedial, and unifying: para. 15. In order to give s. 23 its full effect, courts must interpret it in light of that objective. But in doing so, they must be mindful of the way in which s. 23 has been framed. In particular, they must recognize that it expresses its own internal limit, the “numbers warrant” criterion – the product of a carefully struck constitutional bargain, which expressly calls upon courts, and has been interpreted as calling upon courts, to apply considerations of pedagogy and costs. As a result, a thorough limitations analysis is required under s. 23

2013 CSC 42, [2013] 2 R.C.S. 774, par. 106. De même, dans l’arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, le juge en chef Dickson a décrit le « rôle primordial que joue l’instruction dans le maintien et le développement de la vitalité linguistique et culturelle » comme étant la « clef de voûte » de l’engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme : p. 350. La promotion et la préservation du bilinguisme par l’instruction connotent aussi un engagement envers les droits des minorités linguistiques officielles. Pour reprendre les éloquentes métaphores employées par la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Lifchus*, le bilinguisme et les droits des minorités linguistiques sont « pour toujours intimement liés l’un à l’autre, comme Roméo et Juliette ou Oberon et Titania, et ils doivent être présentés comme formant un tout » : *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 27.

[189] Comme notre collègue le mentionne, il est impossible de dissocier l’histoire du Canada de celle de ses langues officielles : par. 5-12. En effet, la langue et la culture sont intrinsèquement liées à l’identité du Canada. C’est l’une des raisons pour lesquelles le bilinguisme et la protection des minorités linguistiques officielles préoccupent profondément bon nombre de Canadiens depuis longtemps. L’intégration de ces deux concepts dans la Constitution en dit long sur leur importance.

[190] Contrairement à la plupart des droits garantis par la *Charte*, l’art. 23 impose des *obligations positives* aux gouvernements, les obligeant à agir. Le fait que le droit prévu à cet article soit formulé comme un droit positif est particulièrement important. Comme le souligne le juge en chef, l’objectif de l’art. 23 est triple. Il est à la fois préventif, réparateur et unificateur : par. 15. Afin de donner plein effet à l’art. 23, les tribunaux doivent l’interpréter à la lumière de cet objectif. Mais, ce faisant, ils ne doivent pas oublier comment l’art. 23 est formulé. En particulier, ils doivent reconnaître qu’il exprime sa propre limite interne, soit le critère de la « justification par le nombre ». Ce critère est le produit d’un compromis constitutionnel soigneusement conclu, qui demande expressément aux tribunaux (et est interprété comme

itself, which will normally leave s. 1 of the *Charter* with a lesser role.

[191] Like the Chief Justice, we are of the view that a purposive interpretation of s. 23 requires that substantive equivalence apply throughout the sliding scale of entitlement in recognition that the *quality* of official minority language education cannot be meaningfully inferior to that of the majority. We therefore reject the lower courts' conclusion that "proportionality" is the applicable standard in the middle or lower ends of the sliding scale. We recognize that the lower courts did not intend to diminish the importance of s. 23 in applying a "proportionality" standard; however, in our view, the use of such a norm risks depriving rights holders of their lawful entitlement under s. 23.

[192] We also agree with the Chief Justice that no infringement of s. 23 arises based on the prioritization requirement: paras. 139-40.

[193] Despite our substantial agreement with the Chief Justice, this area of our law is fraught with questions on which reasonably held differences can and will arise. We stress that our positions are not far apart. While we agree with him on goals, we disagree on how they are best achieved. To our mind, there are important reasons for maintaining a more conventional approach in line with settled jurisprudence. As we will explain below, our differences stem principally from the Chief Justice's use of a province-wide presumption of pedagogical and cost appropriateness in the "numbers warrant" analysis. This presumption affects key elements of the s. 23 analysis, leading to a compression of the middle of the scale and to a strained application of the substantive equivalence test. Indeed, our colleague's approach departs from the settled approach to the sliding scale, which has been foundational to s. 23 since *Mahe*. The new

tel) de tenir compte de considérations liées à la pédagogie et aux coûts. Par conséquent, l'art. 23 exige une analyse rigoureuse des limites internes de cette disposition, ce qui laisse normalement moins de place à une analyse au regard de l'article premier de la *Charte*.

[191] À l'instar du juge en chef, nous sommes d'avis qu'une interprétation téléologique de l'art. 23 exige que l'on applique la notion d'équivalence réelle aux différents seuils de l'échelle variable afin de reconnaître que la *qualité* de l'instruction offerte dans la langue officielle de la minorité ne peut être véritablement inférieure à celle de l'instruction offerte à la majorité. Nous rejetons donc la conclusion des juridictions inférieures selon laquelle la « proportionnalité » est la norme applicable au milieu ou au bas de l'échelle variable. Nous reconnaissons que les juridictions inférieures n'avaient pas l'intention de diminuer l'importance de l'art. 23 en appliquant la norme de la « proportionnalité », mais à notre avis, l'utilisation d'une telle norme risque de priver les ayants droit de ce à quoi ils ont légitimement droit en vertu de l'art. 23.

[192] Nous convenons également avec le juge en chef que l'obligation de prioriser les projets n'entraîne pas de violation de l'art. 23 : par. 139-140.

[193] Malgré notre large adhésion à l'analyse du juge en chef, il convient de noter que ce domaine du droit est truffé de questions à l'égard desquelles des divergences d'opinions raisonnables peuvent survenir et surviendront. Nous tenons à souligner que nos positions respectives ne sont pas très différentes. Si nous sommes en accord avec lui pour ce qui est des objectifs, nous sommes en désaccord sur le meilleur moyen de les réaliser. À notre avis, il existe des raisons importantes de maintenir une approche plus conventionnelle, dans le droit fil de la jurisprudence établie. Comme nous l'expliquerons ci-dessous, nos divergences découlent principalement du fait que dans l'analyse de la « justification par le nombre », le juge en chef applique, sur la base d'une comparaison effectuée à l'échelle de la province, une présomption quant au caractère approprié du niveau de services du point de vue de la pédagogie et des coûts. Cette

presumption leads to an application of the “numbers warrant” requirement that fails to give proper effect, in our respectful view, to s. 23’s important internal limitation. While our colleague acknowledges this internal limit, he does not give effect to it in the manner that it has been given effect in our jurisprudence to date. We are not persuaded that such a departure from earlier jurisprudence is warranted.

[194] We are in full accord with the Chief Justice that *Charter* rights must be given a broad, liberal, and purposive interpretation. But, doing so includes giving proper effect to a key part of s. 23, specifically, the “numbers warrant” requirement. Care must be had to give to s. 23, as to any right, only that scope and content that its text can bear: *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, at paras. 13 and 49-50. As this Court has said, “the *Charter* was not enacted in a vacuum”, and its guarantees ought to be understood in their “proper linguistic, philosophic and historical context[us]” so as not to “overshoot the actual purpose of the right or freedom in question”: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344.

[195] As for the analysis under s. 1 of the *Charter*, we agree with the Chief Justice that the courts below erred in accepting that the “fair and rational allocation of limited public funds” was a valid pressing and substantial objective, albeit for slightly different reasons. We also agree that the courts below erred in discounting the serious effects of assimilation in characterizing heightened assimilation as not particularly deleterious. To the contrary, s. 23 must serve as a bulwark against assimilation.

présomption influe sur des éléments clés de l’analyse requise pour l’appréciation de l’art. 23, ce qui entraîne une compression du milieu de l’échelle et une application déformée du critère de l’équivalence réelle. De fait, l’approche de notre collègue s’écarte de la conception établie de l’échelle variable sur laquelle repose l’art. 23 depuis l’arrêt *Mahe*. La nouvelle présomption entraîne une application de l’exigence de la « justification par le nombre » qui, selon nous, ne donne pas plein effet à l’importante limite interne de l’art. 23. Bien que notre collègue reconnaisse cette limite interne, il ne lui donne pas le même effet que la jurisprudence de notre Cour lui a donné à ce jour. Nous ne sommes pas convaincus qu’une telle entorse à la jurisprudence antérieure soit justifiée.

[194] Nous sommes entièrement d’accord avec le juge en chef sur le besoin de donner aux droits garantis par la *Charte* une interprétation large, libérale et téléologique. Mais pour ce faire, il faut donner l’effet voulu à un élément clé de l’art. 23, plus précisément l’exigence de la « justification par le nombre ». On doit prendre soin de n’accorder à l’art. 23, comme à tout autre droit, que la portée et la teneur qu’autorise son libellé : *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, par. 13 et 49-50. Comme l’a mentionné notre Cour, « la *Charte* n’a pas été adoptée en l’absence de tout contexte », et il y a lieu de situer ses garanties dans leurs « contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » de manière à ne pas « aller au-delà de l’objet véritable du droit ou de la liberté en question » : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344.

[195] En ce qui concerne l’analyse au regard de l’article premier de la *Charte*, nous sommes d’accord avec le juge en chef pour dire, quoique pour des raisons légèrement différentes, que les juridictions inférieures ont commis une erreur en acceptant que « l’affectation juste et rationnelle de fonds publics limités » était un objectif urgent et réel valable. Nous convenons aussi que les juridictions inférieures ont eu tort d’écarter les graves conséquences de l’assimilation en disant que l’assimilation accrue n’était pas particulièrement préjudiciable. Au contraire, l’art. 23 doit servir de rempart contre l’assimilation.

[196] The Chief Justice also concludes that the immunity from *Charter* damages set out in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, does not extend to government policies. Again, with respect, we must disagree. This Court's jurisprudence has consistently framed the principle in terms sufficiently broad to cover policies, and there is no principled reason to distinguish between legislation and other instruments, notably regulations and policies. Indeed, such regulations and policies can be made only where they are authorized by legislation. Thus, the distinction between instruments is artificial. However, an exception to this general immunity is warranted in the case of s. 23, which is a positive right that *requires* the expenditure of public funds and is particularly susceptible to government inaction. Thus, we find ourselves in agreement with our colleague that *Charter* damages are properly awarded in the circumstances of this case, but differ as to the general statement of the law with respect to *Charter* damages in other contexts.

[197] Finally, as grounds for revisiting *Mahe*, the Chief Justice raises concerns about access to justice and long delays: paras. 20 and 56. But the delay in this case resulted *not* from a lack of clarity in the law, but from the scope and magnitude of the claim. As we highlight below (at para. 200), the appellants effectively challenged the provision of minority language education throughout *the entire province* of British Columbia. Notwithstanding what can only be described as the remarkable efforts of the trial judge, the adjudication of such a claim would inevitably consume a substantial amount of time. More fundamentally, however, this appeal is concerned not with *access* to justice but with *the content* of that justice. It remains our view that while significant remedial measures have been shown to be warranted in British Columbia, that is not a sound basis to change the rules that will henceforth operate not only in that province but also in the other nine provinces

[196] Le juge en chef conclut également que l'immunité contre une condamnation à des dommages-intérêts en application de la *Charte* établie dans l'arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, ne s'étend pas aux politiques du gouvernement. Là encore, avec égards, nous ne pouvons partager son avis. La jurisprudence de notre Cour a constamment formulé le principe en des termes suffisamment larges pour viser les politiques, et il n'y a aucune raison de principe de distinguer les lois des autres instruments, notamment les règlements et les politiques. En effet, ces règlements et politiques ne peuvent être établis que s'ils sont autorisés par une loi. La distinction entre les instruments est donc artificielle. Cependant, une exception à cette immunité générale se justifie dans le cas de l'art. 23, lequel confère un droit positif qui *nécessite* la dépense de fonds publics et qui est particulièrement vulnérable à l'inaction de l'État. Par conséquent, nous sommes d'accord avec notre collègue pour dire que les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* sont adjugés à bon droit dans les circonstances de la présente affaire, mais nous ne pouvons adhérer à l'énoncé général du droit sur l'octroi de tels dommages-intérêts dans d'autres contextes.

[197] Enfin, pour motiver le réexamen de l'arrêt *Mahe*, le juge en chef exprime des inquiétudes au sujet de l'accès à la justice et des longs délais : par. 20 et 56. Or, le délai en l'espèce est imputable *non pas* au manque de clarté du droit, mais plutôt à la portée et à l'ampleur de la réclamation. Comme nous le soulignons ci-dessous (par. 200), les appelants ont effectivement contesté la façon dont l'instruction dans la langue de la minorité est fournie *partout dans la province* de Colombie-Britannique. Malgré ce qui ne peut être décrit que comme de remarquables efforts de la part de la juge de première instance, l'instruction d'une pareille réclamation prendrait inévitablement beaucoup de temps. Plus fondamentalement, toutefois, le présent pourvoi porte non pas sur l'*accès* à la justice, mais sur *la teneur* de cette justice. Nous demeurons d'avis que, s'il a été démontré que des mesures réparatrices d'envergure se justifiaient en Colombie-Britannique, ce n'est

and three territories. We are unpersuaded that circumstances requiring specific remedies in British Columbia constitute a sufficient basis to reframe the general operation of s. 23 for every jurisdiction in the country. Thus, as set out below, our differences rarely relate to what is needed on the facts of this case and ordinarily relate to whether a more general reframing of the rules is needed.

II. Facts and Decisions Below

[198] Like the Chief Justice, we note that this case deals with the interaction of s. 23 and other constitutional provisions: para. 2. The *main* issue in this case is, however, more specific, pertaining to how the s. 23 analysis applies when the number of students is at the middle or lower ends of the sliding scale. Indeed, the courts below, the parties in this appeal, and several intervenors framed the issue as determining how the s. 23 analysis applies when the numbers are not at the high end of the scale. In particular, we must consider whether substantive equivalence applies when the number of rights holders' children does not warrant the creation of a homogeneous school.

[199] This issue is somewhat obscured in the Chief Justice's analysis, as the new approach to s. 23 tends to cause the middle of the sliding scale to disappear. While he frames the question as being *how* to place the relevant number on the sliding scale, our precedents (notably *Mahe*) already state the general principles dealing with this issue, directing us on how to draw from them. Some refinement may well be in order. That often arises as one is called on to apply settled principles in the context of specific cases. But, in our respectful view, our colleague goes beyond refinement in the application of settled principles and instead substitutes new principles, notably in the

pas une raison valable de modifier les règles qui s'appliqueront dorénavant non seulement dans cette province, mais aussi dans les neuf autres provinces et les trois territoires. Nous ne sommes pas convaincus que des circonstances nécessitant des réparations précises en Colombie-Britannique constituent un fondement suffisant pour recadrer l'application générale de l'art. 23 dans chaque ressort du pays. Donc, comme nous le verrons plus loin, nos divergences portent rarement sur ce qui s'impose au vu des faits de l'espèce mais généralement sur la question de savoir s'il est nécessaire de procéder à une reformulation générale des règles.

II. Faits et décisions des juridictions inférieures

[198] À l'instar du juge en chef, nous soulignons que le présent pourvoi porte sur l'interaction de l'art. 23 avec les autres dispositions de la Constitution : par. 2. La *principale* question en l'espèce est toutefois plus précise et concerne la façon dont l'analyse fondée sur l'art. 23 s'applique lorsque le nombre d'élèves se situe au milieu ou au bas de l'échelle variable. En effet, les juridictions inférieures, les parties au présent pourvoi et plusieurs intervenants ont dit que la question consistait à se demander de quelle manière s'effectue l'analyse fondée sur l'art. 23 lorsque les nombres ne se situent pas à l'extrémité supérieure de l'échelle. Plus particulièrement, nous devons nous demander si l'équivalence réelle s'applique lorsque le nombre d'enfants d'ayants droit ne justifie pas la création d'une école homogène.

[199] Cette question est quelque peu obscurcie dans l'analyse du juge en chef, car la nouvelle façon d'aborder l'art. 23 tend à faire disparaître le milieu de l'échelle variable. Bien qu'il formule la question comme étant celle de savoir *quelle est la démarche à suivre* pour situer un nombre d'élèves donné sur l'échelle variable, notre jurisprudence (notamment l'arrêt *Mahe*) établit déjà les principes généraux qui régissent cette question et nous orientent quant à la façon de nous en inspirer. Certaines améliorations pourraient être de mise. Cela se produit souvent lorsqu'on est appelé à appliquer des principes établis dans des cas particuliers. Mais, à notre humble avis,

form of a province-wide presumption of pedagogical and cost appropriateness.

[200] While we agree with the Chief Justice’s account of the facts, we highlight certain facts that demonstrate the exceptional complexity of this case. The trial lasted 238 days (over a span of approximately three years) and led to one of the longest — if not the longest — trial decision in Canadian history (2016 BCSC 1764). The trial judge heard from over 40 lay witnesses and 13 experts. She was presented with over 1,600 exhibits and over one thousand pages of written argument. There were two categories of claims: (1) systemic or global claims; and (2) community claims. In all but one community claim, the appellants sought the maximum entitlement of a new homogeneous school. Finally, the appellant Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique (“CSF”) estimated that the total cost of implementing its claimed entitlements would be over \$300 million, *not including* the cost of site acquisition. As noted by the trial judge, in 2013 the CSF had requested \$350 million in capital funding, which was roughly equivalent to the total capital funding distributed to *all* of British Columbia’s school districts in that year. We can readily agree that the whole dispute took far too long, but in part that is because the appellants put virtually everything in issue and took maximalist positions on every issue. That is their right, but the fact that the litigation has taken a very long time is in no small measure a function of the wide scope of what is claimed.

notre collègue va au-delà du raffinement de l’application de principes établis et y substitue plutôt de nouveaux principes, notamment sous la forme d’une présomption que le niveau de service est approprié en termes de pédagogie et de coûts à l’échelle de la province.

[200] Bien que nous souscrivions au compte rendu des faits présenté par le juge en chef, nous voulons mettre en évidence certains faits qui démontrent la complexité exceptionnelle de l’affaire. Le procès a duré 238 jours (sur une période d’environ 3 ans) et a mené à l’une des plus longues décisions de première instance dans l’histoire du Canada, sinon la plus longue (2016 BCSC 1764). La juge de première instance a entendu plus de 40 témoins ordinaires et 13 témoins experts. Plus de 1 600 pièces et mille pages d’arguments écrits lui ont été présentées. Deux catégories de demandes ont été déposées : (1) des demandes de nature systémique ou globale; et (2) des demandes visant certaines communautés. Dans toutes les demandes portant sur une communauté, sauf une, les appelants ont demandé qu’on leur accorde le niveau de droit le plus élevé, soit la construction d’une nouvelle école homogène. Enfin, l’appelant le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique (« CSF ») a estimé que le coût total de la mise en œuvre de cette demande serait de plus de 300 M\$, *sans inclure* le coût d’acquisition des sites. Comme la juge de première instance l’a mentionné, le CSF a demandé 350 M\$ en fonds d’immobilisations en 2013, ce qui équivalait approximativement à la totalité des fonds d’immobilisations distribués à *tous* les districts scolaires de la Colombie-Britannique cette année-là. Nous pouvons aisément convenir que la totalité de l’instance a duré beaucoup trop longtemps, mais il en est ainsi notamment parce que les appelants ont mis pratiquement tout sur la table et ont adopté des positions maximalistes sur chaque point. C’est leur droit, mais le fait que l’instance a pris énormément de temps est, dans une large mesure fonction de l’ampleur considérable de ce qui est réclamé.

III. Analysis

A. *Historical Relevance of Section 23*

[201] At paragraphs 5 to 12 of his reasons, the Chief Justice provides a historical overview of language rights in education in Canada in order to fully appreciate their role in guiding the s. 23 analysis. This historical overview illustrates that s. 23, in particular the limiting criterion of “where numbers warrant”, reflects a bargain struck between the federal and provincial governments. This bargain is relevant because, as we will see, it is mirrored in the limitation contained in the text of s. 23. The issue is therefore not whether s. 23 ought to be given a broad versus restrictive interpretation as the Chief Justice suggests (at paras. 18-19), but rather about giving s. 23 its proper and intended effect.

[202] Minority language education rights have long been considered as worthy of constitutional protection. In a 1969 White Paper, Prime Minister Trudeau proposed to extend language guarantees and to include them in a charter. The paper proposed, specifically:

4. The Charter should also recognize and guarantee with respect to the English and French language.

...

- (e) the right of the individual to have English or French as his main language of instruction in publicly supported schools in areas where the language of instruction of his choice is the language of instruction of choice of a sufficient number of persons to justify the provision of the necessary facilities. [Emphasis added.]

(P. E. Trudeau, *The Constitution and the People of Canada* (1969), at pp. 54 and 58)

[203] Given the general provincial reticence about a proposed charter, and given also that language

III. Analyse

A. *Pertinence historique de l’art. 23*

[201] Aux paragraphes 5 à 12 de ses motifs, le juge en chef fait un survol historique des droits linguistiques en matière d’éducation au Canada afin d’apprécier pleinement le rôle que jouent ces droits dans l’orientation de l’analyse fondée sur l’art. 23. Ce survol historique illustre que l’art. 23, en particulier le critère restrictif de la « justification par le nombre », témoigne d’un compromis conclu entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Ce compromis est pertinent parce que, comme nous le verrons, il se reflète dans la limite que renferme le texte de l’art. 23. Il ne s’agit donc pas de savoir si l’art. 23 doit, comme le suggère le juge en chef (par. 18-19), recevoir une interprétation large ou une interprétation restrictive, mais de donner à l’art. 23 l’effet approprié et souhaité.

[202] Les droits à l’instruction dans la langue de la minorité sont depuis longtemps considérés comme étant dignes d’être protégés par la Constitution. Dans un livre blanc datant de 1969, le premier ministre Trudeau a proposé d’élargir les garanties linguistiques et de les inclure dans une charte. Ce livre proposait précisément ce qui suit :

4. La Charte devrait aussi reconnaître et garantir, en ce qui concerne la langue anglaise et la langue française

...

- e) le droit de l’individu à être éduqué en anglais ou en français, dans les écoles publiques, dans les régions où la langue d’enseignement de son choix est aussi la langue d’enseignement choisie par un nombre suffisant de personnes pour justifier l’établissement des institutions nécessaires. [Nous soulignons.]

(P. E. Trudeau, *La constitution canadienne et le citoyen* (1969), p. 54 et 58)

[203] Étant donné la réticence générale des provinces à l’égard de la proposition d’édicter une charte

rights pertaining to education fell within the legislative authority of the provinces, early proposals regarding minority education were expressly omitted from the Victoria Charter of 1971: M. D. Behiels, *Canada's Francophone Minority Communities: Constitutional Renewal and the Winning of School Governance* (2004), at p. 23. Although a Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons established after the failure of the Victoria Charter recommended constitutional entrenchment of a right to minority language instruction, the federal government chose to focus on language policy within matters of federal jurisdiction — for instance, in the federal public service: Behiels, at pp. 23-24 and 33.

[204] A shift would later occur. In a 1977 policy statement, the federal government stated a more ambitious and broader language policy. Acknowledging that “this involve[d] matters of provincial jurisdiction” (“Preface” by P. E. Trudeau in *A National Understanding: Statement of the Government of Canada on the official languages policy* (1977), at p. 12), the federal government would seek “the active support of the provinces, which controlled crucial areas such as education, the courts, social and health services, and culture”: Behiels, at p. 33.

[205] That year, following the 18th Annual Premiers’ Conference in St. Andrews, New Brunswick, the premiers issued a statement on language, agreeing to “make their best efforts to provide instruction in education in English and French wherever numbers warrant”: Canadian Intergovernmental Conference Secretariat, 18th Annual Premiers’ Conference, *Statement on Language*, Doc. 850-8/027 (August 18-19, 1977) (emphasis added). The Council of Education Ministers was also asked to report on the state of minority language education in the provinces. Its report was ratified at a special conference in Montreal in February 1978, at which the Premiers resolved that “[e]ach child of the French-speaking or English-speaking minority is entitled to an education in his or her language in the primary or the secondary

et puisque les droits linguistiques touchant l’éducation relevaient du pouvoir législatif des provinces, les premières propositions concernant l’éducation des minorités ont été expressément omises de la Charte de Victoria de 1971 : M. D. Behiels, *Canada's Francophone Minority Communities: Constitutional Renewal and the Winning of School Governance* (2004), p. 23. Bien qu’un comité mixte du Sénat et de la Chambre des communes créé après l’échec de la Charte de Victoria ait recommandé la constitutionnalisation du droit à l’instruction dans la langue de la minorité, le gouvernement fédéral a choisi de se concentrer sur une politique linguistique dans des domaines de compétence fédérale — par exemple au sein de sa fonction publique : Behiels, p. 23-24 et 33.

[204] Un virage est survenu un peu plus tard. Dans un énoncé de politique de 1977, le gouvernement fédéral a annoncé une politique linguistique plus ambitieuse et plus générale. Reconnaisant que le rôle « est dévolu aux provinces en ces domaines » (« Préface », par P. E. Trudeau, dans *Un choix national : Exposé du Gouvernement du Canada sur une politique linguistique nationale* (1977), p. 12), le gouvernement fédéral cherchait à obtenir [TRADUCTION] « le soutien actif des provinces, qui contrôlaient des domaines essentiels comme l’éducation, les tribunaux, les services sociaux et de santé et la culture » : Behiels, p. 33.

[205] Cette année-là, à la suite de la 18^e Conférence annuelle des premiers ministres tenue à St. Andrews, au Nouveau-Brunswick, les premiers ministres ont publié une déclaration sur la langue, acceptant de « f[aire] tout leur possible pour offrir l’enseignement en français et en anglais sous réserve que le nombre le justifie » : Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes, 18^e Conférence annuelle des premiers ministres, *Déclaration sur la langue*, Doc. 850-8/027 (18-19 août 1977) (nous soulignons). On avait également demandé au Conseil des ministres de l’Éducation de présenter un rapport sur l’état de l’éducation dans la langue de la minorité dans les provinces. Ce rapport a été ratifié lors d’une conférence spéciale à Montréal en février 1978, durant laquelle les premiers ministres ont décidé que

schools in each province wherever numbers warrant”: Canadian Intergovernmental Conference Secretariat, Premiers’ Conference, *Communiqué of the Conference*, Doc. 850-9/007 (February 23, 1978) (emphasis added); Behiels, at p. 41.

[206] The draft version of what eventually became s. 23 was subject to scrutiny and debate before the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada. In one notable exchange, then-Minister of Justice and Attorney General of Canada Jean Chrétien, responding to New Brunswick Member of Parliament Eymard Corbin’s concerns about the term “where numbers warrant”, referred back to the agreements of the premiers as follows:

Mr. Chrétien: Mr. Corbin, you have very clearly expressed the reason why we have maintained that phrase. Those were the terms used by the Provincial Premiers at the time of the 1978 Agreement in Montreal.

...

Perhaps we could have dropped this expression and the courts would have reached the same decisions, but on this issue we felt it was appropriate not to exceed the words chosen by the Provincial Premiers.

Mr. Corbin: Mr. Minister, what distresses me in all this . . .

Mr. Chrétien: In fact, the oddest and the most surprising thing is that Mr. Hatfield, your Premier of New Brunswick, does not like the expression “where numbers warrant”, but he was a party to the Montreal agreement.

Mr. Corbin: Yes, especially since the first agreement was reached at St. Andrews.

Mr. Chrétien: In St. Andrews, New Brunswick. [Emphasis added.]

« [c]haque enfant de la minorité francophone ou anglophone dans chacune des provinces a le droit de recevoir l’enseignement dans sa langue dans les écoles primaires ou secondaires, partout où le nombre d’élèves le justifie » : Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes, Conférence des premiers ministres provinciaux, *Communiqué de la Conférence*, Doc. 850-9/007 (23 février 1978) (nous soulignons); Behiels, p. 41.

[206] La version préliminaire de ce qui est finalement devenu l’art. 23 a fait l’objet d’un examen minutieux et d’un débat devant le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada. Dans un échange digne de mention, le ministre de la Justice et procureur général du Canada à l’époque, Jean Chrétien, a répondu ainsi aux inquiétudes du député du Nouveau-Brunswick Eymard Corbin concernant l’expression « lorsque le nombre le justifie » citée dans les ententes des premiers ministres :

M. Chrétien : La raison, monsieur Corbin, pourquoi nous les gardons, vous l’avez énoncée très clairement. Ce sont les termes employés par les premiers ministres des provinces lors de l’accord de 1978, à Montréal.

...

On aurait peut-être pu ne pas les mettre et les cours auraient pris les mêmes décisions, mais nous avons cru qu’il était approprié de ne pas aller au-delà des termes choisis par les premiers ministres des provinces, là-dessus.

M. Corbin : Monsieur le ministre, ce qui me chagrine dans tout ça . . .

M. Chrétien : D’ailleurs, le plus drôle et le plus surprenant c’est que votre premier ministre au Nouveau-Brunswick, monsieur Hatfield, n’aime pas le terme « lorsque le nombre le justifie », mais il était partie à l’accord de Montréal.

M. Corbin : Oui, et d’autant plus que le premier accord s’est fait à St. Andrews.

M. Chrétien : À St. Andrews, au Nouveau-Brunswick. [Nous soulignons.]

(*Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 38, 1st Sess., 32nd Parl., January 15, 1981, at pp. 36-37)

[207] Given that the *Charter* required provincial support — s. 23 even more so, being a provision drafted by the federal government that imposed positive obligations on the provinces in an area over which they had exclusive legislative authority — it makes sense that the words were chosen in a manner that reflected the concerns of the provinces. Indeed, it is unsurprising. The *Charter*, after all, records a political agreement, whose contents reflect the negotiation and compromise that was necessary to secure the support for entrenching it in the Constitution.

[208] In this case, the use of the expression “numbers warrant” reflects a bargain, and records what the provinces accepted. It imposes a numerical threshold and ensures that the obligations on the provinces are reasonable and reflect what is practical. This limit was expressed within the text of s. 23 itself. This Court has confirmed the primacy of the written text of the Constitution on various occasions: see, e.g., *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 53 (“*Secession Reference*”); *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at para. 65; *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511, at para. 36.

[209] This Court has been mindful of both the text of s. 23 and its particular nature. In *Mahe*, this Court struck a balance by recognizing that it is possible to “breathe life” into the s. 23 right, but at the same time do so with caution: p. 365.

B. *The Analytical Framework of Section 23 of the Charter*

[210] The analysis to be applied to s. 23 claims follows two main steps. First, a court must determine the *level* of services warranted by the number of rights holders in a given area (the “numbers warrant”

(*Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, fascicule n° 38, 1^{re} sess., 32^e lég., 15 janvier 1981, p. 36-37)

[207] Étant donné que la *Charte* nécessitait le soutien des provinces — et encore plus l’art. 23, puisqu’il s’agissait d’une disposition rédigée par le gouvernement fédéral qui imposait des obligations positives aux provinces dans un domaine à l’égard duquel elles avaient une compétence législative exclusive —, il est logique que le libellé choisi reflète les préoccupations de ces dernières. En effet, cela n’est pas surprenant. Après tout, la *Charte* constate une entente politique dont le contenu est l’expression d’une négociation et d’un compromis qui étaient nécessaires pour garantir le soutien de tous en vue de l’inclure dans la Constitution.

[208] En l’espèce, l’expression « lorsque le nombre le justifie » reflète un compromis et constate ce que les provinces ont accepté. Elle impose un seuil numérique et fait en sorte que les obligations des provinces demeurent raisonnables et réalistes. Cette limite est exprimée dans le libellé même de l’art. 23. Notre Cour a confirmé la primauté du texte écrit de la Constitution à plusieurs reprises : voir, p. ex., *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 53 (« *Renvoi relatif à la sécession* »); *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 65; *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511, par. 36.

[209] Notre Cour a tenu compte du libellé de l’art. 23 et de son caractère singulier. Dans l’arrêt *Mahe*, elle a trouvé un juste milieu en reconnaissant qu’il est possible d’« insuffler la vie » au droit garanti à l’art. 23, mais en le faisant avec prudence : p. 365.

B. *Le cadre analytique de l’article 23 de la Charte*

[210] L’analyse à appliquer aux demandes fondées sur l’art. 23 se divise en deux étapes principales. D’abord, le tribunal doit déterminer le *niveau* de services justifié par le nombre d’ayants droit dans

analysis). This entails ascertaining the “relevant” number of rights holders, then placing that number on a sliding scale of entitlement in order to decide what level of service is warranted. Secondly, courts must determine whether the *quality* of services granted to the rights holders is substantively equivalent to the quality of services provided to local majority language students (the “substantive equivalence” analysis).

(1) The “Numbers Warrant” Analysis

[211] The analysis begins, then, by determining the *relevant number*. In *Mahe*, this Court stated that “the relevant figure for s. 23 purposes is the number of persons who will eventually take advantage of the contemplated programme or facility”: p. 384 (emphasis added). It added that this figure will fall somewhere between “the known demand for the service and the total number of persons who potentially could take advantage of the service”: *ibid*. We will refer to those two parameters as the “known demand” and the “potential demand”.

[212] This straightforward, estimates-based approach has since been affirmed by this Court. In *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, 2000 SCC 1, [2000] 1 S.C.R. 3, the trial judge had accepted evidence that approximately 155 children of s. 23 rights holders lived in the relevant area (the potential demand) and that this number could rise to 306 in the course of several years. He had also considered a survey indicating that the parents of 49 children were definitely interested in sending their children to a French school in Summerside and that this number could rise to 64 in the next three years (the known demand): *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island* (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 308 (P.E.I.S.C. (T.D.)), at para. 52; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island* (1998), 162 Nfld. & P.E.I.R. 329 (P.E.I.S.C. (App. Div.)), at para. 58. The Appeal Division reversed the judgment of the Trial Division, reasoning in part that only the known demand for the first three years of the program should frame the numbers analysis: *ibid*. This Court allowed the appeal, affirming not only the methodology we have

une région donnée (l’analyse de la « justification par le nombre »). Pour ce faire, il doit établir le nombre « pertinent » d’ayants droit, puis situer ce nombre sur une échelle variable de droits afin de décider quel niveau de services est justifié. Ensuite, il doit juger si la *qualité* des services offerts aux ayants droit est réellement équivalente à celle des services offerts aux élèves de la majorité linguistique de la région (l’analyse de l’« équivalence réelle »).

(1) L’analyse de la « justification par le nombre »

[211] L’analyse débute donc par la détermination du *nombre pertinent*. Dans l’arrêt *Mahe*, notre Cour a affirmé que « le chiffre pertinent aux fins de l’art. 23 est le nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme ou de l’établissement envisagés » : p. 384 (nous soulignons). Elle a ajouté que ce nombre, qui constitue une estimation, se situera quelque part entre « la demande connue relative au service et le nombre total de personnes qui pourraient éventuellement se prévaloir du service » : *ibid*. Nous appellerons ces deux paramètres la « demande connue » et la « demande potentielle ».

[212] Cette approche simple et fondée sur des estimations a depuis été confirmée par notre Cour. Dans l’arrêt *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3, le juge du procès a accepté la preuve selon laquelle environ 155 enfants d’ayants droit de l’art. 23 vivaient dans la région concernée (la demande potentielle) et que ce nombre pourrait passer à 306 dans plusieurs années. Il a également tenu compte d’un sondage indiquant que les parents de 49 enfants désiraient certainement envoyer leurs enfants à une école française à Summerside et que ce nombre pourrait passer à 64 au cours des trois années suivantes (la demande connue) : *Arsenault-Cameron c. Prince Edward Island* (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 308 (C.S. Î.-P.-É. (1^{re} inst.)), par. 52; *Arsenault-Cameron c. Prince Edward Island* (1998), 162 Nfld. & P.E.I.R. 329 (C.S. Î.-P.-É. (Div. d’appel)), par. 58. La Division d’appel a infirmé la décision de la Division de première instance, estimant que seule la demande connue pour les trois premières années du programme devrait encadrer l’analyse du nombre : *ibid*. Notre Cour a accueilli

described, but directing that it ought to be applied using present-day estimates, both for known demand and potential demand. Relying on the evidence accepted by the trial judge, the Court held that the relevant number fell “somewhere between 49 and 155”: para. 59.

[213] This is not to say, however, that a court cannot rely on more sophisticated methods to supplement this basic approach. For example, there may be reliable statistical or actuarial evidence put before the trial judge projecting what the known demand and potential demand will be in the future, which might allow for more precision in identifying the numerical range within which the relevant number should fall. Indeed, *Mahe* (at p. 384) suggests that such evidence may be taken into account, as does this Court’s statement in *Arsenault-Cameron* that “[t]he potential demand for services could be determined by inferring that the established demand would increase after the services actually became available”: para. 59.

[214] Whatever the degree of precision in the evidence, the important point is that the purpose of this assessment is to estimate the number of students that will *eventually* take advantage of the proposed program or facility. And it *is* an *estimate*. The goal is not to establish how many students will take advantage of the facility or program *when it is first launched*, but rather to try to forecast how many will do so *in the future*. We therefore agree with the Chief Justice when he says “it is not necessary in this case to fix a precise number of years as the length of a long-term projection”: para. 60. We also agree that the projection should take account of the long-term planning of such projects, as well as the necessity to use estimates that remain reliable. Assessing how far into the future the projection can go should also be done on a case-by-case basis, and will depend on the quality and reliability of the evidence presented to the trial judge.

l’appel, confirmant non seulement la méthode que nous avons décrite, mais ordonnant qu’elle soit appliquée à l’aide des estimations contemporaines, tant pour la demande connue que pour la demande potentielle. Se fondant sur la preuve acceptée par le juge du procès, la Cour a conclu que le nombre pertinent se situait « entre 49 et 155 » : par. 59.

[213] Cependant, cela ne signifie pas qu’un tribunal ne peut pas se fonder sur des méthodes plus avancées pour compléter cette approche de base. Par exemple, des éléments de preuve statistiques ou actuariels fiables prévoyant ce que seront la demande connue et la demande potentielle dans le futur peuvent être présentés au juge du procès, ce qui pourrait aider à déterminer avec plus de précision la fourchette numérique dans laquelle le nombre pertinent devrait se situer. En effet, l’arrêt *Mahe* (p. 384) tend à indiquer que de tels éléments de preuve peuvent être pris en considération, tout comme l’affirmation de notre Cour dans l’arrêt *Arsenault-Cameron* portant que « [l]a demande éventuelle de services pouvait être déterminée en postulant que la demande établie augmenterait une fois les services offerts » : par. 59.

[214] Quel que soit le degré de précision de la preuve, ce qui importe, c’est que l’objectif de cette évaluation est d’estimer le nombre d’élèves qui se prévaudront *en définitive* du programme ou de l’établissement proposé. Et qu’il *s’agit* d’une *estimation*. Le but n’est pas d’établir combien d’élèves se prévaudront de l’établissement ou du programme *au moment de son lancement*, mais plutôt d’essayer de prévoir combien le feront *dans le futur*. Nous sommes donc d’accord avec le juge en chef lorsqu’il affirme « qu’il n’est pas nécessaire en l’instance de fixer avec précision le nombre d’années qui constitue une projection à long terme » : par. 60. Nous convenons également que la projection devrait tenir compte de la planification à long terme de tels projets, ainsi que de la nécessité d’utiliser des estimations qui demeurent fiables. L’évaluation de la période visée par la projection devrait également se faire au cas par cas et elle dépendra de la qualité et de la fiabilité des éléments de preuve présentés au juge du procès.

[215] After determining the relevant number, the court must then establish, using the sliding scale approach, what *level* of services is warranted, pedagogically, given the number of minority language students, and considering the cost of such service: *Mahe*, at p. 384. Here, our colleague proposes that a legal presumption of pedagogical and cost appropriateness should apply whenever a school of comparable size exists anywhere in the province: paras. 65 and 68-69. This is an innovation for which no adequate basis has been shown, in our view.

[216] As our colleague recognizes, the right to minority language education pursuant to s. 23, on its express terms and on this Court's jurisprudence, is *internally limited* to the services that can be justified, pedagogically and financially, by the number of children of rights holders: paras. 25 and 150. To trigger the obligation to publicly fund minority language education, a claimant must demonstrate that this limit is accounted for. As is the general rule, "the burden of proving all elements of the breach of a Charter right rests on the person asserting the breach": P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 38-7. This ensures that s. 23's "own internal qualifications and its own method of internal balancing" are fulfilled: *Mahe*, at p. 369. The operation of the sliding scale gives effect to this internal limit: the content of the right expands as the numbers increase, thereby ensuring that rights holders receive a level of service that is appropriate to their number: *Mahe*, at p. 366. Significantly, this internal limit also takes account of certain contextual factors, such as the local or urban setting of the program or facility: *Mahe*, at p. 385; *Association des parents de l'école Rose-des-vents v. British Columbia (Education)*, 2015 SCC 21, [2015] 2 S.C.R. 139, at para. 47. This is not fully recognized, we would suggest, by our colleague: para. 64.

[217] Proper placement on the sliding scale is critical for several reasons. First, making sure that

[215] Après avoir déterminé le nombre pertinent, le tribunal doit alors établir, à l'aide de l'échelle variable, quel *niveau* de services est justifié sur le plan pédagogique eu égard au nombre d'élèves de la minorité linguistique et au coût de ces services : *Mahe*, p. 384. En l'espèce, notre collègue propose que l'on adopte une présomption légale selon laquelle il est approprié sur les plans pédagogique et financier de créer une école chaque fois qu'il existe une école de taille comparable ailleurs dans la province : par. 65 et 68-69. Il s'agit d'une innovation à l'égard de laquelle aucun fondement adéquat n'a, à notre avis, été démontré.

[216] Comme le reconnaît notre collègue, le droit à l'instruction dans la langue de la minorité garanti par l'art. 23, selon les termes exprès de cette disposition et la jurisprudence de notre Cour, contient une *limite interne* et ne vise que les services qui peuvent être justifiés, sur les plans pédagogique et financier, par le nombre d'enfants d'ayants droit : par. 25 et 150. Pour que s'applique l'obligation de financement public de l'éducation dans la langue de la minorité, le demandeur doit démontrer que cette limite est franchie. Comme le prévoit la règle générale, [TRADUCTION] « le fardeau de prouver tous les éléments de l'atteinte à un droit garanti par la *Charte* incombe à la personne qui allègue l'atteinte » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 38-7. Cela permet de veiller à ce que l'art. 23 soit « assorti de réserves et d'une méthode d'évaluation qui lui sont propres » : *Mahe*, p. 369. Le fonctionnement de l'échelle variable met en œuvre cette limite interne : le contenu du droit s'accroît à mesure que les nombres augmentent, garantissant ainsi que les ayants droit bénéficient du niveau de services approprié à leur nombre : *Mahe*, p. 366. Fait à souligner, cette limite tient aussi compte de certains facteurs contextuels, comme la question de savoir s'il s'agit d'un programme ou d'un établissement en milieu local ou urbain : *Mahe*, p. 385; *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21, [2015] 2 R.C.S. 139, par. 47. Selon nous, ceci n'est pas entièrement reconnu par notre collègue : par. 64.

[217] Il est essentiel de bien situer le nombre sur l'échelle variable pour plusieurs raisons.

the level of services accorded to minority language groups conforms to what the numbers warrant ensures not only that governments will deploy the resources necessary to meet their obligations under s. 23, but that the internal limit to those obligations is also accounted for. Governments are therefore mandated to do “whatever is *practical in the situation* to preserve and promote minority language education”: *Mahe*, at p. 367 (emphasis added). This Court has recognized, for example, that there is little that governments can do “in the case of a solitary, isolated minority language student”: *ibid.*

[218] The second reason that proper placement is crucial relates to the first point: just as a failure to give effect to the rights conferred by s. 23 can be detrimental to the flourishing of minority languages, improper placement on the scale — that is, not respecting the internal limit of s. 23 — can also be harmful to minority students. As Dickson C.J. explained in *Mahe*, not only would such a situation be impractical, it would also undermine the educational experience of minority rights holders:

There is no point, for example, in having a school for only ten students in an urban centre. The students would be deprived of the numerous benefits which can only be achieved through studying and interacting with larger numbers of students. [Emphasis added; p. 385.]

In short, properly determining the entitlement by taking into account the internal limit is a means of preserving s. 23’s internal limit, while at the same time providing the appropriate level of services for minority language students.

[219] The legal presumption proposed by the Chief Justice, however, has the effect of displacing the “numbers warrant” analysis. Considerations of pedagogy and cost are effectively withdrawn at the moment a school with comparable numbers can be found anywhere in the province, regardless of the

Premièrement, le fait de s’assurer que le niveau de services offerts aux groupes de la minorité linguistique est justifié par le nombre permet de faire en sorte que non seulement les gouvernements déploient les ressources nécessaires pour s’acquitter des obligations qui leur incombent au titre de l’art. 23, mais aussi que la limite interne de ces obligations soit prise en compte. L’article 23 prescrit donc que les gouvernements « doivent faire ce qui est pratiquement faisable dans les circonstances pour maintenir et promouvoir l’instruction dans la langue de la minorité » : *Mahe*, p. 367 (nous soulignons). Notre Cour a reconnu, par exemple, qu’on ne peut exiger grand-chose d’un gouvernement « dans le cas d’un seul et unique élève de la minorité linguistique » : *ibid.*

[218] La deuxième raison pour laquelle il est essentiel de bien situer le nombre sur l’échelle variable est liée au premier point : tout comme le défaut de respecter les droits conférés par l’art. 23 peut nuire à l’épanouissement des langues minoritaires, un mauvais placement sur l’échelle — c’est-à-dire, qui ne respecte pas la limite interne de l’art. 23 — peut aussi se révéler préjudiciable aux élèves de la minorité. Comme l’a expliqué le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Mahe*, une telle situation ne serait pas seulement irréaliste, elle minerait aussi l’expérience éducative des ayants droit de la minorité :

Il ne servirait à rien par exemple d’avoir une école pour dix élèves seulement dans un centre urbain car les élèves seraient privés des nombreux avantages qui découlent d’études et de contacts avec un nombre plus considérable d’élèves. [Nous soulignons; p. 385.]

Bref, déterminer adéquatement les droits en tenant compte de la limite interne de l’art. 23 est un moyen de préserver cette limite, tout en fournissant le niveau de services approprié aux élèves de la minorité linguistique.

[219] La présomption légale proposée par le juge en chef a toutefois pour effet d’écarter l’analyse fondée sur la « justification par le nombre ». Les considérations liées à la pédagogie et aux coûts sont effectivement écartées dès lors qu’il y a une école de taille comparable ailleurs dans la province, peu

particular context that may explain the continued existence of such a school. A right to a homogeneous school — the highest level of entitlement on the scale — is immediately presumed, thereby shifting the claimant’s burden to the province essentially from the outset. How a province could successfully rebut this presumption is unclear. Our colleague views minority language schools as somewhat akin to majority language schools that serve geographically isolated communities. The rebuttal of his presumption appears to be limited to “genuinely exceptional” cases such as when the school can be reached only by plane or ferry or otherwise requires significant travel to service a remote area: paras. 78-79. Thus, the presumption is, effectively, a rule: there will *always* be a homogeneous school, rather than one that shares facilities. And this will apply irrespective of why a small majority language school is maintained — including the fact that it may be the only way to provide students with instruction, indeed the only way for the community to continue to exist. While we are not in a position to make any calculation, one can safely assume that the cost implications of this will be quite considerable across ten provinces and three territories.

[220] As pointed out by the Chief Justice, this approach to determining the level of services is simple and predictable: para. 56. But simplicity and predictability are not necessarily virtues when they are achieved at the expense of other important considerations. Here, a claimant need simply show that there is somewhere in the province or territory a comparably sized majority language school; it would then follow that there is a (presumptive) entitlement to a similarly sized minority language school, without regard to other variables. Predictability may be thus achieved, but at the expense of having proper regard to relevant and important context; indeed, this Court has stated that “a number of complex and subtle factors *must* be taken into account beyond simply counting the number of students” in undertaking this analysis: *Mahe*, at p. 386 (emphasis added).

importe le contexte particulier pouvant expliquer l’existence d’une telle école. Le droit à une école homogène — le droit situé à l’extrémité supérieure de l’échelle — est immédiatement présumé, ce qui a pour effet de déplacer le fardeau du demandeur vers la province, et ce, dès le départ. La façon dont une province pourrait parvenir à réfuter cette présomption n’est pas claire. D’après notre collègue, les écoles de la minorité linguistique s’apparentent dans une certaine mesure à celles de la majorité linguistique qui desservent des communautés géographiquement isolées. Sa présomption ne semble être réfutée que dans les situations « véritablement exceptionnelles » comme celle où l’école n’est accessible que par avion ou par traversier ou lorsqu’il faut parcourir un très long trajet pour s’y rendre : par. 78-79. Ainsi, la présomption constitue effectivement une règle : il y aura *toujours* une école homogène plutôt qu’une école qui partage des locaux. De surcroît, cette présomption s’appliquera peu importe la raison pour laquelle on conserve une petite école de la majorité linguistique — y compris le fait qu’elle représente peut-être le seul moyen d’instruire les élèves, voire le seul moyen d’assurer la survie de la communauté. Bien que nous ne soyons pas en mesure de faire des calculs, on peut présumer sans trop de risques que les répercussions financières seront considérables dans les dix provinces et trois territoires.

[220] Comme l’a souligné le juge en chef, cette façon d’établir le niveau de services est simple et prévisible : para. 56. Mais la simplicité et la prévisibilité ne sont pas nécessairement des vertus lorsqu’elles se réalisent au détriment d’autres considérations importantes. En l’espèce, le demandeur n’a qu’à démontrer qu’il existe quelque part dans la province ou le territoire en question une école de la majorité linguistique de taille comparable; il existerait par conséquent un droit (présumé) à une école de la minorité linguistique de même taille, sans égard à d’autres variables. La prévisibilité peut donc se réaliser, mais aux dépens de la prise en compte du contexte pertinent et important; en effet, notre Cour a affirmé qu’« il faut [. . .] tenir compte de plusieurs facteurs subtils et complexes qui dépassent le simple calcul du nombre des élèves » au moment d’effectuer cette analyse : *Mahe*, p. 386 (nous soulignons).

[221] We also respectfully suggest that the simplicity of the new approach is more apparent than real. While claimants can readily identify small schools in various parts of a province or territory, it will then be for the government of that jurisdiction to present evidence of *each and every one* of them in order to rebut the presumption — an unavoidably lengthy and cumbersome process. In that regard, the Chief Justice’s attempts to circumscribe the number of majority schools put forward as comparators to those that are truly comparable falls short of meeting his lofty goal. At para. 69, he writes: “. . . the claimants, who are responsible for identifying comparator schools, must endeavour to submit to the court a reasonable number of schools that, to the best of their knowledge, are appropriate comparators in light of the principles set out in these reasons” (emphasis added). With respect, given that it is the Chief Justice’s position throughout his reasons that the presumption may be rebutted only in “genuinely exceptional” cases, we are doubtful that claimants will refrain from invoking large numbers of the smallest majority schools across the province regardless of whether they are appropriate comparators to the situation the linguistic minority faces in an attempt to maximize gains.

[222] Nor is it evident what is to happen where the Province successfully rebuts the presumption (see our colleague’s reasons at para. 90.) We would suggest that one turns again to the type of contextual analysis described in *Mahe*, but it is not clear.

[223] Relatedly, as the new test has the practical effect of shifting the onus of proof, serious concerns can arise regarding trial fairness in the application of the new test. The Chief Justice states that “there is no evidence in the record on the basis of which the presumption could be rebutted in relation to the other small schools I mentioned above whose enrolment ranges from 66 to 73 students”: para. 101. That may well be accurate, but, as the Province did

[221] Avec égards, nous soutenons aussi que la simplicité de la nouvelle approche est plus apparente que réelle. Bien qu’il soit facile pour les demandeurs d’identifier de petites écoles dans différentes régions d’une province ou d’un territoire, il reviendra alors au gouvernement de ce ressort de produire des éléments de preuve à l’égard de *chacune* d’elles afin de réfuter la présomption — une entreprise forcément longue et fastidieuse. À cet égard, la tentative du juge en chef de circonscrire le nombre d’écoles de la majorité citées à titre d’éléments de comparaison par rapport à celles qui sont véritablement comparables ne permet pas d’atteindre son objectif par ailleurs louable. Il écrit ceci au par. 69 : « . . . les demandeurs, qui ont la tâche d’identifier les écoles de comparaison, doivent faire des efforts pour soumettre au tribunal un nombre raisonnable d’écoles qui, au meilleur de leurs connaissances, sont des éléments de comparaison appropriés à la lumière des enseignements de la présente décision » (nous soulignons). Avec égards, comme le juge en chef soutient tout au long de ses motifs que la présomption ne peut être réfutée que dans des situations « véritablement exceptionnelles », nous doutons que les demandeurs s’abstiendront d’invoquer, dans le but de maximiser les gains, un grand nombre de très petites écoles de la majorité partout dans la province, peu importe si celles-ci constituent des éléments de comparaison appropriés avec la situation à laquelle se trouve confrontée la minorité linguistique.

[222] Ce qu’il advient lorsque la Province parvient à réfuter la présomption n’est pas non plus évident (voir le par. 90 des motifs de notre collègue). Peut-être a-t-on encore recours au type d’analyse contextuelle décrite dans l’arrêt *Mahe*, mais ce n’est pas clair.

[223] Dans la même veine, étant donné que le nouveau critère a pour effet concret de déplacer le fardeau de preuve, l’on peut s’inquiéter grandement pour l’équité du procès dans l’application de ce critère. Le juge en chef dit que « [I]e dossier ne contient toutefois aucune preuve permettant de repousser la présomption à l’égard des autres écoles de petite taille dont j’ai fait état plus tôt et où les effectifs varient entre 66 et 73 élèves » : par. 101. Cela pourrait

not know at trial that it had a presumption to rebut, it did not have as a practical matter the opportunity to seek to meet its (new) evidentiary burden. This is made more problematic by the circumstances in Pemberton, where “[t]he appellants did not have the opportunity to make such submissions in this case”: para. 102. If the appellants are to be given the opportunity to supplement their submissions, must the same opportunity not be accorded to the Province? And, why only Pemberton and not other communities? We understand the desire to bring finality to these questions, but fairness must not be lost sight of in that pursuit.

[224] The legal presumption operates as a fast track to reach the upper end of the sliding scale. One might ask whether the new approach would be read as replacing the sliding scale with an express elevator. This seems to us to be inconsistent with this Court’s refusal to adopt a view of s. 23 as encompassing only two rights (one with respect to instruction and one with respect to facilities) — an approach that the Court rejected in favour of the sliding scale approach, which allows for a progressive increase in entitlement as the number of rights holders increases: *Mahe*, at p. 366.

[225] The Chief Justice says that, under his approach, there is still space for the middle of the scale. We do not share his view. The legal presumption that is proposed is engaged as soon as a school serving a similar number of students can be found *anywhere* in the province, *regardless* of context, and favours granting the highest level of entitlement in *any* such case. This would essentially eliminate any middle level to the scale.

[226] Departing significantly from a precedent of our Court requires compelling reasons: *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, at para. 45, quoting *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at para. 56, and *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 44. With respect, our colleague *does* depart from precedent; in this, we differ: paras. 71-72. We have already noted

fort bien s’avérer exact, mais, comme la Province ignorait au procès qu’elle devait réfuter une présomption, elle n’a pas eu, dans les faits, la possibilité de chercher à s’acquitter de son (nouveau) fardeau de preuve. Cela pose d’autant plus problème dans le cas de Pemberton, où « [I]es appelants n’ont pas eu la possibilité de soumettre de telles observations en l’espèce » : par. 102. S’il faut donner aux appelants la possibilité d’ajouter à leurs observations, ne faut-il pas accorder cette même possibilité à la Province? Et pourquoi seulement à l’égard de Pemberton et non des autres communautés? Nous comprenons le désir de trancher ces questions de manière définitive, mais il ne faut pas perdre de vue l’équité dans cette quête.

[224] La présomption légale sert de voie rapide pour atteindre l’extrémité supérieure de l’échelle variable. Il est permis de se demander si la nouvelle approche remplace l’échelle variable par un ascenseur express. Celle-ci nous semble incompatible avec le refus de notre Cour de considérer que l’art. 23 englobe seulement deux droits (l’un relatif à l’instruction et l’autre relatif aux établissements) — une approche que notre Cour a rejetée, lui préférant l’approche fondée sur une échelle variable qui permet une augmentation progressive du droit à mesure que le nombre d’ayants droit augmente : *Mahe*, p. 366.

[225] Le juge en chef affirme que, suivant son approche, il reste encore de l’espace pour le milieu de l’échelle. Nous ne partageons pas son avis. La présomption légale proposée entre en jeu dès que l’on trouve, *n’importe où* dans la province, une école accueillant un nombre semblable d’élèves, *indépendamment* du contexte, en plus de contribuer à conférer le plus haut niveau de droit dans *un* tel cas. Cela revient essentiellement à éliminer le milieu de l’échelle.

[226] Pour s’écarter considérablement d’un précédent de notre Cour, il doit exister des raisons impérieuses de le faire : *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, par. 45, citant *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 56, et *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44. Avec égards, notre collègue s’écartere *effectivement* des précédents; nous

the extraordinary complexity of this case. There is no basis to conclude that s. 23 cases are usually met with abnormal delays, that there is a culture of complacency with regards to s. 23 rights, or that the test developed by this Court in *Mahe* and other cases is maladjusted to the reality of claimants; in this, again we differ from our colleague (paras. 20 and 56).

[227] How, then, does a court determine the level of service that is warranted for a given group of rights holders? We suggest a two-step approach that draws substantially from our precedents, from as early as *Mahe* to as recently as *Rose-des-vents*. First, the claimant must demonstrate, on a balance of probabilities, that the level of service claimed is pedagogically appropriate for the number of children. If successful, a presumption arises to the effect that the level of service is also appropriate as to cost. The burden then shifts to the province or territory to rebut the presumption of cost appropriateness, which is a suitable burden given that it is better placed to adduce such evidence. Throughout, however, the burden for demonstrating pedagogical appropriateness properly rests with the claimant — who, after all, has the onus of establishing a *Charter* breach.

[228] To assess the pedagogical appropriateness of a given level of service, the existence of majority schools or programs built for similar numbers elsewhere in the province can be a *relevant* indicator that a homogeneous school or program would be pedagogically appropriate for the number of rights holders' children. Indeed, we agree that the existence of a school or program of a similar size is a useful indicator that this level of service is pedagogically appropriate for the number of students, provided that the school or program exists in a context that is relevant and somewhat comparable. We also agree

divergeons d'opinion sur ce point : par. 71-72. Nous avons déjà signalé l'extraordinaire complexité de la présente affaire. Il n'y a aucune raison de conclure que les affaires soulevant l'art. 23 se règlent habituellement dans des délais anormaux, qu'il existe une culture de complaisance vis-à-vis les droits reconnus à l'art. 23 ou que le critère élaboré par notre Cour dans *Mahe* et d'autres arrêts est mal adapté à la situation des demandeurs; là encore, nous nous dissociions de notre collègue : par. 20 et 56.

[227] Comment alors un tribunal peut-il déterminer le niveau de services justifié pour un groupe donné d'ayants droit? Nous suggérons une approche en deux étapes, fondée en grande partie sur la jurisprudence de notre Cour, allant d'aussi loin que l'arrêt *Mahe* jusqu'à l'arrêt récent *Rose-des-vents*. Premièrement, le demandeur doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que le niveau de services revendiqué est approprié sur le plan pédagogique compte tenu du nombre d'enfants. S'il arrive à le faire, il y a alors présomption que le niveau de services est aussi approprié sur le plan financier. Le fardeau passe ensuite à la province ou au territoire, qui doit réfuter la présomption relative au caractère approprié du niveau de services du point de vue des coûts. Il s'agit d'un fardeau acceptable, puisque c'est la province ou le territoire qui est le mieux placé pour présenter les éléments de preuve nécessaires. Cependant, tout au long de ce processus, le fardeau de démontrer que le niveau de services est approprié sur le plan pédagogique incombe au demandeur. Car, après tout, c'est à lui qu'il appartient d'établir l'existence d'une violation de la *Charte*.

[228] Afin d'évaluer si un niveau donné de services est approprié du point de vue pédagogique, l'existence d'écoles ou de programmes de la majorité servant un nombre similaire d'élèves ailleurs dans la province peut être un indicateur *pertinent* qu'une école homogène ou un programme est pédagogiquement approprié au nombre d'enfants d'ayants droit. En effet, nous sommes d'accord pour dire que l'existence d'une école ou d'un programme de taille similaire est un indicateur utile que ce niveau de services convient sur le plan pédagogique au nombre d'élèves en cause, pourvu que l'école ou le programme en

that if the number of minority students is comparable to majority students locally, the minority will necessarily fall at the high end of the scale as they exist in the same context, and there will therefore be no need to look province-wide (para. 91).

[229] However, we do not view the existence of a small school anywhere in the province as effectively *determinative*. Rather than *presuming* that a school or program elsewhere in the province demonstrates pedagogical appropriateness without qualification, the court needs first to assess whether the school or program is a relevant comparator, taking into account factors such as whether it is in a rural or urban area, whether it serves a remote or isolated community, whether the school continues to operate at the capacity for which it was built (including whether it is facing being phased out because of declining enrolment), and whether the school operates as a result of supplementary private funding.

[230] In considering factors such as whether a majority school exists in a rural setting, we are *not* proposing that such schools be “systematically excluded”, as the Chief Justice suggests (at para. 66); rather, our approach entails considering the context of schools used in the comparison to ensure that the circumstances are relevant and comparable to the proposed school or service. Further, as a general rule, because s. 23 calls for publicly funded minority language education, an appropriate comparator would also need to be publicly funded. At the same time, the assessment of relevant comparators must take into account that there need not be perfect correspondence of pedagogical appropriateness between the minority and the majority language education: “. . . it is important to consider the value of linguistic minority education as part of the determination of the services appropriate for the number of students [and to ensure that the] pedagogical requirements established to address the needs of the majority language

question existe dans un contexte pertinent et dans une certaine mesure comparable. Nous reconnaissons également que, si le nombre d’élèves de la minorité se compare à celui des élèves de la majorité à cet endroit, la minorité se trouvera nécessairement à l’extrémité supérieure de l’échelle, car ils vivent dans le même contexte et il ne sera donc pas nécessaire d’examiner l’ensemble de la province : par. 91.

[229] Toutefois, nous ne considérons pas que l’existence d’une petite école à quelque endroit que ce soit dans la province est pour ainsi dire *déterminante*. Au lieu de *présumer* qu’une école ou un programme ailleurs dans la province démontre le caractère approprié d’un niveau de services donné sur le plan pédagogique, le tribunal doit d’abord déterminer si l’école ou le programme en question constitue un élément de comparaison pertinent, compte tenu de facteurs tels que les questions de savoir si l’école se trouve en milieu rural ou urbain, si elle dessert une communauté éloignée ou isolée, si elle continue de fonctionner à la capacité pour laquelle elle a été bâtie (y compris la question de savoir si elle risque d’être graduellement abandonnée en raison de la baisse des inscriptions) et si elle fonctionne grâce à du financement privé supplémentaire.

[230] Dans la prise en considération de facteurs comme le contexte rural d’une école de la majorité en milieu rural, nous *ne* proposons *pas* que ces écoles soient « systématiquement exclues », comme le suggère le juge en chef : par. 66. Notre approche implique plutôt de considérer le contexte des écoles utilisées dans la comparaison pour veiller à ce que les circonstances soient pertinentes et comparables à celles de l’école ou du service proposé. Qui plus est, en règle générale, étant donné que l’art. 23 commande un enseignement dans la langue de la minorité financé par les fonds publics, une école ou un programme de comparaison approprié devrait lui aussi être financé par les fonds publics. Parallèlement, l’évaluation des éléments de comparaison pertinents doit tenir compte du fait qu’il n’est pas nécessaire qu’il y ait correspondance parfaite entre l’enseignement dans la langue de la minorité et dans celle de la majorité soit parfaitement correspondant pour que le niveau de services soit approprié sur le plan

students [are not] used to trump cultural and linguistic concerns appropriate for the minority language students”: *Arsenault-Cameron*, at para. 38; *Rose-des-vents*, at para. 31. Other factors might therefore be relevant to assessing comparability depending on the circumstances of each case, including the particular situation of the minority community. For example, it would be inappropriate and unrealistic to rely on schools such as Crawford Bay Elementary/Secondary, a “state-of-the-art facility” that serves an isolated community that can only be reached by ferry and one for which the Crawford Bay community fundraised and made a sizeable financial contribution to the project: *trial reasons*, at paras. 2890-92 (CanLII).

[231] We remain unpersuaded of the Chief Justice’s view that the fact that 250 schools in British Columbia have fewer than 100 students, per se, is a sufficient basis to conclude the pedagogical and cost appropriateness of a standalone, homogeneous facility for a similar number of rights holders: para. 99. A careful review of the evidence shows that some of these “schools” are not what is commonly understood as a school: a number of them are virtual/online educational programs (e.g. Kootenay-Columbia Virtual School; On-Line Learning Centre; YouLearn.ca-CE; YouLearn.ca-DL; YouLearn.ca-ALT); others are continuing education programs (e.g. Continuing Ed SD 28; SD 33 Continuing Ed; Continuing Ed SD 36; and Continuing Ed SD 38); and others are alternative education programs (e.g. Kootenay-Columbia Learning Centre; Open Doors Alternate Education; and Crossroads Alternate School). It is equally unrealistic to rely on such “schools” as the basis of a presumption that rights holders are entitled to standalone facilities. For comparison to be helpful in the context of s. 23, one must look at realities that

pédagogique : « . . . il est important de considérer la valeur de l’enseignement dans la langue de la minorité comme un élément de la détermination des services appropriés pour le nombre d’élèves [et de veiller à ce que les] exigences pédagogiques établies pour répondre aux besoins des élèves de la majorité linguistique [ne servent pas à] mettre en échec les considérations culturelles et linguistiques applicables aux élèves de la minorité linguistique » : *Arsenault-Cameron*, par. 38; *Rose-des-vents*, par. 31. D’autres facteurs pourraient donc s’avérer pertinents lorsqu’il s’agit d’évaluer la comparabilité selon les circonstances de chaque cas, y compris la situation précise de la communauté minoritaire. Par exemple, il serait inapproprié et irréaliste de se fonder sur des écoles comme l’école élémentaire/secondaire Crawford Bay, un [TRADUCTION] « établissement à la fine pointe de la technologie », qui offre des services à une communauté isolée que l’on ne peut atteindre que par traversier, pour lequel la communauté de Crawford Bay a amassé des fonds et auquel elle a apporté une contribution financière appréciable : motifs de première instance, par. 2890-2892 (CanLII).

[231] Nous ne sommes toujours pas convaincus par l’opinion du juge en chef selon laquelle le fait que 250 écoles de Colombie-Britannique comptent moins de 100 élèves suffit pour conclure au caractère approprié du niveau des services sur le plan pédagogique d’un établissement homogène et autonome pour un nombre semblable d’ayants droit : para. 99. Il ressort d’un examen attentif de la preuve que certaines de ces « écoles » ne correspondent pas à ce que l’on considère habituellement comme une école : plusieurs d’entre elles sont des programmes d’enseignement virtuel ou en ligne (p. ex., Kootenay-Columbia Virtual School; On-Line Learning Centre; YouLearn.ca-CE; YouLearn.ca-DL; YouLearn.ca-ALT); d’autres sont des programmes de formation permanente (p. ex., Continuing Ed SD 28; SD 33 Continuing Ed; Continuing Ed SD 36; Continuing Ed SD 38), et d’autres sont des programmes d’enseignement alternatif (p. ex., Kootenay-Columbia Learning Centre; Open Doors Alternate Education; Crossroads Alternate School). Il est tout aussi irréaliste d’invoquer pareilles « écoles » pour étayer la présomption

are reasonably comparable. This is why it is crucial to contextualize the comparison *at the outset*, rather than moving this work into rebutting a presumption.

[232] We note that, at this stage of the analysis, there is no principled reason to constrain comparator schools locally. At the second stage of the analysis, which looks to equivalence, the analysis is conditioned by the neighbouring schools to which parents could realistically send their children if they were deterred from enrolling them at the minority language school: *Rose-des-vents*, at para. 35. This logic, however, does not hold with respect to what is pedagogically or cost appropriate at the first main step. It follows that, while we disagree with the creation of a province-wide presumption of pedagogical and cost appropriateness, we share the Chief Justice’s view that, when comparison becomes relevant to assess the appropriate level of services to which a community is entitled, the court can legitimately look at schools and programs elsewhere in the province. We add that to recognize comparison as a useful tool does not limit litigants from raising other ways of assessing pedagogical appropriateness.

[233] As a last point on pedagogical appropriateness, we agree with the Chief Justice that, for communities falling below the upper end of the sliding scale, the views of school boards are entitled to a measure of deference with respect to particular services among the range of potentially available services that are most pedagogically appropriate (para. 86). Indeed, according deference in this context is in line with and builds on this Court’s reasoning in *Mahe* that to “satisfy [s. 23’s] purpose . . . the minority language group [should] have control over those aspects of education which pertain to or have

que les ayants droit ont droit à des établissements autonomes. Pour qu’une comparaison se révèle utile dans le contexte de l’art. 23, il faut considérer des réalités raisonnablement comparables. Voilà pourquoi il est primordial de contextualiser *dès le départ* la comparaison, au lieu de le faire dans le cadre de la réfutation d’une présomption.

[232] Nous soulignons qu’à cette étape de l’analyse, il n’existe aucune raison de principe justifiant de limiter la comparaison aux écoles locales. À la deuxième étape de l’analyse, où l’on évalue l’équivalence, on se fonde sur les écoles avoisinantes où les parents pourraient de manière réaliste envoyer leurs enfants s’ils étaient dissuadés de les inscrire à l’école de la minorité linguistique : *Rose-des-vents*, par. 35. Toutefois, cette logique ne tient pas eu égard au caractère approprié du niveau de services sur les plans de la pédagogie et des coûts à la première étape. Par conséquent, bien que nous soyons en désaccord avec la création et l’application à cet égard d’une présomption qui serait basée sur une comparaison à l’échelle de la province, nous partageons l’opinion du juge en chef selon laquelle, lorsqu’il devient utile d’effectuer une comparaison pour évaluer le niveau de services approprié auquel une communauté a droit, le tribunal peut légitimement considérer les écoles et les programmes ailleurs dans la province. Nous tenons à ajouter que le fait de reconnaître l’utilité de la comparaison n’empêche pas les plaideurs d’invoquer d’autres moyens d’évaluer le caractère approprié du niveau de services d’un point de vue pédagogique.

[233] Pour clore sur la question du caractère approprié du niveau de services sur le plan pédagogique, nous convenons avec le juge en chef que, dans le cas des communautés qui se trouvent en dessous de l’extrémité supérieure de l’échelle variable, une certaine déférence doit être accordée au point de vue des conseils scolaires en ce qui concerne quels services particuliers parmi la gamme de ceux susceptibles d’être offerts qui sont les plus appropriés sur le plan pédagogique (par. 86). En effet, le fait de manifester de la déférence dans ce contexte est conforme au raisonnement adopté par notre Cour

an effect upon their language and culture”: p. 375. We add that in according deference, courts must remain mindful that “[t]he welfare of the students, and thus indirectly the purposes of s. 23, demands that programmes and facilities which are inappropriate for the number of students involved should not be required”: *Mahe*, at p. 385 (emphasis added).

[234] We now turn to considerations of cost. In our view, a finding that the level of services is pedagogically appropriate for the number of children should lead to a presumption that the level of services is also appropriate in respect of cost. The province or territory can rebut this presumption by demonstrating that it is financially impractical to accord this level of services to the minority rights holders.

[235] This approach is consistent with, and draws from this Court’s direction in *Mahe*, reiterated in *Rose-des-vents*, that cost appropriateness is usually subsumed within the assessment of pedagogical appropriateness. As the Court has stated, “in most cases pedagogical requirements will prevent the imposition of unrealistic financial demands upon the state” (*Mahe*, at p. 385) and “costs will usually be subsumed within pedagogical needs in determining what level of service the numbers warrant” (*Rose-des-vents*, at para. 47). It is also consistent with the practical reality that provinces and territories are better placed to bring evidence regarding the financial feasibility of providing for a particular level of services out of public funds.

[236] We pause here to note the importance of circumscribing the entitlement *within* the s. 23 analysis, something that is consistent with both the text of the provision and this Court’s jurisprudence. It is

dans l’arrêt *Mahe* et repose sur celui-ci, la Cour ayant affirmé que « pour [réaliser l’objectif de l’art. 23], le groupe linguistique minoritaire [devrait avoir] un contrôle sur les aspects de l’éducation qui concernent ou qui touchent sa langue et sa culture » : p. 375. Ajoutons que, tout en faisant montre de déférence, les tribunaux doivent garder à l’esprit que « [p]our le bien des élèves, et donc indirectement pour les fins de l’art. 23, on ne devrait pas exiger des programmes et des établissements qui ne sont pas appropriés pour le nombre d’élèves concernés » : *Mahe*, p. 385 (nous soulignons).

[234] Nous passons maintenant aux considérations financières. À notre avis, conclure que le niveau de services est approprié sur le plan pédagogique pour le nombre d’enfants concernés devrait entraîner une présomption que le niveau de services est également approprié sur le plan des coûts. La province ou le territoire peut réfuter cette présomption en démontrant qu’il n’est pas financièrement réaliste d’accorder ce niveau de services aux ayants droit de la minorité.

[235] Cette approche est conforme et puise à la directive donnée par notre Cour dans l’arrêt *Mahe*, puis réitérée dans l’arrêt *Rose-des-vents*, selon laquelle l’évaluation du caractère approprié des coûts est habituellement incluse dans l’évaluation des services appropriés sur le plan pédagogique. Comme l’a dit la Cour, « dans la plupart des cas, les exigences pédagogiques permettront d’éviter l’imposition à l’État de charges pécuniaires irréalistes » (*Mahe*, p. 385) et « les coûts sont habituellement subordonnés aux besoins pédagogiques lorsque vient le temps de déterminer le niveau de services que justifie le nombre d’élèves » (*Rose-des-vents*, par. 47). Cette approche est également conforme à la réalité concrète selon laquelle les provinces et les territoires sont les mieux placés pour présenter des éléments de preuve concernant la possibilité d’offrir un niveau de services particulier sur les fonds publics.

[236] Arrêtons-nous ici pour souligner l’importance de bien circonscrire le droit *dans le cadre* de l’analyse fondée sur l’art. 23, une approche qui est compatible tant avec le libellé de cette disposition

particularly important to do so given what we will later explain is s. 1's limited application in cases of s. 23 infringements. It follows that considerations of pedagogy *and cost* are seriously taken into account within the s. 23 analysis itself. As the Court stated in *Mahe*, “[c]ost, the second factor, is not usually explicitly taken into account in determining whether or not an individual is to be accorded a right under the *Charter*. In the case of s. 23, however, such a consideration is mandated”: p. 385 (emphasis added). When costs are subsumed within a serious consideration of pedagogical appropriateness, they are considered effectively, as mandated by the Constitution.

(2) The “Substantive Equivalence” Analysis

[237] This appeal raises the question of whether substantive equivalence is the norm that ought to apply at the second stage of s. 23 analysis throughout the sliding scale, or whether a different norm should be adopted whenever a community falls at its middle or lower ends. The courts below suggested that “proportionality” should govern the analysis in those instances. We disagree.

[238] As discussed previously, s. 23, like many other *Charter* provisions, is the result of a careful compromise that aims to recognize our country's historic and continuing official language diversity. As this Court held in *Arsenault-Cameron*, in order for s. 23 to “give effect to the equal partnership of the two official language groups in the context of education”, courts must give s. 23 a “purposive interpretation” that emphasizes its “true purpose of redressing past injustices and providing the official language minority with equal access to high quality education in its own language, in circumstances where community development will be enhanced”: paras. 26-27, quoting *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839,

qu’avec la jurisprudence de notre Cour. Il est particulièrement important de le faire vu l’application limitée de l’article premier, comme nous l’expliquerons plus loin, dans les affaires mettant en cause une violation de l’art. 23. Il s’ensuit que les considérations pédagogiques *et financières* sont soigneusement prises en compte dans l’analyse fondée sur l’art. 23. Comme la Cour l’a mentionné dans l’arrêt *Mahe*, « [l]e second facteur, soit le coût des services, n’est pas explicitement pris en compte normalement pour déterminer si une personne se verra ou non accorder un droit prévu dans la *Charte*. Dans le cas de l’art. 23, cependant, cette considération s’impose » : p. 385 (nous soulignons). Lorsque les coûts sont inclus dans un examen sérieux des considérations pédagogiques, ils sont pris en compte efficacement, comme l’exige la Constitution.

(2) L’analyse de l’« équivalence réelle »

[237] Le présent pourvoi soulève la question de savoir si l’équivalence réelle est la norme qui doit être appliquée à la deuxième étape de l’analyse fondée sur l’art. 23, à tous les niveaux de l’échelle variable, ou si une norme différente doit être adoptée chaque fois qu’une communauté se situe au milieu ou à la limite inférieure de celle-ci. Les juridictions inférieures ont affirmé que la « proportionnalité » devrait régir l’analyse dans ces deux cas. Nous ne sommes pas d’accord.

[238] Comme nous l’avons vu précédemment, à l’instar de nombreuses autres dispositions de la *Charte*, l’art. 23 résulte d’un compromis prudent qui vise à reconnaître l’historique et pérenne diversité de notre pays au chapitre des langues officielles. Comme l’a indiqué notre Cour dans l’arrêt *Arsenault-Cameron*, pour que l’art. 23 puisse « faire des deux groupes linguistiques officiels des partenaires égaux dans le domaine de l’éducation », les tribunaux doivent lui donner une « interprétation fondée sur l’objet » qui met en évidence son « véritable objectif [. . .] qui est de remédier à des injustices passées et d’assurer à la minorité linguistique officielle un accès égal à un enseignement de grande qualité dans sa propre langue, dans des circonstances

at p. 849 (“*Manitoba Reference*”), and *R. v. Beaulac*, [1991] 1 S.C.R. 768, at para. 25.

[239] As the Court has affirmed, this purposive interpretation entails applying two general principles. First, the answers to the questions under the s. 23 analysis “should ideally be guided by that which will most effectively encourage the flourishing and preservation of the French-language minority in the province. Secondly, the right should be construed remedially, in recognition of previous injustices that have gone unredressed and which have required the entrenchment of protection for minority language rights”: *Manitoba Reference*, at p. 850; see also *Rose-des-vents*, at para. 32; *Beaulac*, at para. 25; *Secession Reference*, at para. 80; *Arsenault-Cameron*, at para. 27.

[240] In light of those two general principles, and keeping in mind that the second stage of the analysis is concerned with the *quality* of educational services, we are of the view that a purposive interpretation of s. 23 may be achieved only by applying substantive equivalence as the appropriate norm at this stage of the analysis, irrespective of where a community falls on the sliding scale. Indeed, as this Court emphasized in *Beaulac*:

Equality does not have a lesser meaning in matters of language. . . . This Court has recognized that substantive equality is the correct norm to apply in Canadian law [and that]

...

[l]anguage rights must in all cases be interpreted purposively, in a manner consistent with the preservation and development of official language communities in Canada . . . [First emphasis added; second emphasis in original; paras. 22 and 25.]

qui favoriseront le développement de la communauté » : par. 26-27, citant le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, p. 849 (« *Renvoi relatif au Manitoba* »), et *R. c. Beaulac*, [1991] 1 R.C.S. 768, par. 25.

[239] Comme l’a confirmé la Cour, cette interprétation fondée sur l’objet suppose l’application de deux principes généraux. Premièrement, les réponses aux questions examinées dans le cadre de l’analyse fondée sur l’art. 23 « devraient idéalement être formulées en fonction de ce qui favorisera le mieux l’épanouissement et la préservation de la minorité linguistique francophone dans la province. Deuxièmement, le droit conféré devrait être interprété d’une façon réparatrice, compte tenu des injustices passées qui n’ont pas été redressées et qui ont nécessité l’enchâssement de la protection des droits linguistiques de la minorité » : *Renvoi relatif au Manitoba*, p. 850-851; voir également *Rose-des-vents*, par. 32; *Beaulac*, par. 25; *Renvoi relatif à la sécession*, par. 80; *Arsenault-Cameron*, par. 27.

[240] Compte tenu de ces deux principes généraux, et gardant à l’esprit que la deuxième étape de l’analyse porte sur la *qualité* des services d’enseignement, nous sommes d’avis qu’une interprétation fondée sur l’objet de l’art. 23 ne peut être réalisée que par l’application de la norme de l’équivalence réelle à cette étape de l’analyse, indépendamment de l’endroit où se situe la communauté sur l’échelle variable. En effet, comme l’a souligné notre Cour dans l’arrêt *Beaulac* :

L’égalité n’a pas un sens plus restreint en matière linguistique. [. . .] Notre Cour a reconnu que l’égalité réelle est la norme applicable en droit canadien [et que]

...

[l]es droits linguistiques doivent dans tous les cas être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l’épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada . . . [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l’original; par. 22 et 25.]

[241] This rationale is further rooted in the broader principle of protecting minority rights, which is a fundamental underlying principle to the Constitution, carrying a powerful normative force that is binding upon both courts and governments: *Secession Reference*, at paras. 32, 54 and 79-82. In *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201, this Court emphasized “the serious difficulties resulting from the rate of assimilation of French-speaking minority groups outside Quebec, whose current language rights were acquired only recently, at considerable expense and with great difficulty” and noted that courts have a responsibility to be “sensitive to the future of each language community” when interpreting minority language rights: para. 5. In light of the foregoing, substantive equivalence is necessarily the norm that must apply to address the needs of linguistic minorities given the past injustices they have suffered.

[242] Whereas our conclusion on this point aligns with that of the Chief Justice (at para. 107), we are of the view that his approach, taken as a whole, does not hold true to the s. 23 analysis as set out in the jurisprudence. As described above, under his approach at the first step (the “numbers warrant” analysis), a minority language group is presumptively entitled to a homogeneous school whenever a majority language school with a similar number of students exists anywhere in the province. The problems that follow from this become clear when both steps — the “numbers warrant” analysis and the “substantive equivalence” analysis — are examined together.

[243] As we have explained, the “substantive equivalence” analysis under s. 23 test seeks to evaluate the quality of services provided to minority rights holders: *Rose-des-vents*, at paras. 30, 33, 38 and 40; *Mahe*, at p. 378. Multiple factors may be considered including, but not limited to, the quality of instruction, teachers, physical facilities, educational outcomes, extracurricular activities, and travel time: *Rose-des-vents*, at paras. 38-40. As the Court

[241] Ce raisonnement est en outre fondé sur le principe plus général de la protection des droits des minorités, un principe fondamental sous-jacent à la Constitution, qui est doté d’une force normative puissante et qui lie à la fois les tribunaux et les gouvernements : *Renvoi relatif à la sécession*, par. 32, 54 et 79-82. Dans l’arrêt *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201, notre Cour a souligné « les difficultés graves engendrées par le taux d’assimilation des minorités francophones hors Québec, pour lesquelles les droits linguistiques actuels représentent des acquis récents, chèrement et difficilement obtenus » et a mentionné que les tribunaux doivent « ménager l’avenir de chaque communauté linguistique » lorsqu’ils interprètent les droits linguistiques des minorités : par. 5. Compte tenu de ce qui précède, l’équivalence réelle est forcément la norme qui doit s’appliquer pour répondre aux besoins des minorités linguistiques vu les injustices qu’elles ont subies.

[242] Bien que notre conclusion sur ces points s’accorde avec celle du juge en chef (par. 107), nous estimons que, prise dans son ensemble, son approche ne respecte pas l’analyse fondée sur l’art. 23 qui a été énoncée dans la jurisprudence. Comme nous l’avons mentionné plus tôt, suivant l’approche qu’il adopte à la première étape (l’analyse de la « justification par le nombre »), une minorité linguistique est présumée avoir droit à une école homogène chaque fois qu’il existe, n’importe où dans la province, une école de la majorité comptant un nombre d’élèves comparable. Les problèmes qui découlent de ce raisonnement deviennent évidents lorsque les deux étapes — l’analyse de la « justification par le nombre » et l’analyse de l’« équivalence réelle » — sont examinées ensemble.

[243] Comme nous l’avons expliqué, l’étape de l’analyse de « l’équivalence réelle » en vertu de l’art. 23 vise à déterminer la *qualité* des services offerts aux ayants droit de la minorité : *Rose-des-vents*, par. 30, 33, 38 et 40; *Mahe*, p. 378. De multiples facteurs peuvent être pris en considération, notamment la qualité de l’instruction, la compétence des enseignants, la qualité des installations matérielles, les résultats scolaires, les activités parascolaires et

has explained, “[t]he relevant factors are considered together in assessing whether the overall educational experience is inferior in a way that could discourage rights holders from enrolling their children in a minority language school”, and “the extent to which any given factor will represent a live issue in assessing equivalence will be dictated by the circumstances of each case”: *Rose-des-vents*, at para. 39. These considerations are to be applied from the standpoint of the reasonable rights holder parent, comparing the minority language school with the local majority schools that represent realistic alternatives for them: *Rose-des-vents*, at paras. 35-37. Here, the comparison is local because the only realistic alternative for a parent is to send their child to a neighbouring majority language school.

[244] And here the problem with the Chief Justice’s reasoning becomes apparent. His use of a province-wide presumption under the first step of the analysis will result in the establishment of very small minority language schools that, at the second step of the analysis, will be compared to local majority language schools. The latter will typically be larger, and equipped with more or better services (including facilities) than the small majority schools located elsewhere in the province which were used as comparators under the first step of his analysis. Putting the two steps together thus reveals that our colleague’s approach is bound to result in a small population of students suddenly being entitled to essentially the same services as a much larger local majority school despite its relatively small size, while smaller majority schools receive relatively inferior services. This “express elevator” phenomenon, whereby the level of services owed to a local minority group is lifted to the top of the scale, is a substantial and, in our respectful view, unwise departure from this Court’s jurisprudence developed under s. 23. It departs from the notion of a scale of warranted services that gradually increases based on the number of children that may benefit from them. As noted, we agree with our colleague that substantive equivalence is the comparative norm that

le temps de déplacement : *Rose-des-vents*, par. 38-40. Comme l’a expliqué la Cour, « [o]n examine ensemble les facteurs pertinents pour décider si, globalement, l’expérience éducative est inférieure au point de pouvoir dissuader les titulaires de droits d’inscrire leurs enfants dans une école de la minorité linguistique », et « la mesure dans laquelle un facteur donné constitue une question en litige dans l’appréciation de l’équivalence est fonction des circonstances de l’affaire » : *Rose-des-vents*, par. 39. Ces considérations doivent être appliquées du point de vue du parent raisonnable, qui compare l’école de la minorité linguistique aux écoles locales de la majorité représentant une solution de rechange réaliste pour lui : *Rose-des-vents*, par. 35-37. À cette étape, la comparaison se fait à l’échelle locale, étant donné que la seule solution de rechange réaliste pour le parent est d’envoyer son enfant dans une école avoisinante de la majorité linguistique.

[244] C’est ici que ressort de façon évidente le problème que pose le raisonnement du juge en chef. Son recours à une présomption s’appliquant à l’échelle de la province à la première étape de l’analyse donnera lieu à l’établissement de très petites écoles de la minorité linguistique qui, à la deuxième étape de l’analyse, seront comparées aux écoles locales de la majorité. Ces dernières seront généralement plus grandes et dotées de services plus nombreux ou de meilleure qualité (notamment les installations) que les petites écoles de la majorité situées ailleurs dans la province qui auront été utilisées comme éléments de comparaison à la première étape de l’analyse. Lorsque l’on examine les deux étapes ensemble, on constate donc que l’approche de notre collègue mène inévitablement au résultat qu’une petite population étudiante aura soudainement droit à des services essentiellement identiques à ceux offerts dans une école locale de la majorité, beaucoup plus grande, malgré sa taille relativement petite, alors que les élèves d’écoles plus petites de la majorité reçoivent des services relativement inférieurs. Ce phénomène de l’« ascenseur express », qui permet au niveau de services auquel a droit une minorité locale d’être soulevé à l’extrémité supérieure de l’échelle, constitue une dérogation importante et, à notre humble avis, malavisée à la jurisprudence établie par notre

applies throughout the sliding scale. Where we differ is the effect of combining his proposed presumption at step 1 (with which we disagree) with his recourse to substantive equivalence as the proper comparative norm at step 2 (with which we agree).

[245] When assessing the substantive equivalence of the services provided, the analysis is circumscribed by comparing the quality of the level of services that is warranted for minority language students with the quality of that *same* level of services provided to neighbouring schools. In other words, when only instruction is warranted, the “substantive equivalence” analysis will assess whether the quality of instruction of the minority is comparable to the quality of instruction of the majority, taking into account the nature and quality of the facilities necessary to provide instruction. Similarly, when access to certain facilities is warranted as part of the level of service to which rights holders are entitled, the quality of those facilities and the quality of similar facilities granted to the majority locally will be included in assessing the substantive equivalence of the global educational experience provided to them. On the other hand, when a particular service is *not* warranted (e.g. non-core facilities), the quality of that service will not be taken into account in the “substantive equivalence” analysis. This is particularly important to bear in mind where elementary and secondary education are provided within the same homogeneous facility. Indeed, one must not lose sight of where either group of rights holders stands on the sliding scale. If elementary-age students fall at the upper end of the scale and are entitled to homogeneous facilities but secondary-age students fall at the middle of the scale and are entitled only to instruction with access to core facilities, dispensing both elementary and secondary education within the same homogeneous facility does not give rise to higher entitlement for

Cour à l’égard de l’art. 23. Elle déroge effectivement à la notion d’une gamme de services justifiés qui augmente graduellement en fonction du nombre d’enfants pouvant en bénéficier. Comme nous l’avons mentionné, nous convenons avec notre collègue que l’équivalence réelle est la norme comparative qui s’applique à tous les niveaux de l’échelle variable. La source de notre divergence d’opinion porte sur l’effet que produit l’application de la présomption qu’il propose à la première étape (à laquelle nous ne souscrivons pas) et le recours à l’équivalence réelle comme norme comparative applicable à la deuxième étape (auquel nous souscrivons).

[245] Lorsque vient le temps d’évaluer l’équivalence réelle des services fournis, on circonscrit l’analyse en comparant la qualité du niveau de services qui est justifié pour les élèves de la minorité linguistique avec la qualité du *même* niveau de services offert dans les écoles avoisinantes. En d’autres termes, lorsque seule l’instruction est justifiée, l’analyse de l’« équivalence réelle » vise à déterminer si la qualité de l’instruction offerte à la minorité est comparable à la qualité de l’instruction offerte à la majorité, compte tenu de la nature et de la qualité des installations nécessaires pour offrir l’instruction. De même, lorsque certaines installations sont justifiées selon le niveau de services auquel ont droit les ayants droit, la qualité de ces installations et la qualité des installations semblables offertes à la majorité localement sont prises en considération pour évaluer l’équivalence réelle de l’expérience éducative globale qui leur est offerte. En revanche, lorsqu’un service donné *n’est pas* justifié (p. ex., installations non essentielles), la qualité de ce service n’est pas prise en compte dans l’analyse de l’« équivalence réelle ». Il est particulièrement important de garder cela à l’esprit lorsque l’enseignement primaire et l’enseignement secondaire sont offerts dans le même établissement homogène. En effet, il ne faut pas perdre de vue l’endroit où se situe chaque groupe d’ayants droit sur l’échelle variable. Si les élèves du primaire se situent à la limite supérieure de l’échelle et ont droit à un établissement homogène, mais que les élèves du secondaire se situent au milieu de l’échelle et n’ont droit qu’à une instruction avec accès à des installations de base, le fait que l’enseignement primaire et l’enseignement

the secondary-age students (e.g. both will be entitled to a gymnasium, but it might be that no football field is provided for the secondary-age students). The quality of the services received by secondary-age students in this scenario must reflect their position on the sliding scale. In conducting their analyses, courts must be careful not to adopt a formalistic approach and must consider the quality of the level of services globally: *Rose-des-vents*, at para. 35.

[246] In summary, the “substantive equivalence” analysis is delimited by the level of services to which the community is entitled, but this *does not* lead to an itemized evaluation of services and facilities; the analysis must remain global and contextual and must be mindful that instruction cannot be dissociated from the facilities in which it is provided: *Rose-des-vents*, at para. 39; *Mahe*, at pp. 369-70.

[247] This approach enables the substantive equivalence norm to apply at any level of the scale. Indeed, even where the level of service to which the minority is entitled falls at the bottom or the middle of the sliding scale, it remains possible to assess the substantive equivalence of that level of service with neighbouring schools. For instance, where the number of rights holders does not call for a homogeneous school but rather for instruction with access to core facilities, the quality of that instruction and of those facilities will need to be of a substantively equivalent quality to that available to the majority.

[248] It is also important to keep in mind that reasonable parents will be conscious of the particularities of a smaller school or program. We agree with the Chief Justice’s statement that “a judge must consider whether reasonable parents who are *aware of the inherent characteristics of small schools* would be deterred from sending their children to a school of the official language minority because the educational experience there is meaningfully inferior to the experience at available majority language schools”:

secondaire soient dispensés dans le même établissement homogène ne confère pas plus de droits aux élèves du secondaire (p. ex., les élèves du primaire et ceux du secondaire auront droit à un gymnase, mais il se peut que les élèves du secondaire ne disposent pas d’un terrain de football). La qualité des services que reçoivent les élèves du secondaire dans ce scénario doit refléter leur position sur l’échelle variable. Lorsqu’ils procèdent à leur analyse, les tribunaux doivent se garder d’adopter une approche formaliste, et ils doivent examiner globalement la qualité du niveau de services : *Rose-des-vents*, par. 35.

[246] Pour résumer, l’analyse de l’« équivalence réelle » est délimitée par le niveau de services auquel a droit la communauté, mais cela *ne donne pas* lieu à une évaluation à la pièce des services et des établissements; l’analyse doit demeurer globale et contextuelle, tout en tenant compte de l’impossibilité de dissocier l’instruction des installations dans lesquelles elle est offerte : *Rose-des-vents*, par. 39; *Mahe*, p. 369-370.

[247] Cette approche permet à la norme de l’équivalence réelle de s’appliquer à n’importe quel niveau de l’échelle. En effet, même lorsque le niveau de services auquel a droit la minorité se situe au bas ou au milieu de l’échelle variable, il demeure possible d’évaluer l’équivalence réelle de ce niveau de services par comparaison avec les écoles avoisinantes. Par exemple, lorsque le nombre d’ayants droit confère à ceux-ci non pas le droit à une école homogène, mais le droit à une instruction avec accès à des installations de base, la qualité de cette instruction et de ces installations doit être réellement équivalente à celle dont bénéficie la majorité.

[248] Il importe également de se rappeler que des parents raisonnables seront conscients des particularités d’une école ou d’un programme de plus petite taille. Nous souscrivons à la déclaration du juge en chef selon laquelle « les juges doivent se demander si des parents raisonnables, *conscients des particularités inhérentes d’une petite école*, seraient dissuadés d’envoyer leurs enfants dans une école de la minorité linguistique officielle parce que l’expérience éducative qui y est offerte est véritablement inférieure

para. 116 (emphasis in original). We would, however, extend his emphasis on the size of *the school* to the size of *the program*, a necessary nuance to account for instances where the entitlement falls in the middle of the scale, that is, where the entitlement would not give rise to a homogeneous school. Indeed, it would be only reasonable for parents to consider all the specific characteristics of a minority language school in determining whether the experience is meaningfully inferior to an available majority language school. It bears emphasizing that substantive equivalence (being “substantive”) does not operate on formalistic grounds. As the Court stated in *Rose-des-vents*, “the education provided [to minority and majority linguistic communities] need not be identical”: para. 31.

[249] On a final note, we emphasize that we reject the lower courts’ reliance on “proportionality” as the norm to assess the quality of minority language education compared to that of majority language communities. In our view, the retention of any concern for proportionality at the second step of the s. 23 analysis means that the minority’s relative weight to that of the majority will be taken into account *not once* but *twice*, each time diminishing the quality and level of the minority’s constitutional entitlement. This is not to say that, by applying substantive equivalence, school facilities must be the same size as those of the majority or that minority communities should have the same number of programs. (Indeed, concerns about the *level* of services are addressed within the earlier “numbers warrant” analysis). Rather, substantive equivalence denotes that, once it has been established that rights holders are entitled to a certain level of services, the *quality* of such services should be substantively equivalent to what is granted to the majority in the same locality.

à celle des écoles de la majorité linguistique où ils peuvent les inscrire » : par. 116 (en italique dans l’original). Nous sommes toutefois d’avis d’élargir à la taille du *programme* l’importance qu’il accorde à la taille de *l’école*, une nuance nécessaire pour tenir compte des cas où le niveau de services dont doivent bénéficier les ayants droit se situe au milieu de l’échelle, c’est-à-dire lorsque ce niveau de services ne donnerait pas droit à une école homogène. En effet, il n’est que raisonnable que les parents tiennent compte de toutes les caractéristiques particulières d’une école de la minorité linguistique pour déterminer si l’expérience est véritablement inférieure à celle offerte dans une école de la majorité où ils peuvent inscrire leurs enfants. Il convient de souligner que l’équivalence réelle (le caractère « réel ») ne s’articule pas de manière formaliste. Comme l’a affirmé la Cour dans l’arrêt *Rose-des-vents*, « il n’est pas nécessaire que l’enseignement offert [aux communautés de la minorité linguistique et à celles de la majorité linguistique] soit identique » : par. 31.

[249] En terminant, nous tenons à souligner que nous ne souscrivons pas à la norme de la « proportionnalité » utilisée par les juridictions inférieures pour évaluer la qualité de l’enseignement dans la langue de la minorité par rapport à celui offert aux communautés de la majorité. À notre avis, le maintien d’une considération de proportionnalité à la deuxième étape de l’analyse fondée sur l’art. 23 signifie que le poids relatif de la minorité par rapport à celui de la majorité est pris en compte *non pas une* fois mais *deux*, ce qui diminue chaque fois la qualité et le niveau des services dont doit bénéficier la minorité selon la Constitution. Cela ne veut pas dire que l’application de l’équivalence réelle doit se traduire, pour les communautés minoritaires, par des établissements scolaires de la même taille que ceux de la majorité ou par le même nombre de programmes. (En effet, les préoccupations relatives au *niveau* de services ont déjà été prises en compte dans le cadre de l’analyse de la « justification par le nombre »). L’équivalence réelle signifie plutôt que, une fois qu’il a été établi que les ayants droit doivent bénéficier d’un certain niveau de services, la *qualité* de ces services doit être réellement équivalente à celle des services offerts à la majorité dans la même localité.

C. Section 1

[250] Although this Court has yet to recognize an instance in which s. 1 of the *Charter* might operate to save a measure that would otherwise infringe s. 23, this Court has recognized that it is possible: *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208, at para. 37.

[251] The approach to s. 1 is well known. Section 1 provides that the rights and freedoms in the *Charter* are subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. To demonstrably justify a reasonable limit, the state must satisfy the *Oakes* test: the objective of the proposed measure must be pressing and substantial, and the means by which the measure is achieved must be proportionate: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The assessment of the objective is a threshold requirement, analyzed without considering the limit's scope, the means employed or the effects of the measure: *Frank v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 1, [2019] 1 S.C.R. 3, at para. 38. The proportionality requirement will be satisfied where (i) the means are rationally connected to the ends, (ii) the measure minimally impairs the right at issue, and (iii) the salutary effects of the measure outweigh its deleterious effects: *Oakes*, at pp. 138-40; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at paras. 76-77.

[252] Writing for this Court in *Mahe*, Dickson C.J. was clear that s. 23 serves a remedial purpose and “was designed to correct, on a national scale, the progressive erosion of minority official language groups”: p. 364. For this reason, he said it ought to receive a broad interpretation whereby courts “breathe life” into the expressed purpose of this section. Noting, however, the unusual nature of the right — that is, that it confers an entitlement that puts positive obligations on provincial or territorial governments to either “alter or develop major institutional

C. Article premier

[250] Bien que la Cour n’ait pas encore reconnu de cas où l’article premier de la *Charte* pourrait avoir pour effet de sauvegarder la validité d’une mesure qui contreviendrait par ailleurs à l’art. 23, elle a toutefois reconnu que cela était possible : *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208, par. 37.

[251] L’analyse requise en vertu de l’article premier est bien connue. L’article premier prévoit que les droits et libertés énoncés dans la *Charte* ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. Pour démontrer la justification d’une limite raisonnable, l’État doit satisfaire au critère énoncé dans l’arrêt *Oakes* : l’objectif de la mesure projetée doit être urgent et réel, et le moyen par lequel l’objectif est réalisé doit être proportionné : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. L’évaluation de l’objectif constitue une condition préalable, qui est analysée sans tenir compte de la portée de la limite, du moyen retenu ou des effets de la mesure : *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1, [2019] 1 R.C.S. 3, par. 38. Il est satisfait au critère de la proportionnalité si les conditions suivantes sont réunies : (i) le moyen a un lien rationnel avec l’objectif, (ii) la mesure constitue une atteinte minimale au droit en jeu, et (iii) les effets bénéfiques de la mesure l’emportent sur ses effets préjudiciables : *Oakes*, p. 138-140; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 76-77.

[252] S’exprimant au nom de notre Cour dans l’arrêt *Mahe*, le juge en chef Dickson a clairement indiqué que l’art. 23 a un objet réparateur et est « destiné à remédier, à l’échelle nationale, à l’érosion progressive des minorités parlant l’une ou l’autre langue officielle » : p. 364. C’est pourquoi il a affirmé que cet article doit recevoir une interprétation large, propre à permettre aux tribunaux d’« insuffler la vie » à l’objet exprimé par cette disposition. Soulignant toutefois le caractère inhabituel du droit — c’est-à-dire qu’il confère un droit qui impose

structures” — he emphasized that caution in the interpretation of s. 23 is equally advisable: p. 365.

[253] One way of giving effect to a broad interpretation while maintaining caution is by not reading out the internal limit that qualifies the content of the right, as set out in s. 23 itself — the “numbers warrant” limitation. The fact that s. 23 is internally limited has an important effect on how the justification analysis should proceed. Indeed, this internal limit was recognized by the drafters as serving a similar function as s. 1. As explained by the Minister of Justice at the time, Minister Chrétien:

Mr. Corbin

...

That is why I find the words “where numbers warrant” offensive.

Mr. Chrétien: Mr. Corbin, you have very clearly expressed the reason why we have maintained that phrase. Those were the terms used by the Provincial Premiers at the time of the 1978 Agreement in Montreal.

You know just how delicate the issue is. Why did they use those words? To establish a criteria of reasonableness; you say yourself that in every instance French speakers have been more than reasonable.

The same criteria exists at the beginning of the charter, in Clause 1. There were some who did not want any restrictions imposed. The restriction which does exist is a criteria of reasonableness. Some may argue, and I tend to agree with them, that the expression “where numbers warrant” is nothing more than an expression of reasonableness; the expression could be dropped, and the legal situation would not change. [Emphasis added.]

(Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada, at pp. 36-37)

aux gouvernements provinciaux ou territoriaux des obligations positives de « changer ou de créer d’importantes structures institutionnelles » — le juge en chef Dickson a rappelé qu’il y a également lieu d’être prudent dans l’interprétation de l’art. 23 : p. 365.

[253] Une façon de donner effet à une interprétation large tout en restant prudent consiste à ne pas faire abstraction de la limite interne qui restreint le contenu du droit, telle qu’elle est énoncée à l’art. 23 lui-même — la limite de la « justification par le nombre ». Le fait que l’art. 23 comporte une limite interne influe grandement sur la façon dont l’analyse de la justification doit être effectuée. En effet, les rédacteurs ont reconnu que cette limite interne remplissait une fonction analogue à celle de l’article premier. Comme l’a expliqué à l’époque le ministre de la Justice, le ministre Chrétien :

M. Corbin

...

C’est pour cela que je trouve offensif les mots « là où le nombre le justifie ».

M. Chrétien : La raison, monsieur Corbin, pourquoi nous les gardons, vous l’avez énoncée très clairement. Ce sont les termes employés par les premiers ministres des provinces lors de l’accord de 1978, à Montréal.

Vous savez jusqu’à quel point il est délicat. Pourquoi ont-ils mis ces mots-là? Pour en faire un critère de raisonabilité et vous dites vous-même qu’en toutes circonstances les Francophones ont été plus que raisonnables.

Alors, ils se retrouvent aussi au début de la charte dans l’article 1. Il y en a qui ne voulaient pas qu’on y mette des restrictions. La restriction qui s’y trouve, c’est un critère de raisonabilité. Alors, certains peuvent argumenter — et moi je suis porté à le faire aussi — que les termes « lorsque le nombre le justifie », c’est un terme de raisonabilité, tout simplement, et ils pourraient ne pas y être que la situation serait juridiquement la même. [Nous soulignons.]

(Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, p. 36 et 37)

[254] As can be seen, s. 23 does not create, and was intended not to create, an absolute right. Nor is its text susceptible to an interpretation that is so broad that its content becomes infinite, leaving all of the work in defining its scope to be done in a s. 1 analysis. Rather, s. 23 contains an internal limit that must be given effect, and not swept into a s. 1 analysis.

[255] The Chief Justice approaches matters differently. In his view, this internal limit affects the *stringency* with which the *Oakes* test is applied under s. 1, noting that it is one factor that supports “a particularly stringent standard for justifying an infringement of the right to minority language instruction”: para. 147. In our view, rather than affecting the *stringency* of the s. 1 analysis, the nature of s. 23 and the analysis which it calls for simply mean that in practice, s. 1 will have less to do. If done properly, the thorough analysis called for under s. 23 will account for many of the considerations that would normally arise under s. 1.

[256] Therefore, we agree with the Chief Justice that cost considerations will largely be taken into account in s. 23 itself: “. . . the s. 1 analysis will then in some respects duplicate the numbers warrant analysis the court has already completed, because if there are enough students in a given case to exceed the numbers warrant threshold, the court will already have balanced the considerations related to cost and pedagogical needs in the first analysis”: para. 150.

[257] By applying cost considerations under the s. 23 analysis, we do not mean to suggest that such considerations will never be relevant under s. 1. Although such instances may be rare, to the extent that they are not taken into account in the

[254] Comme on peut le constater, l’art. 23 ne crée pas, et n’était pas censé créer, un droit absolu. Son libellé ne se prête pas non plus à une interprétation tellement large que son contenu deviendrait sans bornes, de sorte que tout le travail pour délimiter sa portée resterait à faire dans le cadre de l’analyse fondée sur l’article premier. Au contraire, l’art. 23 comporte une limite interne qui doit être appliquée, et non pas abordée uniquement dans l’analyse fondée sur l’article premier.

[255] Le juge en chef considère les choses différemment. À son avis, cette limite interne a une incidence sur la *rigueur* avec laquelle le critère énoncé dans l’arrêt *Oakes* est appliqué dans l’analyse fondée sur l’article premier, soulignant qu’il s’agit d’un facteur qui milite en faveur d’une « norme particulièrement sévère en matière de justification d’une violation du droit à l’instruction dans la langue de la minorité » : par. 147. À notre avis, au lieu d’avoir une incidence sur la *rigueur* de l’analyse fondée sur l’article premier, la nature de l’art. 23 et l’analyse qu’il commande font simplement en sorte qu’en pratique, il en restera moins à faire dans le cadre de l’analyse fondée sur l’article premier. Si elle est effectuée correctement, l’analyse approfondie que commande l’art. 23 tiendra compte de plusieurs des considérations normalement soulevées dans le cadre de l’analyse fondée sur l’article premier.

[256] Nous partageons donc l’avis du juge en chef que les considérations financières sont principalement prises en compte par l’art. 23 lui-même : « . . . l’analyse fondée sur l’article premier fait alors double emploi à certains égards avec l’analyse de la justification par le nombre qu’a déjà réalisée le tribunal. En effet, si dans un cas donné le nombre d’élèves atteint le seuil justificatif, les considérations liées aux coûts et aux besoins pédagogiques ont déjà été mises en balance dans la première analyse » : par. 150.

[257] En appliquant les considérations financières dans le cadre de l’analyse fondée sur l’art. 23, nous ne voulons pas dire que ces considérations ne sont jamais pertinentes pour l’application de l’article premier. Dans les rares cas où elles n’ont pas été

s. 23 analysis, they may well be considered under s. 1 if they are linked to other considerations. This was established in *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381. Although the Chief Justice mentions *N.A.P.E.* (at para. 152), in our view it is worth discussing the case in more detail, given that it is a source of disagreement between the parties.

[258] In *N.A.P.E.*, this Court considered the role of cost in the s. 1 analysis — specifically, whether financial considerations can constitute a “pressing and substantial” objective. Binnie J., for the Court, reviewed the case law on cost considerations under s. 1 in detail: paras. 63-71. In particular, he noted the holding in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*PEI Provincial Court Judges Reference*”), that “a measure whose sole purpose is financial, and which infringes *Charter* rights, can never be justified under s. 1”: *N.A.P.E.*, at para. 63, quoting *PEI Provincial Court Judges Reference*, at para. 284. In contrast, the case law established that “financial considerations wrapped up with other public policy considerations *could* qualify as sufficiently important objectives under s. 1”: *N.A.P.E.*, at paras. 66-69 (emphasis in original). In sum, the “‘sole purpose’ test” required considering whether a measure was *solely* financial or whether it was linked to other considerations: *N.A.P.E.*, at para. 71. Binnie J. concluded:

The result of all this, it seems to me, is that courts will continue to look with strong scepticism at attempts to justify infringements of *Charter* rights on the basis of budgetary constraints. To do otherwise would devalue the *Charter* because there are *always* budgetary constraints and there are *always* other pressing government priorities. Nevertheless, the courts cannot close their eyes to the

prises en compte dans l’analyse fondée sur l’art. 23, elles peuvent très bien l’être dans celle requise par l’article premier si elles sont liées à d’autres considérations. Cette règle a été établie dans l’arrêt *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381. Bien que le juge en chef cite l’arrêt *N.A.P.E.* (par. 152), il vaut la peine, selon nous, d’étudier cet arrêt de manière plus détaillée, étant donné qu’il est une source de désaccord entre les parties.

[258] Dans l’arrêt *N.A.P.E.*, notre Cour s’est penchée sur le rôle des coûts dans l’analyse fondée sur l’article premier, plus précisément sur la question de savoir si des considérations financières peuvent constituer un objectif « urgent et réel ». Le juge Binnie, qui a rédigé le jugement de la Cour, a examiné en détail la jurisprudence sur les considérations financières au regard de l’article premier : par. 63-71. Plus particulièrement, il a souligné la conclusion tirée dans *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Î.-P.-É.* »), suivant laquelle « une mesure dont le seul objectif est d’ordre financier et qui porte atteinte à des droits garantis par la *Charte* ne peut jamais être justifiée en vertu de l’article premier » : *N.A.P.E.*, par. 63, citant le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Î.-P.-É.*, par. 284. À l’inverse, la jurisprudence a établi que des « considérations financières liées à d’autres considérations d’intérêt public *pouvaient* être qualifiées d’objectifs suffisamment importants au regard de l’article premier » : *N.A.P.E.*, par. 66-69 (en italique dans l’original). Bref, le « critère du “seul objectif” » exigeait que l’on se demande si une mesure était *seulement* d’ordre financier ou si elle était liée à d’autres considérations : par. 71. Le juge Binnie a conclu ainsi :

Il s’ensuit, me semble-t-il, que les tribunaux continueront de faire montre d’un grand scepticisme à l’égard des tentatives de justifier, par des restrictions budgétaires, des atteintes à des droits garantis par la *Charte*. Agir autrement aurait pour effet de déprécier la *Charte* étant donné qu’il y a toujours des restrictions budgétaires et que le gouvernement a *toujours* d’autres priorités urgentes. Cependant,

periodic occurrence of financial emergencies when measures must be taken to juggle priorities to see a government through the crisis. [Emphasis in original; para. 72.]

[259] Therefore, while we agree with the Chief Justice that courts must be skeptical of objectives that aim to reduce costs (at para. 152), we highlight that *N.A.P.E.* says more than that: it establishes that costs *may* be a pressing and substantial objective where they are linked to other public policy considerations.

[260] In any event, on the facts of this case, we agree with the Chief Justice’s conclusion that the “fair and rational allocation of limited public funds” is not a pressing and substantial objective as required by *N.A.P.E.*: para. 153. As he explains, decisions about allocating funds are the bread and butter of government functions and are purely financial. Further, adding “fair and rational” does not transform this objective into something pressing and substantial: *ibid.* Therefore, the Province has failed to identify a valid pressing and substantial objective in this case. In holding otherwise, the courts below erred. This objective is *solely* financial and thus fails to meet the threshold of pressing and substantial.

[261] Even though the Province’s failure to identify a pressing and substantial objective in justifying its breaches of s. 23 is sufficient to dispose of the analysis under s. 1, we would add the following comments about the lower courts’ approach to the final stage of the *Oakes* test, proportionality.

[262] In particular, we note that the trial judge relied on the evidence of experts who agreed that the assimilation rate of Francophones in British Columbia is high, approximately 70 percent. And while recognizing the remedial purpose of s. 23 and its role in combatting assimilation, the trial judge

les tribunaux ne peuvent pas fermer les yeux sur les crises financières périodiques qui, pour être surmontées, forcent le gouvernement à prendre des mesures pour gérer ses priorités. [En italique dans l’original; par. 72.]

[259] Par conséquent, bien que nous partageons l’avis du juge en chef que les tribunaux doivent considérer avec scepticisme les objectifs qui visent à réduire les coûts (par. 152), nous soulignons que l’arrêt *N.A.P.E.* en dit plus : il établit que les coûts *peuvent* constituer un objectif urgent et réel lorsqu’ils sont liés à d’autres considérations d’intérêt public.

[260] Quoi qu’il en soit, au vu des faits de l’espèce, nous souscrivons à la conclusion du juge en chef selon laquelle « l’affectation juste et rationnelle de fonds publics limités » ne constitue pas un objectif urgent et réel ainsi que l’exige l’arrêt *N.A.P.E.* : par. 153. Comme il l’explique, les décisions relatives à l’affectation des fonds constituent le travail quotidien d’un gouvernement et ont un caractère purement financier. De plus, l’ajout des mots « juste et équitable » ne confère pas à cet objectif un caractère urgent et réel : *ibid.* Par conséquent, la Province n’a pas été en mesure d’établir l’existence d’un objectif urgent et réel valable en l’espèce. Les juridictions inférieures ont eu tort de tirer la conclusion contraire. Il s’agit d’un objectif d’ordre financier *seulement*, qui ne satisfait donc pas au critère de l’objectif urgent et réel.

[261] Même si l’omission de la province d’établir un objectif urgent et réel pour justifier sa violation de l’art. 23 suffit pour mettre fin à l’analyse fondée sur l’article premier, nous tenons à ajouter les commentaires suivants au sujet de l’approche adoptée par les juridictions inférieures à la dernière étape du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*, celle de la proportionnalité.

[262] Plus particulièrement, nous notons que la juge de première instance s’est fondée sur le témoignage d’experts qui s’accordaient pour dire que le taux d’assimilation des francophones en Colombie-Britannique est élevé, se situant à environ 70 p. 100. Et, tout en reconnaissant l’objet réparateur

nevertheless factored this high rate of assimilation into her proportionality analysis. With respect to both the systemic and community claims, she saw the fact that assimilation was almost a foregone conclusion and that the provision of minority language instruction or facilities could only delay the inevitable as “not . . . a particularly strong deleterious effect”: para. 2148.

[263] In our respectful view, this evidence was not properly considered. By way of comparison, in *Big M Drug Mart*, the government sought to justify a provision of the *Lord’s Day Act*, R.S.C. 1970, c. L.-13, alleged to violate s. 2(a) of the *Charter* on the ground that “the choice of the day of rest adhered to by the Christian majority is the most practical”: p. 352. The Court found this argument to be “fundamentally repugnant” (at p. 352) because the justification was fundamentally at odds with what s. 2(a) seeks to protect: freedom of religion. In our view, be it at the stage of considering the objective or the means, the same logic applies: it is repugnant to invoke a justificatory criterion that is antithetical to the right itself. In this case, it was repugnant to the purpose of s. 23 to state that because assimilation was inevitable, heightened assimilation was not particularly deleterious.

[264] In fact, the heightened rate of assimilation in British Columbia ought to have led to the opposite inference. Evidence of a high rate of assimilation should be a spur to action. As this Court explained in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, as assimilation increases, the “numbers might cease to ‘warrant’”, thereby causing the cultural erosion s. 23 was designed to prevent and, if tolerated, allowing governments to avoid their obligations under s. 23: para. 29. In light of this, the high rate of assimilation

de l’art. 23 et le rôle qu’il joue dans la lutte contre l’assimilation, la juge de première instance a néanmoins tenu compte de ce taux élevé d’assimilation dans son analyse de la proportionnalité. Tant pour les demandes de nature systémique que pour les demandes particulières des communautés, elle a estimé que le fait que l’assimilation soit presque inéluctable et que le fait de fournir à la minorité l’instruction ou des établissements dans sa langue ne faisaient que retarder l’inévitable et ne constituaient [TRADUCTION] « pas un effet préjudiciable particulièrement important » : par. 2148.

[263] À notre humble avis, cette preuve n’a pas été prise en considération comme il se doit. En guise de comparaison, dans l’affaire *Big M Drug Mart*, le gouvernement cherchait à justifier une disposition de la *Loi sur le dimanche*, L.R.C. 1970, c. L.-13, qui, prétendait-on, violait l’al. 2a) de la *Charte*. Il faisait valoir que « le choix d’un jour de repos qui est celui de la majorité chrétienne est le plus pratique » : p. 352. La Cour a jugé que cet argument « ne saurait en aucun cas être retenu » (p. 352), parce que la justification allait fondamentalement à l’encontre de ce que l’al. 2a) vise à protéger : la liberté de religion. À notre avis, la même logique s’applique, que ce soit à l’étape de l’examen de l’objectif ou à celle des moyens : on ne saurait en aucun cas invoquer un critère de justification qui est antithétique au droit lui-même. En l’espèce, il était contraire à l’objet de l’art. 23 d’affirmer que, parce que l’assimilation était inévitable, l’assimilation accrue n’était pas particulièrement préjudiciable.

[264] En fait, le taux accru d’assimilation en Colombie-Britannique aurait dû mener à la conclusion inverse. La preuve d’un taux élevé d’assimilation devrait pousser à agir. Comme l’a expliqué la Cour dans l’arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, à mesure qu’augmente l’assimilation, augmente aussi le « risque que le nombre cesse de “justifier” [la prestation des services] », causant ainsi l’érosion culturelle que l’art. 23 vise à empêcher; si elle est tolérée, cette situation permet

facing Francophones in British Columbia is better described as *gravely* deleterious.

D. *Charter Damages*

[265] Like our colleague, we conclude that *Charter* damages are not precluded in this case. However, we arrive at that conclusion for different reasons. In our view, the immunity set out in *Mackin* generally applies to government policies. In this we differ from our colleague, as he would confine the immunity to legislation, albeit he also states that it is *unnecessary* to consider whether it applies to instruments such as decrees or regulations: para. 178.

[266] Framing the inquiry as requiring the Court to determine whether applying the immunity to other instruments will have a chilling effect on governance (at para. 170) misapprehends the *rationale* for *Mackin* immunity as a *condition precedent* for its application. These are two different things, which ought not to be confused. The *rationale* for requiring a heightened threshold of gravity in order to be entitled to damages is to not put a chill on good governance, which requires that “public officials carry out their duties under valid statutes without fear of liability in the event that the statute is later struck down”: *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, at para. 41. But the *application* of *Mackin* immunity is *not* contingent on a demonstration that allowing for damages will have a chilling effect on government in each particular case.

[267] In our assessment, the same rationale for granting immunity when legislation is later found to be unconstitutional applies to policies or other measures later found unconstitutional. The question is not

aux gouvernements de se soustraire aux obligations que leur impose l’art. 23 : par. 29. Par conséquent, le taux élevé d’assimilation que subissent les francophones en Colombie-Britannique s’avère plutôt être *gravement* préjudiciable.

D. *Dommages-intérêts fondés sur la Charte*

[265] À l’instar de notre collègue, nous concluons que la possibilité d’accorder des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* n’est pas exclue en l’espèce. Cependant, nous arrivons à cette conclusion pour des raisons différentes. À notre avis, l’immunité énoncée dans l’arrêt *Mackin* s’applique de façon générale aux politiques gouvernementales. À cet égard, notre opinion diffère de celle de notre collègue, car celui-ci est d’avis de limiter l’immunité aux lois, mais il ajoute qu’il *n’est pas nécessaire* de se demander si elle s’applique à des instruments comme les décrets ou les règlements : par. 178.

[266] Le fait de présenter l’analyse de telle sorte que le tribunal doit décider si l’application de l’immunité à d’autres instruments aura un effet paralysant sur l’efficacité gouvernementale (par. 170) assimile erronément la *raison d’être* de l’immunité visée dans l’arrêt *Mackin* à une *condition préalable* à l’application de cette immunité. Il s’agit de deux choses différentes, qu’il ne faut pas confondre. La *raison* pour laquelle il doit y avoir un seuil élevé de gravité pour que des dommages-intérêts soient accordés est que l’on veut éviter de paralyser le bon gouvernement, situation qui exige que « les représentants de l’État exercent leurs fonctions en vertu des lois valides sans peur d’engager leur responsabilité si jamais la loi était invalidée » (*Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, par. 41). Par contre, l’immunité visée dans l’arrêt *Mackin* n’exige *pas*, pour son *application*, qu’il soit démontré, dans chaque cas particulier, que l’octroi de dommages-intérêts aura un effet paralysant sur le gouvernement.

[267] Nous estimons que les raisons qui justifient l’octroi de l’immunité lorsqu’une loi est subséquentement déclarée inconstitutionnelle s’appliquent également aux politiques ou autres mesures qui sont

about the *vehicle* of state action but rather *under what circumstances* the state should be liable for damages.

[268] All this said, and while *Mackin* immunity generally applies to regulations and policies, an exception is warranted for s. 23 given the particular nature of that right. Nonetheless, before awarding *Charter* damages for a s. 23 breach, a court must thoroughly undertake the analysis called for in *Ward*, lending particular attention to the existence and viability of alternative remedies.

(1) Standing

[269] *Charter* damages are available when they will “meaningfully vindicate the rights and freedoms of the claimants”: *Ward*, at para. 20 (emphasis added). The appellants in this case consist of both s. 23 rights holders (that is, parents) and the CSF. This raises the question of whether the CSF is a proper “claimant” for the purposes of damages. As this issue was not argued before us, we do not propose to address it in detail. We note, however, that it did arise before the lower courts, with the trial judge assuming without deciding that the appellants had standing (at para. 1131) and the Court of Appeal declining to decide the matter given that it was not raised at trial or on appeal: 2018 BCCA 305, 14 B.C.L.R. (6th) 52, at para. 306. As the respondents did not object to standing and there is no indication the rights holders object to the CSF acting on their behalf, we will likewise assume (without deciding) that the CSF has standing for *Charter* damages.

ultérieurement déclarées inconstitutionnelles. Il ne s’agit pas de savoir quel *moyen* d’action étatique a été utilisé, mais bien de savoir *dans quelles circonstances* l’État peut être tenu de verser des dommages-intérêts.

[268] Cela dit, et bien que l’immunité visée dans l’arrêt *Mackin* s’applique généralement aux règlements et aux politiques, une exception est justifiée pour l’art. 23 étant donné la nature particulière du droit qui y est garanti. Néanmoins, avant d’accorder des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* pour une violation de l’art. 23, le tribunal doit procéder soigneusement à l’analyse exigée par l’arrêt *Ward* et porter une attention particulière à l’existence et à l’efficacité des autres réparations disponibles.

(1) Qualité pour agir

[269] Des dommages-intérêts peuvent être accordés en vertu de la *Charte* s’ils « permet[tent] de défendre utilement les droits et libertés du demandeur » : *Ward*, par. 20 (nous soulignons). En l’espèce, les appelants se composent à la fois d’ayants droit au titre de l’art. 23 (c’est-à-dire des parents) et du CSF. Cela soulève la question de savoir si le CSF est un « demandeur » légitime aux fins d’octroi de dommages-intérêts. Étant donné que cette question n’a pas été débattue devant la Cour, nous n’avons pas l’intention de l’examiner en détail. Nous tenons toutefois à souligner que la question a bel et bien été soulevée devant les juridictions inférieures. La juge de première instance ayant supposé, sans en décider, que les appelants avaient qualité pour agir (par. 1131), et la Cour d’appel ayant refusé de trancher la question, car elle n’a pas été soulevée au procès ou en appel : 2018 BCCA 305, 14 B.C.L.R. (6th) 52, par. 306. Puisque les intimés n’ont pas contesté la qualité pour agir et que rien n’indique que les ayants droit s’opposent à ce que le CSF agisse en leur nom, nous tiendrons nous aussi pour acquis (sans en décider) que le CSF a qualité pour agir aux fins d’octroi de dommages-intérêts fondés sur la *Charte*.

(2) The Framework for Charter Damages

[270] In *Ward*, this Court established the framework for determining the availability of *Charter* damages. Specifically, McLachlin C.J. explained that the “first and most important remedy” for *Charter* breaches is a declaration of invalidity under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*; this primary remedy is “supplemented” by s. 24 of the *Charter*: para. 1. *Charter* damages will be available under s. 24(1) where they are “appropriate and just”: para. 4. Trial judges have significant discretion in determining the appropriate remedy under s. 24(1); however, this discretion, while broad, is not unfettered, and what is “appropriate and just” depends on the circumstances: paras. 17-19. An award of damages must be “fair not only to the claimant whose rights were breached, but to the state which is required to pay them”: para. 21. Other remedies may also be more responsive to a breach: *ibid.*

[271] McLachlin C.J. then set out a four-step framework for assessing *Charter* damages: para. 4. The first step, of course, is to show a *Charter* breach. Secondly, the claimant must show why damages are a just and appropriate remedy that fulfills one or more of the related functions of compensation, vindication of the right, or deterrence of future breaches. Thirdly, the government may show “countervailing factors [that] defeat the functional considerations that support a damage award and render damages inappropriate or unjust”: para. 4. Finally, the court determines the quantum of damages.

[272] In the context of s. 23, the first step, establishing a breach, is undertaken through the analysis

(2) Le cadre d’analyse applicable aux dommages-intérêts fondés sur la Charte

[270] Dans l’arrêt *Ward*, la Cour a établi le cadre d’analyse servant à décider si des dommages-intérêts peuvent être accordés en vertu de la *Charte*. Plus précisément, la juge en chef McLachlin a expliqué que le « premier et le plus important [des] recours » pour les violations de la *Charte* est la déclaration d’invalidité fondée sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*; vient « s’y ajouter » l’art. 24 de la *Charte* : par. 1. Des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* peuvent être accordés en vertu du par. 24(1) s’ils constituent « une réparation convenable et juste » : par. 4. Le juge de première instance jouit d’un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer quelle est la réparation convenable au sens du par. 24(1); toutefois, ce pouvoir discrétionnaire — quoique large — n’est pas pour autant absolu, et ce qui est « convenable et juste » dépend des circonstances : par. 17-19. L’octroi de dommages-intérêts doit « s’avérer équitable non seulement envers la personne dont les droits ont été violés, mais aussi envers l’État qui versera les dommages-intérêts » : par. 21. D’autres réparations peuvent aussi être mieux adaptées à une violation : *ibid.*

[271] La juge en chef McLachlin a ensuite énoncé un cadre d’analyse en quatre étapes pour apprécier les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* : par. 4. À la première étape, on doit évidemment établir qu’il y a eu violation de la *Charte*. À la deuxième, le demandeur doit démontrer pourquoi les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste qui remplit au moins une des fonctions interreliées suivantes : l’indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion contre toute nouvelle violation. À la troisième, le gouvernement peut démontrer que « des facteurs faisant contrepoids l’emportent sur les considérations fonctionnelles favorables à l’octroi de dommages-intérêts, de sorte que ces derniers ne seraient ni convenables, ni justes » : par. 4. À la dernière étape, le tribunal fixe le montant des dommages-intérêts.

[272] Dans le contexte de l’art. 23, la première étape, qui consiste à établir la violation, est réalisée

we set out above. The other three steps, to which we now turn, should be approached mindful of the particularities of s. 23.

(a) *Determining if Damages Are an Appropriate and Just Remedy*

[273] At this stage, the court considers whether the purposes of compensation, vindication, and/or deterrence will be served by an award of damages: *Ward*, at para. 25. The purpose of compensation is “usually the most prominent” and “recognizes that breach of an individual’s *Charter* rights may cause personal loss which should be remedied”: *ibid*. This purpose will likely be particularly important in the context of s. 23, given that the right *requires* the expenditure of public funds; if this does not occur, rights holders should be compensated in appropriate circumstances. The purposes of vindication and deterrence may also assume particular significance where governments had an incentive to underfund or delay in adequately funding minority language education.

(b) *Determining if There Are Any “Countervailing Factors” to Awarding Damages*

[274] At this step, the government can raise considerations that render damages inappropriate or unjust: *Ward*, at para. 33. The category of countervailing factors is not closed but includes (1) the existence of alternative remedies; and (2) “good governance” concerns: *ibid*. The arguments in this case have largely centered on *Mackin* immunity, which the Court in *Ward* recognized was a good governance concern: para. 39. Nonetheless, both alternative remedies and *Mackin* immunity raise relevant considerations in the context of s. 23.

dans le cadre de l’analyse que nous énonçons ci-dessus. Les trois autres étapes, que nous allons maintenant examiner, doivent être abordées en tenant compte des particularités de l’art. 23.

a) *Déterminer si les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste*

[273] À cette étape, le tribunal se demande si l’octroi de dommages-intérêts remplira les objectifs d’indemnisation, de défense du droit ou de dissuasion : *Ward*, par. 25. L’objectif d’indemnisation, « généralement l[e] plus importan[t] », « reconnaît que l’atteinte à un droit garanti par la *Charte* peut causer une perte personnelle qui exige réparation » : *ibid*. Cet objectif revêtira vraisemblablement une importance particulière dans le contexte de l’art. 23, étant donné que le respect du droit reconnu par cette disposition *requiert* la dépense de fonds publics; si cela ne se fait pas, les ayants droit devraient être indemnisés dans les circonstances qui s’y prêtent. Les objectifs de défense du droit et de dissuasion peuvent également prendre une importance particulière si le gouvernement avait intérêt à sous-financer l’enseignement dans la langue de la minorité ou à en retarder le financement adéquat.

b) *Déterminer s’il existe des « facteurs faisant contrepoids » à l’octroi de dommages-intérêts*

[274] À cette étape, le gouvernement peut faire valoir des considérations qui font de l’octroi de dommages-intérêts une réparation ni convenable, ni juste : *Ward*, par. 33. Parmi la catégorie des facteurs qui font contrepoids, et dont la liste n’est pas exhaustive, mentionnons les suivants : (1) l’existence d’autres réparations; et (2) les « préoccupations relatives au bon gouvernement » : *ibid*. Les arguments présentés en l’espèce ont surtout porté sur l’immunité visée dans l’arrêt *Mackin*, que notre Cour, dans l’arrêt *Ward*, a reconnue comme étant une préoccupation relative au bon gouvernement : par. 39. Il n’en reste pas moins que l’existence d’autres réparations et l’immunité visée dans l’arrêt *Mackin* font intervenir toutes deux des considérations pertinentes dans le contexte de l’art. 23.

(i) Existence of Alternative Remedies

[275] This factor recognizes that the purpose of an award of damages can often be addressed through other remedies, including declarations: *Ward*, at paras. 34 and 37. It bears repeating that this Court views a remedy under s. 52(1) as the “first and most important remedy” for *Charter* breaches, which may be “supplemented” by remedies under s. 24: *Ward*, at para. 1. From this, it follows that courts *must* give due consideration to whether a declaration may be an adequate alternative remedy. Indeed, declarations are a common remedy in the context of s. 23 as “there is a tradition in Canada of state actors taking *Charter* declarations seriously”: *Rose-des-vents*, para. 65. Recognizing the importance and strength of this remedy, the Court in both *Mahe* and *Rose-des-vents* held that a declaration was an appropriate remedy: *Mahe*, at pp. 392-93; *Rose-des-vents*, at para. 82.

[276] This is not to suggest that a claimant must have exhausted all other avenues for recourse before seeking *Charter* damages. The point is that the government must show that other remedies are available that would sufficiently address the breach: *Ward*, para. 35.

[277] In the context of s. 23, courts must pay particular attention to whether a declaration will be an adequate remedy for a breach. A declaration will often strike the right balance between vindicating *Charter* rights and affording governments flexibility to meet their s. 23 obligations. As this Court emphasized as early as *Mahe*, there are many ways in which governments can fulfil their s. 23 obligations; they need room for trial and error:

(i) Existence d’autres réparations

[275] Ce facteur reconnaît que l’objectif visé par l’octroi de dommages-intérêts peut souvent être réalisé au moyen d’autres réparations, y compris des jugements déclaratoires : *Ward*, par. 34 et 37. Il vaut la peine de répéter que notre Cour considère la réparation accordée en vertu du paragraphe 52(1) comme étant « [le] premier et le plus important [des] recours » pour les violations de la *Charte*, auquel viennent « s’y ajouter » les réparations prévues à l’art. 24 : *Ward*, par. 1. À partir de là, il s’ensuit que les tribunaux *doivent* dûment tenir compte de la question de savoir si un jugement déclaratoire pourrait constituer une réparation adéquate. En effet, les jugements déclaratoires constituent une réparation courante dans le contexte de l’art. 23, car « la tradition au Canada veut que les représentants de l’État prennent au sérieux les jugements déclaratoires fondés sur la *Charte* » : *Rose-des-vents*, par. 65. Reconnaisant l’importance et la force de cette réparation, notre Cour a conclu dans les arrêts *Mahe* et *Rose-des-vents* qu’un jugement déclaratoire était une réparation convenable : *Mahe*, p. 392-393; *Rose-des-vents*, par. 82.

[276] Cela ne veut pas dire qu’un demandeur doit avoir épuisé toutes les autres voies de recours avant de demander des dommages-intérêts fondés sur la *Charte*. Le point à retenir est que le gouvernement doit démontrer que d’autres recours possibles offriraient une réparation suffisante pour remédier à la violation : *Ward*, par. 35.

[277] Dans le contexte de l’art. 23, les tribunaux doivent porter une attention particulière à la question de savoir si un jugement déclaratoire constitue une réparation adéquate pour une violation. Un tel jugement établit souvent le juste équilibre entre deux objectifs, à savoir assurer la défense des droits garantis par la *Charte* et accorder aux gouvernements la souplesse dont ils ont besoin pour leur permettre de respecter leurs obligations découlant de l’art. 23. Comme l’a souligné notre Cour dès l’arrêt *Mahe*, il existe de nombreuses façons dont les gouvernements peuvent s’acquitter des obligations qui leur incombent en vertu de l’art. 23. Ils doivent pouvoir procéder par tâtonnements :

It is not possible to give an exact description of what is required in every case in order to ensure that the minority language group has control over those aspects of minority language education which pertain to or have an effect upon minority language and culture. Imposing a specific form of educational system in the multitude of different circumstances which exist across Canada would be unrealistic and self-defeating. . . . It is up to the public authorities to satisfy these general requirements. Where there are alternative ways of satisfying the requirements, the public authorities may choose the means of fulfilling their duties.

...

As the Attorney General for Ontario submits, the government should have the widest possible discretion in selecting the institutional means by which its s. 23 obligations are to be met; the courts should be loath to interfere and impose what will be necessarily procrustean standards, unless that discretion is not exercised at all, or is exercised in such a way as to deny a constitutional right. [Emphasis added; pp. 376 and 393.]

[278] The Court returned to this idea in the *Manitoba Reference*, noting that “[t]his Court should be loath, however, to detail what legislation the Government of Manitoba must enact in order to meet its constitutional obligations”: p. 860 (emphasis deleted). Therefore, a declaration will often be an appropriate remedy as it will indicate that a breach has occurred and identify the level of entitlement without dictating *the particular modalities* by which the breach is to be remedied.

(ii) Good Governance Concerns

[279] Good governance concerns can also be countervailing factors to awarding damages in the context of s. 23. As Moldaver J. noted for this Court in *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214, “good governance concerns” were not defined in *Ward*. Moldaver J. saw the phrase as “serv[ing] as a compendious term for the

Il n’est pas possible de décrire exactement ce qui est nécessaire dans chaque cas pour assurer que le groupe linguistique minoritaire exerce un contrôle sur les aspects de l’enseignement dans sa langue qui concernent ou touchent sa langue et sa culture. Il serait irréaliste et vain d’imposer une forme précise de système d’éducation à une multitude de situations différentes qui existent dans tout le Canada. [. . .] Il appartient aux pouvoirs publics de répondre à ces exigences générales. Lorsqu’il y a diverses façons de répondre aux exigences, les pouvoirs publics peuvent choisir le moyen de remplir leurs obligations.

...

Comme l’a observé le procureur général de l’Ontario, le gouvernement devrait disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont il usera pour remplir ses obligations en vertu de l’art. 23. Les tribunaux devraient se garder d’intervenir et d’imposer des normes qui seraient au mieux dignes de Procuste, sauf dans les cas où le pouvoir discrétionnaire n’est pas exercé du tout, ou l’est de façon à nier un droit constitutionnel. [Nous soulignons; p. 376 et 393.]

[278] La Cour est revenue sur cette idée dans le *Renvoi relatif au Manitoba*, mentionnant que « [t] outefois, notre Cour devrait se garder de décrire précisément le genre de texte législatif que le gouvernement du Manitoba doit adopter pour satisfaire à ses obligations constitutionnelles » : p. 860 (soulignement omis). Par conséquent, un jugement déclaratoire constituera souvent une réparation convenable, car il indiquera qu’il y a eu violation d’un droit et déterminera le niveau d’admissibilité à une réparation sans dicter *les modalités particulières* de celle-ci.

(ii) Préoccupations relatives au bon gouvernement

[279] Les préoccupations relatives au bon gouvernement peuvent également être des facteurs faisant contrepoids à l’octroi de dommages-intérêts dans le contexte de l’art. 23. Comme l’a mentionné le juge Moldaver au nom de la Cour dans l’arrêt *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214, l’arrêt *Ward* ne définit

policy factors that will justify restricting the state's exposure to civil liability": para. 39.

[280] As noted, *Mackin* immunity has been recognized as responding to a “[g]ood governance concern[n]”: *Ward*, at paras. 38-39. The arguments before us centred on the application of *Mackin* immunity to policies. We will address this matter shortly, but first, we turn to the last *Ward* factor as applied to s. 23 — that is, the quantum of damages.

(c) *Quantum*

[281] When quantifying damages, the same purposes underlying *Charter* damages (compensation, vindication, and deterrence) inform the quantum: *Ward*, at para. 47. An award of damages must be a meaningful response to the seriousness of the breach and deter future breaches: para. 54. A court should keep in mind that the breach is “an independent wrong, worthy of compensation in its own right”: para. 55.

[282] At the same time, an award of *Charter* damages must be fair to both the claimant and the state: *Ward*, at para. 53. A court must take into account “the public interest in good governance, the danger of deterring governments from undertaking beneficial new policies and programs, and the need to avoid diverting large sums of funds from public programs to private interests”: *ibid.*

[283] Deference is owed to both the trial judge's choice of remedy and assessment of quantum: *Doucet-Boudreau*, at para. 87; *Ward*, at para. 73.

pas l'expression « préoccupations relatives au bon gouvernement ». Selon lui, cette expression « sert de formule succincte pour désigner les facteurs de principe justifiant que l'on restreigne les possibilités de recours en responsabilité civile contre l'État » : par. 39.

[280] Comme nous l'avons mentionné, il a été reconnu que l'immunité visée dans l'arrêt *Mackin* répondait à une « préoccupation relative au bon gouvernement » : *Ward*, par. 38-39. Les arguments qui nous ont été présentés sont axés sur l'application de cette immunité aux politiques. Nous aborderons cette question sous peu, mais d'abord, nous nous penchons sur le dernier facteur de l'arrêt *Ward*, tel qu'il s'applique à l'art. 23 — c'est-à-dire le montant des dommages-intérêts.

c) *Montant des dommages-intérêts*

[281] Le montant des dommages-intérêts est fixé en fonction des mêmes objectifs qui sous-tendent les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* (indemnisation, défense des droits et dissuasion) : *Ward*, par. 47. L'octroi de dommages-intérêts doit répondre réellement à la gravité de l'atteinte et à l'objectif de dissuasion : par. 54. Le tribunal doit garder à l'esprit que la violation est un « préjudice distinct justifiant en soi une indemnisation » : par. 55.

[282] Cependant, l'octroi de dommages-intérêts fondés sur la *Charte* doit être juste tant pour le demandeur que pour l'État : *Ward*, par. 53. Le tribunal doit prendre en considération « l'intérêt public au bon gouvernement, le risque de dissuader les gouvernements d'élaborer des programmes et politiques bénéfiques et la nécessité d'éviter que de gros montants soient prélevés sur le budget des programmes publics pour être consacrés à des intérêts privés » : *ibid.*

[283] La réparation choisie par le juge de première instance et son évaluation du montant des dommages-intérêts commandent la déférence : *Doucet-Boudreau*, par. 87; *Ward*, par. 73.

(3) Mackin Immunity Applies to Policies

[284] The application of *Mackin* immunity to government policies is a live issue in the present case. According to the *Mackin* principle, “absent conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power, the courts will not award damages for the harm suffered as a result of the mere enactment or application of a law that is subsequently declared to be unconstitutional”: *Mackin*, at para. 78. This confers a “limited immunity” intended to balance the protection of constitutional rights against the need for effective government. In other words, it shows whether the remedy is appropriate and just in the circumstances and ensures that “the effectiveness and efficiency of government action [is not] excessively constrained”: *Mackin*, at para. 79. As the Court reiterated in *Ward*, the principle recognizes that “the state must be afforded some immunity from liability in damages resulting from the conduct of certain functions that only the state can perform”: para. 40. The rationale underlying the immunity is that because “duly enacted laws should be enforced until declared invalid,” a “minimum threshold of gravity” is needed to interfere with good governance: *Ward*, at para. 39.

[285] Before this Court, the appellants have argued that *Mackin* immunity applies only to legislation — not to policies. The Chief Justice shares this view. We respectfully disagree. We say that the immunity generally applies to policies. Indeed, while our colleague sees this issue as never before having been considered (at para. 169), this Court’s jurisprudence has *consistently* framed this principle in broad terms that encompass policies. Moreover, the same rationale is engaged regardless of the *vehicle* for governmental action. We say respectfully that this jurisprudence should be viewed as dispositive of the broad issue

(3) L’immunité visée dans l’arrêt Mackin s’applique aux politiques

[284] L’application de l’immunité visée dans l’arrêt *Mackin* aux politiques gouvernementales est une question à trancher en l’espèce. Selon le principe établi dans cet arrêt, « en l’absence de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir, les tribunaux n’accorderont pas de dommages-intérêts pour le préjudice subi à cause de la simple adoption ou application d’une loi subséquentement déclarée inconstitutionnelle » : *Mackin*, par. 78. Ce principe confère une « immunité restreinte » qui vise à établir l’équilibre entre la protection des droits constitutionnels et la nécessité d’avoir un gouvernement efficace. Autrement dit, il permet de déterminer si une réparation est convenable et juste eu égard aux circonstances, et de veiller à ce que « l’effectivité et l’efficacité de l’action gouvernementale [ne soient pas] exagérément contraintes » : *Mackin*, par. 79. Comme l’a réitéré notre Cour dans l’arrêt *Ward*, le principe en question reconnaît que « l’État doit pouvoir jouir d’une certaine immunité qui écarte sa responsabilité pour les dommages résultant de certaines fonctions qu’il est seul à pouvoir exercer » : par. 40. La justification qui sous-tend l’immunité est que, comme « les lois dûment promulguées doivent être appliquées tant qu’elles ne sont pas frappées d’invalidité », l’existence d’une conduite de l’État atteignant « un seuil minimal de gravité » est nécessaire pour justifier une interférence avec le bon gouvernement : *Ward*, par. 39.

[285] Les appelants ont fait valoir devant notre Cour que l’immunité visée dans l’arrêt *Mackin* s’applique seulement aux lois et non aux politiques. Le juge en chef souscrit à cette opinion. Avec égards, nous ne sommes pas d’accord. Selon nous, l’immunité s’applique généralement aux politiques. En effet, alors que notre collègue considère que cette question n’a jamais été examinée auparavant (par. 169), la jurisprudence de notre Cour a *constamment* défini ce principe en termes généraux qui englobent les politiques. En outre, la même justification est utilisée, peu importe le *moyen* d’action gouvernementale.

of whether *Mackin* applies to policies. As we will discuss, however, an exception is warranted for s. 23.

[286] In *Mackin* itself, the Court formulated the immunity in undeniably broad terms:

According to a general rule of public law, absent conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power, the courts will not award damages for the harm suffered as a result of the mere enactment or application of a law that is subsequently declared to be unconstitutional. In other words “[i]nvalidity of governmental action, without more, clearly should not be a basis for liability for harm caused by the action”. In the legal sense, therefore, both public officials and legislative bodies enjoy limited immunity against actions in civil liability based on the fact that a legislative instrument is invalid. [Emphasis added; emphasis in original deleted; citations omitted; para. 78.]

[287] This formulation contemplates more than simple legislation. In particular, the references to “application of a law,” “invalidity of governmental action,” and “legislative instrument” suggest that the principle applies to governmental measures other than legislation, and done *in furtherance* of legislation — which typically entails the formulation, adoption, and implementation of *policies*. We also highlight the reference to “both public officials and legislative bodies”, which plainly encompasses acts of both the legislatures and *other* public officials. Indeed, this has been identified as a key holding from the case: W. H. Charles, *Understanding Charter Damages: The Judicial Evolution of a Charter Remedy* (2016), at p. 61.

[288] Any lingering doubt on this point was dispelled in *Ward*, which summarized the *Mackin* principle as follows:

The *Mackin* principle recognizes that the state must be afforded some immunity from liability in damages resulting from the conduct of certain functions that only the state

Nous sommes respectueusement d’avis que cette jurisprudence doit être considérée comme tranchant la question générale de savoir si l’arrêt *Mackin* s’applique aux politiques. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, une exception s’impose dans le cas de l’art. 23.

[286] Dans l’arrêt *Mackin* lui-même, notre Cour a défini l’immunité en des termes indéniablement larges :

Selon un principe général de droit public, en l’absence de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir, les tribunaux n’accorderont pas de dommages-intérêts pour le préjudice subi à cause de la simple adoption ou application d’une loi subséquentement déclarée inconstitutionnelle. Autrement dit, [TRADUCTION] « l’invalidité n’est pas le critère de la faute et ne devrait pas être le critère de la responsabilité ». Ainsi, au sens juridique, tant les fonctionnaires que les institutions législatives bénéficient d’une immunité restreinte vis-à-vis des actions en responsabilité civile dont le fondement serait l’invalidité d’un texte législatif. [Nous soulignons; soulignement dans l’original omis; références omises; par. 78.]

[287] Cette formulation englobe plus que les simples lois. En particulier, les mentions « application d’une loi », « l’invalidité [d’une action gouvernementale] » et « texte législatif » tendent à indiquer que le principe s’applique aux autres mesures gouvernementales qui sont prises *pour appuyer l’application* des lois — ce qui implique habituellement l’élaboration, l’adoption et la mise en œuvre de *politiques*. Nous attirons également l’attention sur le passage « tant les fonctionnaires que les institutions législatives », qui englobe clairement les actes des assemblées législatives et *des autres* fonctionnaires de l’État. De fait, il s’agit là d’une conclusion importante de cet arrêt : W. H. Charles, *Understanding Charter Damages: The Judicial Evolution of a Charter Remedy* (2016), p. 61.

[288] Tout doute restant sur ce point a été dissipé dans l’arrêt *Ward*, qui a résumé comme suit le principe établi dans l’arrêt *Mackin* :

Suivant l’arrêt *Mackin*, l’État doit pouvoir jouir d’une certaine immunité qui écarte sa responsabilité pour les dommages résultant de certaines fonctions qu’il est seul à

can perform. Legislative and policy-making functions are one such area of state activity. The immunity is justified because the law does not wish to chill the exercise of policy-making discretion. [Emphasis added; para. 40.]

Notably, *Ward* expressly includes policy-making, as distinct from enacting legislation, among those “functions” in respect of which “the state must be afforded some immunity from liability in damages”.

[289] McLachlin C.J. continued, affirming for the Court that the immunity may apply in situations *beyond* “[s]tate conduct pursuant to a valid statute”, referring to the broader language of “state agents . . . doing what is required for effective governance”:

State conduct pursuant to a valid statute may not be the only situation in which the state might seek to show that s. 24(1) damages would deter state agents from doing what is required for effective governance . . . It may be that in the future other situations may be recognized where the appropriateness of s. 24(1) damages could be negated on grounds of effective governance.

Such concerns may find expression, as the law in this area matures, in various defences to s. 24(1) claims. *Mackin* established a defence of immunity for state action under valid statutes subsequently declared invalid, unless the state conduct is “clearly wrong, in bad faith or an abuse of power” (para. 78). If and when other concerns under the rubric of effective governance emerge, these may be expected to give rise to analogous public law defences. By analogy to *Mackin* and the private law, where the state establishes that s. 24(1) damages raise governance concerns, it would seem a minimum threshold, such as clear disregard for the claimant’s *Charter* rights, may be appropriate. Different situations may call for different thresholds, as is the case at private law. [Emphasis added; paras. 42-43.]

pouvoir exercer. Les fonctions législatives et l’élaboration de politiques sont un exemple de telles activités étatiques. L’immunité est justifiée, car le droit ne saurait paralyser l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière d’élaboration de politiques. [Nous soulignons; par. 40.]

Il faut souligner que l’arrêt *Ward* inclut expressément l’élaboration de politiques comme un élément distinct de l’adoption de lois parmi les « fonctions » pour lesquelles « l’État doit pouvoir jouir d’une certaine immunité qui écarte sa responsabilité pour les dommages ».

[289] La juge en chef McLachlin a poursuivi en affirmant au nom de la Cour que l’immunité peut s’appliquer dans d’autres situations que celles où « l’État [accomplit un acte] en vertu d’une loi valide », employant les termes plus larges « agents [faisant] ce qui est nécessaire pour un gouvernement efficace » :

Il se peut que ce ne soit pas là la seule situation dans laquelle l’État voudra peut-être démontrer que l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) dissuaderait ses agents de faire ce qui est nécessaire pour un gouvernement efficace. [. . .] Il n’est pas impossible que soient éventuellement reconnues d’autres situations dans lesquelles des préoccupations relatives à l’efficacité gouvernementale empêcheraient l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de constituer une réparation convenable.

De telles préoccupations pourront, au fil de l’évolution du droit dans ce domaine, prendre la forme de divers moyens de défense aux demandes fondées sur le par. 24(1). L’arrêt *Mackin* a établi une défense d’immunité de l’État pour les actes accomplis en vertu d’une loi invalidée plus tard, sauf en cas de « comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir » de la part de l’État (par. 78). D’autres préoccupations relatives à l’efficacité gouvernementale pourraient se dégager et fonder des moyens de défense de droit public semblables. Par analogie avec l’arrêt *Mackin* et le droit privé, dans les cas où l’État démontre que l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) suscite des préoccupations relatives au bon gouvernement, il pourrait être opportun d’établir un seuil minimal, par exemple une insouciance manifeste à l’égard des droits garantis au demandeur par la *Charte*. Différentes situations appelleront sans doute différents seuils, comme c’est le cas en droit privé. [Nous soulignons; par. 42-43.]

[290] McLachlin C.J.'s explanation that different thresholds may apply for different situations is crucial. The applicability of *Mackin* immunity is not properly determined by applying hard and fast rules. It *may* apply in *many* contexts, but that is not to say that it will necessarily apply with the same force.

[291] *Henry* (2015) is consistent with our view of the matter. There, the Court described the *Mackin* principle as applying to “state action taken pursuant to a law”; in other words, it applied to “actions taken in good faith under a law [state actors] believed to be valid”: para. 42 (emphasis added). These descriptions, too, plainly contemplate the possibility of immunity from *Charter* damages for measures other than the enactment of legislation.

[292] Finally, the Court of Appeal for Ontario dealt directly with the question in *Wynberg v. Ontario* (2006), 82 O.R. (3d) 561 (C.A.). And it saw “no principled basis” to limit the application of *Mackin* to legislation, noting that *Mackin* itself used broad language such as “exercise of . . . powers” and “government action”: para. 194. The court reasoned that one of the primary functions of governments is advancing society through new policies and programs and that “[p]otential liability for damages creates the risk of interfering with effective governance by deterring governments from creating new policies and programs”: para. 196.

[293] Clearly, then, the jurisprudence supports *Mackin* immunity’s application to government policies. Indeed, we agree with the respondents that “[t]here is no principled basis to protect government from liability only when it enacts a law that is later found to be unconstitutional, but not when it implements a policy that serves the same normative function”: R.F., at para. 166. Ultimately, the debate over

[290] L’explication de la juge en chef McLachlin selon laquelle différents seuils peuvent s’appliquer à différentes situations est cruciale. L’applicabilité de l’immunité visée dans l’arrêt *Mackin* n’est pas à proprement parler déterminée à l’aide de règles absolues. L’immunité *peut* s’appliquer dans de *nombreux* contextes, mais cela ne veut pas dire qu’elle s’appliquera nécessairement avec la même force.

[291] L’arrêt *Henry* (2015) concorde avec notre opinion sur ce point. Dans cette affaire, notre Cour a affirmé que le principe établi dans l’arrêt *Mackin* s’applique à une « mesure prise par l’État conformément à une loi »; autrement dit, il s’applique aux « mesures prises de bonne foi en vertu d’une loi que [les agents de l’État] croyai[en]t valide » : par. 42 (nous soulignons). Ces descriptions, elles aussi, envisagent clairement la possibilité d’une immunité contre les condamnations à des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* pour d’autres mesures que des lois.

[292] Enfin, la Cour d’appel de l’Ontario a abordé directement la question dans l’arrêt *Wynberg c. Ontario* (2006), 82 O.R. (3d) 561 (C.A.). Elle n’a reconnu [TRADUCTION] « aucune raison de principe » justifiant de limiter l’application de l’arrêt *Mackin* aux lois, mentionnant que l’arrêt *Mackin* en soi utilisait des termes généraux tels que « exercice des pouvoirs » et « action gouvernementale » : par. 194. La cour a conclu que l’une des fonctions principales des gouvernements est de faire progresser la société en élaborant de nouvelles politiques et en créant de nouveaux programmes, et que [TRADUCTION] « [l]a possibilité d’être tenu responsable de dommages risque de nuire à une bonne gouvernance en dissuadant les gouvernements de créer de nouvelles politiques et de nouveaux programmes » : par. 196.

[293] De toute évidence, la jurisprudence appuie donc l’application de l’immunité visée dans l’arrêt *Mackin* aux politiques gouvernementales. Effectivement, nous sommes en accord avec l’intimé pour dire qu’ [TRADUCTION] « [i]l n’existe aucune raison de principe justifiant de protéger le gouvernement contre les actions en responsabilité seulement lorsqu’il adopte une loi qui est subséquemment jugée

the reach of *Mackin* immunity confuses the *vehicle* of government action with the *substance*. Sometimes legislation is required to give effect to a policy decision; other times, legislation may already provide for delegation that allows for the development of regulations or policies that can achieve the same purpose. *Mackin* immunity is not concerned with the vehicle of government action but rather with effective governance. The question is *when* governments should face liability in carrying out their functions.

[294] We note that the Chief Justice has not accounted for this line of case law, except to comment on the statement in *Ward* referring to “legislative and policymaking functions” as follows:

Considered in its context, the concept of policy making relates to government policies that are based on laws. . . . Only one situation in which the limited immunity applies was recognized in *Ward*, that of government decisions made under laws that were duly enacted but were subsequently declared to be invalid. [para. 169.]

With respect, we do not find this persuasive. As our review of the case law on *Mackin* immunity shows, the Court has consistently framed the immunity in sufficiently broad terms so as to encompass policies. Further, and whereas our colleague notes that applying the immunity to policies would lead to the undesirable effect that “[i]t would permit a government to avoid liability for damages simply by showing that its unlawful actions are authorized by its policies” (at para. 172), the same can be said of how the Chief Justice views the immunity: to avoid liability for *Charter* damages, the state need only formalize its preferred policy in *legislation*. This, however, puts form before substance, by simply shifting the analysis to *how* the state will take a given action rather than preventing it from taking that action. Again, the focus should not be on the *vehicle* of state action but

inconstitutionnelle, mais non lorsqu’il met en œuvre une politique qui sert les mêmes fonctions normatives » : m.i., par. 166. En fin de compte, le débat sur la portée de l’immunité visée dans l’arrêt *Mackin* confond le *moyen* d’action gouvernementale avec sa *substance*. Parfois, il faut adopter une loi pour donner effet à une décision politique et d’autres fois, une loi peut déjà prévoir une délégation de pouvoirs qui permet d’établir des règlements ou des politiques permettant d’atteindre le même but. L’immunité visée dans l’arrêt *Mackin* ne s’attache non pas au moyen d’action utilisé par le gouvernement, mais plutôt à la gouvernance efficace. La question consiste à déterminer *dans quels cas* les gouvernements engagent-ils leur responsabilité lorsqu’ils s’acquittent de leurs fonctions.

[294] Nous prenons note du fait que le juge en chef n’a pas tenu compte de ce courant jurisprudentiel, sauf pour commenter l’énoncé suivant de l’arrêt *Ward* concernant les « fonctions législatives et l’élaboration de politiques » :

Replacée dans son contexte, la notion d’élaboration de politiques vise les politiques gouvernementales qui tirent leur source de la loi. [. . .] L’arrêt *Ward* ne reconnaît qu’une seule situation donnant ouverture à la reconnaissance de l’immunité restreinte, soit les cas de décisions gouvernementales prises en vertu de lois dûment promulguées, puis subséquemment déclarées invalides. [par. 169]

En toute déférence, nous ne sommes pas convaincus par cette explication. Comme le démontre notre examen de la jurisprudence relative à l’immunité visée dans l’arrêt *Mackin*, notre Cour a toujours défini l’immunité de manière suffisamment large pour englober les politiques. En outre, si, comme l’affirme notre collègue, l’application de l’immunité aux politiques aurait pour effet indésirable qu’« [i]l suffirait alors aux gouvernements de démontrer que leurs actions illégales sont autorisées par une politique gouvernementale pour éviter d’avoir à verser des dommages-intérêts » (par. 172), on peut dire la même chose de la façon dont il voit l’immunité : pour éviter d’avoir à payer des dommages-intérêts fondés sur la *Charte*, l’État n’a qu’à formaliser la politique qu’il privilégie dans une *loi*. Cependant, cette façon de voir les choses fait primer la forme,

rather the *purpose* of the immunity. Whether the state acts through legislation, regulations, or policies, the rationale behind the immunity is that the state should be able to carry out its functions without the threat of damages, absent some threshold of misconduct. Policymaking is clearly a key state function.

[295] We also note the Chief Justice’s concern that it is difficult to define what a policy is, whereas it is much easier to identify legislation: para. 173. In our view, it is not necessary to exhaustively define a “policy”: as we have reiterated, the immunity is not concerned so much with the *vehicle* of government action but rather the *purpose* of the immunity. Although we conclude below that an exception from *Mackin* immunity is warranted for s. 23, we note that the policies at issue here are clearly of the kind that would normally attract the immunity (see the discussion of the transportation breach and Annual Facility Grant (“AFG”) Rural Factor, below at paras. 330-39). Both policies apply across the province while providing supplements to particular boards; they are the kind of instrument used by the Province to fulfil its obligations arising, *inter alia*, under s. 106.3 of the *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412. They therefore engage good governance concerns as they are indisputably a means of funding education throughout the province and fulfilling statutory obligations.

[296] Finally, the Chief Justice considers that recognizing that the immunity applies to policies would contravene the following statement by McLachlin C.J. in *Ward*:

sur le fond, et ce, en modifiant simplement l’analyse et en mettant l’accent sur la *façon* dont l’État peut prendre une mesure donnée, plutôt que sur la façon de l’empêcher de prendre cette mesure. Encore une fois, l’accent ne devrait pas être mis sur le *moyen* utilisé par l’État, mais sur l’*objectif* de l’immunité. Que l’État agisse au moyen d’une loi, d’un règlement ou d’une politique, la justification à la base de l’immunité est que l’État doit être en mesure d’exercer ses fonctions sans craindre d’être tenu de verser des dommages-intérêts, tant qu’un certain seuil d’inconduite n’est pas atteint. L’élaboration de politiques est clairement une fonction clé de l’État.

[295] Nous prenons également note de la préoccupation du juge en chef selon laquelle il est difficile de définir ce qu’est une politique, alors qu’il est bien plus facile d’identifier une loi : par. 173. À notre avis, il n’est pas nécessaire de définir de manière exhaustive ce qu’est une « politique » : comme nous l’avons rappelé, l’immunité ne porte pas tant sur le *moyen* utilisé par le gouvernement que sur l’*objectif* de l’immunité. Bien que nous arrivions ci-dessous à la conclusion qu’une exception à l’immunité visée par l’arrêt *Mackin* soit justifiée pour l’art. 23, nous signalons que les politiques en cause sont clairement d’une nature qui entraînerait normalement l’application de l’immunité (voir l’analyse de la violation relative au transport et du facteur rural de la subvention annuelle aux installations (« AFG ») plus loin, aux par. 330-339). Les deux politiques s’appliquent dans l’ensemble de la province et offrent des suppléments de financement à certains conseils; il s’agit du genre d’instrument utilisé par la province pour s’acquitter de ses obligations découlant, entre autres, de l’art. 106.3 de la loi intitulée *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412. Elles soulèvent donc des préoccupations en matière de bonne gouvernance, car elles sont incontestablement un moyen de financer l’instruction dans l’ensemble de la province et de respecter les obligations prévues par la loi.

[296] Enfin, le juge en chef estime que le fait de reconnaître que l’immunité s’applique aux politiques irait à l’encontre de la déclaration suivante, faite par le juge en chef McLachlin dans l’arrêt *Ward* :

Another consideration that may negate the appropriateness of s. 24(1) damages is concern for effective governance. Good governance concerns may take different forms. At one extreme, it may be argued that any award of s. 24(1) damages will always have a chilling effect on government conduct, and hence will impact negatively on good governance. The logical conclusion of this argument is that s. 24(1) damages would never be appropriate. Clearly, this is not what the Constitution intends. Moreover, insofar as s. 24(1) damages deter *Charter* breaches, they promote good governance. Compliance with *Charter* standards is a foundational principle of good governance. [Emphasis added; para. 38.]

On our reading, McLachlin C.J. resolved that observation in the next paragraph of *Ward*, when she described *Mackin* immunity: see also Charles, at p. 88. This immunity is not, after all, absolute: it does not apply where there is a “minimum threshold of gravity”, that is, behaviour that is “clearly wrong, in bad faith or an abuse of power”. In other words, para. 38 of *Ward* (cited by our colleague at para. 174) rejects the extreme that an award of damages will *always* have a chilling effect on governance, while para. 39 explains that awarding damages in situations where a minimum threshold of gravity is present will *not* have a chilling effect. Recognizing that *Mackin* immunity applies to policies will not displace the carve-out for situations involving a minimum threshold of gravity; therefore, it is consistent with the idea that damages will not *always* have a chilling effect.

(4) An Exception Is Warranted for Section 23

[297] We have concluded that *Mackin* immunity is applicable to policies. However, the rationale underlying the immunity, including its application to policies, does not sit well in the context of s. 23. In

L’autre considération en raison de laquelle l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) peut ne pas être une réparation convenable est le souci de l’efficacité gouvernementale. Les préoccupations relatives au bon gouvernement peuvent revêtir diverses formes. À l’extrême, on pourrait prétendre que l’octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) aura toujours un effet paralysant sur la conduite de l’État, ce qui nuira au bon gouvernement. Logiquement, cet argument mène à la conclusion que les dommages-intérêts fondés sur le par. 24(1) ne seront jamais convenables. De toute évidence, ce n’est pas là l’intention exprimée dans la Constitution. En outre, lorsque les dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) découragent les violations de la *Charte*, ils contribuent au bon gouvernement. Le respect des normes établies dans la *Charte* constitue un principe fondamental de bon gouvernement. [Nous soulignons; par. 38.]

Selon notre interprétation, la juge en chef McLachlin a précisé cette observation au paragraphe suivant de l’arrêt *Ward*, où elle a décrit l’immunité visée à l’arrêt *Mackin* : voir aussi Charles, p. 88. Après tout, cette immunité n’est pas absolue : elle ne s’applique pas en présence d’un « seuil minimal de gravité », c’est-à-dire lorsqu’il y a un « comportement clairement fautif, de [la] mauvaise foi ou [un] abus de pouvoir ». Autrement dit, le par. 38 de l’arrêt *Ward* (cité par notre collègue au par. 174) rejette l’opinion extrême selon laquelle l’attribution de dommages-intérêts aura *toujours* un effet paralysant sur la gouvernance, alors que le par. 39 explique que l’attribution de dommages-intérêts dans les cas d’une conduite atteignant un seuil minimal de gravité *n’aura pas* d’effet paralysant. Le fait de reconnaître que l’immunité visée à l’arrêt *Mackin* s’applique aux politiques n’écarte pas l’exception prévue à l’égard des situations impliquant une conduite présentant un seuil minimal de gravité; par conséquent, cette constatation est compatible avec l’idée voulant que les dommages-intérêts n’auront pas *toujours* un effet paralysant.

(4) Exception justifiée dans le cas de l’art. 23

[297] Nous avons conclu que l’immunité visée à l’arrêt *Mackin* s’applique aux politiques. Cependant, la raison d’être de cette immunité, y compris l’application de celle-ci aux politiques, ne cadre pas

our view, an exception is warranted such that the immunity does not apply in the context of s. 23.

[298] Thus far, the *Mackin* principle, and “good governance concerns” in general, has not been considered in the context of a positive right. Normally, governments make regulations and develop major policies to carry out their everyday responsibilities; in doing so, they presumably endeavour not to breach *Charter* rights. The rationale for *Mackin* immunity as applied to these normal activities is that governments should be able to carry out their functions with the assurance that they will not be held liable for damages unless a threshold of misconduct has been met.

[299] In contrast, s. 23 is a right that *requires* action: unlike most *Charter* rights, which direct that the state *shall not* act in a particular way, s. 23 by its terms requires that the state *shall* act. Legislation must be enacted, policies must be established, and public funds must be spent to *give effect* to the right. This is because s. 23 is a particular kind of *Charter* right: it imposes “positive obligations on government to alter or develop institutional structures”: *Mahe*, at p. 365. Section 23 is also a remedial provision “designed to remedy an existing problem in Canada, and hence to alter the status quo”: p. 363. Courts must not be afraid to “breathe life” into the provision or “avoid implementing the possible novel remedies needed to achieve that purpose”: p. 365; see also *Doucet-Boudreau*, at para. 87. Further, as s. 23 requires the expenditure of public funds, it is especially vulnerable to inaction:

One distinctive feature of s. 23 is that it is particularly vulnerable to government inaction or delay. Delay in

très bien dans le contexte de l’art. 23. À notre avis, il est justifié de reconnaître une exception portant que l’immunité ne s’applique pas dans le contexte de l’art. 23.

[298] Jusqu’à maintenant, le principe établi dans l’arrêt *Mackin* et les « préoccupations relatives au bon gouvernement » en général n’ont pas été examinés dans le contexte d’un droit positif. Normalement, les gouvernements prennent des règlements et élaborent d’importantes politiques pour exercer leurs responsabilités courantes; ce faisant, ils s’efforcent vraisemblablement de ne pas porter atteinte aux droits garantis par la *Charte*. La raison pour laquelle l’immunité visée dans l’arrêt *Mackin* s’applique à ces activités courantes est que les gouvernements devraient être en mesure d’accomplir leurs fonctions avec l’assurance qu’ils ne seront pas tenus responsables, en l’absence d’inconduite atteignant un certain seuil de gravité.

[299] À l’opposé, l’art. 23 établit un droit qui *requiert* d’agir : contrairement aux autres droits garantis par la *Charte*, qui obligent l’État de *s’abstenir* d’agir d’une certaine manière, l’art. 23 requiert, de par son libellé, que l’État *agisse*. Des lois doivent être édictées, des politiques doivent être établies et des fonds publics doivent être dépensés pour *donner effet* au droit concerné. Il en est ainsi parce que le droit reconnu à l’art. 23 est un type particulier de droit garanti par la *Charte* : il impose « au gouvernement des obligations positives de changer ou de créer d’importantes structures institutionnelles » : *Mahe*, p. 365. L’article 23 est également une disposition réparatrice « [c]onçu[e] pour régler un problème qui se posait au Canada, [elle] visait donc à changer le statu quo » : p. 363. Les tribunaux ne doivent pas avoir peur d’« insuffler la vie » à cette disposition ni de « se garder d’accorder les réparations, nouvelles peut-être, nécessaires à la réalisation de cet objet » : p. 365; voir aussi *Doucet-Boudreau*, par. 87. En outre, comme l’art. 23 exige la dépense de fonds publics, il est particulièrement vulnérable à l’inaction :

L’un des traits distinctifs de l’art. 23 est qu’il est particulièrement vulnérable à l’inaction ou aux attermoissements

implementing this entitlement or in addressing s. 23 violations can result in assimilation and can undermine access to the right itself. As this Court has noted before, for every school year that governments do not meet their obligations under s. 23, there is an increased likelihood of assimilation and cultural erosion (*Doucet-Boudreau*, at para. 29). Left neglected, the right to minority language education could be lost altogether in a given community. Thus, there is a critical need both for vigilant implementation of s. 23 rights, and for timely compliance in remedying violations. [Emphasis added.]

(*Rose-des-vents*, at para. 28)

[300] By the time a court reaches the question of remedy, a breach of s. 23 will already have been found. This means that the government has failed to fund minority language education adequately or has unduly delayed in doing so. Such a conclusion may not be reconciled in the context of a right that *requires* the expenditure of funds and risks allowing the right to become meaningless or hollow if government action takes too long. As a result, an additional barrier of immunity for damages is ill-suited to the substance of established s. 23 claims. Indeed, the rationale underlying *Mackin* immunity — the ability to carry out government functions without the threat of damages — does not support its application here, since a government that has breached s. 23 *has not* carried out its functions as mandated by that provision.

[301] We hasten to add that a thorough analysis of all the *Ward* factors is crucial before awarding damages. This remedy will not be presumed: as discussed, a court must ensure that an award of damages will satisfy the purposes of compensation, deterrence, and/or vindication. Considering the flexibility that governments require to carry out their s. 23 obligations, an award of damages will not necessarily fulfil one of these purposes in every case. The court should also pay special attention to whether an adequate alternative remedy would be sufficient to

des gouvernements. Le fait de tarder à mettre en œuvre le droit accordé par cet article ou de remédier aux violations de celui-ci peut entraîner l'assimilation et gêner l'exercice du droit lui-même. Comme la Cour l'a déjà indiqué, le risque d'assimilation et d'érosion culturelle augmente avec les années scolaires qui s'écoulent sans que les gouvernements respectent les obligations que leur impose l'art. 23 (*Doucet-Boudreau*, par. 29). Laissé à lui-même, le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité risque de disparaître entièrement dans une collectivité donnée. Par conséquent, il est essentiel de veiller à mettre en œuvre avec vigilance les droits reconnus par l'art. 23 et de remédier à temps aux violations. [Nous soulignons.]

(*Rose-des-vents*, par. 28)

[300] Lorsque le tribunal aborde la question de la réparation à accorder, la violation de l'art. 23 a déjà été établie. Cela veut dire que le gouvernement n'a pas financé l'instruction dans la langue de la minorité adéquatement ou qu'il a indûment tardé à le faire. Une telle conclusion peut ne pas aller de pair avec un droit qui *requiert* la dépense de fonds et risque de faire en sorte que le droit devienne creux ou vide de sens si le gouvernement prend trop de temps à agir. En conséquence, l'obstacle additionnel découlant de l'immunité contre les condamnations au paiement de dommages-intérêts cadre mal avec la nature des demandes basées sur l'art. 23 dont le bien-fondé a été établi. De fait, la raison d'être de l'immunité visée à l'arrêt *Mackin* — la capacité d'exécuter les fonctions du gouvernement sans craindre d'être tenu de verser des dommages-intérêts — n'appuie pas l'application de cette immunité en l'espèce, car un gouvernement qui a violé l'art. 23 *ne s'est pas* acquitté des fonctions qui lui incombent en vertu de cette disposition.

[301] Nous nous empressons d'ajouter qu'une analyse rigoureuse de tous les facteurs énoncés dans l'arrêt *Ward* est essentielle avant d'accorder des dommages-intérêts. L'octroi de cette réparation ne saurait se présumer : tel que discuté, le tribunal doit s'assurer que l'octroi de dommages-intérêts permet de satisfaire aux objectifs que sont l'indemnisation, la défense du droit ou la dissuasion. Compte tenu de la souplesse dont les gouvernements ont besoin pour s'acquitter de leurs obligations découlant de l'art. 23, l'octroi de dommages-intérêts ne satisfera

address the breach. It bears repeating that declarations under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, are the “first and most important remedy” for *Charter* breaches (*Ward*, at para. 1) and that this Court’s s. 23 case law confirms that a declaration will usually be sufficient in this context (*Mahe*, at pp. 392-93; *Rose-des-vents*, at para. 82). The court must also properly quantify damages, keeping in mind that an award of damages must be fair to both the claimant and the state: *Ward*, at para. 20. Damages will be appropriate only when all the *Ward* factors are satisfied.

E. *Application to This Case*

[302] Having set out the proper approach to the analysis under s. 23, the proper analysis under s. 1, and the *Charter* damages framework, we now turn to their application to the facts of this appeal. In some instances, we come to a similar conclusion as the Chief Justice, but for different reasons. Meanwhile, some of our colleague’s conclusions illustrate the problems that we have identified with his approach.

(1) Section 23 Analysis

(a) *The “Numbers Warrant” Analysis*

[303] In the case before us, the trial judge erred in our respectful view in assessing the relevant number in several catchment areas. In these areas, she lowered the relevant number based upon her findings that “when the CSF starts a new school to divide a catchment area, the programme tends to grow gradually, adding grades and growing cohorts over time” and that “the number of children will warrant different facilities and amenities as the [project] grows”:

pas nécessairement à l’une ou l’autre de ces fonctions dans tous les cas. Le tribunal doit aussi porter une attention particulière à la question de savoir si une autre réparation adéquate permettrait de remédier à la violation. Il vaut de répéter que les jugements déclaratoires rendus en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* sont « [l]e premier et le plus important des recours » à l’égard des violations de la *Charte* (*Ward*, par. 1) et que la jurisprudence de notre Cour concernant l’art. 23 confirme qu’un jugement déclaratoire est habituellement suffisant dans ce contexte (*Mahe*, p. 392-393; *Rose-des-vents*, par. 82). Le tribunal doit également quantifier adéquatement les dommages-intérêts, tout en gardant à l’esprit que l’octroi d’une telle réparation doit être juste tant pour le demandeur que pour l’État : *Ward*, par. 20. Les dommages-intérêts constitueront une réparation convenable seulement dans les cas où tous les facteurs énoncés dans l’arrêt *Ward* sont réunis.

E. *Application à l’espèce*

[302] Après avoir exposé la marche à suivre pour procéder à l’analyse requise par l’art. 23, l’analyse appropriée pour l’application de l’article premier et le cadre d’analyse applicable pour l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, nous passons maintenant à leur application aux faits de l’espèce. Dans certains cas, nous arrivons à une conclusion similaire à celle du juge en chef, mais pour des raisons différentes. Entre-temps, quelques-unes des conclusions de notre collègue illustrent les problèmes que pose, selon nous, son approche.

(1) Analyse fondée sur l’art. 23

a) *L’analyse de la « justification par le nombre »*

[303] Dans l’affaire qui nous occupe, la juge de première instance a, à notre humble avis, commis une erreur en évaluant le nombre pertinent d’élèves dans plusieurs secteurs de fréquentation. Dans ces secteurs, la juge a réduit le nombre pertinent sur la base de ses conclusions portant que [TRADUCTION] « dans les cas où le CSF établit une nouvelle école pour diviser un secteur de fréquentation, le programme tend à prendre graduellement de l’ampleur, ajoutant des

para. 3795. Hence, she relied too heavily on current demand, giving paramount weight to the number of persons who could *currently* take advantage, rather than the number of persons who would *eventually* take advantage, of the contemplated program or facility.

[304] This error is apparent from a survey of her factual findings. For instance, in the Northeast Vancouver Catchment Area, the trial judge found the known demand to be 194 elementary-age students (at para. 3779) and the potential demand to be 320 (at para. 3773), before determining that the number relevant to the “numbers warrant” analysis should fall approximately between 25 and 45 students (at paras. 3797 and 3806), even though she acknowledged that about 270 students would eventually take advantage of the proposed facility. This lower range reflects her focus on *short-term* estimates and was accordingly well below the two parameters that ought to have delineated her analysis: the known demand and potential demand. In all, this error affected her analysis in seven catchment areas: the Proposed Abbotsford Elementary Catchment Area,³ the Proposed Fraser Valley Secondary Catchment Area,⁴ the Proposed Burnaby Catchment

années et des cohortes de plus en plus nombreuses au fil du temps » et que « le nombre d’enfants justifiera différentes installations et différents équipements à mesure que le [projet] prend de l’ampleur » : par. 3795. Elle a en conséquence accordé une trop grande importance à la demande actuelle ainsi qu’un poids prédominant au nombre de personnes qui pourraient *actuellement* se prévaloir de l’installation ou du programme envisagés, plutôt qu’au nombre de personnes qui s’en prévaudraient *en définitive*.

[304] Cette erreur ressort d’un survol de ses conclusions de fait. Par exemple, dans le secteur de fréquentation de Vancouver Nord-Est, la juge de première instance a établi la demande connue à 194 élèves d’âge primaire (par. 3779) et la demande potentielle à 320 (par. 3773), avant d’établir que le nombre pertinent d’élèves pour l’analyse de « la justification par le nombre » devrait se situer approximativement entre 25 et 45 (par. 3797 et 3806), même si elle a reconnu qu’environ 270 élèves se prévaudraient en définitive de l’établissement proposé. Cette faible fourchette témoigne de l’importance qu’accorde la juge aux estimations à *court terme*, et se situe par conséquent bien en deçà des deux paramètres qui auraient dû délimiter son analyse : la demande connue et la demande potentielle. Globalement, cette erreur a influé sur son analyse dans sept secteurs de fréquentation : le secteur de fréquentation proposé d’Abbotsford (élémentaire)³, le secteur de fréquentation proposé de la Vallée du Fraser⁴, le secteur de

³ For the Proposed Abbotsford Elementary Catchment Area, the trial judge established the known demand to be 25 elementary-age students (at para. 5031) and the potential demand to be 288 (at para. 5024), but held that the relevant number was between 10 and 30 students (paras. 5041 and 5063). She acknowledged that, in the future, the number of children who would likely take advantage of the program or facilities could be estimated to be 85 elementary-age children (para. 5041).

⁴ For the Proposed Fraser Valley Secondary Catchment Area, the trial judge established the known demand to be 34 secondary-age students (at para. 5031) and the potential demand to be 495 students (at para. 5024), but held that the relevant number was between 20 and 40 students (paras. 5050 and 5066). She acknowledged that, in the future, the number of children who would likely take advantage of the program or facilities could be estimated to be 120 secondary-age children (para. 5051).

³ En ce qui concerne le secteur proposé d’Abbotsford (élémentaire), la juge de première instance a établi la demande connue à 25 élèves d’âge primaire (par. 5031) et la demande potentielle à 288 (par. 5024), mais elle a conclu que le nombre pertinent d’élèves se situait entre 10 et 30 (par. 5041 et 5063). Elle a reconnu que, dans le futur, le nombre d’enfants d’âge primaire qui se prévaudront vraisemblablement du programme ou des installations pourrait être estimé à 85 (par. 5041).

⁴ Pour ce qui est du secteur de fréquentation proposé de la Vallée du Fraser (secondaire), la juge de première instance a établi la demande connue à 34 élèves d’âge secondaire (par. 5031) et la demande potentielle à 495 élèves (par. 5024), mais elle a conclu que le nombre pertinent d’élèves se situait entre 20 et 40 (par. 5050 et 5066). Elle a reconnu que, dans le futur, le nombre d’enfants d’âge secondaire qui se prévaudront vraisemblablement du programme ou des installations pourrait être estimé à 120 (par. 5051).

Area,⁵ the Northeast Vancouver Catchment Area,⁶ the East Victoria Catchment Area,⁷ the North Victoria Catchment Area,⁸ and the West Victoria Catchment Area.⁹ This error also caused her to misplace these communities on the sliding scale of entitlements, as we discuss below.

[305] While she used the wrong number for s. 23 purposes in these areas, the trial judge also estimated the number of students who would eventually take advantage of the program in each case. This is the number that should have been applied to determine these communities' proper placement on the sliding scale.

[306] For the Proposed Burnaby Catchment Area, the Northeast Vancouver Elementary Catchment

fréquentation proposé de Burnaby⁵, le secteur de fréquentation de Vancouver Nord-Est⁶, le secteur de fréquentation de Victoria Est⁷, le secteur de fréquentation de Victoria Nord⁸ et le secteur de fréquentation de Victoria Ouest⁹. Cette erreur l'a également amenée à mal situer ces communautés sur l'échelle variable des droits, comme nous le verrons plus loin.

[305] Bien que la juge de première instance ait employé le mauvais chiffre pour les besoins de l'art. 23 dans ces secteurs, elle a aussi estimé le nombre d'élèves qui se prévaudraient en définitive du programme dans chaque cas. C'est ce nombre qui aurait dû être utilisé pour bien situer ces communautés sur l'échelle variable.

[306] En ce qui concerne le secteur de fréquentation proposé de Burnaby, le secteur de fréquentation

⁵ For the Proposed Burnaby Catchment Area, the trial judge established the known demand to be 91 elementary-age students (at para. 5189) and the potential demand to be 500 students (at para. 5179), but held that the relevant number was between 15 and 40 students (paras. 5197 and 5220). She acknowledged that, in the future, the number of children who would likely take advantage of the program or facilities could be estimated to be 175 elementary-age children (para. 5221).

⁶ For the Northeast Vancouver Catchment Area, the trial judge established the known demand to be 194 elementary-age students (at para. 3779) and the potential demand to be 320 students (at para. 3773), but held that the relevant number was approximately between 25 and 45 students (paras. 3797 and 3806). She acknowledged that, in the future, the number of children who would likely take advantage of the program or facilities could be estimated to be 270 elementary-age children (para. 3797).

⁷ For the East Victoria Catchment Area, the trial judge established the known demand to be 147 elementary-age students (at para. 4038) and the potential demand to be 424 students (at para. 4032), but held that the relevant number was between 30 and 50 students (paras. 4054 and 4068). She acknowledged that, in the future, the number of children who would likely take advantage of the program or facilities could be estimated to 275 elementary-age children (para. 4068).

⁸ For the North Victoria Catchment Area, the trial judge established the known demand to be 17 elementary-age students (at para. 4038) and the potential demand to be 149 students (at para. 4032), but held that the relevant number was between 10 and 15 students (paras. 4054 and 4070). She acknowledged that, in the future, the number of children who would likely take advantage of the program or facilities could be estimated to be 98 elementary-age children (para. 4070).

⁹ For the West Victoria Catchment Area, the trial judge established the known demand to be 135 elementary-age students (at para. 4038) and the potential demand to be 460 students (at para. 4032), but held that the relevant number was between 30 and 50 students (paras. 4054 and 4068). She acknowledged that, in the future, the number of children who would likely take advantage of the program or facilities could be estimated to be 299 elementary-age children (para. 4068).

⁵ En ce qui concerne le secteur de fréquentation proposé de Burnaby, la juge de première instance a établi la demande connue à 91 élèves d'âge primaire (par. 5189) et la demande potentielle à 500 élèves (par. 5179), mais elle a conclu que le nombre pertinent d'élèves se situait entre 15 et 40 (par. 5197 et 5220). Elle a reconnu que, dans le futur, le nombre d'enfants d'âge primaire qui se prévaudront vraisemblablement du programme ou des installations pourrait être estimé à 175 (par. 5221).

⁶ En ce qui concerne le secteur de fréquentation de Vancouver Nord-Est, la juge de première instance a établi la demande connue à 194 élèves d'âge primaire (par. 3779) et la demande potentielle à 320 élèves (par. 3773), mais elle a conclu que le nombre pertinent d'élèves se situait entre 25 et 45 (par. 3797 et 3806). Elle a reconnu que, dans le futur, le nombre d'enfants d'âge primaire qui se prévaudront vraisemblablement du programme ou des installations pourrait être estimé à 270 (par. 3797).

⁷ En ce qui a trait au secteur de fréquentation de Victoria Est, la juge de première instance a établi la demande connue à 147 élèves d'âge primaire (par. 4038) et la demande potentielle à 424 élèves (par. 4032), mais elle a conclu que le chiffre pertinent d'élèves se situait entre 30 et 50 (par. 4054 et 4068). Elle a reconnu que, dans le futur, le nombre d'enfants d'âge primaire qui se prévaudront vraisemblablement du programme ou des installations pourrait être estimé à 275 (par. 4068).

⁸ En ce qui concerne le secteur de fréquentation de Victoria Nord, la juge de première instance a établi la demande connue à 17 élèves d'âge primaire (par. 4038) et la demande potentielle à 149 élèves (par. 4032), mais elle a conclu que le chiffre pertinent d'élèves se situait entre 10 et 15 (par. 4054 et 4070). Elle a reconnu que, dans le futur, le nombre d'enfants d'âge primaire qui se prévaudront vraisemblablement du programme ou des installations pourrait être estimé à 98 (par. 4070).

⁹ En ce qui concerne le secteur de fréquentation de Victoria Ouest, la juge de première instance a établi la demande connue à 135 élèves d'âge primaire (par. 4038) et la demande connue à 460 élèves (par. 4032), mais elle a conclu que le nombre pertinent d'élèves se situait entre 30 et 50 (par. 4054 et 4068). Elle a reconnu que, dans le futur, le nombre d'enfants d'âge primaire qui se prévaudront vraisemblablement du programme ou des installations pourrait être estimé à 299 (par. 4068).

Area, the East Victoria Catchment Area, and the West Victoria Catchment Area, the trial judge acknowledged that, using the number of children who would *eventually* take advantage of the contemplated facilities and program, these communities would all fall at the high end of the sliding scale and would be entitled to distinct, homogeneous facilities that offer a global educational experience equivalent to what is offered at small majority schools in the community where the rights holders live: paras. 3805, 4068 and 5221. This is indeed the level of service to which these communities are entitled under s. 23 of the *Charter*.

[307] For the Proposed Abbotsford Elementary Catchment Area and the Proposed Fraser Valley Secondary Catchment Area, the CSF proposed to build a homogeneous elementary/secondary school in Abbotsford that would serve children from both these catchment areas. The trial judge acknowledged that, even if she had used the number of children who would eventually take advantage of the contemplated facilities and programs, she would still have concluded that their numbers were insufficient to warrant distinct homogeneous schools for each of these groups, placing them at the middle to high end of the sliding scale: paras. 5064, 5066 and 5067. She noted that the CSF was owed deference in its determination of what was pedagogically appropriate and that other smaller elementary/secondary schools existed across the province; with these considerations in mind, she concluded that the numbers of elementary-age children in Abbotsford and of secondary-age children in the Proposed Fraser Valley Secondary Catchment Area who would eventually take advantage of the proposed facilities could *together* warrant a homogeneous school with core facilities that are proportionate to those at majority schools in light of the proposed school's size: paras. 5064 and 5066.

[308] In this particular case, we see no reason to dispute the trial judge's finding that deference was warranted towards the CSF's view that it is most pedagogically appropriate for these children to share

de Vancouver Nord-Est (élémentaire), le secteur de fréquentation de Victoria Est et le secteur de fréquentation de Victoria Ouest, la juge de première instance a reconnu qu'en s'appuyant sur le nombre d'enfants qui se prévaudraient *en définitive* des établissements et du programme envisagés, ces communautés se situeraient toutes à la limite supérieure de l'échelle variable et auraient droit à des établissements homogènes distincts qui offrent une expérience éducative globale équivalente à celle offerte dans les petites écoles de la majorité dans la collectivité où habitent les ayants droit : par. 3805, 4068 et 5221. Il s'agit effectivement du niveau de services auquel ces communautés ont droit en vertu de l'art. 23 de la *Charte*.

[307] En ce qui concerne le secteur de fréquentation proposé d'Abbotsford (élémentaire) et le secteur de fréquentation proposé de la vallée du Fraser (secondaire), le CSF proposait de construire à Abbotsford une école élémentaire/secondaire homogène qui desservirait les enfants provenant de ces deux secteurs de fréquentation. La juge de première instance a reconnu que, même si elle s'était appuyée sur le nombre d'enfants qui se prévaudraient en définitive des installations et du programme envisagés, elle aurait néanmoins conclu que le nombre de ces divers groupes était insuffisant pour justifier des écoles homogènes distinctes pour chacun de ceux-ci, et les situait à un échelon entre le milieu et la limite supérieure de l'échelle variable : par. 5064, 5066 et 5067. Elle a souligné qu'il fallait faire preuve de déférence envers la décision du CSF quant à ce qui est pédagogiquement approprié et qu'il existait d'autres écoles élémentaires/secondaires plus petites à travers la province; à la lumière de ces considérations, elle a conclu que les nombres d'enfants d'âge primaire à Abbotsford et d'enfants d'âge secondaire dans le secteur de fréquentation proposé de la Vallée du Fraser qui se prévaudraient en définitive des installations proposées pouvaient *ensemble* justifier une école homogène disposant d'installations de base proportionnelles à celles des écoles de la majorité, eu égard à la taille de l'école proposée : par. 5064 et 5066.

[308] Dans ce cas particulier, nous ne voyons aucune raison de remettre en question la conclusion de la juge de première instance selon laquelle il fallait faire preuve de déférence envers l'avis du CSF

a school with other rights holders rather than with majority language children. This falls squarely in line with the proposition in *Mahe* that the “minority language group [should] have control over those aspects of education which pertain to or have an effect upon their language and culture”: p. 375. It follows that rights holder parents of elementary-age children in Abbotsford and secondary-age children in the Proposed Fraser Valley Secondary Catchment Area are entitled to a homogeneous elementary/secondary school in Abbotsford that offers a global educational experience equivalent to what is offered at small majority schools in the community where they live. To be sure, these two groups each fall, on their own, in the middle to high end of the sliding scale and are therefore *not* entitled to two homogeneous schools; however, given the trial judge’s finding with regards to the deference owed to the CSF, they can, together, be entitled to a distinct, homogeneous elementary/secondary school.

[309] As for the North Victoria Catchment Area, the trial judge acknowledged that, using the number of children who would eventually take advantage of the contemplated facilities and program, this community would fall in the middle of the sliding scale and be entitled to instruction in a series of classrooms with access to facilities proportionate to those afforded to the majority: para. 4263. To make that determination, she relied mostly on the size of local majority schools, which were built for much greater numbers: para. 4070. As we have explained, however, there is no principled reason to constrain comparator schools locally when assessing whether a level of service is pedagogically appropriate for the number of children. Rather, the existence of other schools elsewhere in the province with similar numbers can be a relevant factor when determining where a group falls on the sliding scale.

affirmant qu’il est pédagogiquement approprié que ces enfants partagent une école avec d’autres enfants d’ayants droit, plutôt qu’avec des enfants de la majorité linguistique. Cette conclusion cadre parfaitement avec l’énoncé, dans l’arrêt *Mahe*, selon lequel « le groupe linguistique minoritaire [doit avoir] un contrôle sur les aspects de l’éducation qui concernent ou qui touchent sa langue et sa culture » : p. 375. Il s’ensuit que les ayants droit qui ont des enfants d’âge primaire à Abbotsford et d’enfants d’âge secondaire dans le secteur de fréquentation proposé de la Vallée du Fraser ont droit à Abbotsford à une école homogène élémentaire/secondaire offrant une expérience éducative globale équivalente à celle offerte dans les petites écoles de la majorité dans la collectivité où ils habitent. Il ne fait pas de doute que ces deux groupes, considérés individuellement, se situent chacun à un échelon entre le milieu et la limite supérieure de l’échelle variable, et qu’ils *n’ont pas* droit chacun à une école homogène; toutefois, vu la conclusion de la juge de première instance selon laquelle il faut faire preuve de déférence envers le CSF, ils peuvent, ensemble, avoir droit à une école élémentaire/secondaire homogène distincte.

[309] Pour ce qui est du secteur de fréquentation de Victoria Nord, la juge de première instance a reconnu qu’en s’appuyant sur le nombre d’enfants qui se prévaudraient en définitive des établissements et du programme envisagés, ces communautés se situeraient au milieu de l’échelle variable et auraient droit à l’instruction dans une série de salles de classe disposant d’un accès à des installations proportionnelles à celles offertes à la majorité : par. 4263. Pour tirer cette conclusion, elle s’appuie surtout sur la taille des écoles locales de la majorité, lesquelles ont été construites pour accueillir un nombre beaucoup plus grand d’élèves : par. 4070. Toutefois, comme nous l’avons expliqué, il n’existe aucune raison de principe de limiter la comparaison aux écoles locales dans l’examen de la question de savoir si un niveau de services est pédagogiquement approprié, pour le nombre d’enfants concernés. L’existence d’autres écoles ailleurs dans la province comptant un nombre semblable d’élèves peut être un facteur pertinent pour déterminer où se situe un groupe sur l’échelle variable.

[310] In our view, had the trial judge properly considered comparable majority schools elsewhere in the province when assessing the North Victoria claim, she would have found that this community falls on the higher end of the sliding scale, warranting a homogeneous facility that provides students with a global educational experience that is substantively equivalent to the situation at local majority schools. A number of factors lead us to this conclusion. Among those factors is the existence of a majority school that was built for and operates at a similar capacity in a similar urban setting, Connaught Heights Elementary School,¹⁰ which the trial judge considered as part of her analysis of the Burnaby claim: paras. 5168 and 5218-19. We also note that the trial judge considered homogeneous facilities to be pedagogically appropriate for similar numbers of students in communities such as Nelson and Sechelt: paras. 2697, 2901 and 2902-03. In our view, it is pedagogically appropriate for elementary-age children in the Proposed North Victoria Catchment Area to receive a minority language education in distinct, homogeneous facilities that offer an experience that is substantively equivalent to local majority schools.

[311] A second error invoked by the appellants relates to the placement on the sliding scale of the communities in the Whistler Catchment Area (Elementary), the Pemberton Catchment Area, and the École Élémentaire La Vérendrye Catchment Area (“Chilliwack (Elementary)”). They argue that the trial judge did not properly consider the evidence to the effect that a number of small majority language schools exist elsewhere in the province: A.F., at para. 41. For these three communities, the trial judge found that the number of rights holders’ children

¹⁰ According to the Joint Fact Finder Report, which the trial judge qualified as a “highly reliable source of evidence” (at para. 2163), Connaught Heights Elementary School was constructed in 1963, has an operating capacity of 88, and has seen enrolment varying between 117 and 139 between 2008 and 2012: A.R., vol. XXIII, at pp. 286 and 293.

[310] À notre avis, si la juge de première instance avait pris en compte comme il se doit des écoles de la majorité comparables situées ailleurs dans la province dans son appréciation de la demande relative à Victoria Nord, elle aurait conclu que cette communauté se situe à la limite supérieure de l’échelle variable, ce qui justifie un établissement homogène offrant aux élèves une expérience éducative globale réellement équivalente à la situation des écoles locales de la majorité. Un certain nombre de facteurs nous amènent à tirer cette conclusion. Parmi ces facteurs, mentionnons l’existence d’une école de la majorité qui a été construite pour accueillir, et qui accueille, un nombre similaire d’élèves dans un milieu urbain similaire, l’école Connaught Heights Elementary¹⁰, dont la juge de première instance a tenu compte dans son analyse de la demande relative à Burnaby : par. 5168, 5218 et 5219. Soulignons également que la juge de première instance a estimé que des établissements homogènes étaient pédagogiquement appropriés pour un nombre similaire d’élèves dans des communautés comme Nelson et Sechelt : par. 2697, 2901, 2902 et 2903. À notre avis, il est pédagogiquement approprié que les enfants d’âge primaire du secteur de fréquentation proposé de Victoria Nord reçoivent l’instruction dans la langue de la minorité dans des établissements homogènes distincts offrant une expérience réellement équivalente à celle offerte dans les écoles locales de la majorité.

[311] Une deuxième erreur invoquée par les appelants a trait au positionnement sur l’échelle variable des communautés dans le secteur de fréquentation de Whistler (élémentaire), le secteur de fréquentation de Pemberton et le secteur de fréquentation de l’école élémentaire La Vérendrye (« Chilliwack (élémentaire) »). Les appelants soutiennent que la juge de première instance n’a pas adéquatement pris en compte la preuve selon laquelle un certain nombre de petites écoles de la majorité linguistique existent ailleurs dans la province : m.a., par. 41. Pour ce qui

¹⁰ D’après le rapport conjoint établissant les faits, que la juge de première instance a qualifié de [TRADUCTION] « source de preuve très fiable » (par. 2163), l’école Connaught Heights Elementary a été construite en 1963, elle peut accueillir 88 élèves, et le nombre d’inscriptions a varié entre 117 et 139 de 2008 à 2012 : d.a., vol. XXIII, p. 286 et 293.

— 85 in Whistler (Elementary), 60 in Chilliwack (Elementary), and 55 in Pemberton — did not warrant the construction of new homogeneous schools and held instead that they fell in the middle of the sliding scale, warranting instruction with access to core facilities: paras. 2208, 2344 and 4766. We agree. While the trial judge considered local majority schools as comparators at this stage of the analysis, she also considered smaller schools elsewhere in the province but found that they could not be used as proper comparators in Whistler (Elementary), Pemberton, and Chilliwack (Elementary). Indeed, she stated that “[t]he Province rarely builds schools to that capacity. Where it has, the school was built to serve an isolated and remote community; a new school was the only practical way of providing those children with an education”: paras. 2206 and 2342; see also para. 4764.

[312] As we explained, the existence of majority schools or programs with similar numbers elsewhere in the province can be a relevant factor to take into account, but it is not determinative in determining whether a contemplated program or facility is pedagogically appropriate for the number of students. The trial judge properly excluded majority schools with similar numbers as these schools existed in a different, incomparable contexts to the situation in these three catchment areas. She further found that, in the context of these communities, providing minority language education in homogeneous schools “would deprive [the children] of the pedagogical benefit of interacting with large populations, and would not be cost-effective in light of the size of comparator schools”: para. 2207; see also paras. 2343 and 4765. We see no reason to disturb her finding in that regard.

est de ces trois communautés, la juge de première instance a conclu que le nombre d’enfants d’ayants droit — 85 à Whistler (élémentaire), 60 à Chilliwack (élémentaire), et 55 à Pemberton — ne justifiait pas la construction de nouvelles écoles homogènes et a statué qu’il se situait plutôt au milieu de l’échelle variable, justifiant la prestation de l’instruction avec un accès à des installations de base : par. 2208, 2344 et 4766. Nous sommes du même avis. Bien que la juge de première instance ait pris en compte les écoles locales de la majorité comme éléments de comparaison à cette étape de l’analyse, elle a également considéré des écoles plus petites ailleurs dans la province, mais a conclu que celles-ci ne pouvaient pas servir d’éléments de comparaison adéquats à l’égard de Whistler (élémentaire), de Pemberton et de Chilliwack (élémentaire). De fait, elle a affirmé que [TRADUCTION] « [l]a Province construit rarement des écoles pouvant accueillir ce nombre d’élèves. Dans les cas où elle l’a fait, l’école a été construite pour desservir une communauté isolée et éloignée; une nouvelle école était la seule façon pratique d’assurer l’instruction à ces enfants » : par. 2206 et 2342; voir aussi par. 4764.

[312] Ainsi que nous l’avons expliqué, l’existence d’écoles ou de programmes de la majorité servant un nombre similaire d’élèves ailleurs dans la province peut constituer un facteur pertinent à prendre en compte, mais elle ne saurait être déterminante pour trancher la question de savoir si le programme ou l’établissement envisagé est pédagogiquement approprié eu égard au nombre d’élèves concernés. La juge de première instance a, à juste titre, exclu des écoles de la majorité comptant un nombre similaire d’élèves, puisque le contexte de ces écoles était différent et n’était pas comparable à la situation ayant cours dans ces trois secteurs de fréquentation. Elle a en outre conclu que, dans le contexte de ces communautés, la prestation de l’instruction dans la langue de la minorité dans des écoles homogènes [TRADUCTION] « priverait [les enfants] de l’avantage pédagogique d’interagir avec de grandes populations et ne serait pas économique eu égard à la taille de l’école de comparaison » : par. 2207; voir aussi par. 2343 et 4765. Nous ne voyons aucune raison de modifier sa conclusion à cet égard.

(b) *The “Substantive Equivalence” Analysis*

[313] We now turn to the second stage of the s. 23 analysis. As highlighted above, a purposive interpretation of s. 23 entails applying the substantive equivalence norm throughout the sliding scale. As such, the courts below erred in applying a “proportionality” standard. After a careful review, we are of the view that the trial judge’s use of proportionality had an impact on her conclusions regarding the following catchment areas: the Squamish Catchment Area (Elementary), the Sechelt Catchment Area, the Penticton Catchment Area, the Pemberton Catchment Area, the Whistler Catchment Area (Elementary), the current École de L’Anse-au-sable Catchment Area (“Kelowna (Secondary)”), the Nanaimo Catchment Area (Secondary), and Chilliwack (Elementary). However, for her analyses in the Nelson Catchment Area (Elementary) and the Nanaimo Catchment Area (Elementary), we are satisfied that the trial judge properly applied substantive equivalence.

[314] As noted, the trial judge erred in applying “proportionality” in the catchment areas for Squamish (Elementary), Sechelt, Penticton, and Pemberton. Remedying her mistake proves simple in these communities. After reviewing the trial judge’s analysis regarding these communities, we are satisfied that she rightly concluded that rights holders were entitled to homogeneous facilities in the cases of Squamish (Elementary), Sechelt and Penticton, and that rights holders were entitled to access to core facilities in the case of Pemberton. As such, her conclusions that s. 23 was breached in these communities holds true and we will simply modify her conclusions to specify that rights holders are entitled to a *substantively equivalent* experience, rather than a “proportionate” one.

b) *L’analyse de l’« équivalence réelle »*

[313] Nous passons maintenant à la deuxième étape de l’analyse fondée sur l’art. 23. Comme nous l’avons souligné plus tôt, l’interprétation téléologique de l’art. 23 requiert l’application de la norme de l’équivalence réelle tout au long de l’échelle variable. Par conséquent, les juridictions inférieures ont eu tort d’appliquer une norme de « proportionnalité ». Après avoir soigneusement examiné cet aspect, nous sommes d’avis que l’utilisation de cette norme par la juge de première instance a eu une incidence sur ses conclusions relatives aux secteurs de fréquentation suivants : le secteur de fréquentation de Squamish (élémentaire), le secteur de fréquentation de Sechelt, le secteur de fréquentation de Penticton, le secteur de fréquentation de Pemberton, le secteur de fréquentation de Whistler (élémentaire), le secteur de fréquentation actuel de l’école de l’Anse-au-sable (« Kelowna (secondaire) »), le secteur de fréquentation de Nanaimo (secondaire) et Chilliwack (élémentaire). Toutefois, en ce qui concerne ses analyses portant sur le secteur de fréquentation de Nelson (élémentaire) et le secteur de fréquentation de Nanaimo (élémentaire), nous sommes convaincus que la juge de première instance a appliqué, comme elle se devait de le faire, la norme de l’équivalence réelle.

[314] Comme nous l’avons indiqué précédemment, la juge de première instance a commis une erreur en appliquant la norme de la « proportionnalité » à l’égard des secteurs de fréquentation de Squamish (élémentaire), Sechelt, Penticton et Pemberton. Remédier à cette erreur s’avère simple dans le cas de ces communautés. Après avoir examiné l’analyse de la juge de première instance relativement à ces communautés, nous sommes convaincus qu’elle a eu raison de conclure que les ayants droit de Squamish (élémentaire), Sechelt et Penticton avaient droit à des établissements homogènes, et que les ayants droit de Pemberton étaient en droit d’avoir accès à des installations de base. Par conséquent, ses conclusions portant qu’il y a eu violation de l’art. 23 dans ces communautés demeurent valides et il nous suffit de les modifier pour préciser que les ayants droit ont droit à une expérience *réellement équivalente*, plutôt que « proportionnelle ».

[315] The matter is slightly more complex when it comes to the Whistler (Elementary), Kelowna (Secondary), Nanaimo (Secondary), and the Chilliwack (Elementary) catchment areas. In these cases, the trial judge concluded that there was no breach of s. 23. She made that determination based on the “proportionality” standard.

[316] With respect to Whistler (Elementary), the trial judge found that the experience at École Élémentaire La Passerelle was “proportionate” to that at local majority schools. As discussed above, she erred in applying proportionality as the appropriate norm. The trial judge identified two comparator schools: Spring Creek Elementary School and Myrtle Philip Elementary School. Her comparative analysis focused heavily on the former. Nevertheless, her reasoning shows that she engaged in comparison with both. In our view, the findings of fact made by the trial judge support a conclusion that the elementary students attending École Élémentaire La Passerelle are receiving a global educational experience that is substantively equivalent to that of the majority.¹¹

[317] As to Kelowna (Secondary), the trial judge concluded that a “reasonable rightsholder parent would find that the global educational experience

¹¹ The trial judge considered and weighed a variety of factors and found that the global education experience of students at École Élémentaire La Passerelle was of the same standard as that offered at the majority schools (para. 2242). She found that the school had smaller classrooms and that its access to library and gym facilities was substandard (paras. 2231 and 2240). However, save accessibility issues, the facilities were comparable to those of the majority (para. 2242). CSF students were found to benefit from superior student-to-teacher ratios, small class sizes, and superior technology programming (paras. 2231, 2232 and 2241). She found that the francophone experience was excellent and that although the school was located in a heterogeneous facility, the fact that its classrooms were near one another allowed a francophone identity to develop (paras. 2215 and 2238). In our view, these findings support a conclusion that the experience is substantively equivalent, despite the trial judge’s use of the “proportionality” standard.

[315] La question est légèrement plus complexe en ce qui concerne les secteurs de fréquentation de Whistler (élémentaire), Kelowna (secondaire), Nanaimo (secondaire) et Chilliwack (élémentaire). Dans ces cas, la juge de première instance a conclu qu’il n’y avait aucune violation de l’art. 23. Elle a tiré cette conclusion en se fondant sur la norme de la « proportionnalité ».

[316] Pour ce qui est de Whistler (élémentaire), la juge de première instance a conclu que l’expérience offerte à l’école élémentaire La Passerelle était « proportionnelle » à celle offerte dans les écoles avoisinantes de la majorité. Ainsi que nous l’avons expliqué plus tôt, elle a fait erreur en considérant que la proportionnalité était la norme appropriée et en l’appliquant. La juge de première instance a identifié deux écoles de comparaison : Spring Creek Elementary et Myrtle Philip Elementary. Bien qu’elle se soit considérablement attachée à la première de ces écoles dans son analyse comparative, son raisonnement démontre néanmoins qu’elle a tenu compte de ces deux écoles dans sa comparaison. À notre avis, les constatations de fait tirées par la juge de première instance permettent de conclure que les élèves du primaire qui fréquentent l’école élémentaire La Passerelle vivent une expérience éducative globale véritablement équivalente à celle des élèves de la majorité¹¹.

[317] En ce qui a trait à Kelowna (secondaire), la juge de première instance a conclu qu’un [TRADUCTION] « parent ayant droit raisonnable estimerait que

¹¹ La juge de première instance a examiné et soupesé une variété de facteurs et a conclu que l’expérience éducative globale des élèves de l’école élémentaire La Passerelle était équivalente à celle offerte dans les écoles de la majorité (par. 2242). Elle a conclu que l’école avait des salles de classe plus petites et que l’accès à une bibliothèque et à un gymnase y était inférieur à la norme (par. 2231 et 2240). Cependant, sauf pour les problèmes d’accessibilité, les installations étaient comparables à celles des écoles de la majorité (par. 2242). Il a été jugé que les élèves relevant du CSF bénéficiaient de meilleurs ratios élèves-enseignants, de classes plus petites et d’un programme technologique supérieur (par. 2231, 2232 et 2241). Elle a également conclu que l’expérience francophone était excellente et que, même si l’école se trouvait dans une installation hétérogène, le fait que ses classes soient près les unes des autres facilitait le développement d’une identité francophone (par. 2215 et 2238). À notre avis, ces constatations permettent de conclure que l’expérience est réellement équivalente, même si la juge de première instance a utilisé la norme de la « proportionnalité ».

afforded to secondary students is proportionate to the number of students that can be expected to enrol in a programme”: para. 4506. Again, the reliance upon proportionality as the standard to assess quality is erroneous. In any event, we are also of the view that in this case, the findings of fact made by the trial judge support the conclusion that the French-language students attending the secondary program in Kelowna are receiving a global education experience that is substantively equivalent to that of the majority. Accordingly, we do not find a breach.¹²

[318] Regarding Nanaimo (Secondary), the trial judge also erred by applying the “proportionality” standard. Although she did not conduct a comparative analysis regarding the global experience of the Nanaimo Francophone Secondary Programme students with that of local majority comparator schools, we have sufficient facts to conclude that Nanaimo secondary students are manifestly not receiving the level of services to which they are entitled. As noted by the trial judge, there is currently only one teacher for the secondary program despite the program having 50 students between five grades. We note that the trial judge found the relevant number to be 70, thus placing them at the middle of the scale. Nanaimo Francophone Secondary Programme students take

¹² With respect to the educational experience of the secondary students in Kelowna whose program was housed within École de L’Anse-au-sable, the trial judge considered and weighed a number of factors and determined that it was equivalent to that of majority schools. On the negative side, she found the sports field to be deficient (although access to a nearby facility ameliorated the situation) (para. 4395). Moreover, its classrooms and library were comparatively smaller than the majority’s (paras. 4396 and 4397). Nonetheless, these drawbacks were offset by the excellent francophone programming and sense of francophone identity (para. 4399). As well, the integration of technology in its curriculum and CSF’s ability to offer computers surpassed majority schools (para. 4401). The smaller CSF class sizes and superior student-to-staff ratios allowed for increased individualized attention (para. 4400). Other benefits included the offering of an array of options, a welcome camp, a sports league, and field trips (para. 4407). Therefore, although she applied “proportionality,” the trial judge’s findings also support a finding that the experience was substantively equivalent.

l’expérience éducative globale offerte aux élèves du secondaire est proportionnelle au nombre d’élèves dont on peut s’attendre à ce qu’ils s’inscrivent dans un programme » : par. 4506. Ici encore, il était erroné de s’appuyer sur la proportionnalité comme norme d’évaluation de la qualité. Toutefois, nous sommes une fois de plus d’avis que, dans ce cas, les constatations de fait tirées par la juge de première instance permettent de conclure que les élèves francophones inscrits au programme d’études secondaires à Kelowna vivent une expérience éducative globale réellement équivalente à celle des élèves de la majorité. Par conséquent, nous concluons à l’absence de violation¹².

[318] Quant à Nanaimo (secondaire), la juge de première instance s’est également trompée en appliquant la norme de la « proportionnalité ». Bien qu’elle n’ait pas effectué d’analyse comparative de l’expérience éducative globale des élèves inscrits au programme d’études secondaires francophone de Nanaimo et de celle des élèves fréquentant les écoles locales de comparaison de la majorité, nous disposons de suffisamment de faits pour conclure que les élèves du secondaire de Nanaimo ne reçoivent manifestement pas le niveau de services auquel ils ont droit. Comme l’a mentionné la juge de première instance, il y a actuellement un seul enseignant pour le programme d’études secondaire, même si ce programme compte 50 élèves inscrits, qui sont répartis

¹² En ce qui concerne l’expérience éducative des élèves du secondaire à Kelowna dont le programme est offert à l’école de l’Anse-au-sable, la juge de première instance a examiné et soupesé un certain nombre de facteurs et a conclu qu’elle était équivalente à celle des élèves de la majorité. Par contre, elle a conclu que les terrains de sports présentaient des lacunes (bien que l’accès à une installation située à proximité améliorerait la situation à cet égard) (par. 4395). De plus, les salles de classe et la bibliothèque étaient comparativement plus petites que celles de la majorité (par. 4396 et 4397). Néanmoins, ces lacunes étaient compensées par l’excellent programme francophone et le sentiment d’identité francophone (par. 4399). En outre, l’intégration de la technologie dans le programme et la capacité du CSF d’offrir des ordinateurs surpassaient les écoles de la majorité à ces égards (par. 4401). La petite taille des classes du CSF et les avantageux ratios élèves-enseignants permettaient d’accorder aux premiers une attention plus individualisée (par. 4400). Parmi les autres avantages, notons l’offre d’une variété d’options, un camp de bienvenue, une ligue de sport et des sorties éducatives (par. 4407). Par conséquent, bien que la juge de première instance ait appliqué la norme de la « proportionnalité », ses constatations permettent également de conclure que l’expérience éducative des élèves était réellement équivalente.

only two courses in French and may take math and science with French immersion students only if those courses are not full; in other words, priority is given to majority students to access those courses. Therefore, not only are the s. 23 rights holders not receiving most of their instruction in the language of the minority, but they are also put in a situation where their Francophone experience may be impeded by the preference given to majority students. Given that the number of secondary students in Nanaimo falls at the middle of the sliding scale and that they are entitled to receive a minority language education with access to core facilities that provides a substantively equivalent experience, we conclude that the current global experience, regardless of the other factors normally assessed, is subpar.

[319] Considering the matter of Chilliwack (Elementary), the trial judge again erred in applying the “proportionality” standard. While she correctly compared the same level of services at majority schools, she did not rule on whether the quality of services offered in Chilliwack was substantively equivalent. Despite noting that the facilities were far from ideal, she concluded that “rightsholders in Chilliwack are receiving more than what the numbers warrant”: para. 4842. This is so because rights holders in Chilliwack currently have access to a homogeneous school when their numbers warrant only “instruction with access to the core facilities required to provide minority language education”: para. 4766. Given that the number of students in Chilliwack falls in the middle to low end of the sliding scale, we are of the view that its rights holders under s. 23 of the *Charter* are entitled to have their elementary-age children receive a minority language education with access to core facilities that provide an experience that is substantively equivalent to local majority schools. The existence of a homogeneous school in Chilliwack cannot dictate our analysis as

sur les cinq niveaux. Nous soulignons que la juge de première instance a établi le nombre pertinent à 70 élèves, ce qui les place au milieu de l'échelle. Les élèves du programme d'études secondaires francophone de Nanaimo ne suivent que deux cours en français et peuvent suivre les cours de mathématiques et de sciences offerts aux élèves en immersion française, mais seulement si ces cours ne sont pas déjà pleins; autrement dit, la priorité est accordée aux élèves de la majorité pour ces cours. Par conséquent, non seulement les ayants droit au titre de l'art. 23 ne bénéficient pas de la majeure partie de leur instruction dans la langue de la minorité, mais ils sont placés dans une situation où la préférence accordée aux élèves de la majorité peut nuire à leur expérience francophone. Étant donné que le nombre d'élèves du secondaire à Nanaimo se situe au milieu de l'échelle variable et qu'ils ont le droit de recevoir une éducation dans la langue de la minorité et d'avoir accès aux installations de base offrant une expérience réellement équivalente, nous concluons que l'expérience globale actuelle, indépendamment des autres facteurs normalement évalués, est inférieure à la normale.

[319] En ce qui concerne la question de Chilliwack (élémentaire), la juge de première instance s'est encore une fois trompée en appliquant la norme de la « proportionnalité ». Bien qu'elle ait correctement comparé le niveau de services à celui offert dans les écoles de la majorité, elle ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si la qualité des services offerts à Chilliwack était réellement équivalente. Même si elle a souligné que les installations étaient loin d'être idéales, elle a conclu que [TRADUCTION] « les ayants droit de Chilliwack reçoivent davantage que ce que leur nombre justifie de leur accorder » : par. 4842. Il en est ainsi parce que les ayants droit de Chilliwack ont actuellement accès à une école homogène alors que leur nombre ne justifie que le droit à [TRADUCTION] « l'instruction assortie de l'accès aux installations de base nécessaires à la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité » : par. 4766. Étant donné que le nombre d'élèves à Chilliwack se situe entre le milieu et la limite inférieure de l'échelle variable, nous estimons que les ayants droit au titre de l'art. 23 de la *Charte* ont droit à ce que leurs enfants d'âge primaire reçoivent

to what the numbers warrant or be used to judicially obtain more than what s. 23 warrants. While rights holders in Chilliwack are receiving a higher level of services than what their numbers warrant, we must still determine whether the quality of the services to which they are entitled (that is, education with access to core facilities) is substantively equivalent to that same level of services offered at local majority schools. While the trial judge refrained from making conclusions on this point, we are of the view that the evidence on the record supports a finding that the global experience at École Élémentaire La Vérendrye is substantively inferior to that of local majority schools, notably due to its lack of access to core facilities for physical education.¹³

l'instruction dans la langue de la minorité et aient accès à des installations de base permettant d'offrir une expérience qui est réellement équivalente à celle offerte dans les écoles locales de la majorité. L'existence d'une école homogène à Chilliwack ne saurait dicter notre analyse de ce que justifie le nombre d'enfants ni être utilisée pour obtenir par voie judiciaire davantage que ce qu'accorde l'art. 23. Bien que les titulaires de droits à Chilliwack reçoivent un niveau de services plus élevé que ce que leur nombre justifie, nous devons quand même déterminer si la qualité des services auxquels ils ont droit (c'est-à-dire l'instruction assortie de l'accès à des installations de base) est réellement équivalente à celle des services de même niveau offerts dans les écoles locales de la majorité. Quoique la juge de première instance se soit abstenue de tirer des conclusions sur ce point, nous sommes d'avis que la preuve au dossier permet de conclure que l'expérience globale à l'école élémentaire La Vérendrye est véritablement inférieure à celle offerte dans les écoles locales de la majorité, notamment en raison du manque d'accès aux installations de base pour l'éducation physique¹³.

¹³ A careful review of the evidence pertaining to Chilliwack demonstrates that while the school presents numerous advantages for rights holder parents, notably when it comes to the Francophone experience (at para. 4812), class sizes (at paras. 4813-4815), student-to-staff ratios (at para. 4816) and technology (para. 4818). École Élémentaire La Vérendrye also presents some significant drawbacks. For instance, the school is significantly older (105 years old) than the average comparator (31 years old) (at para. 4811), and its transportation times are notably longer (69 minutes on average) than other local majority schools (34 minutes). Finally, École Élémentaire La Vérendrye does not have its own gymnasium. All comparator schools have gymnasiums that are owned by SD33-Chilliwack and all but one are located within the comparator school facility. On the other end, the CSF rents Atchelitz Hall, an adjacent hall, for physical education. As noted by the trial judge, teaching physical education at Atchelitz Hall is not logistically practical. Indeed, students must change prior to walking over to the hall with the physical education material needed for class (which is not stored within the hall) and are not allowed to use the bathrooms located at the hall (paras. 4792-4794). Moreover, the hall is old and substantially smaller than a typical elementary gymnasium (280m² compared to an average of 390m²), thus allegedly limiting students from playing certain sports (paras. 4790 and 4798). Finally, the building is cold and students and staff sometimes wear jackets inside the hall (para. 4790). Overall, we are of the view that a reasonable rights holder parent would find the global experience to be substantially inferior in Chilliwack.

¹³ Un examen minutieux de la preuve concernant Chilliwack démontre que même si l'école présente de nombreux avantages pour les parents titulaires de droits, notamment en ce qui concerne l'expérience francophone (par. 4812), le nombre d'élèves par classe (par. 4813-4815), les ratios élèves-enseignants (par. 4816) et la technologie (par. 4818), l'école élémentaire La Vérendrye présente aussi des lacunes importantes. Par exemple, l'école est considérablement plus vieille (105 ans) que l'école de comparaison moyenne (31 ans) (par. 4811) et la durée du transport est considérablement plus longue (69 minutes en moyenne) que pour les autres écoles locales de la majorité (34 minutes). Enfin, l'école élémentaire La Vérendrye ne possède pas de gymnase. Toutes les écoles de comparaison ont des gymnases qui appartiennent au district scolaire SD33-Chilliwack et qui sont tous situés dans l'école de comparaison, à l'exception d'un. Par contre, le CSF loue le Atchelitz Hall, une salle communautaire adjacente, pour les cours d'éducation physique. Comme l'a noté la juge de première instance, il n'est pas pratique sur le plan logistique d'enseigner l'éducation physique dans cette salle. En effet, les élèves doivent se changer avant de se rendre dans la salle avec le matériel d'éducation physique dont ils ont besoin pour le cours (le matériel n'est pas rangé dans la salle Atchelitz) et ils n'ont pas le droit d'utiliser les toilettes situées dans cette salle (par. 4792-4794). Par ailleurs, la salle est vieille et considérablement plus petite que les gymnases typiques du primaire (280 m² comparativement à une moyenne de 390 m²), ce qui, on le suppose, empêche les élèves de pratiquer certains sports (par. 4790 et 4798). Enfin, l'immeuble est froid et les élèves et le personnel portent parfois des blousons à l'intérieur (par. 4790). Dans l'ensemble, nous sommes d'avis qu'un parent titulaire de droits raisonnable jugerait que l'expérience globale est véritablement inférieure à Chilliwack.

[320] The situation for the Proposed Mission Catchment Area requires a more thorough examination. The only pleaded deficiency raised at École Élémentaire Des Deux-rives was the inadequacy of the gym. The trial judge’s findings make clear that the gym was, indeed, inadequate: it is about half the size of a basketball court, measuring 166 m² compared to average of 373 m² in surrounding schools. Even considering the small class sizes, the gym “underperforms every majority school”; “makes it difficult to deliver core physical education services”, especially for older students; and raises concerns for safety and meeting learning outcomes: paras. 4957-58. The trial judge was unsure whether a single deficiency was sufficient for a breach, noting that the question is whether the *global* educational experience, and not one aspect of the experience met the appropriate standard. She assumed, without deciding, that it was sufficient. She held that if there was a breach, it was caused by the Building Condition Driver (“BCD”), discussed below, but was justified by s. 1. The Court of Appeal upheld this conclusion and added, in the alternative, that there was no breach of s. 23 as the appellants had failed to provide enough evidence to allow the trial judge to find that the *global* experience was inferior.

[321] The difficulty with Mission arises, as the Chief Justice observes, because claimants must provide sufficient evidence to assess the *global* educational experience: para. 138. As this Court explained in *Rose-des-vents*:

... no school is likely to be considered by all parents to be equal or better than its neighbours in every respect. The comparative exercise must be alive to the varied factors that reasonable parents use to assess equivalence. The fact that a given school is deficient in one area does not mean

[320] La situation qui existe dans le secteur de fréquentation proposé de Mission exige un examen plus poussé. La seule déficience plaidée à l’égard de l’école élémentaire des Deux-rives était le caractère inadéquat du gymnase. Il ressort clairement des conclusions de la juge de première instance que le gymnase était effectivement inadéquat : il est environ deux fois plus petit qu’un terrain de basket-ball; il mesure 166 m², alors que ceux des écoles avoisinantes mesurent en moyenne 373 m². Même en tenant compte de la petite taille des classes, le gymnase [TRADUCTION] « est inférieur à celui de toutes les écoles de la majorité », il « rend difficile la prestation de services d’éducation physique de base », surtout pour les élèves plus âgés, en plus de susciter des inquiétudes en matière de sécurité et d’atteinte des objectifs d’apprentissage (par. 4957-4958). La juge de première instance ne savait pas avec certitude si une seule lacune suffisait pour qu’il y ait violation, affirmant que la question consiste à se demander si l’expérience éducative *globale*, et non un seul aspect de l’expérience, répondait à la norme appropriée. Elle a présumé, sans trancher la question, qu’une seule lacune suffisait. Elle a statué que s’il y avait violation, elle était causée par l’indice de détérioration des immeubles (« *Building Construction Driver* » ou « BCD »), dont il sera question ci-dessous, mais que cette violation était justifiée au regard de l’article premier. La Cour d’appel a confirmé cette conclusion et a ajouté, subsidiairement, qu’il n’existait aucune violation à l’art. 23, puisque les appelants n’avaient pas fourni assez d’éléments de preuve pour permettre à la juge de première instance de conclure que l’expérience *globale* était inférieure.

[321] Comme le souligne le juge en chef, la difficulté dans le cas de Mission découle du fait que les demandeurs doivent produire une preuve suffisante pour évaluer l’expérience éducative globale : par. 138. Comme l’a expliqué notre Cour dans *Rose-des-vents* :

... aucune école n’est susceptible d’être considérée par tous les parents comme étant égale ou supérieure, à tous égards, aux écoles voisines. Dans l’exercice de comparaison, il faut être conscient des divers facteurs dont les parents raisonnables tiennent compte pour évaluer

that it lacks equivalence in an overall sense. In particular, both quality of instruction and facilities can represent important elements of comparison. . . .

Thus, the comparative exercise is contextual and holistic, accounting for not only physical facilities, but also quality of instruction, educational outcomes, extracurricular activities, and travel times, to name a few factors. [Emphasis added; paras. 38-39.]

However, as to the treatment of each individual factor, the Court observed:

Of course, the extent to which any given factor will represent a live issue in assessing equivalence will be dictated by the circumstances of each case. The relevant factors are considered together in assessing whether the overall educational experience is inferior in a way that could discourage rights holders from enrolling their children in a minority language school. [Emphasis added; para. 39.]

Thus, while a court must consider the *global* experience at a school, certain factors might assume particular significance, depending on the circumstances of the case. In other words, an aspect of an educational experience might be so deficient that a reasonable rights holder, even aware of the particularities of a small school, might consider the *global* educational experience to be meaningfully inferior. We hasten to add that this assessment is necessarily fact-specific. Different considerations would apply, for example, when a certain facility is necessary to meet the curricular requirements.

[322] The difficulty here is that the appellants' evidence centred *solely* on the gymnasium, as they acknowledge. We disagree with their position that it was up to the Province to present evidence demonstrating the superior aspects of the school; the appellants had the burden of showing that the global experience at École Élémentaire Des Deux-rives was not substantively equivalent.

l'équivalence. Le fait qu'une école laisse à désirer dans un domaine ne signifie pas qu'elle n'est pas équivalente de façon générale. Plus particulièrement, la qualité de l'instruction et celle des établissements peuvent être des éléments de comparaison importants . . .

Par conséquent, la comparaison est de nature contextuelle et holistique, tenant compte non seulement des installations matérielles, mais aussi de plusieurs autres facteurs, y compris la qualité de l'instruction, les résultats scolaires, les activités parascolaires et le temps de déplacement. [Nous soulignons; par. 38-39.]

La Cour a toutefois fait remarquer ce qui suit à propos du traitement de chaque facteur :

Bien entendu, la mesure dans laquelle un facteur donné constitue une question en litige dans l'appréciation de l'équivalence est fonction des circonstances de l'affaire. On examine ensemble les facteurs pertinents pour décider si, globalement, l'expérience éducative est inférieure au point de pouvoir dissuader les titulaires de droits d'inscrire leurs enfants dans une école de la minorité linguistique. [Nous soulignons; par. 39.]

Ainsi, bien que le tribunal doive tenir compte de l'expérience *globale* vécue à une école, certains facteurs pourraient revêtir une importance particulière, selon les circonstances de l'affaire en cause. En d'autres termes, un aspect de l'expérience éducative pourrait laisser à désirer à un point tel qu'un ayant droit raisonnable, même conscient des particularités d'une petite école, pourrait considérer que l'expérience éducative *globale* est véritablement inférieure. Nous nous empressons d'ajouter que cette évaluation est nécessairement tributaire des faits. Différentes considérations entreraient en jeu, par exemple, quand une installation donnée est nécessaire pour répondre aux exigences pédagogiques.

[322] Le problème ici est que la preuve des appelants portait *uniquement* sur le gymnase, comme ils le reconnaissent. Nous sommes en désaccord avec leur argument suivant lequel il revenait à la Province de présenter des éléments de preuve établissant les points forts de l'école; il incombait aux appelants de démontrer que l'expérience globale à l'école élémentaire des Deux-rives n'était pas réellement équivalente.

[323] At the same time, we share the Chief Justice's concern that the litigation has taken over 10 years. Further, the findings of the trial judge demonstrate that the gymnasium is wholly inadequate, to the point that it raises safety concerns. Given these particular circumstances, we are content to consider the situation *as though* evidence were presented on the educational experience as a whole. This approach preserves the test from *Rose-des-vents* focusing on the *global* educational experience. In fairness to the Province, we will assume that all other aspects of the experience are substantively equivalent. The question is therefore whether a reasonable rights holder would consider that the *global* educational experience at École Élémentaire Des Deux-rives is meaningfully inferior, assuming all aspects other than the gymnasium are substantively equivalent.

[324] In our view, a reasonable rights holder would consider the global experience to be meaningfully inferior. A parent would expect that a minority language school could provide, at a minimum, physical education courses that occur in a safe environment and satisfy the curriculum. This is not to say that the rights holder would expect the *best* physical education courses or a variety of sports teams. We also note that not all schools will necessarily have a gym in the building; students might access a gym in another school or a community centre, for example. The point is that the quality of the physical education facilities to which students have access must, at a minimum, allow schools to provide physical education courses safely and in a way that achieves required curricular learning objectives. The evidence is clear that the gym at École Élémentaire Des Deux-rives is so inferior that teachers have difficulty meeting even these basic requirements. In our view, this supports a finding of a breach of s. 23.

[325] As for the BCD, however, we agree with the Chief Justice (at para. 138) that the record and arguments on this point are, unfortunately, insufficient

[323] En revanche, nous partageons la préoccupation du juge en chef que l'instance a duré plus de 10 ans. En outre, les conclusions de la juge de première instance démontrent que le gymnase est en mauvais état au point de susciter des inquiétudes pour la sécurité. Étant donné ces circonstances particulières, nous nous contentons d'étudier la situation *comme si* des éléments de preuve avaient été présentés sur l'expérience éducative dans son ensemble. Cette approche est conforme à celle de l'arrêt *Rose-des-vents*, laquelle met l'accent sur l'expérience éducative *globale*. En toute justice pour la Province, nous tiendrons pour acquis que tous les autres aspects de l'expérience éducative sont réellement équivalents. Il faut donc se demander si un ayant droit raisonnable considérerait que l'expérience éducative *globale* à l'école élémentaire des Deux-rives est véritablement inférieure, à supposer que tous les aspects sauf le gymnase soient réellement équivalents.

[324] À notre avis, un ayant droit raisonnable jugerait l'expérience globale véritablement inférieure. Un parent s'attend à ce qu'une école de la minorité linguistique offre à tout le moins des cours d'éducation physique qui se déroulent dans un environnement sûr et qui satisfont aux exigences du programme. Cela ne veut pas dire que l'ayant droit s'attendrait aux *meilleurs* cours d'éducation physique ou à la présence d'une variété d'équipes sportives. Soulignons également que les écoles ne possèdent pas nécessairement toutes de gymnase; il se peut, par exemple, que le gymnase auquel les élèves ont accès se trouve dans une autre école ou dans un centre communautaire. Le fait est que la qualité des installations d'éducation physique doit au moins permettre aux écoles de donner des cours d'éducation physique en toute sécurité et de manière à atteindre les objectifs visés d'apprentissage. La preuve établit clairement que le gymnase de l'école élémentaire des Deux-rives est à ce point inférieur que les enseignants ont de la difficulté à satisfaire même à ces exigences de base. Cela permet, selon nous, de conclure à une violation de l'art. 23.

[325] Quant au BCD, cependant, nous convenons avec le juge en chef (par. 138) que le dossier et les arguments sur ce point sont malheureusement

to allow us to decide whether a breach arises. But whereas the Chief Justice would remit this matter to the trial judge, we view the insufficiency of the record and of the appellants' arguments here as determinative.

[326] The BCD is a "Capital Driver" used by the Ministry of Education to prioritize capital projects. It measures the remaining economic life of buildings but does not take into account whether a space meets the educational needs of the school. The appellants argue that the BCD breaches s. 23 given its failure to consider building functionality. They point to Mission as an example of the problems with the BCD.

[327] Before this Court, the appellants' arguments on this point were cursory: A.F., at para. 112. Indeed, the Court of Appeal noted that the appellants' arguments on the BCD were unclear, even after they were asked to provide a table setting out the remedies sought: para. 243. It accordingly limited its analysis to Mission: *ibid.* We are not prepared to find a breach of s. 23 on such a vague and unelaborated basis.

[328] Finally, we turn to the Central Victoria Catchment Area, which must be considered in light of the CSF's proposal to divide the current École Victor-Brodeur Catchment Area into four new ones, which would be known as the East Victoria, West Victoria, Central Victoria, and North Victoria Catchment Areas. Because the errors we have described above led her to conclude that homogeneous schools were not warranted in the near future in East, West, and North Victoria, the trial judge focused on the current situation at École Victor-Brodeur, which she considered would persist until the numbers eventually warranted homogeneous schools. Given our findings that rights holders are entitled to homogeneous schools in these three catchment areas, however, it follows that the situation at École Victor-Brodeur must be considered in the context of this new division. Therefore, the trial judge's finding that the numbers at École Victor-Brodeur will

insuffisants pour nous permettre de décider s'il y a violation. Si le juge en chef est d'avis de renvoyer l'affaire à la juge de première instance, nous estimons plutôt que l'insuffisance du dossier et des arguments des appelants est déterminante.

[326] Le BCD est un « indice d'immobilisation » utilisé par le ministère de l'Éducation pour prioriser les projets d'immobilisation. Il mesure la vie économique résiduelle des immeubles, mais ne tient pas compte de la capacité d'un espace de répondre aux besoins pédagogiques de l'école. Les appelants soutiennent que le BCD porte atteinte à l'art. 23, étant donné qu'il ne prend pas en compte la fonctionnalité des immeubles. Ils donnent Mission en exemple des problèmes que pose le BCD.

[327] Les arguments présentés par les appelants sur ce point sont brefs : m.a., par. 112. De fait, la Cour d'appel a souligné que les arguments des appelants relativement au BCD n'étaient pas clairs, même après qu'ils aient été invités à fournir un tableau indiquant les réparations demandées: par. 243. Elle a par conséquent limité son analyse à Mission : *ibid.* Nous ne sommes pas disposés à conclure à une violation de l'art. 23 sur un fondement aussi imprécis et dénué d'explications.

[328] Enfin, il reste le secteur de fréquentation de Victoria Centre, qui doit être examinée à la lumière de la proposition du CSF de diviser le secteur de fréquentation actuel de l'école Victor-Brodeur en quatre nouveaux secteurs de fréquentation, qui seraient désignés respectivement Victoria Est, Victoria Ouest, Victoria Centre et Victoria Nord. Comme les erreurs que nous avons décrites ci-dessus l'ont amenée à conclure que des écoles homogènes n'étaient pas justifiées dans un avenir rapproché dans Victoria Est, Ouest et Nord, la juge de première instance a porté son attention sur la situation actuelle à l'école Victor-Brodeur, une situation qui, selon elle, persisterait, jusqu'à ce que les nombres d'élèves finissent par justifier des écoles homogènes. Toutefois, vu nos conclusions selon lesquelles les ayants droit ont droit à des écoles homogènes dans ces trois secteurs de fréquentation, il s'ensuit que la situation à l'école Victor-Brodeur doit être examinée dans le contexte de

ultimately exceed its capacity is no longer true, as students who currently attend that school will attend the other schools in East, West, and North Victoria. Moreover, the problem of lengthy transportation times will be resolved for those students who currently bus from those areas. It follows that her conclusion of breach of s. 23 at École Victor-Brodeur is no longer sustainable. Furthermore, the trial judge's findings about the current situation at École Victor-Brodeur demonstrate that there is currently no breach at that school: the overcrowding has been resolved, the experience is substantively equivalent, and the school is equipped to meet its present and reasonably foreseeable needs for space.

(2) Section 1 Analysis

[329] We now turn to the infringements that the trial judge found were justified under s. 1. As we have explained, cost considerations can play a role in the s. 1 analysis, provided they are linked to other considerations. In the case at bar, however, the pressing and substantial objective that was identified — the fair and rational allocation of limited public funds — is not a valid objective under s. 1. The lack of a valid pressing and substantial objective is determinative of the s. 1 analyses. It follows that none of the identified breaches are justified.

[330] We also find an unjustified breach of s. 23 regarding the Annual Facilities Grant (“AFG”) Rural Factor. This credit, which is used to assist rural schools with facility upgrade funding, did not apply to the CSF initially. The Ministry contemplated applying it to the CSF in 2009, but it failed to do so until 2012-13. As a result, CSF incurred a shortfall of about \$1 million. The trial judge held that the delay was due to economic circumstances and the political consequences of reallocating funds away from the majority. She found a breach of s. 23, but held that

cette nouvelle division. En conséquence, la conclusion de la juge de première instance selon laquelle le nombre d'élèves à l'école Victor-Brodeur finira par dépasser sa capacité n'est plus vraie, puisque les élèves qui fréquentent actuellement cette école fréquenteront les autres écoles dans Victoria Est, Ouest et Nord. Qui plus est, le problème des longs délais de transport sera réglé pour les élèves qui prennent actuellement l'autobus à partir de ces secteurs. Par conséquent, sa conclusion portant qu'il y a eu violation de l'art. 23 en ce qui concerne l'école Victor-Brodeur ne tient plus. Qui plus est, les conclusions de la juge de première instance quant à la situation actuelle à l'école Victor-Brodeur démontrent l'absence de violation présentement à cette école : le problème de surpeuplement a été réglé, l'expérience est réellement équivalente et l'école possède ce qu'il faut pour répondre à ses besoins d'espace actuels et ceux raisonnablement prévisibles.

(2) Analyse fondée sur l'article premier

[329] Nous nous penchons maintenant sur les violations que la juge de première instance a estimé justifiées au regard de l'article premier. Comme nous l'avons expliqué, des considérations relatives aux coûts peuvent jouer un rôle dans l'analyse fondée sur l'article premier, pourvu qu'elles soient liées à d'autres considérations. En l'espèce, toutefois, l'objectif urgent et réel qui a été identifié — l'affectation juste et rationnelle de fonds publics limités — n'est pas un objectif valable au regard de l'article premier. L'absence d'objectif urgent et réel valide est déterminante dans le cadre des analyses fondées sur l'article premier. Il s'ensuit qu'aucune des violations identifiées n'est justifiée.

[330] Nous concluons en outre qu'il y a eu violation injustifiée de l'art. 23 en ce qui concerne le facteur rural de l'AFG. Ce crédit, qui est utilisé pour aider les écoles rurales en finançant l'amélioration des installations, ne s'appliquait pas au CSF à l'origine. Le ministère avait envisagé de l'appliquer au CSF en 2009, mais il ne l'a fait qu'en 2012-2013. En conséquence, le CSF a accusé un manque à gagner d'environ un million de dollars. La juge de première instance a statué que le délai était attribuable à des circonstances économiques et aux conséquences

it was justified. In doing so, she relied on an invalid pressing and substantial objective. Before this Court, only the trial judge's s. 1 analysis is challenged; her finding of a breach is not. There is no reason to reconsider her s. 23 analysis. As for s. 1, her reliance on an invalid pressing and substantial objective is determinative. Therefore, the breach is not justified.

(3) Remedy

[331] As we have explained, most of the breaches we have identified can be remedied by declarations. The remedy of *Charter* damages has, however, been raised in respect of the AFG Rural Factor, which we have just discussed, and the transportation funding breach.

[332] The transportation funding breach arose as a result of changes to the Ministry's transportation funding system. The Ministry provided supplements to some school boards in recognition of their unique circumstances. The CSF received the Transportation and Housing Supplement. The Ministry froze that supplement between 2001 and 2012, with one increase in 2010-11. Notably, the Ministry froze the CSF's supplement at 1999 levels despite being aware as early as 1999 that the system was not responding to the CSF's transportation needs. During the freeze, the CSF's enrolment grew, and its actual transportation costs exceeded the supplement. In 2006, the Ministry implemented a 15 percent Francophone Supplement. Although the supplement was helpful, the CSF still incurred a deficit of between \$6 million and \$14 million.

[333] Drawing on *Arsenault-Cameron*, the trial judge recognized that transportation funding is key in the context of s. 23, as long travel times can deter

d'ordre politique qu'entraîne la réaffectation de fonds précédemment destinés à la majorité. Elle a conclu à l'existence d'une violation de l'art. 23, mais jugé que cette violation était justifiée. Pour ce faire, elle s'est appuyée sur un objectif urgent et réel invalide. Devant notre Cour, seule l'analyse fondée sur l'article premier de la juge de première instance est contestée; sa conclusion portant qu'il y a eu violation ne l'est pas. Il n'y a aucune raison de réexaminer son analyse fondée sur l'art. 23. Quant à l'article premier, le fait qu'elle s'est appuyée sur un objectif réel et urgent invalide est déterminant. En conséquence, la violation n'est pas justifiée.

(3) Réparation

[331] Comme nous l'avons expliqué, la plupart des violations que nous avons identifiées peuvent être réparées par voie de jugements déclaratoires. Cependant, la réparation sous forme de dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* a été évoquée en ce qui concerne le facteur rural de l'AFG, dont nous venons de parler, et la violation relative au financement du transport.

[332] La violation relative au financement du transport a résulté de changements apportés au système de financement du transport du ministère. Ce dernier offrait des fonds supplémentaires à certains conseils scolaires pour tenir compte de leurs situations particulières. Le CSF recevait le supplément au transport et aux locaux. Le ministère a gelé ce supplément entre 2001 et 2012, sous réserve d'une augmentation en 2010-2011. Il est à souligner que le ministère a gelé le supplément du CSF aux niveaux de 1999, même s'il savait, dès 1999, que ce système ne répondait pas aux besoins du CSF en matière de transport. Pendant le gel, le CSF a connu une croissance du nombre d'inscriptions, et ses frais réels de transport dépassaient le supplément. En 2006, le ministère a mis en œuvre un supplément francophone de 15 p. 100. Bien que ce supplément se soit révélé utile, le CSF a néanmoins enregistré un déficit de 6 à 14 millions de dollars.

[333] S'appuyant sur l'arrêt *Arsenault-Cameron*, la juge de première instance a reconnu que le financement du transport était essentiel dans le contexte

enrolment in a minority language school. She also noted that the right to determine appropriate travel times falls largely within the minority board's jurisdiction. She held that the transportation funding freeze had caused a breach of s. 23 as it prevented the CSF from properly carrying out its mandate. This breach was not justified.

[334] Applying the *Ward* framework with due consideration of the s. 23 context, we conclude that an award of damages is appropriate in relation to both the AFG Rural Factor and the transportation breach.

[335] The first step of the *Ward* analysis requires establishing a breach of s. 23. We have concluded that the AFG Rural Factor breach was not justified. Further, the Province does not contest the transportation breach itself, focusing instead on *Mackin* immunity. We see no reason to reconsider the trial judge's finding of an unjustified breach. Step 1 is therefore satisfied in both cases.

[336] The second step of *Ward* considers whether an award of damages would satisfy the purposes of compensation, vindication, and/or deterrence. This step is also satisfied. An award of damages would satisfy the purpose of compensation in both cases as the CSF incurred quantifiable financial losses. It would also deter governments from unduly delaying funding of minority language education: in this case, the delay in applying the AFG Rural Factor to the CSF (some 10 years) and in implementing the Francophone Supplement (some 7 years) was simply unreasonable. While some kinds of delay may be justifiable, the cited reasons here were purely financial and political. Just as *purely* financial considerations cannot justify a breach of s. 23 under s. 1, they cannot be used to avoid a damages award when a breach has been found. Similarly, governments cannot avoid

de l'art. 23, puisque les longs déplacements peuvent avoir un effet dissuasif sur les inscriptions dans les écoles de la minorité linguistique. Elle a également fait observer que le droit de déterminer les temps de déplacement appropriés relevait principalement du conseil scolaire de la minorité. Elle a statué que le gel du financement du transport avait entraîné une violation de l'art. 23, parce qu'il empêchait le CSF d'exercer adéquatement son mandat. Cette violation n'était pas justifiée.

[334] Appliquant le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Ward* en prenant dûment en considération le contexte de l'art. 23, nous concluons que l'octroi de dommages-intérêts est une réparation convenable à la fois à l'égard du facteur rural de l'AFG et de la violation au chapitre du transport.

[335] À la première étape de l'analyse fondée sur l'arrêt *Ward*, il faut établir une violation de l'art. 23. Nous avons conclu que la violation relative au facteur rural de l'AFG n'était pas justifiée. Qui plus est, la Province ne conteste pas la violation au chapitre du transport en tant que telle, s'attachant plutôt à l'immunité fondée sur l'arrêt *Mackin*. Nous ne voyons aucune raison de réexaminer la conclusion de la juge de première instance portant qu'il y a eu violation injustifiée. La première étape de l'analyse est donc franchie dans les deux cas.

[336] La deuxième étape de l'analyse fondée sur *Ward* consiste à se demander si l'octroi de dommages-intérêts répond aux objectifs d'indemnisation, de défense du droit ou de dissuasion. Cette étape est elle aussi franchie. L'octroi de dommages-intérêts répondrait à l'objectif d'indemnisation dans les deux cas, puisque le CSF a subi des pertes financières quantifiables. Il dissuaderait en outre les gouvernements de retarder indûment le financement de l'instruction dans la langue de la minorité; en l'espèce, le retard dans l'application du facteur rural de l'AFG au CSF (quelque 10 ans) et la mise en place du supplément francophone (environ 7 ans) était tout simplement déraisonnable. Bien qu'un certain délai soit justifiable, les raisons mentionnées en l'espèce étaient purement d'ordre financier et politique. Au même titre que des considérations

damages based on concerns about political consequences, which appears to have been the case with the AFG Rural Factor. Governments must be deterred from using such reasons to justify a breach or a delay in funding. It bears repeating that the entrenchment of minority rights in a constitution is meant to ensure that minorities are not subjected to the whims of the majority: *Secession Reference*, at para. 74. Accepting that a government could delay acting due to a fear of negative political consequences would contradict the very purpose of s. 23.

[337] The third step of *Ward* looks to countervailing factors. As *Mackin* immunity does not apply in the context of s. 23, it is not necessary to consider its application here. However, a court must give due consideration to whether there is an adequate alternative remedy — especially whether a declaration would be sufficient. The Province argues that a declaration would be sufficient in the case of the transportation breach as it would provide legal and practical guidance. We are not persuaded that a declaration is sufficient in either case. The AFG Rural Factor now applies to the CSF, and the Francophone Supplement is addressing CSF's current transportation needs. Further, the Transportation and Housing Supplement no longer exists. In these circumstances, a declaration would not provide practical guidance because the relevant policies that caused the s. 23 breaches are no longer in place and the Ministry has rectified both situations. Further, a declaration would not address the financial losses that the CSF incurred as a result of these two s. 23 breaches.

purement financières ne sauraient justifier une violation de l'art. 23 au regard de l'article premier, de telles considérations ne peuvent pas être invoquées pour éviter l'octroi de dommages-intérêts lorsqu'une violation a été constatée. Pareillement, les gouvernements ne peuvent pas éviter d'être condamnés à des dommages-intérêts sur le fondement de préoccupations quant aux conséquences d'ordre politique, ce qui semble avoir été le cas pour ce qui est du facteur rural de l'AFG. Il importe de dissuader les gouvernements d'invoquer de telles raisons pour justifier une violation ou un retard dans le financement. Il convient de répéter que la constitutionnalisation des droits de la minorité vise à faire en sorte que les minorités ne soient pas soumises aux caprices de la majorité (*Renvoi relatif à la sécession*, par. 74). Admettre qu'un gouvernement peut tarder à agir par crainte de conséquences d'ordre politique négatives contredirait l'objet même de l'art. 23.

[337] La troisième étape de l'analyse fondée sur l'arrêt *Ward* consiste à examiner les facteurs qui font contrepoids. Puisque l'immunité visée dans l'arrêt *Mackin* ne s'applique pas dans le contexte de l'art. 23, point n'est besoin d'en étudier l'application ici. Cependant, le tribunal est tenu d'examiner comme il se doit la question de savoir s'il existe une autre réparation adéquate — particulièrement en se demandant si le prononcé d'un jugement déclaratoire suffirait. La Province soutient qu'un jugement déclaratoire serait suffisant dans le cas de la violation au chapitre du transport, puisqu'il fournirait des balises juridiques et pratiques. Nous ne sommes pas convaincus qu'un jugement déclaratoire soit suffisant dans l'un ou l'autre de ces cas. Le facteur rural de l'AFG s'applique maintenant au CSF, et le supplément aux établissements francophones répond aux besoins actuels du CSF en matière de transport. Par ailleurs, le supplément au transport et aux locaux n'existe plus. Dans ces circonstances, un jugement déclaratoire ne fournirait aucune balise pratique, puisque les politiques pertinentes qui ont entraîné les violations de l'art. 23 ne sont plus en place et que le ministère a rectifié les deux situations. Qui plus est, un jugement déclaratoire ne comblerait pas les pertes financières que le CSF a subies en raison de ces deux violations de l'art. 23.

[338] The final step of *Ward* looks to the quantum of damages. Here, the trial judge's assessment of quantum is entitled to deference: *Ward*, at paras. 17 and 73. The amount of damages must be fair to both the claimant and the state: *Ward*, at para. 20. The trial judge noted that, had she found a breach of s. 23 in relation to the AFG Rural Factor, she would have awarded \$1.1 million in damages. This figure was based on her finding that the CSF had incurred a shortfall of around \$1 million. As for the transportation breach, the trial judge found that the CSF's deficit was between \$6 million and \$14 million; however, the deficit was partially caused by the CSF's inefficiencies. She accordingly awarded \$6 million in damages, holding that the Province should not be responsible for the entire deficit. The trial judge's assessment of quantum in both instances was reasonable and in keeping with the direction in *Ward* that damages must be fair both to the claimant and the state. We see no reason to interfere with her assessment in either case.

[339] We therefore conclude, based on a thorough review of the *Ward* factors, that damages are appropriate for both the AFG Rural Factor and transportation breaches.

F. *Special Costs*

[340] In the courts below, the parties bore their own costs. Before this Court, the appellants seek special costs or, if they are not successful, their costs throughout. The respondents argue that the appellants have not met the test for special costs and request that each party bear its own costs. The Chief Justice awards the appellants costs throughout but has not addressed special costs.

[338] La dernière étape de l'analyse fondée sur *Ward* consiste à fixer le montant des dommages-intérêts. En l'espèce, il faut faire preuve de déférence envers l'évaluation de ce montant par la juge de première instance : *Ward*, par. 17 et 73. Le montant des dommages-intérêts doit être équitable à la fois envers le demandeur et envers l'État : *Ward*, par. 20. La juge de première instance a fait remarquer que, si elle avait conclu à une violation de l'art. 23 en lien avec le facteur rural de l'AFG, elle aurait octroyé des dommages-intérêts de 1,1 million de dollars. Ce chiffre était fondé sur sa conclusion selon laquelle le CSF avait accusé un manque à gagner d'environ un million de dollars. Quant à la violation au chapitre du transport, la juge de première instance a conclu que le déficit du CSF se situait entre 6 et 14 millions de dollars; ce déficit était cependant en partie imputable aux pratiques non efficaces du CSF. Elle a par conséquent octroyé des dommages-intérêts de 6 millions de dollars, statuant que la Province ne devait pas être tenue responsable de tout le déficit. L'évaluation du montant des dommages-intérêts par la juge de première instance dans les deux cas était raisonnable et conforme à la directive donnée dans l'arrêt *Ward* selon laquelle le montant des dommages-intérêts doit être équitable à la fois envers le demandeur et envers l'État. Nous ne voyons aucune raison de modifier son évaluation dans l'un ou l'autre de ces cas.

[339] Nous concluons donc, sur la base d'un examen approfondi des facteurs énoncés dans l'arrêt *Ward*, qu'il convient d'octroyer des dommages-intérêts à la fois pour la violation relative au facteur rural de l'AFG et pour celle relative au transport.

F. *Dépens spéciaux*

[340] Devant les juridictions inférieures, les parties ont assumé leurs propres dépens. Devant notre Cour, les appelants réclament des dépens spéciaux ou, s'ils n'ont pas gain de cause, leurs dépens devant toutes les cours. Les intimés soutiennent que les appelants n'ont pas satisfait au critère d'octroi de dépens spéciaux et demandent que chaque partie assume ses propres dépens. Le juge en chef octroie aux appelants les dépens devant toutes les cours, mais il n'a pas abordé la question des dépens spéciaux.

[341] We agree with the respondents that the appellants have not met the test for special costs. As this Court explained in *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, a two-step test applies for special costs:

First, the case must involve matters of public interest that are truly exceptional. It is not enough that the issues raised have not previously been resolved or that they transcend the individual interests of the successful litigant: they must also have a significant and widespread societal impact. Second, in addition to showing that they have no personal, proprietary or pecuniary interest in the litigation that would justify the proceedings on economic grounds, the plaintiffs must show that it would not have been possible to effectively pursue the litigation in question with private funding. In those rare cases, it will be contrary to the interests of justice to ask the individual litigants (or, more likely, pro bono counsel) to bear the majority of the financial burden associated with pursuing the claim. [Emphasis added; para. 140.]

[342] The Court further noted that “only those costs that are shown to be reasonable and prudent will be covered by the award”: para. 142.

[343] At the first stage of the *Carter* test, we agree with the appellants that this case raises issues of public importance. They have failed to satisfy the second step, however, which requires that they “have no personal, proprietary or pecuniary interest in the litigation that would justify the proceedings on economic grounds”: *Carter*, at para. 140. We agree with the respondents that the appellants have a pecuniary interest in the litigation given that they seek *Charter* damages: *S.A. v. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 SCC 4, [2019] 1 S.C.R. 99, at para. 70. Further, they have not shown that they would have been unable to fund this litigation without private funding; indeed, they do not even address this requirement in their submissions.

[344] We also agree with the respondents that this case is distinguishable from *Rose-des-vents*. First, the relief sought here is much broader given the

[341] Nous sommes d'accord avec les intimés pour dire que les appelants n'ont pas satisfait au critère d'octroi de dommages spéciaux. Comme notre Cour l'a expliqué dans *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, un test à deux étapes s'applique relativement aux dépens spéciaux :

Premièrement, l'affaire doit porter sur des questions d'intérêt public véritablement exceptionnelles. Il ne suffit pas que les questions soulevées n'aient pas encore été tranchées ou qu'elles dépassent le cadre des intérêts du plaideur qui a gain de cause : elles doivent aussi avoir une incidence importante et généralisée sur la société. Deuxièmement, en plus de démontrer qu'ils n'ont dans le litige aucun intérêt personnel, propriétaire ou pécuniaire qui justifierait l'instance pour des raisons d'ordre économique, les demandeurs doivent démontrer qu'il n'aurait pas été possible de poursuivre l'instance en question avec une aide financière privée. Dans ces rares cas, il est contraire à l'intérêt de la justice de demander aux plaideurs individuels (ou, ce qui est plus probable, aux avocats bénévoles) de supporter la majeure partie du fardeau financier associé à la poursuite de la demande. [Nous soulignons; par. 140.]

[342] La Cour a ajouté que « seuls les frais dont on établit le caractère raisonnable et prudent seront couverts par les dépens spéciaux » : par. 142.

[343] À la première étape de l'analyse décrite dans l'arrêt *Carter*, nous convenons avec les appelants que la présente affaire soulève des questions d'importance pour le public. Cependant, ils n'ont pas satisfait au deuxième volet, qui les oblige à démontrer qu'ils « n'ont dans le litige aucun intérêt personnel, propriétaire ou pécuniaire qui justifierait l'instance pour des raisons d'ordre économique » : *Carter*, par. 140. Nous sommes d'accord avec les intimés pour dire que les appelants ont un intérêt pécuniaire dans le litige, puisqu'ils réclament des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* : *S.A. c. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 CSC 4, [2019] 1 R.C.S. 99, par. 70. Qui plus est, ils n'ont pas démontré qu'ils auraient été incapables de financer la présente instance sans aide financière privée; de fait, ils n'abordent même pas cette question dans leurs observations.

[344] Nous convenons également avec les intimés qu'il y a lieu d'établir une distinction entre la présente espèce et l'arrêt *Rose-des-vents*. Premièrement,

various declarations and the requests for *Charter* damages. In contrast, in *Rose-des-vents*, the parents sought “a simple declaration of a lack of equivalence under s. 23, without seeking a positive remedy at the outset”: para. 88. Further, the trial judge in *Rose-des-vents* had awarded special costs, whereas the trial judge here declined to do so. Given the highly discretionary nature of costs, an appeal court should be loath to interfere absent a clear error.

IV. Conclusion

[345] We would allow the appeal in part, and set aside the judgment of the Court of Appeal, for the reasons set out above. We would make the following declarations:

- a) Rights holders under s. 23 of the *Charter* living in the Proposed Burnaby Catchment Area are entitled to have their elementary-age children receive a minority language education in homogeneous facilities with space for 175 students (or such other numbers as the parties agree to) that provide them with a global educational experience of a quality that is substantively equivalent to the educational experience offered at local majority language elementary schools;
- b) Rights holders under s. 23 of the *Charter* living in the Northeast Vancouver Catchment Area are entitled to have their elementary-age children receive a minority language education in homogeneous facilities with space for 270 students (or such other numbers as the parties agree to) that provide them with a global educational experience of a quality that is substantively equivalent to the educational experience offered at local majority language elementary schools;
- c) Rights holders under s. 23 of the *Charter* living in the East Victoria Catchment Area are entitled to have their elementary-age children receive a minority language education in homogeneous facilities with space for 275 students (or such

la réparation sollicitée en l’espèce est beaucoup plus large vu les divers jugements déclaratoires et demandes de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. À l’opposé, dans l’arrêt *Rose-des-vents*, les parents ont demandé « un simple jugement déclarant qu’il n’y avait pas d’équivalence au sens de l’art. 23, sans chercher à obtenir au départ une réparation concrète » : par. 88. En outre, dans cet arrêt, le juge de première instance avait octroyé des dépens spéciaux, alors qu’en l’espèce, la juge de première instance a refusé de le faire. Vu la nature hautement discrétionnaire des dépens, une cour d’appel devrait, sauf en présence d’une erreur manifeste, hésiter à intervenir.

IV. Conclusion

[345] Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi en partie et d’annuler le jugement de la Cour d’appel pour les motifs exposés précédemment. Nous prononcerions les jugements déclaratoires suivants :

- a) les ayants droit au titre de l’art. 23 de la *Charte* qui vivent dans le secteur de fréquentation proposé de Burnaby sont en droit de faire instruire leurs enfants d’âge primaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir 175 élèves (ou tout autre nombre dont conviennent les parties) et qui fournit à ces derniers une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles élémentaires avoisinantes de la majorité;
- b) les ayants droit au titre de l’art. 23 de la *Charte* qui vivent dans le secteur de fréquentation de Vancouver Nord-Est sont en droit de faire instruire leurs enfants d’âge primaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir 270 élèves (ou tout autre nombre dont conviennent les parties) et qui fournit à ces derniers une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles élémentaires avoisinantes de la majorité;
- c) les ayants droit au titre de l’art. 23 de la *Charte* qui vivent dans le secteur de fréquentation de Victoria Est sont en droit de faire instruire leurs enfants d’âge primaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir 275 élèves (ou

- other numbers as the parties agree to) that provide them with a global educational experience of a quality that is substantively equivalent to the educational experience offered at local majority language elementary schools;
- d) Rights holders under s. 23 of the *Charter* living in the West Victoria Catchment Area are entitled to have their elementary-age children receive a minority language education in homogeneous facilities with space for 299 students (or such other numbers as the parties agree to) that provide them with a global educational experience of a quality that is substantively equivalent to the educational experience offered at local majority language elementary schools;
- e) Rights holders under s. 23 of the *Charter* living in the Proposed Abbotsford Elementary Catchment Area with regards to elementary-age children and in the Proposed Fraser Valley Secondary Catchment Area with regards to secondary-age children are entitled to receive a minority language education in a homogeneous elementary/secondary school in Abbotsford with space for 85 elementary-age students and 120 secondary-age students (or such other numbers as the parties agree to) that provide them with a global educational experience of a quality that is substantively equivalent to the educational experience offered at local majority language elementary and secondary schools respectively, for that same level of service;
- f) Rights holders under s. 23 of the *Charter* living in the North Victoria Catchment Area are entitled to have their elementary-age children receive a minority language education in homogeneous facilities with space for 98 students (or such other numbers as the parties agree to) that provide them with a global educational experience of a quality that is substantively equivalent to the educational experience offered at local majority language elementary schools;
- g) Rights holders under s. 23 of the *Charter* living in the Squamish Catchment Area are entitled to have their elementary-age children receive a minority language education in homogeneous
- tout autre nombre dont conviennent les parties) et qui fournit à ces derniers une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles élémentaires avoisinantes de la majorité;
- d) les ayants droit au titre de l'art. 23 de la *Charte* qui vivent dans le secteur de fréquentation de Victoria Ouest sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir 299 élèves (ou tout autre nombre dont conviennent les parties) et qui fournit à ces derniers une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles élémentaires avoisinantes de la majorité;
- e) les ayants droit au titre de l'art. 23 de la *Charte* qui vivent dans le secteur de fréquentation proposé d'Abbotsford (élémentaire), en ce qui concerne les enfants d'âge primaire, et dans le secteur proposé de fréquentation de la vallée du Fraser (secondaire), en ce qui concerne les enfants d'âge secondaire, sont en droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité à une école élémentaire/secondaire homogène à Abbotsford pouvant accueillir 85 élèves du primaire et 120 élèves du secondaire (ou tout autre nombre dont conviennent les parties) et qui fournit à ces derniers une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles élémentaires et secondaires avoisinantes de la majorité, respectivement, pour le niveau de services auquel ils ont droit;
- f) les ayants droit au titre de l'art. 23 de la *Charte* qui vivent dans le secteur de fréquentation de Victoria Nord sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir 98 élèves (ou tout autre nombre dont conviennent les parties) et qui fournit à ces derniers une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles élémentaires avoisinantes de la majorité;
- g) les ayants droit au titre de l'art. 23 de la *Charte* qui vivent dans le secteur de fréquentation de Squamish sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire dans une école homogène

- facilities with space for 135 students (or such other numbers as the parties agree to) that provide them with a global educational experience of a quality that is substantively equivalent to the educational experience offered at local majority language elementary schools;
- h) Rights holders under s. 23 of the *Charter* living in the Sechelt Catchment Area are entitled to have their elementary-age children receive a minority language education in homogeneous facilities with space for 90 students (or such other numbers as the parties agree to) that provide them with a global educational experience of a quality that is substantively equivalent to the educational experience offered at local majority language elementary schools;
- i) Rights holders under s. 23 of the *Charter* living in the Penticton Catchment Area are entitled to have their elementary-age and middle school-age children receive a minority language education in homogeneous facilities with space for 175 students (or such other numbers as the parties agree to) that provide them with a global educational experience of a quality that is substantively equivalent to the educational experience offered at local majority language elementary and middle schools;
- j) Rights holders under s. 23 of the *Charter* living in the Pemberton Catchment Area are entitled to have their elementary-age children receive a minority language education with access to core facilities with space for 55 students (or such other numbers as the parties agree to) that provide them with a global educational experience of a quality that is substantively equivalent to the educational experience offered at local majority language elementary schools for that same level of service;
- k) The services currently provided to rights holders living in the Pemberton Catchment Area do not allow the CSF to offer a global educational experience that is substantively equivalent to that offered at local majority language elementary schools for that same level of service;
- de la minorité pouvant accueillir 135 élèves (ou tout autre nombre dont conviennent les parties) et qui fournit à ces derniers une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles élémentaires avoisinantes de la majorité;
- h) les ayants droit au titre de l'art. 23 de la *Charte* qui vivent dans le secteur de fréquentation de Sechelt sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir 90 élèves (ou tout autre nombre dont conviennent les parties) et qui fournit à ces derniers une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles élémentaires avoisinantes de la majorité;
- i) les ayants droit au titre de l'art. 23 de la *Charte* qui vivent dans le secteur de fréquentation de Penticton sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire et d'âge intermédiaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir 175 élèves (ou tout autre nombre dont conviennent les parties) et qui fournit à ces derniers une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles élémentaires et intermédiaires avoisinantes de la majorité;
- j) les ayants droit au titre de l'art. 23 de la *Charte* qui vivent dans le secteur de fréquentation de Pemberton sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire dans la langue de la minorité et d'avoir accès à des installations de base pouvant accueillir 55 élèves (ou tout autre nombre dont conviennent les parties) et qui fournit à ces derniers une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles élémentaires avoisinantes de la majorité pour ce même niveau de services;
- k) les services actuellement fournis aux ayants droit qui vivent dans le secteur de fréquentation de Pemberton ne permettent pas au CSF d'offrir une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles élémentaires avoisinantes de la majorité pour ce même niveau de services;

- l) Rights holders under s. 23 of the *Charter* living in the Whistler Catchment Area are entitled to have their elementary-age children receive a minority language education with access to core facilities with space for 85 students (or such other numbers as the parties agree to) that provide them with a global educational experience of a quality that is substantively equivalent to the educational experience offered at local majority language elementary schools for that same level of service;
- m) Rights holders under s. 23 of the *Charter* living in the current École de L'Anse-au-sable Catchment Area (Kelowna) are entitled to have their secondary-age children receive a minority language education with access to core facilities with space for 80 students (or such other numbers as the parties agree to) that provide them with a global educational experience of a quality that is substantively equivalent to the educational experience offered at local majority language secondary schools for that same level of service;
- n) Rights holders under s. 23 of the *Charter* living in the Nanaimo Catchment Area are entitled to have their secondary-age children receive a minority language education with access to core facilities with space for 70 students (or such other numbers as the parties agree to) that provide them with a global educational experience of a quality that is substantively equivalent to the educational experience offered at local majority language secondary schools for that same level of service;
- o) The services currently provided to rights holders living in the Nanaimo Catchment Area do not allow the CSF to offer a global educational experience that is substantively equivalent to that offered at local majority language secondary schools for that same level of service;
- p) Rights holders under s. 23 of the *Charter* living in the École Élémentaire La Vérendrye Catchment Area (Chilliwack) are entitled to have their elementary-age children receive a
- l) les ayants droit au titre de l'art. 23 de la *Charte* qui vivent dans le secteur de fréquentation de Whistler sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire dans la langue de la minorité et d'avoir accès à des installations de base pouvant accueillir 85 élèves (ou tout autre nombre dont conviennent les parties) et qui fournit à ces derniers une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles élémentaires avoisinantes de la majorité pour ce même niveau de services;
- m) les ayants droit au titre de l'art. 23 de la *Charte* qui vivent dans le secteur de fréquentation actuel de l'école de l'Anse-au-sable (Kelowna) sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge secondaire dans la langue de la minorité et d'avoir accès à des installations de base pouvant accueillir 80 élèves (ou tout autre nombre dont conviennent les parties) et qui fournit à ces derniers une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles secondaires avoisinantes de la majorité pour ce même niveau de services;
- n) les ayants droit au titre de l'art. 23 de la *Charte* qui vivent dans le secteur de fréquentation de Nanaimo sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge secondaire dans la langue de la minorité et d'avoir accès à des installations de base pouvant accueillir 70 élèves (ou tout autre nombre dont conviennent les parties) et qui fournit à ces derniers une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles secondaires avoisinantes de la majorité pour ce même niveau de services;
- o) les services actuellement fournis aux ayants droit qui vivent dans le secteur de fréquentation de Nanaimo ne permettent pas au CSF d'offrir une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles secondaires avoisinantes de la majorité pour ce même niveau de services;
- p) les ayants droit au titre de l'art. 23 de la *Charte* qui vivent dans le secteur de fréquentation de l'école élémentaire La Vérendrye (Chilliwack) sont en droit de faire instruire leurs enfants

minority language education with access to core facilities with space for 60 students (or such other numbers as the parties agree to) that provide them with a global educational experience of a quality that is substantively equivalent to the educational experience offered at local majority language elementary schools for that same level of service;

- q) The services currently provided to rights holders living in the École Élémentaire La Vérendrye Catchment Area (Chilliwack) do not allow the CSF to offer a global educational experience that is substantively equivalent to that offered at local majority elementary schools for that same level of service;
- r) Rights holders under s. 23 of the *Charter* who live in the Proposed Mission Catchment Area are entitled to have their elementary-age children receive a minority language education in homogeneous facilities with space for 65 to 100 students (or such other numbers as the parties agree to) that provide them with a global educational experience of a quality that is substantively equivalent to the educational experience offered at local majority language elementary schools; and
- s) The physical education facilities currently provided to rights holders living in the Proposed Mission Catchment Area do not allow the CSF to offer a global educational experience that is substantively equivalent to that offered in local majority elementary schools.

[346] The trial judge's damages award for the transportation funding breach is reinstated, and the Court orders the respondents to pay \$6 million in damages to the appellants over a period of ten years, to compensate for the chronic underfunding of its transportation system between 2002-03 and 2011-12.

[347] We would also order the respondents to pay damages of \$1.1 million for the breach of s. 23

d'âge primaire dans la langue de la minorité et d'avoir accès à des installations de base pouvant accueillir 60 élèves (ou tout autre nombre dont conviennent les parties) et qui fournit à ces derniers une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles élémentaires avoisinantes de la majorité pour ce même niveau de services;

- q) les services actuellement fournis aux ayants droit qui vivent dans le secteur de fréquentation de l'école élémentaire La Vérendrye (Chilliwack) ne permettent pas au CSF d'offrir une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles élémentaires avoisinantes de la majorité pour ce même niveau de services;
- r) les ayants droit au titre de l'art. 23 de la *Charte* qui vivent dans le secteur de fréquentation proposé de Mission sont en droit de faire instruire leurs enfants d'âge primaire dans une école homogène de la minorité pouvant accueillir de 65 à 100 élèves (ou tout autre nombre dont conviennent les parties) et qui fournit à ces derniers une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles élémentaires avoisinantes de la majorité;
- s) les installations d'éducation physique fournies aux ayants droit qui vivent dans le secteur de fréquentation proposé de Mission ne permettent pas au CSF d'offrir une expérience éducative globale réellement équivalente à celle offerte dans les écoles élémentaires avoisinantes de la majorité.

[346] Les dommages-intérêts accordés par la juge de première instance pour la violation relative au financement du transport sont rétablis et la Cour ordonne aux intimés de payer six millions de dollars en dommages-intérêts aux appelants sur une période de dix ans pour l'indemniser du sous-financement chronique du système de transport entre 2002-2003 et 2011-2012.

[347] Nous ordonnerions en outre aux intimés de payer 1,1 million de dollars en dommages-intérêts

arising from the Province's application of the AFG Rural Factor.

[348] The appellants are entitled to their costs in this Court and in the courts below.

Appeal allowed in part with costs, BROWN and ROWE JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellants: Gall Legge Grant Zwack, Vancouver; Juristes Power, Vancouver.

Solicitor for the respondents: Ministry of Attorney General Legal Services Branch, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Department of Justice and Public Safety, Charlottetown.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Department of Justice and Public Safety, St. John's.

Solicitor for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories: Department of Justice, Yellowknife.

Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada: Office of the Commissioner of Official Languages in Canada, Gatineau.

Solicitors for the intervener the Quebec Community Groups Network: Conway Baxter Wilson, Ottawa.

pour la violation de l'art. 23 découlant de l'application, par la Province, du facteur rural de l'AFG.

[348] Les appelants ont droit à leurs dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens, les juges BROWN et ROWE sont dissidents en partie.

Procureurs des appelants : Gall Legge Grant Zwack, Vancouver; Juristes Power, Vancouver.

Procureur des intimés : Ministère du procureur général Direction des services juridiques, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard : Département de la Justice et de la Sécurité publique, Charlottetown.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Department of Justice and Public Safety, St. John's.

Procureur de l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest : Department of Justice, Yellowknife.

Procureur de l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles du Canada, Gatineau.

Procureurs de l'intervenant le Réseau des groupes communautaires du Québec : Conway Baxter Wilson, Ottawa.

Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.

Solicitor for the interveners Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick inc. and Association des enseignantes et enseignants francophones du Nouveau-Brunswick inc.: Université de Moncton, Moncton.

Solicitors for the intervener Fédération nationale des conseils scolaires francophones: Miller Thomson, Regina.

Solicitors for the interveners Association des parents de l'école Rose-des-Vents and Association des parents de l'école des Colibris: Nicolas M. Rouleau Professional Corporation, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association for Progress in Justice: IMK, Montréal.

Solicitors for the interveners Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick and Fédération des conseils d'éducation du Nouveau-Brunswick: Pink Larkin, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs: Public Interest Law Centre, Winnipeg.

Solicitors for the intervener Commission nationale des parents francophones: Larochelle Law, Whitehorse.

Solicitors for the intervener Conseil scolaire francophone provincial de Terre-Neuve-et-Labrador: Lidstone & Company, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Canadian Francophonie Research Chair in Language Rights: University of Ottawa, Ottawa.

Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : University of Toronto, Toronto.

Procureur des intervenantes l'Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick inc. et l'Association des enseignantes et enseignants francophones du Nouveau-Brunswick inc. : Université de Moncton, Moncton.

Procureurs de l'intervenante la Fédération nationale des conseils scolaires francophones : Miller Thomson, Regina.

Procureurs des intervenantes l'Association des parents de l'école Rose-des-Vents et l'Association des parents de l'école des Colibris : Nicolas M. Rouleau, Société professionnelle, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Association for Progress in Justice : IMK, Montréal

Procureurs des intervenantes la Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick et la Fédération des conseils d'éducation du Nouveau-Brunswick : Pink Larkin, Fredericton.

Procureur de l'intervenante Assembly of Manitoba Chiefs : Public Interest Law Centre, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante la Commission nationale des parents francophones : Larochelle Law, Whitehorse.

Procureurs de l'intervenant le Conseil scolaire francophone provincial de Terre-Neuve-et-Labrador : Lidstone & Company, Vancouver.

Procureur de l'intervenante la Chaire de recherche sur la francophonie canadienne en droits et enjeux linguistiques : Université d'Ottawa, Ottawa.