

**Yukon Francophone School Board,
Education Area #23** *Appellant*

v.

**Attorney General of the
Yukon Territory** *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec,
Attorney General of British Columbia,
Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of the Northwest
Territories, Commissioner of
Official Languages of Canada,
Conseil scolaire francophone de la
Colombie-Britannique,
Fédération des parents francophones
de Colombie-Britannique,
Fédération des parents francophones
de l'Alberta, Fédération nationale
des conseils scolaires francophones and
Fédération des communautés francophones
et acadienne du Canada** *Intervenors*

**INDEXED AS: YUKON FRANCOPHONE SCHOOL
BOARD, EDUCATION AREA #23 v. YUKON
(ATTORNEY GENERAL)**

2015 SCC 25

File No.: 35823.

2015: January 21; 2015: May 14.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein,
Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
YUKON**

Courts — Judges — Impartiality — Reasonable apprehension of bias — Allegation that judge's comments and interventions at trial as well as his community involvement before and after appointment as a judge gave rise to reasonable apprehension of bias — Whether judge's conduct and community involvement raised reasonable apprehension of bias.

**Commission scolaire francophone du Yukon,
district scolaire #23** *Appelante*

c.

**Procureure générale du Territoire
du Yukon** *Intimée*

et

**Procureure générale du Québec, procureur
général de la Colombie-Britannique,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général des Territoires
du Nord-Ouest, commissaire aux
langues officielles du Canada,
Conseil scolaire francophone de la
Colombie-Britannique,
Fédération des parents francophones
de Colombie-Britannique,
Fédération des parents francophones
de l'Alberta, Fédération nationale
des conseils scolaires francophones et
Fédération des communautés francophones
et acadienne du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : COMMISSION SCOLAIRE
FRANCOPHONE DU YUKON, DISTRICT SCOLAIRE #23
c. YUKON (PROCUREURE GÉNÉRALE)**

2015 CSC 25

N° du greffe : 35823.

2015 : 21 janvier; 2015 : 14 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,
Rothstein, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU YUKON

Tribunaux — Juges — Impartialité — Crainte raisonnée de partialité — Allégation que les commentaires et les interventions du juge au procès ainsi que son engagement dans la communauté tant avant qu'après sa nomination à titre de juge suscitaient une crainte raisonnable de partialité — Le comportement du juge et son engagement dans la communauté suscitaient-ils une crainte raisonnable de partialité?

Constitutional law — Charter of Rights — Whether school board can unilaterally decide to admit students who are not covered by s. 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

The Yukon Francophone School Board is the first and only school board in the Yukon. It has responsibility for one school, École Émilie-Tremblay, a French-language school founded in 1984. In 2009, the Board sued the Yukon government for what it claimed were deficiencies in the provision of minority language education. The trial judge ruled in the Board's favour on most issues.

The Court of Appeal concluded that there was a reasonable apprehension of bias on the part of the trial judge based on a number of incidents during the trial as well as the trial judge's involvement as a governor of a philanthropic francophone community organization in Alberta. Accordingly, it ordered a new trial except on three issues, only two of which were appealed to this Court: the trial judge's conclusion that, under s. 23 of the *Charter*, the Board had the unilateral right to set admission criteria so as to include students who are not covered by s. 23; and the trial judge's decision that the Yukon is required to communicate with the Board in French.

Held: The appeal from the Court of Appeal's conclusion that there was a reasonable apprehension of bias requiring a new trial is dismissed, but the Board's claims pursuant to the *Languages Act* should be joined with the other issues remitted by the Court of Appeal for determination at a new trial.

The test for a reasonable apprehension of bias is what would a reasonable, informed person think. The objective is to protect public confidence in the legal system by ensuring not only the reality, but the appearance of a fair adjudicative process. Impartiality and the absence of bias have developed as both legal and ethical requirements. Judges are required — and expected — to approach every case with impartiality and an open mind. Because there is a presumption of judicial impartiality, the test for a reasonable apprehension of bias requires a real likelihood or probability of bias. Judicial impartiality and neutrality do not mean that a judge must have no prior conceptions, opinions or sensibilities. Rather, they require that the judge's identity and experiences not close his or her mind to the evidence and issues. The reasonable apprehension of bias test recognizes that while judges must strive for impartiality, they are not required to abandon who they are or what

Droit constitutionnel — Charte des droits — La commission scolaire peut-elle décider unilatéralement d'admettre des élèves qui ne sont pas visés par l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés?

La Commission scolaire francophone du Yukon est la première et la seule commission scolaire de ce territoire. Elle ne gère qu'une seule école, l'école Émilie-Tremblay, une école de langue française fondée en 1984. En 2009, la Commission a intenté une poursuite contre le gouvernement du Yukon pour ce qui, selon elle, constituait des failles dans la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité. Le juge du procès a tranché en faveur de la Commission sur la plupart des points.

La Cour d'appel a conclu qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité de la part du juge du procès en raison de plusieurs incidents survenus durant le procès ainsi que de l'engagement du juge à titre de gouverneur d'un organisme communautaire philanthropique francophone en Alberta. Par conséquent, elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès sauf à l'égard de trois questions, dont seulement deux font l'objet du pourvoi devant notre Cour : la conclusion du juge du procès selon laquelle l'art. 23 de la *Charte* accorde à la Commission le droit unilatéral de fixer les critères d'admission de manière à ce que ceux-ci s'appliquent aux élèves non visés par l'art. 23; la décision du juge du procès que le Yukon est tenu de communiquer avec la Commission en français.

Arrêt : L'appel interjeté à l'encontre de la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il existe une crainte raisonnable de partialité nécessitant la tenue d'un nouveau procès est rejeté, mais les demandes de la Commission fondées sur la *Loi sur les langues* doivent être jointes aux autres questions renvoyées à la Cour d'appel pour décision à l'issue d'un nouveau procès.

Le critère applicable pour déterminer s'il existe une crainte raisonnable de partialité est de savoir à quelle conclusion en arriverait une personne raisonnable et bien renseignée. L'objectif est de préserver la confiance du public dans le système juridique en assurant non seulement l'existence, mais l'apparence d'un processus décisionnel juste. Les notions d'impartialité et d'absence de préjugé sont devenues des exigences tant juridiques qu'éthiques. Les juges doivent — et sont censés — aborder toute affaire avec impartialité et un esprit ouvert. Puisqu'il y a une présomption d'impartialité judiciaire, le critère servant à déterminer s'il existe une crainte raisonnable de partialité exige une réelle probabilité de partialité. L'impartialité et la neutralité judiciaires ne signifient pas que le juge ne doit avoir aucune conception, opinion ou sensibilité préexistante. Ces notions requièrent plutôt que l'identité et l'expérience du juge ne l'empêchent pas de

they know. A judge's identity and experiences are an important part of who he or she is, and neither neutrality nor impartiality is inherently compromised by them. Judges should be encouraged to experience, learn and understand "life" — their own and those whose lives reflect different realities. The ability to be open-minded is enhanced by such knowledge and understanding. Impartiality thus demands not that a judge discount or disregard his or her life experiences or identity, but that he or she approach each case with an open mind, free from inappropriate and undue assumptions.

In the present case, the threshold for a finding of a reasonable apprehension of bias has been met. In addition to several disparaging and disrespectful remarks made by the trial judge and directed at counsel for the Yukon, several incidents occurred which, when viewed in the circumstances of the entire trial, lead inexorably to this conclusion.

The first was the trial judge's conduct during an incident where counsel for the Yukon attempted to cross-examine a witness based on confidential information contained in student files. After hearing some argument on the confidentiality issue, the trial judge told counsel he would entertain additional arguments on the matter the following day. However, he started the next day's proceedings with a ruling unfavourable to the Yukon and without giving the parties an opportunity to present further argument. While this by itself is unwise, the trial judge's refusal to hear the Yukon's arguments after his ruling, and his reaction to counsel, are more disturbing. He both characterized the Yukon's behaviour as reprehensible and accused counsel for the Yukon of playing games. Viewed in the context of the entire record, the trial judge's conduct was troubling and problematic.

The trial judge's treatment of the Yukon's request to submit affidavit evidence from a witness who had suffered a stroke was also improper. The judge accused counsel for the Yukon of trying to delay the trial, criticized him for waiting half-way through the trial to make the application, suggested that the incident amounted to bad faith on the part of the government, and warned counsel for the Yukon that he could be ordered to pay costs personally if he brought the application. There was no basis for the accusations and criticism levelled at counsel and, viewed in the

faire preuve d'ouverture d'esprit à l'égard de la preuve et des questions en litige. Le critère de la crainte raisonnable de partialité reconnaît que, bien que les juges doivent s'efforcer d'atteindre l'impartialité, ils ne sont pas tenus d'abandonner ce qu'ils savent. L'identité et l'expérience du juge forment une partie importante de qui il est, et ces deux aspects ne compromettent intrinsèquement ni la neutralité ni l'impartialité. Les juges devraient être encouragés à expérimenter, à apprendre et à saisir la « vie » : la leur et celles d'autrui qui témoignent d'autres réalités. La capacité d'être ouvert d'esprit est renforcée par ces connaissances et cette compréhension. L'impartialité exige donc, non pas qu'un juge passe sous silence ou néglige son vécu ou son identité, mais qu'il aborde chaque affaire avec un esprit ouvert, sans supposition inopportune et injustifiée.

En l'espèce, le critère applicable pour conclure à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité a été satisfait. Outre les commentaires désobligeants et irrespectueux que le juge du procès a faits envers l'avocat du Yukon, il s'est produit plusieurs incidents qui, lorsqu'examinés dans les circonstances du procès en entier, mènent inexorablement à cette conclusion.

Tout d'abord, il y a le comportement du juge du procès au cours d'un incident durant lequel l'avocat du Yukon a tenté de contre-interroger un témoin sur la foi des renseignements confidentiels figurant dans les dossiers d'élèves. Après avoir entendu quelques arguments sur la question de la confidentialité, le juge du procès a dit aux avocats qu'il entendrait d'autres arguments sur cette question le lendemain. Il a cependant ouvert l'audience le jour suivant en rendant une décision défavorable au Yukon et sans donner aux parties l'occasion de présenter d'autres arguments. Ce comportement est peu judicieux en soi, mais le refus du juge du procès d'entendre les arguments du Yukon après le prononcé de sa décision et sa réaction envers l'avocat sont plus troublants. Il a non seulement qualifié de répréhensible le comportement du Yukon, mais aussi accusé l'avocat du Yukon de jouer un petit jeu. Au vu de l'ensemble du dossier, le comportement du juge du procès était troublant et posait problème.

Le juge du procès a également réagi de manière inconvenante à la demande du Yukon visant à présenter par voie d'affidavit la déposition d'un témoin qui avait été victime d'un accident vasculaire cérébral. Le juge a accusé l'avocat du Yukon de tenter de retarder le procès, l'a réprimandé pour avoir attendu le milieu du procès avant de présenter la demande, a laissé entendre que l'incident équivalait à de la mauvaise foi de la part du gouvernement et averti l'avocat du Yukon qu'il pourrait être condamné personnellement aux dépens s'il présentait la demande.

context of the rest of the trial, this incident provides further support for a finding of a reasonable apprehension of bias.

Moreover, the trial judge's refusal to allow the Yukon to file a reply on costs is highly problematic in the overall context of the trial. After the release of his reasons on the merits, the trial judge required each party to file their costs submissions on the same day. To the Yukon's surprise, the Board sought not only solicitor-client costs, but also punitive damages and solicitor-client costs retroactive to 2002. The trial judge's refusal to allow the Yukon to file a reply factum is questionable, particularly in light of the fact that the Yukon could not have known the quantum of costs sought by the Board at the time it filed its factum. The judge's refusal is made all the more worrisome by his decision to award a lump-sum payment to the Board, in addition to retroactive costs.

All of these incidents, taken together and viewed in their context, would lead a reasonable and informed person to see the trial judge's conduct as giving rise to a reasonable apprehension of bias.

However, the Court of Appeal erred when it concluded that the trial judge's current service as a governor of the Fondation franco-albertaine substantially contributed to a reasonable apprehension of bias. Membership in an association affiliated with the interests of a particular race, nationality, religion, or language is not, without more, a basis for concluding that a perception of bias can reasonably be said to arise. Canada has devoted a great deal of effort to creating a more diverse bench. That very diversity should not operate as a presumption that a judge's identity closes the judicial mind.

In the present case, it is difficult to see how, based on the evidence, one could conclude that the Fondation franco-albertaine's vision could be said to "clearly align" with certain positions taken by Board in this case or that the trial judge's involvement in the organization foreclosed his ability to approach this case with an open mind. Standing alone, vague statements about the organization's mission and vision do not displace the presumption of impartiality. Although consideration of the trial judge's current role as governor of the Fondation franco-albertaine was a valid part of the contextual bias inquiry in this case, his involvement with an organization whose

Le juge n'avait aucune raison de proférer des accusations et des réprimandes à l'endroit de l'avocat et, lorsqu'on examine cet incident dans le contexte de la suite du procès, il étaye davantage la conclusion qu'il existe une crainte raisonnable de partialité.

De plus, le refus du juge du procès de permettre au Yukon de déposer une réponse concernant les dépens est très problématique dans le contexte global du procès. Après le prononcé de ses motifs sur le fond, le juge du procès a enjoint aux parties de présenter leurs mémoires des dépens le même jour. À la surprise du Yukon, la Commission a sollicité non seulement les dépens avocat-client, mais aussi des dépens punitifs et des dépens avocat-client remontant à 2002. Le refus du juge du procès de permettre au Yukon de présenter un mémoire en réplique est contestable, surtout compte tenu du fait que le Yukon ne pouvait connaître le montant des dépens sollicités par la Commission au moment où il a déposé son mémoire. Le refus du juge est d'autant plus inquiétant qu'il a décidé d'accorder une somme forfaitaire à la Commission, en plus des dépens rétroactifs.

Pris ensemble et situés dans leur contexte, tous ces incidents amèneraient une personne raisonnable et bien renseignée à estimer que le comportement du juge du procès fait naître une crainte raisonnable de partialité.

Cependant, la Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'exercice actuel, par le juge du procès, de la fonction de gouverneur de la Fondation franco-albertaine a largement contribué à une crainte raisonnable de partialité. L'appartenance à une association affiliée aux intérêts d'une race, d'une nationalité, d'une religion ou d'une langue en particulier ne peut servir de fondement, sans plus, pour conclure raisonnablement qu'il y a apparence de partialité. Le Canada a déployé beaucoup d'efforts pour se doter d'une magistrature plus diversifiée. Cette même diversité ne devrait pas faire office de présomption que l'identité du juge ferme l'esprit judiciaire.

En l'espèce, il est difficile de voir comment, au vu de la preuve, on pourrait conclure que la vision de la Fondation franco-albertaine pourrait « très bien s'harmoniser » avec certaines positions mises de l'avant par la Commission dans la présente affaire ou que l'engagement du juge du procès au sein de l'organisme l'empêchait d'aborder l'affaire avec un esprit ouvert. À elles seules, les déclarations vagues concernant la mission et la vision de l'organisme ne réfutent pas la présomption d'impartialité. Même si la prise en compte de la fonction de gouverneur de la Fondation franco-albertaine exercée présentement par le juge du procès faisait partie à juste

functions are largely undefined on the evidence cannot be said to give rise to a reasonable apprehension of bias.

The Court of Appeal's conclusion that the Board could not unilaterally decide whom to admit to its school should not be disturbed. There is no doubt that a province or territory can delegate the function of setting admission criteria for children of non-rights holders to a school board. This delegation can include granting a minority language school board wide discretion to admit the children of non-rights holders. In this case, however, the Yukon has not delegated the function of setting admission criteria for the children of non-rights holders to the Board. In the absence of any such delegation, there is no authority for the Board to unilaterally set admission criteria which are different from what is set out in the territorial regulation applicable to French-language instruction.

This, however, does not preclude the Board from claiming that the Yukon has insufficiently ensured compliance with s. 23, and nothing stops the Board from arguing that the Yukon's approach to admissions prevents the realization of s. 23's purpose.

Finally, it is unclear why the Court of Appeal decided that this case was not a suitable vehicle for determination of rights under the Yukon's *Languages Act*. The Board's claims raise significant factual issues that may well lead to a finding that parts of the claims were justified and should be determined at the new trial with the benefit of a full evidentiary record.

Cases Cited

Discussed: *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; **referred to:** *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539; *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303, rev'g on other grounds (2001), 53 O.R. (3d) 641; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Cojocaru v. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 SCC 30, [2013] 2 S.C.R. 357; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [1999] 3 S.C.R. 851; *Brouillard v. The Queen*, [1985]

titre de l'analyse contextuelle de la partialité en l'espèce, son engagement dans un organisme, dont les attributions sont en grande partie indéfinies d'après la preuve, ne saurait faire naître une crainte raisonnable de partialité.

Il n'y a pas lieu de modifier la conclusion de la Cour d'appel que la Commission n'était pas habilitée à décider unilatéralement qui pouvait être admis à son école. Il ne fait aucun doute qu'une province ou un territoire puisse déléguer à une commission scolaire la fonction de fixer les critères d'admission à l'égard des enfants de non-ayants droit. Par cette délégation, on peut conférer à une commission scolaire de la minorité linguistique un large pouvoir discrétionnaire pour admettre les enfants de non-ayants droit. En l'espèce, toutefois, le Yukon n'a pas délégué à la Commission la fonction de fixer les critères d'admission à l'égard des enfants de non-ayants droit. À défaut d'une telle délégation, la Commission n'a pas le pouvoir de fixer unilatéralement des critères d'admission différents de ceux établis dans le règlement territorial applicable à l'instruction en français.

La Commission n'est pas pour autant empêchée de faire valoir que le Yukon n'a pas assuré suffisamment le respect de l'art. 23 et rien ne l'empêche de soutenir que l'approche adoptée par le Yukon à l'égard des admissions fait obstacle à la réalisation de l'objet de l'art. 23.

Enfin, on ne voit pas pourquoi la Cour d'appel a décidé que la présente affaire ne se prêtait pas à la définition des droits conférés par la *Loi sur les langues* du Yukon. Les demandes de la Commission fondées sur la *Loi sur les langues* soulèvent des questions de fait importantes qui pourraient fort bien mener à la conclusion que des parties des demandes étaient justifiées et que ces demandes devraient être tranchées lors du nouveau procès à la lumière d'un dossier de preuve complet.

Jurisprudence

Arrêt analysé : *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; **arrêts mentionnés :** *Committee for Justice and Liberty c. Office nationale de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539; *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303, inf. pour d'autres motifs (2001), 53 O.R. (3d) 641; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Cojocaru c. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 CSC 30, [2013] 2 R.C.S. 357; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [1999]

1 S.C.R. 39; *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *Take and Save Trading CC v. Standard Bank of SA Ltd.*, 2004 (4) S.A. 1; *South African Commercial Catering and Allied Workers Union v. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)*, 2000 (3) S.A. 705; *Locabail (U.K.) Ltd. v. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia*, 2013 SCC 42, [2013] 2 S.C.R. 774.

Statutes and Regulations Cited

Access to Information and Protection of Privacy Act, R.S.Y. 2002, c. 1.
Alberta Act, S.C. 1905, c. 3 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 20), s. 17.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23.
Constitution Act, 1867, ss. 93, 93A.
Constitution Act, 1982, s. 59.
Constitution Amendment, 1997 (Quebec), SI/97-141, s. 1.
Constitution Amendment, 1998 (Newfoundland Act), SI/98-25, s. 1(2).
Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 293.
Education Act, R.S.Y. 2002, c. 61.
Education Act, 1995, S.S. 1995, c. E-0.2, s. 144.
French First Language Instruction Regulations, P.E.I. Reg. EC480/98, s. 10.
French Language Instruction Regulation, Y.O.I.C. 1996/99, ss. 2, 9.
Languages Act, R.S.Y. 2002, c. 133, s. 6.
Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 8), s. 22.
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).
Public Schools Act, R.S.M. 1987, c. P250, s. 21.15(5).
Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 21), s. 17.
School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, s. 166.24.
Yukon Act, S.C. 2002, c. 7, s. 18(1)(o).

3 R.C.S. 851; *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *Take and Save Trading CC c. Standard Bank of SA Ltd.*, 2004 (4) S.A. 1; *South African Commercial Catering and Allied Workers Union c. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)*, 2000 (3) S.A. 705; *Locabail (U.K.) Ltd. c. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42, [2013] 2 R.C.S. 774.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 23.
French First Language Instruction Regulations, P.E.I. Reg. EC480/98, art. 10.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 93, 93A.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 59.
Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, c. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 8), art. 22.
Loi de 1995 sur l'éducation, L.S. 1995, c. E-0.2, art. 144.
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.Y. 2002, c. 1.
Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, c. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 20), art. 17.
Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, c. E.2, art. 293.
Loi sur l'éducation, L.R.Y. 2002, c. 61.
Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, c. 42 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 21), art. 17.
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 écoles publiques, L.R.M. 1987, c. P250, art. 21.15(5).
Loi sur les langues, L.R.Y. 2002, c. 133, art. 6.
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).
Modification constitutionnelle de 1997 (Québec), TR/97-141, art. 1.
Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve), TR/98-25, art. 1(2).
Règlement sur l'instruction en français, Y.D. 1996/99, art. 2, 9.
School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, art. 166.24.

Authors Cited

- Barak, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- Canadian Judicial Council. *Commentaries on Judicial Conduct*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991.
- Canadian Judicial Council. *Ethical Principles for Judges*. Ottawa: The Council, 1998.
- Cardozo, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, 1921.
- Laskin, Bora. "The Common Law is Alive and Well — And, Well?" (1975), 9 *L. Soc'y Gaz.* 92.
- Minow, Martha. "Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors" (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201.
- Webber, Jeremy. "The Limits to Judges' Free Speech: A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr Justice Berger" (1984), 29 *McGill L.J.* 369.

APPEAL from a judgment of the Yukon Court of Appeal (Groberman, Bennett and MacKenzie JJ.A.), 2014 YKCA 4, 351 B.C.A.C. 216, 599 W.A.C. 216, [2014] Y.J. No. 6 (QL), 2014 CarswellYukon 10 (WL Can.), setting aside a decision of Ouellette J., 2011 YKSC 57, [2011] Y.J. No. 132 (QL), 2011 CarswellYukon 67 (WL Can.), and ordering a new trial. Appeal largely dismissed.

Roger J. F. Lepage, Francis P. Poulin and André Poulin-Denis, for the appellant.

François Baril, Maxime Faille and Mark Pindera, for the respondent.

Dominique A. Jobin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Karrie Wolfe, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Alan F. Jacobson and Barbara C. Mysko, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Guy Régimbald, for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories.

Doctrine et autres documents cités

- Barak, Aharon. *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- Cardozo, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921.
- Conseil canadien de la magistrature. *Principes de déontologie judiciaire*, Ottawa, le Conseil, 1998.
- Conseil canadien de la magistrature. *Propos sur la conduite des juges* (trad. par E. Didier), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991.
- Laskin, Bora. « The Common Law is Alive and Well — And, Well? » (1975), 9 *L. Soc'y Gaz.* 92.
- Minow, Martha. « Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience : Bias and Impartiality of Judges and Jurors » (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201.
- Webber, Jeremy. « The Limits to Judges' Free Speech : A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr Justice Berger » (1984), 29 *R.D. McGill* 369.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Yukon (les juges Groberman, Bennett et MacKenzie), 2014 YKCA 4, 351 B.C.A.C. 216, 599 W.A.C. 216, [2014] Y.J. n° 110 (QL), 2014 CarswellYukon 11 (WL Can.), qui a annulé une décision du juge Ouellette, 2011 YKSC 57, [2011] Y.J. n° 132 (QL), 2011 CarswellYukon 64 (WL Can.), et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté en grande partie.

Roger J. F. Lepage, Francis P. Poulin et André Poulin-Denis, pour l'appelante.

François Baril, Maxime Faille et Mark Pindera, pour l'intimée.

Dominique A. Jobin, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Karrie Wolfe, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Alan F. Jacobson et Barbara C. Mysko, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Guy Régimbald, pour l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest.

Pascale Giguère and Mathew Croitoru, for the interveners the Commissioner of Official Languages of Canada.

Robert W. Grant, Q.C., Maxine Vincelette and David P. Taylor, for the interveners Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique and Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique.

Nicolas M. Rouleau and Sylvain Rouleau, for the interveners Fédération des parents francophones de l'Alberta.

Mark C. Power and Justin Dubois, for the interveners Fédération nationale des conseils scolaires francophones and Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — After a trial involving claims by the Yukon Francophone School Board about minority language education rights, the trial judge found that the Yukon government had failed to comply with its obligations under s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Based largely on the conduct of the trial judge, the Court of Appeal concluded that there was a reasonable apprehension of bias and ordered a new trial. That conduct is at the centre of this appeal.

Background

[2] The Yukon Francophone School Board was established in 1996 and is the first and only school board in the Yukon. Public schools are generally administered directly by the Yukon government in consultation with school councils. Under the *Education Act*, R.S.Y. 2002, c. 61, school boards have considerably more authority than school councils. The Yukon Francophone School Board has responsibility for one school, École Émilie-Tremblay, a French-language school founded in 1984.

Pascale Giguère et Mathew Croitoru, pour l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada.

Robert W. Grant, c.r., Maxine Vincelette et David P. Taylor, pour les intervenants le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique et la Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique.

Nicolas M. Rouleau et Sylvain Rouleau, pour l'intervenante la Fédération des parents francophones de l'Alberta.

Mark C. Power et Justin Dubois, pour les intervenantes la Fédération nationale des conseils scolaires francophones et la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — À l'issue d'un procès portant sur des demandes de la Commission scolaire francophone du Yukon concernant les droits à l'instruction dans la langue de la minorité, le juge du procès a conclu que le gouvernement du Yukon n'avait pas respecté les obligations que lui imposait l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Compte tenu en grande partie du comportement du juge du procès, la Cour d'appel a conclu qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Ce comportement est au cœur du présent pourvoi.

Contexte

[2] La Commission scolaire francophone du Yukon a été créée en 1996. C'est la première et la seule commission scolaire au Yukon. En général, les écoles publiques sont administrées directement par le gouvernement du Yukon en consultation avec les conseils scolaires. Selon la *Loi sur l'éducation*, L.R.Y. 2002, c. 61, les commissions scolaires ont beaucoup plus de pouvoirs que les conseils scolaires. La Commission scolaire francophone du Yukon ne gère qu'une seule école, l'école Émilie-Tremblay, une école de langue française fondée en 1984.

[3] In 2009, the Board sued the Yukon government for what it claimed were deficiencies in the provision of minority language education. The trial took place in two phases. A number of incidents occurred during the trial which set the stage for the bias argument in the Court of Appeal. It is worth noting that, even during the course of the trial, the Yukon was concerned about bias and brought a recusal motion on the ground that certain comments and decisions by the trial judge, as well as his involvement in the francophone community in Alberta both before and during his time as a judge, gave rise to a reasonable apprehension of bias. The trial judge dismissed the motion, finding that many of the acts complained of by the Yukon were procedural in nature and involved decisions of a discretionary nature. He also concluded that his involvement in the francophone community created no reasonable apprehension of bias, observing that counsel for the Yukon did not raise the issue when the case was assigned nor at an earlier point in the proceedings.

[4] The trial judge's decision on the merits touched on a number of issues, only two of which remain relevant in this appeal. He concluded that the Yukon had failed to give the Board adequate management and control of French-language education in accordance with s. 23 of the *Charter* and the *Education Act*, and that the Board had the authority to determine which students would be admitted to the French school, including those not expressly contemplated by s. 23 of the *Charter*. He also ordered the Yukon to communicate with and provide services to the Board in French, in compliance with s. 6 of the *Languages Act*, R.S.Y. 2002, c. 133. The Yukon government appealed.

[5] On appeal, the Court of Appeal noted that an apprehension of bias can arise either from what a judge says or does during a hearing, or from extrinsic evidence showing that the judge is likely to have strong predispositions preventing him or her from impartially considering the issues in the case.

[3] En 2009, la Commission a intenté une poursuite contre le gouvernement du Yukon pour ce qui, selon elle, constituait des failles dans la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité. Le procès s'est déroulé en deux volets. Plusieurs incidents survenus durant le procès ont ouvert la voie à l'allégation de partialité faite en Cour d'appel. Il convient de noter que, même durant le procès, le Yukon craignait que le juge du procès ne soit partial et a présenté une requête en récusation au motif que des commentaires et décisions du juge du procès ainsi que son engagement dans la communauté francophone de l'Alberta tant avant que pendant la période où il était juge suscitaient une crainte raisonnable de partialité. Le juge du procès a rejeté la requête, concluant que bon nombre des actes que lui reprochait le Yukon étaient de nature procédurale et touchaient des décisions discrétionnaires. Il a également conclu que son engagement dans la communauté francophone ne créait aucune crainte raisonnable de partialité et a fait remarquer que l'avocat du Yukon n'avait pas soulevé la question au moment où l'affaire lui avait été confiée, ni plus tôt durant l'instance.

[4] La décision du juge du procès sur le fond abordait plusieurs points, dont seulement deux demeurent pertinents en l'espèce. Il a conclu que le Yukon n'avait pas accordé à la Commission le niveau suffisant de gestion et de contrôle à l'égard de l'instruction en français conformément à l'art. 23 de la *Charte* et à la *Loi sur l'éducation*, et que la Commission avait le pouvoir de choisir les élèves qui seraient admis à l'école de langue française, y compris ceux qui ne sont pas expressément visés par l'art. 23 de la *Charte*. Il a également ordonné au Yukon de communiquer avec la Commission en français et de lui fournir des services dans cette langue, conformément à l'art. 6 de la *Loi sur les langues*, L.R.Y. 2002, c. 133. Le gouvernement du Yukon a interjeté appel de cette décision.

[5] En appel, la Cour d'appel a indiqué qu'une crainte de partialité peut découler soit des propos ou des actes d'un juge au cours d'une audience, soit d'une preuve extrinsèque démontrant que le juge, selon toute probabilité, a des prédispositions profondes qui l'empêchent d'examiner avec impartialité

After reviewing the transcript and the trial judge's written rulings, the Court of Appeal concluded that, based on a number of incidents as well as on the trial judge's involvement in the francophone community, the threshold for a finding that there was a reasonable apprehension of bias had been met. It referred to a number of problematic occurrences during the trial.

[6] The first related to an incident involving the confidentiality of student files. At one point during the trial, counsel for the Yukon, using information in student files, attempted to cross-examine a parent who testified that his children had transferred from the French school because it lacked special needs resources. Counsel for the Board objected, arguing in part that the files were confidential.

[7] The trial judge heard general submissions on the issue and expressed concern that the Yukon may have breached its confidentiality obligations by sharing the files with its counsel. He indicated, however, that the issue was very important and that he would entertain additional arguments the following morning. The next morning, rather than invite further submissions, the trial judge instead immediately commenced the proceedings by ruling that, by sharing the files, the Yukon appeared to have violated the *Education Act* and the *Access to Information and Protection of Privacy Act*, R.S.Y. 2002, c. 1. In the trial judge's view, such conduct was [TRANSLATION] "objectionable and reprehensible".

[8] After the ruling, counsel for the Yukon, who had intended to present further argument on the issue, reminded the trial judge that he had indicated the previous day that he would entertain additional submissions. The trial judge, however, refused to hear further argument, instead repeatedly asking counsel whether he had obtained consent to use the files. When counsel reminded the judge that both parties had disclosed many student records during the discovery process, the trial judge accused him of playing games.

les questions dont il est saisi. Après avoir lu la transcription du procès et les décisions écrites du juge du procès, la Cour d'appel a conclu qu'étant donné certains incidents et l'engagement du juge du procès dans la communauté francophone, le critère applicable pour conclure à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité avait été satisfait. Elle a fait état de nombreuses situations problématiques survenues pendant le procès.

[6] La première concernait un incident relatif à la confidentialité des dossiers d'élèves. À un moment donné durant le procès, l'avocat du Yukon, à l'aide de renseignements contenus dans les dossiers d'élèves, a tenté de contre-interroger un parent qui avait témoigné que ses enfants avaient quitté l'école de langue française car celle-ci manquait de ressources pour répondre aux besoins spéciaux. L'avocat de la Commission s'y est opposé, faisant notamment valoir que les dossiers étaient confidentiels.

[7] Le juge du procès a entendu des observations générales sur la question et s'est dit préoccupé par la possibilité que le Yukon ait manqué à ses obligations de confidentialité en communiquant les dossiers à son avocat. Il a toutefois indiqué que la question était très importante et qu'il entendrait d'autres arguments le lendemain matin. Le matin suivant, plutôt que d'inviter les avocats à présenter d'autres observations, le juge du procès a immédiatement ouvert l'audience en décidant que, par sa communication des dossiers, le Yukon avait semble-t-il violé la *Loi sur l'éducation* et la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.Y. 2002, c. 1. Aux dires du juge du procès, ce comportement était « reprochable et répréhensible ».

[8] À la suite de cette décision, l'avocat du Yukon, qui souhaitait présenter d'autres arguments sur la question, a rappelé au juge du procès qu'il avait indiqué la veille qu'il entendrait d'autres observations. Le juge du procès a toutefois refusé d'entendre d'autres arguments, demandant plutôt maintes fois à l'avocat s'il avait obtenu le consentement d'utiliser les dossiers. Lorsque l'avocat a rappelé au juge que les parties avaient toutes deux divulgué de nombreux dossiers d'élèves pendant les interrogatoires préalables, le juge du procès l'a accusé de jouer un petit jeu.

[9] In reviewing the incident, the Court of Appeal found that although there was no obvious explanation for the trial judge's decision to start the proceedings before hearing from counsel with a ruling suggesting that the Yukon had breached its confidentiality obligations by sharing the files, this by itself did not necessarily reflect an animus against the Yukon and its counsel. But his reaction to counsel's subsequent attempt to raise concerns and draw his attention to statutory provisions which had been overlooked, was more troubling. In the Court of Appeal's view, "[i]t [did] not appear that the judge's questions were genuinely directed at obtaining information; rather the impression left by the transcript is that the judge was, in effect, taunting counsel."

[10] Similarly, when another issue involving the confidentiality of student files arose again later in the trial, the Court of Appeal found that the trial judge's criticism that counsel's submissions lacked conviction and sincerity, was not justified. It was also concerned more generally that the trial judge's treatment of counsel "with a lack of respect on many occasions during the trial" contributed to the conclusion that there was a reasonable apprehension of bias.

[11] In another rebuke, the Court of Appeal was of the view that the trial judge's treatment of the Yukon's request to submit affidavit evidence from one of its witnesses was unwarranted. The Yukon anticipated calling Gordon DeBruyn, an employee with the Department of Education, to testify at the trial. Mr. DeBruyn, however, suffered a stroke just before the trial was to begin. The trial judge refused to grant the Yukon an adjournment, deciding instead to divide the trial into two phases, with the issues related to Mr. DeBruyn's anticipated evidence deferred to the second phase.

[12] Shortly after the second phase of the trial began, counsel for the Yukon told the trial judge that he would be seeking to submit the evidence of Mr. DeBruyn by affidavit because he had not yet fully recovered from his stroke. A letter from a speech

[9] En examinant l'incident, la Cour d'appel a conclu que, même si rien n'expliquait clairement pourquoi le juge du procès avait choisi d'ouvrir l'audience avant d'entendre l'avocat en rendant une décision qui porte à croire que le Yukon avait manqué à ses obligations de confidentialité en communiquant les dossiers, ce comportement ne témoignait pas en soi d'animosité envers le Yukon et son avocat. Mais sa réaction à la tentative ultérieure de l'avocat d'exprimer des préoccupations et de porter à son attention certaines dispositions législatives dont il n'avait pas tenu compte était plus troublante. Selon la Cour d'appel, « [i]l semble que les questions ne visaient pas véritablement l'obtention d'information; on dirait plutôt, d'après la transcription, que le juge défiait l'avocat. »

[10] De même, la Cour d'appel a conclu que, quand une autre question concernant la confidentialité des dossiers d'élèves a été soulevée plus tard au cours du procès, le juge du procès n'était pas fondé à reprocher à l'avocat le manque de conviction et de sincérité de ses observations. De façon plus générale, elle était également d'avis que le fait que le juge du procès ait « manqué de respect envers l'avocat du [Yukon] à de nombreuses reprises au cours du procès » a contribué à la conclusion qu'il existait une crainte raisonnable de partialité.

[11] Autre rebuffade, la Cour d'appel a estimé que la façon dont le juge du procès avait traité la demande du Yukon en vue de présenter la déposition d'un de ses témoins par voie d'affidavit était injustifiée. Le Yukon prévoyait appeler Gordon DeBruyn, un fonctionnaire du ministère de l'Éducation, à témoigner au procès. Toutefois, M. DeBruyn a été victime d'un accident vasculaire cérébral (AVC) juste avant l'ouverture du procès. Le juge du procès a refusé d'accorder un ajournement au Yukon et a plutôt décidé de diviser le procès en deux volets et de reporter l'étude des questions liées au témoignage prévu de M. DeBruyn au deuxième volet.

[12] Peu après le début du second volet du procès, l'avocat du Yukon a informé le juge du procès qu'il demanderait l'autorisation de présenter le témoignage de M. DeBruyn par voie d'affidavit parce que ce dernier ne s'était pas complètement remis de

pathologist confirmed that Mr. DeBruyn continued to experience mild residual aphasia and that being confronted with questions during cross-examination could cause stress that would exacerbate his communication difficulties.

[13] Criticizing counsel for not having determined the witness's condition earlier, the trial judge saw no basis for granting the request based on the letter from the speech pathologist. He noted that Mr. DeBruyn had returned to work and was present in the courtroom, and questioned whether he was, in fact, a necessary witness. While he told counsel that he could still bring the application, he also warned him that it could be viewed as an attempt to cause a delay in the proceedings which could result in an order for costs against him personally. Counsel accordingly decided not to make the application and Mr. DeBruyn did not testify. In describing the situation in his subsequent costs ruling, the trial judge found that the incident amounted to bad faith on the Yukon's part.

[14] The Court of Appeal disagreed. It found that there was no basis for concluding that Mr. DeBruyn was not an important witness or, given Mr. DeBruyn's ongoing recovery from his stroke, for criticizing counsel for waiting until the beginning of the second phase before indicating that he would be seeking to submit affidavit evidence. In accusing counsel of engaging in delaying tactics and threatening him with a personal order for costs, the trial judge's conduct was suggestive of bias.

[15] Moreover, the Court of Appeal found the trial judge's refusal to allow the Yukon to file reply costs submissions and his procedure for awarding costs to be "grossly unfair". After the release of his reasons on the merits, the trial judge gave each party 14 days to make costs submissions, to be submitted at the same time. When the Yukon got the Board's submissions, it asked the trial judge if it could file a reply because the Board sought not only solicitor-client costs, but, in addition, [TRANSLATION] "punitive costs" and costs

son AVC. La lettre d'une orthophoniste a confirmé que M. DeBruyn souffrait toujours d'une aphasie résiduelle légère et que se faire poser des questions pendant un contre-interrogatoire pourrait lui causer un stress qui aggraverait ses problèmes de communication.

[13] Réprimandant l'avocat pour ne pas avoir déterminé plus tôt l'état de santé du témoin, le juge du procès n'a vu aucune raison d'accueillir la demande sur le fondement de la lettre de l'orthophoniste. Il a fait remarquer que M. DeBruyn était retourné au travail et se trouvait dans la salle d'audience, et a mis en doute le fait même qu'il soit un témoin essentiel. Bien que le juge du procès ait dit à l'avocat qu'il pouvait tout de même présenter sa demande, il l'a également averti que cette demande pouvait être perçue comme une tentative de prolonger l'instance, ce qui pourrait donner lieu à une condamnation aux dépens contre lui personnellement. L'avocat a donc décidé de ne pas présenter sa demande et M. DeBruyn n'a pas témoigné. En décrivant la situation dans son jugement subséquent sur les dépens, le juge du procès a conclu que cet incident était un exemple de mauvaise foi de la part du Yukon.

[14] La Cour d'appel ne partageait pas cet avis. Selon elle, le juge du procès n'avait aucune raison de conclure que M. DeBruyn n'était pas un témoin important ni, compte tenu du rétablissement en cours de M. DeBruyn à la suite de son AVC, de critiquer l'avocat pour avoir attendu le début du second volet avant de faire savoir qu'il demanderait l'autorisation de présenter le témoignage par voie d'affidavit. En accusant l'avocat de se livrer à des tactiques dilatoires et en le menaçant de le condamner personnellement aux dépens, le juge du procès a agi de manière à laisser croire qu'il était partial.

[15] Par ailleurs, la Cour d'appel a conclu que le refus du juge du procès de permettre au Yukon de déposer une réponse concernant les dépens et la procédure qu'il a adoptée dans l'octroi des dépens étaient « nettement injuste[s] ». Après le prononcé de ses motifs sur le fond, le juge du procès a accordé aux parties 14 jours pour présenter leurs mémoires des dépens, et elles devaient les présenter en même temps. Lorsque le Yukon a reçu le mémoire de la Commission, il a demandé au juge

retroactive to 2002. The trial judge refused the request to make further submissions, instead asking the government provide him with [TRANSLATION] “the details of and schedule for the concessions [the Yukon] will still make to the [Board]”. Based in part on his view that the evidence demonstrated bad faith and numerous breaches of s. 23 of the *Charter*, the trial judge awarded the Board \$969,190 in costs on a solicitor-client basis as well as an additional “lump sum” of \$484,595 (50% of the solicitor-client costs).

[16] The Court of Appeal set aside the costs order. Acknowledging that a reasonable apprehension of bias with respect to the costs proceeding did not necessarily amount to a reasonable apprehension of bias at trial, it was nonetheless of the view that the Yukon should have been given the opportunity to reply because it could not reasonably have anticipated the unusually expansive costs claim advanced by the Board.

[17] As for the Yukon’s bias argument about the trial judge’s involvement in the francophone community in Alberta, the Court of Appeal concluded that the trial judge’s background *before* becoming a judge did not raise a reasonable apprehension of bias:

The fact that the judge in this case had experience in the provision of minority language education was, in fact, a positive attribute. He was able to approach the issues with important insights gained from his experience. [para. 181]

[18] On the other hand, the Court of Appeal found his involvement as a governor of the Fondation franco-albertaine while he was a judge on this case to be inappropriate. The Fondation franco-albertaine promoted a particular vision of the francophone community which, according to the Court of Appeal, would “clearly align it with some of the positions taken by the [Board] in this case”. If the trial judge wanted to

du procès s’il pouvait déposer une réponse parce que la Commission sollicitait non seulement les dépens procureur-client, mais aussi des « dépens punitifs » et des dépens remontant à 2002. Le juge du procès a refusé la demande de présentation d’une réponse, demandant plutôt au gouvernement de lui remettre « les détails et l’échéancier des concessions que [le Yukon] va toujours accorder à la [Commission scolaire] ». Le juge du procès a accordé à la Commission 969 190 \$ en dépens sur la base avocat-client ainsi qu’un « montant forfaitaire » additionnel de 484 595 \$ (50 % des dépens avocat-client), en partie parce qu’il estimait que la preuve démontrait la mauvaise foi du Yukon et l’existence de nombreuses violations de l’art. 23 de la *Charte*.

[16] La Cour d’appel a annulé l’ordonnance relative aux dépens. Reconnaissant qu’une crainte raisonnable de partialité à l’égard des dépens ne constituait pas nécessairement une crainte raisonnable de partialité lors du procès, elle était néanmoins d’avis que le Yukon aurait dû avoir l’occasion de répondre parce qu’il ne pouvait raisonnablement prévoir l’ampleur inhabituelle des dépens réclamés par la Commission.

[17] Quant à l’allégation de partialité présentée par le Yukon au sujet de l’engagement du juge du procès dans la communauté francophone de l’Alberta, la Cour d’appel a conclu que les antécédents du juge du procès *précédant* son accession à la magistrature ne suscitaient aucune crainte raisonnable de partialité :

L’expérience du juge de première instance dans l’instruction dans la langue de la minorité est, en l’espèce, un attribut positif. Il était en mesure d’aborder les questions avec une connaissance qui lui est propre et qui découle de son expérience. [par. 181]

[18] En revanche, la Cour d’appel a conclu que son engagement à titre de gouverneur de la Fondation franco-albertaine alors qu’il était saisi de la présente affaire était inconvenant. La Fondation franco-albertaine défendait une vision précise de la communauté francophone qui, selon la Cour d’appel, pourrait « très bien s’harmoniser avec certaines positions mises de l’avant par la [Commission] en

remain involved in the Fondation franco-albertaine, he had to refrain from sitting on cases such as the one under appeal. While there was nothing in the record suggesting that the Yukon knew or ought to have known about the judge's background, in the Court of Appeal's view, parties are not expected to research a judge's history and are entitled to assume that the judge will disclose anything of relevant concern about his or her background.

[19] Ultimately, the Court of Appeal concluded that the trial judge's conduct during the trial and his association with the Fondation franco-albertaine gave rise to a reasonable apprehension of bias. A new trial was therefore ordered on most issues. The Court of Appeal, however, did not send back all the legal issues, making determinations about two of them which were appealed to this Court. First, it held that the trial judge erred in interpreting s. 23 of the *Charter* to give the Board the unilateral right to set admission criteria so as to include students who are not covered by s. 23. Second, it concluded that the trial judge erred in ordering all of the Yukon's communications with the Board to be in French since, in its view, the s. 6 *Languages Act* claims were not appropriately part of the litigation.

Analysis

[20] The test for a reasonable apprehension of bias is undisputed and was first articulated by this Court as follows:

... what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly. [Citation omitted.]

(*Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394, per de Grandpré J. (dissenting))

l'espèce ». Si le juge du procès désirait poursuivre son engagement au sein de la Fondation franco-albertaine, il devait s'abstenir de siéger dans des affaires comme celle-ci. Rien dans le dossier ne portait à croire que le Yukon connaissait ou aurait dû connaître le parcours du juge mais, selon la Cour d'appel, on n'attend pas des parties qu'elles fassent des recherches sur le passé d'un juge et elles ont le droit de présumer que le juge dévoilera tout élément pertinent de son vécu.

[19] En fin de compte, la Cour d'appel a conclu que le comportement du juge au cours du procès et son association avec la Fondation franco-albertaine suscitaient une crainte raisonnable de partialité. Elle a donc ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement à la plupart des questions. La Cour d'appel n'a cependant pas renvoyé toutes les questions de droit et a tranché deux d'entre elles, qui font l'objet du pourvoi devant notre Cour. Premièrement, elle a décidé que le juge du procès avait commis une erreur en affirmant que l'art. 23 de la *Charte* conférait à la Commission le droit unilatéral de fixer les critères d'admission de manière à inclure les élèves qui ne sont pas visés par l'art. 23. Deuxièmement, elle a conclu que le juge du procès avait fait erreur en ordonnant que toutes les communications entre le Yukon et la Commission soient en français puisque, à son avis, les demandes fondées sur l'art. 6 de la *Loi sur les langues* ne faisaient pas partie à juste titre du litige.

Analyse

[20] Le critère applicable pour déterminer s'il existe une crainte raisonnable de partialité n'est pas contesté et il a été formulé pour la première fois par notre Cour en ces termes :

... à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste? [Référence omise.]

(*Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394, le juge de Grandpré (dissident))

[21] This test — what would a reasonable, informed person think — has consistently been endorsed and clarified by this Court: e.g., *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2003] 2 S.C.R. 259, at para. 60; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, at para. 199; *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, at para. 26; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 46; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 11, per Major J., at para. 31, per L’Heureux-Dubé and McLachlin JJ., at para. 111, per Cory J.; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267, at para. 45; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 143; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 684.

[22] The objective of the test is to ensure not only the reality, but the *appearance* of a fair adjudicative process. The issue of bias is thus inextricably linked to the need for impartiality. In *Valente*, Le Dain J. connected the dots from an absence of bias to impartiality, concluding “[i]mpartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case” and “connotes absence of bias, actual or perceived”: p. 685. Impartiality and the absence of the bias have developed as both legal and ethical requirements. Judges are required — and expected — to approach every case with impartiality and an open mind: see *S. (R.D.)*, at para. 49, per L’Heureux-Dubé and McLachlin JJ.

[23] In *Wewaykum*, this Court confirmed the requirement of impartial adjudication for maintaining public confidence in the ability of a judge to be genuinely open:

... public confidence in our legal system is rooted in the fundamental belief that those who adjudicate in law must always do so without bias or prejudice and must be perceived to do so.

The essence of impartiality lies in the requirement of the judge to approach the case to be adjudicated with an open mind. [Emphasis added; paras. 57-58.]

[21] Ce critère — à quelle conclusion en arriverait une personne raisonnable et bien renseignée — a été constamment approuvé et précisé par notre Cour : p. ex., *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259, par. 60; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, par. 199; *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, par. 26; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 46; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 11, le juge Major, par. 31, les juges L’Heureux-Dubé et McLachlin, par. 111, le juge Cory; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, par. 45; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 143; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 684.

[22] L’objectif du critère est d’assurer non seulement l’existence, mais l’apparence d’un processus décisionnel juste. La question de la partialité est donc inextricablement liée au besoin d’impartialité. Dans l’arrêt *Valente*, le juge Le Dain a fait le lien entre l’absence de préjugé et l’impartialité, concluant que « [l]’impartialité désigne un état d’esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée » et « connote une absence de préjugé, réel ou apparent » : p. 685. Les notions d’impartialité et d’absence de préjugé sont devenues des exigences tant juridiques qu’éthiques. Les juges doivent — et sont censés — aborder toute affaire avec impartialité et un esprit ouvert : voir *S. (R.D.)*, par. 49, les juges L’Heureux-Dubé et McLachlin.

[23] Dans l’arrêt *Wewaykum*, notre Cour a confirmé la nécessité de statuer en toute impartialité pour préserver la confiance du public dans la capacité du juge d’être véritablement ouvert d’esprit :

... la confiance du public dans notre système juridique prend sa source dans la conviction fondamentale selon laquelle ceux qui rendent jugement doivent non seulement toujours le faire sans partialité ni préjugé, mais doivent également être perçus comme agissant de la sorte.

L’essence de l’impartialité est l’obligation qu’a le juge d’aborder avec un esprit ouvert l’affaire qu’il doit trancher. [Je souligne; par. 57-58.]

[24] Or, as Jeremy Webber observed, “impartiality is a cardinal virtue in a judge. For adjudication to be accepted, litigants must have confidence that the judge is not influenced by irrelevant considerations to favour one side or the other”: “The Limits to Judges’ Free Speech: A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr Justice Berger” (1984), 29 *McGill L.J.* 369, at p. 389.

[25] Because there is a strong presumption of judicial impartiality that is not easily displaced (*Cojocar v. British Columbia Women’s Hospital and Health Centre*, [2013] 2 S.C.R. 357, at para. 22), the test for a reasonable apprehension of bias requires a “real likelihood or probability of bias” and that a judge’s individual comments during a trial not be seen in isolation: see *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [1999] 3 S.C.R. 851, at para. 2; *S. (R.D.)*, at para. 134, per Cory J.

[26] The inquiry into whether a decision-maker’s conduct creates a reasonable apprehension of bias, as a result, is inherently contextual and fact-specific, and there is a correspondingly high burden of proving the claim on the party alleging bias: see *Wewaykum*, at para. 77; *S. (R.D.)*, at para. 114, per Cory J. As Cory J. observed in *S. (R.D.)*:

... allegations of perceived judicial bias will generally not succeed unless the impugned conduct, taken in context, truly demonstrates a sound basis for perceiving that a particular determination has been made on the basis of prejudice or generalizations. One overriding principle that arises from these cases is that the impugned comments or other conduct must not be looked at in isolation. Rather it must be considered in the context of the circumstances, and in light of the whole proceeding. [Emphasis added; para. 141.]

[27] That said, this Court has recognized that a trial judge’s conduct, and particularly his or her interventions, can rebut the presumption of impartiality. In *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39, for example, the trial judge had asked a defence

[24] Ou, comme l’a fait observer Jeremy Webber, [TRADUCTION] « l’impartialité est une vertu essentielle chez un juge. Pour que la décision soit acceptée, les parties doivent avoir la certitude que le juge n’est pas incité par des considérations non pertinentes à favoriser une partie plutôt que l’autre » : « The Limits to Judges’ Free Speech : A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr Justice Berger » (1984), 29 *R.D. McGill* 369, p. 389.

[25] Puisqu’il y a une forte présomption d’impartialité judiciaire qui n’est pas facilement réfutable (*Cojocar c. British Columbia Women’s Hospital and Health Centre*, [2013] 2 R.C.S. 357, par. 22), le critère servant à déterminer s’il existe une crainte raisonnable de partialité exige une « réelle probabilité de partialité » et que les commentaires faits par le juge pendant un procès ne soient pas considérés isolément : voir *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [1999] 3 R.C.S. 851, par. 2; *S. (R.D.)*, par. 134, le juge Cory.

[26] Par conséquent, l’analyse de la question de savoir si le comportement du décideur suscite une crainte raisonnable de partialité est intrinsèquement contextuelle et fonction des faits, et le fardeau d’établir la partialité qui incombe à la partie qui en allègue l’existence est donc élevé : voir *Wewaykum*, par. 77; *S. (R.D.)*, par. 114, le juge Cory. Comme le juge Cory l’a fait observer dans l’arrêt *S. (R.D.)* :

... les allégations de crainte de partialité ne seront généralement pas admises à moins que la conduite reprochée, interprétée selon son contexte, ne crée véritablement l’impression qu’une décision a été prise sur la foi d’un préjugé ou de généralisations. Voici le principe primordial qui se dégage de cette jurisprudence : les commentaires ou la conduite reprochés ne doivent pas être examinés isolément, mais bien selon le contexte des circonstances et [eu égard] à l’ensemble de la procédure. [Je souligne; par. 141.]

[27] Cela dit, notre Cour a reconnu que le comportement du juge du procès, et particulièrement ses interventions, peuvent réfuter la présomption d’impartialité. Dans *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39, par exemple, le juge du procès avait posé

witness almost sixty questions and interrupted her more than ten times during her testimony. He also asked the accused more questions than both counsel, interrupted him dozens of times, and subjected him and another witness to repeated sarcasm. Lamer J. noted that a judge's interventions by themselves are not necessarily reflective of bias. On the contrary,

it is clear that judges are no longer required to be as passive as they once were; to be what I call sphinx judges. We now not only accept that a judge may intervene in the adversarial debate, but also believe that it is sometimes essential for him to do so for justice in fact to be done. Thus a judge may and sometimes must ask witnesses questions, interrupt them in their testimony and if necessary call them to order. [p. 44]

[28] On the other hand, Lamer J. endorsed and applied the following cautionary comments of Lord Denning in *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.):

Nevertheless, we are quite clear that the interventions, taken together, were far more than they should have been. In the system of trial which we have evolved in this country, the judge sits to hear and determine the issues raised by the parties, not to conduct an investigation or examination on behalf of society at large . . . [p. 159]

(See also *Take and Save Trading CC v. Standard Bank of SA Ltd.*, 2004 (4) S.A. 1 (S.C.A.), at para. 4.)

[29] Although Lamer J. was not convinced that the trial judge was actually biased, there was enough doubt in his mind to conclude that a new trial was warranted in the circumstances of the case.

[30] In *Miglin*, another case where the allegation of bias arose because of the trial judge's interventions, this Court agreed with the Court of Appeal for Ontario that while many of the trial judge's interventions were unfortunate and reflected impatience with one of the witnesses, the high threshold necessary to

à un témoin de la défense près de soixante questions et l'avait interrompu plus de dix fois pendant son témoignage. Il avait également posé à l'accusé davantage de questions que les deux avocats, l'avait interrompu une douzaine de fois et avait fait preuve maintes fois de sarcasme envers lui et un autre témoin. Le juge Lamer a signalé que les interventions d'un juge en soi ne témoignent pas nécessairement d'une partialité. Au contraire,

il est clair que l'on n'exige plus du juge la passivité d'antan; d'être ce que, moi, j'appelle un juge sphinx. Non seulement acceptons-nous aujourd'hui que le juge intervienne dans le débat adversaire, mais croyons-nous aussi qu'il est parfois essentiel qu'il le fasse pour que justice soit effectivement rendue. Ainsi un juge peut et, parfois, doit poser des questions aux témoins, les interrompre dans leur témoignage, et au besoin les rappeler à l'ordre. [p. 44]

[28] En revanche, le juge Lamer a approuvé et appliqué la mise en garde suivante de lord Denning dans *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.) :

[TRADUCTION] Nous sommes néanmoins sûrs que les interventions en cause, prises ensemble, dépassent largement les bornes de ce qui est permis. Selon le mode d'instruction que nous avons dans ce pays, le rôle du juge consiste à entendre et à trancher les questions que soulèvent les parties et non pas à mener une enquête au nom de la société dans son ensemble . . . [p. 159]

(Voir également *Take and Save Trading CC c. Standard Bank of SA Ltd.*, 2004 (4) S.A. 1 (C.S.A.), par. 4.)

[29] Le juge Lamer n'était pas convaincu que le juge du procès était réellement partial, mais il y avait suffisamment de doute dans son esprit pour conclure que la tenue d'un nouveau procès était justifiée dans les circonstances.

[30] Dans *Miglin*, une autre affaire où l'allégation de partialité découlait des interventions du juge du procès, notre Cour a convenu avec la Cour d'appel de l'Ontario que, si bon nombre des interventions du juge du procès étaient regrettables et traduisaient de l'impatience envers un des témoins, le seuil élevé

establish a reasonable apprehension of bias had not been met. The Court of Appeal observed:

The principle [that the grounds for an apprehension of bias must be substantial] was adopted and amplified in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, . . . to reflect the overriding principle that the judge's words and conduct must demonstrate to a reasonable and informed person that he or she is open to the evidence and arguments presented. The threshold for bias is a high one because the integrity of the administration of justice presumes fairness, impartiality and integrity in the performance of the judicial role, a presumption that can only be rebutted by evidence of an unfair trial. Where, however, the presumption is so rebutted, the integrity of the justice system demands a new trial.

The assessment of judicial bias is a difficult one. It requires a careful and thorough review of the proceedings, since the cumulative effect of the alleged improprieties is more relevant than any single transgression [Citations omitted; (2001), 53 O.R. (3d) 641, at paras. 29-30.]

[31] As for how to assess the impact of a judge's identity, experiences and affiliations on a perception of bias, Cory J.'s comments in *S. (R.D.)* helpfully set the stage:

Regardless of their background, gender, ethnic origin or race, all judges owe a fundamental duty to the community to render impartial decisions and to appear impartial. It follows that judges must strive to ensure that no word or action during the course of the trial or in delivering judgment might leave the reasonable, informed person with the impression that an issue was predetermined or that a question was decided on the basis of stereotypical assumptions or generalizations. [para. 120]

[32] But it is also important to remember the words of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. in *S. (R.D.)*, where they compellingly explained the intersecting relationship between a judge's background and the judicial role:

. . . judges in a bilingual, multiracial and multicultural society will undoubtedly approach the task of judging from their varied perspectives. They will certainly have been

qu'il fallait franchir pour démontrer une crainte raisonnable de partialité n'avait pas été atteint. La Cour d'appel a fait observer ce qui suit :

[TRADUCTION] Le principe [selon lequel les motifs de crainte de partialité doivent être sérieux] a été adopté et élargi dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, [. . .] de façon à mettre en évidence le principe dominant que les paroles et la conduite du juge doivent convaincre une personne raisonnable et bien renseignée qu'il est ouvert à la preuve et aux arguments présentés. Le seuil de partialité est élevé puisque l'intégrité de l'administration de la justice suppose l'équité, l'impartialité et l'intégrité dans l'exercice de la fonction judiciaire, une présomption qui ne peut être réfutée que par la preuve d'un procès inéquitable. Toutefois, lorsque la présomption est ainsi réfutée, l'intégrité du système judiciaire exige la tenue d'un nouveau procès.

Il est difficile d'évaluer la partialité judiciaire. Cela nécessite un examen méticuleux et complet de l'instance, puisque l'effet cumulatif des irrégularités alléguées compte davantage qu'une seule transgression . . . [Références omises; (2001), 53 O.R. (3d) 641, par. 29-30.]

[31] En ce qui concerne la façon dont il convient d'évaluer les répercussions de l'identité, de l'expérience et des affiliations du juge sur une apparence de partialité, les commentaires du juge Cory dans l'arrêt *S. (R.D.)* constituent un point de départ utile :

Peu importe leur formation, leur sexe, leur origine ethnique ou raciale, tous les juges ont l'obligation fondamentale envers la collectivité de rendre des décisions impartiales et de paraître impartiaux. Il s'ensuit que les juges doivent s'efforcer de ne prononcer aucune parole et de n'accomplir aucun acte durant le procès ou en rendant jugement qui puisse donner à une personne raisonnable et bien renseignée l'impression qu'une question a été jugée prématurément ou tranchée sur la foi de suppositions ou de généralisations stéréotypées. [par. 120]

[32] Mais il importe également de se rappeler des propos des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin dans *S. (R.D.)*, où elles ont expliqué de manière convaincante l'interrelation entre les antécédents du juge et la fonction judiciaire :

. . . il est indubitable que dans une société bilingue, multiraciale et multiculturelle, chaque juge aborde l'exercice de la justice dans une perspective qui lui est propre.

shaped by, and have gained insight from, their different experiences, and cannot be expected to divorce themselves from these experiences on the occasion of their appointment to the bench. In fact, such a transformation would deny society the benefit of the valuable knowledge gained by the judiciary while they were members of the Bar. As well, it would preclude the achievement of a diversity of backgrounds in the judiciary. The reasonable person does not expect that judges will function as neutral ciphers; however, the reasonable person does demand that judges achieve impartiality in their judging.

It is apparent, and a reasonable person would expect, that triers of fact will be properly influenced in their deliberations by their individual perspectives on the world in which the events in dispute in the courtroom took place. Indeed, judges must rely on their background knowledge in fulfilling their adjudicative function. [paras. 38-39]

[33] Judicial impartiality and neutrality do not mean that a judge must have no prior conceptions, opinions or sensibilities. Rather, they require that the judge's identity and experiences not close his or her mind to the evidence and issues. There is, in other words, a crucial difference between an open mind and empty one. Bora Laskin noted that the strength of the common law lies in part in the fact that

the judges who administer it represent in themselves and in their work a mix of attitudes and a mix of opinions about the world in which they live and about the society in which they carry on their judicial duties. It is salutary that this is so, and eminently desirable that it should continue to be so.

(“The Common Law is Alive and Well — And, Well?” (1975), 9 *L. Soc’y Gaz.* 92, at p. 99)

[34] The reasonable apprehension of bias test recognizes that while judges “must strive for impartiality”, they are not required to abandon who they are or what they know: *S. (R.D.)*, at para. 29, per L’Heureux-Dubé and McLachlin JJ.; see also *S. (R.D.)*, at para. 119, per Cory J. A judge’s identity and experiences are an important part of who he or she is, and neither neutrality nor impartiality is inherently compromised by them. Justice is the aspirational application of law to life. Judges should be encouraged

Il aura certainement été conditionné et formé par ses expériences personnelles, et on ne peut s’attendre à ce qu’il s’en déparaisse dès qu’il est nommé juge. En fait, pareille transformation priverait la société du bénéfice des précieuses connaissances acquises alors qu’il était encore avocat. De même, elle empêcherait la réunion d’une diversité d’expériences au sein de la magistrature. La personne raisonnable ne s’attend pas à ce que le juge joue le rôle d’un figurant neutre; elle exige cependant qu’il fasse preuve d’impartialité lorsqu’il rend justice.

Il est manifeste, et la personne raisonnable s’y attend, que le juge des faits est à juste titre influencé dans ses délibérations par sa propre conception du monde dans lequel ont eu lieu les faits litigieux. En effet, il doit s’appuyer sur ses acquis antérieurs pour exercer ses fonctions juridictionnelles. [par. 38-39]

[33] L’impartialité et la neutralité judiciaires ne signifient pas que le juge ne doit avoir aucune conception, opinion ou sensibilité préexistante. Ces notions requièrent plutôt que l’identité et l’expérience du juge ne l’empêchent pas de faire preuve d’ouverture d’esprit à l’égard de la preuve et des questions en litige. Autrement dit, il y a une différence capitale entre un esprit ouvert et un esprit vide. Bora Laskin a indiqué que la force de la common law réside en partie dans le fait que

[TRADUCTION] les juges qui l’appliquent incarnent en soi et dans leur travail un mélange d’attitudes et d’opinions concernant le monde dans lequel ils vivent et la société dans laquelle ils exercent leurs fonctions judiciaires. Heureusement qu’il en est ainsi, et il est éminemment souhaitable qu’il en soit toujours ainsi.

(« The Common Law is Alive and Well — And, Well? » (1975), 9 *L. Soc’y Gaz.* 92, p. 99)

[34] Le critère de la crainte raisonnable de partialité reconnaît que, bien que les juges doivent « s’efforcer d’atteindre l’impartialité », ils ne sont pas tenus d’abandonner qui ils sont ou ce qu’ils savent : *S. (R.D.)*, par. 29, les juges L’Heureux-Dubé et McLachlin; voir aussi *S. (R.D.)*, par. 119, le juge Cory. L’identité et l’expérience du juge forment une partie importante de qui il est, et ces deux aspects ne compromettent intrinsèquement ni la neutralité ni l’impartialité. La justice constitue l’application

to experience, learn and understand “life” — their own and those whose lives reflect different realities. As Martha Minow elegantly noted, the ability to be open-minded is enhanced by such knowledge and understanding:

None of us can know anything except by building upon, challenging, responding to what we already have known, what we see from where we stand. But we can insist on seeing what we are used to seeing, or else we can try to see something new and fresh. The latter is the open mind we hope for from those who judge, but not the mind as a sieve without prior reference points and commitments. We want judges and juries to be objective about the facts and the questions of guilt and innocence but committed to building upon what they already know about the world, human beings, and each person’s own implication in the lives of others. Pretending not to know risks leaving unexamined the very assumptions that deserve reconsideration.

(“Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors” (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201, at p. 1217)

[35] This recognition was reinforced by Cameron A.J. of the Constitutional Court of South Africa in *South African Commercial Catering and Allied Workers Union v. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)*, 2000 (3) S.A. 705:

... “absolute neutrality” is something of a chimera in the judicial context. This is because Judges are human. They are unavoidably the product of their own life experiences and the perspective thus derived inevitably and distinctively informs each Judge’s performance of his or her judicial duties. But colourless neutrality stands in contrast to judicial impartiality Impartiality is that quality of open-minded readiness to persuasion — without unfitting adherence to either party or to the Judge’s own predilections, preconceptions and personal views — that is the keystone of a civilised system of adjudication. Impartiality requires, in short, “a mind open to persuasion by the evidence and the submissions of counsel”; and, in

ambitieuse de la loi à la vie. Les juges devraient être encouragés à expérimenter, à apprendre et à saisir la « vie » : la leur et celles d’autrui qui témoignent d’autres réalités. Comme l’a élégamment fait remarquer Martha Minow, la capacité d’être ouvert d’esprit est renforcée par ces connaissances et cette compréhension :

[TRADUCTION] Ce n’est qu’en tirant profit de nos connaissances et de nos perspectives, en les remettant en question et en en tenant compte que nous pouvons savoir quoi que ce soit. Nous pouvons insister pour voir ce que l’on est habitué de voir, ou bien nous pouvons essayer de voir quelque chose de nouveau. Cette dernière approche est l’ouverture d’esprit à laquelle on s’attend de la part des personnes qui jugent, sans toutefois que leur esprit s’apparente à un filtre sans point de repère ni engagement antérieurs. Nous voulons que les juges et les jurys soient objectifs vis-à-vis des faits et des questions de culpabilité et d’innocence, mais engagés à tirer profit de ce qu’ils savent déjà à propos du monde, des êtres humains et de la participation de chaque personne dans la vie d’autrui. Faire semblant de ne rien savoir risque de laisser non examinées les présomptions mêmes qui méritent d’être revues.

(« Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience : Bias and Impartiality of Judges and Jurors » (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201, p. 1217)

[35] Cette reconnaissance a été renforcée par le juge Cameron, de la Cour constitutionnelle de l’Afrique du Sud, dans l’arrêt *South African Commercial Catering and Allied Workers Union c. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)*, 2000 (3) S.A. 705 :

[TRADUCTION] . . . la « neutralité absolue » est en quelque sorte une chimère dans le contexte judiciaire. Il en est ainsi parce que les juges sont humains. Ils sont inévitablement le produit de leur propre vécu, et la perspective qui en découle façonne inévitablement et distinctivement la façon dont chaque juge exerce ses fonctions judiciaires. Mais la neutralité incolore contraste avec l’impartialité judiciaire [. . .] L’impartialité est cette qualité du juge de faire preuve d’ouverture d’esprit et d’être prêt à se laisser convaincre sans avoir de parti pris pour l’une ou l’autre des parties, ou sans se laisser influencer par ses propres préférences, idées préconçues et opinions personnelles — il s’agit là de la pierre angulaire d’un système décisionnel

contrast to neutrality, this is an absolute requirement in every judicial proceeding. [Citations omitted; para. 13.]

[36] Impartiality thus demands not that a judge discount or disregard his or her life experiences or identity, but that he or she approach each case with an open mind, free from inappropriate and undue assumptions. It requires judges “to recognize, consciously allow for, and perhaps to question, all the baggage of past attitudes and sympathies”: Canadian Judicial Council, *Commentaries on Judicial Conduct* (1991), at p. 12. As Aharon Barak has observed:

The judge must be capable of looking at himself from the outside and of analyzing, criticizing, and controlling himself. . . .

The judge is a product of his times, living in and shaped by a given society in a given era. The purpose of objectivity is not to sever the judge from his environment [or] to rid a judge of his past, his education, his experience, his belief, or his values. Its purpose is to encourage the judge to make use of all of these personal characteristics to reflect the fundamental values of the society as faithfully as possible. A person who is appointed as a judge is neither required nor able to change his skin. The judge must develop sensitivity to the dignity of his office and to the restraints that it imposes. [Footnote omitted.]

(*The Judge in a Democracy* (2006), at pp. 103-4)

[37] But whether dealing with judicial conduct in the course of a proceeding or with “extra-judicial” issues like a judge’s identity, experiences or affiliations, the test remains

whether a reasonable and informed person, with knowledge of all the relevant circumstances, viewing the matter realistically and practically, would conclude that the judge’s conduct gives rise to a reasonable apprehension of bias [T]he assessment is difficult and requires a careful and thorough examination of the proceeding. The record must be considered in its entirety to determine the cumulative

civilisé. En bref, l’impartialité requiert que le juge soit « ouvert d’esprit et prêt à se laisser convaincre par la preuve et les observations des avocats »; et, contrairement à la neutralité, c’est une exigence absolue dans toute instance judiciaire. [Références omises; par. 13.]

[36] L’impartialité exige donc, non pas qu’un juge passe sous silence ou néglige son vécu ou son identité, mais qu’il aborde chaque affaire avec un esprit ouvert, sans supposition inopportune et injustifiée. Elle oblige les juges « [à] admettre, [à] permettre consciemment, et peut-être [à] remettre en question, l’ensemble des attitudes et des sympathies » : Conseil canadien de la magistrature, *Propos sur la conduite des juges* (1991), p. 15. Comme l’a fait observer Aharon Barak :

[TRADUCTION] Le juge doit être en mesure de se regarder de l’extérieur et de s’analyser, de se critiquer et de se maîtriser. . .

Le juge est le produit de son époque, vivant dans une société donnée dans une ère donnée et conditionné par celles-ci. L’objectivité n’a pas pour but de couper le juge de son environnement [ou] de débarrasser un juge de son passé, son éducation, son expérience, ses croyances ou ses valeurs. Son objectif est d’encourager le juge à mettre à profit toutes ces caractéristiques personnelles de façon à refléter les valeurs fondamentales de la société le plus fidèlement possible. Une personne nommée juge n’est ni obligée ni en mesure de changer de peau. Le juge doit développer une sensibilité face à la dignité de ses fonctions et aux contraintes qu’elles imposent. [Note de bas de page omise.]

(*The Judge in a Democracy* (2006), p. 103-104)

[37] Mais peu importe si l’on a affaire à la conduite d’un juge au cours d’une instance ou à des questions « extrajudiciaires » comme l’identité, le vécu ou les affiliations du juge, le critère demeure le même :

. . . il s’agit de savoir si une personne raisonnable et bien renseignée, qui serait au courant de l’ensemble des circonstances pertinentes et qui étudierait la question de façon réaliste et pratique, conclurait que la conduite du juge fait naître une crainte raisonnable de partialité [. . .] [L]a question est difficile à évaluer et nécessite un examen méticuleux et complet de l’instance. Il faut considérer

effect of any transgressions or improprieties. [Citations omitted; *Miglin*, at para. 26.]

[38] Applying this test to the trial judge's conduct throughout the proceedings, I agree with the Court of Appeal that the threshold for a finding of a reasonable apprehension of bias has been met.

[39] As noted, the Court of Appeal identified several incidents which, when viewed in the circumstances of the entire trial, lead inexorably to this conclusion. The first was the trial judge's conduct during the incident relating to the confidentiality of student files. When a parent testified that two of his children had left the school as a result of the school's lack of resources for addressing special needs, counsel for the Yukon attempted to cross-examine the parent based on information in the children's school files. Counsel for the Board objected, primarily on the grounds that the files were confidential, leading the trial judge to express concern that the Yukon may have breached the students' confidentiality rights by sharing the information with its counsel:

[TRANSLATION]

THE COURT: My concern and my more direct point, I'll say it again, is the basic fact that you may have taken improper advantage of having obtained confidential documents without the witness's permission.

[40] Both parties had already made extensive use of information from student files. The trial judge, after hearing some argument after the confidentiality issue was raised, said that he would await further argument the following morning because he thought the issue was a very serious one:

[TRANSLATION]

THE COURT: . . . However, I believe you are -- I'll wait for the, for further argument tomorrow morning about the access your client gave to confidential documents. I think there's a much more fundamental issue involved here, namely whether you should have. And then, since you've

l'ensemble du dossier afin de déterminer l'effet cumulatif des transgressions ou irrégularités. [Références omises; *Miglin*, par. 26.]

[38] Si j'applique ce critère au comportement du juge du procès tout au long de l'instance, je conviens avec la Cour d'appel que le critère applicable pour conclure à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité a été satisfait.

[39] Comme je l'ai indiqué, la Cour d'appel a relevé plusieurs incidents qui, lorsqu'examinés dans les circonstances du procès en entier, mènent inexorablement à cette conclusion. Tout d'abord, il y a le comportement du juge du procès au cours de l'incident lié à la confidentialité des dossiers d'élèves. Quand un parent a mentionné que deux de ses enfants avaient quitté l'école car elle n'avait pas assez de ressources pour répondre aux besoins spéciaux, l'avocat du Yukon a tenté de contre-interroger le parent sur la foi des renseignements contenus dans les dossiers scolaires des enfants. L'avocat de la Commission s'y est opposé, principalement en raison du caractère confidentiel des dossiers, ce qui a amené le juge du procès à exprimer sa crainte que le Yukon ait porté atteinte au droit des élèves à la confidentialité en communiquant les renseignements à son avocat :

LA COUR : Mon inquiétude et mon point plus direct, je vais le redire, c'est l'aspect fondamental que vous avez peut-être abusé de la position d'avoir obtenu des documents confidentiels sans le consentement du témoin.

[40] Les deux parties s'étaient déjà largement servies des renseignements contenus dans les dossiers d'élèves. Ayant entendu quelques arguments après que la question de la confidentialité eut été soulevée, le juge du procès a dit qu'il attendrait que d'autres arguments soient présentés le lendemain matin parce qu'il estimait que la question était très grave :

LA COUR : . . . Mais je crois que vous êtes -- je vais attendre les, d'autres arguments pour demain matin à savoir l'accès que votre client a fait à des documents confidentiels. Je crois qu'il y a une question beaucoup plus fondamentale ici à ce sujet puis à savoir si vous auriez dû?

done it, what are the consequences? If it's something your client did that it shouldn't have done. And so with that, we'll start again tomorrow morning.

[41] The next morning, and before any argument, the trial judge ruled that the Yukon appeared to have violated the *Education Act* and the *Access to Information and Protection of Privacy Act*, characterizing its behaviour as [TRANSLATION] “objectionable and reprehensible”. Immediately after the unexpected ruling, counsel for the Yukon asked to make further submissions:

[TRANSLATION]

MR. FAILLE: Before, before the witness is recalled, I'd like to make submissions, Your Honour, if I may.

THE COURT: About what?

MR. FAILLE: About what you just said, Your Honour.

THE COURT: No.

MR. FAILLE: I would've liked to be able to make submissions before you could make the decision you just made, because, with all due respect, we believe that, that there's no legal basis for it and, and I -- I had assumed that this morning we'd be able to make submissions about this. That was what I'd understood from what you said yesterday afternoon.

[42] When counsel for the Yukon tried to draw the trial judge's attention to certain provisions of the *Education Act* and the *Access to Information and Protection of Privacy Act* in support of his position, the trial judge asked counsel if he had obtained consent to use the files and refused to hear additional arguments:

[TRANSLATION]

MR. FAILLE: . . . We've done legal research into this. We're perfectly familiar with the provisions of section 20 of the *Education Act*. We're also familiar with the provisions of the *Access to Information Act*, section 2 of which provides:

Puisque là vous l'avez fait, c'est quoi les conséquences? Si c'est quelque chose que votre client a fait, qu'il n'aurait dû pas faire. Et alors avec ça, on va se remettre à demain matin.

[41] Le lendemain matin, et avant même d'entendre quelque argument que ce soit, le juge du procès a décidé que le Yukon avait semble-t-il violé la *Loi sur l'éducation* et la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, qualifiant son comportement de « reprochable et répréhensible ». Immédiatement après le prononcé de la décision inattendue, l'avocat du Yukon a demandé l'autorisation de présenter d'autres observations :

MAÎTRE FAILLE : Avant que, qu'on rappelle le témoin j'aimerais faire des soumissions, M. le juge. Si vous permettez.

LA COUR : À quel sujet?

MAÎTRE FAILLE : Au sujet de ce que vous venez de dire, M. le juge.

LA COUR : Non.

MAÎTRE FAILLE : J'aurais souhaité pouvoir faire des soumissions avant que vous puissiez rendre la décision que vous venez de rendre parce que avec tout égard, nous estimons que, qu'elle est sans fondement en droit et, et je -- j'avais pris pour acquis que ce matin on serait en mesure de faire des représentations là-dessus. C'est ce que j'avais compris de ce que vous avez dit hier après-midi.

[42] Lorsque l'avocat du Yukon a tenté d'attirer l'attention du juge du procès sur certaines dispositions de la *Loi sur l'éducation* et de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* à l'appui de sa thèse, le juge du procès a demandé à l'avocat s'il avait obtenu le consentement d'utiliser les dossiers et a refusé d'entendre d'autres arguments :

MAÎTRE FAILLE : . . . Nous avons fait de la recherche juridique sur la question, nous sommes parfaitement familiers avec les dispositions de l'article 20 de la *Loi sur l'éducation*. Nous sommes également familiers avec les dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information* qui prévoit à son article 2 :

This act does not limit the information available by law to a party to a proceeding in court or before an adjudicative body.

THE COURT: I have a question.

MR. FAILLE: Yes.

THE COURT: Did you or your client, did you obtain the permission required by section 20, subsection 3, of the *Education Act*?

MR. FAILLE: We're saying, Your Honour, that permission --

THE COURT: Yes or no.

MR. FAILLE: Your Honour, we believe --

THE COURT: The answer is no?

MR. FAILLE: Your Honour, the answer is that permission is implied, that confidentiality is waived. We know very well that the information is confidential and, if I may, Your Honour, I'd like to make submissions on this point.

THE COURT: No. I've made my ruling, and if you don't want to give a direct answer about whether you obtained permission from the parents, from either of them, or from [the older child], as he seems to be 17 years old now, for the children's student records to be used in -- not for the purposes contemplated in the section but for the trial, I don't need to hear any other submissions.

[43] When counsel for the Yukon suggested that the Board may have breached its confidentiality obligations as well, the trial judge acknowledged this possibility and then accused counsel of playing games:

[TRANSLATION]

MR. FAILLE: In that case, Your Honour, if I may, Ms. Taillefer, in the context of this case, gave us 170 student registration forms, which are also -- part of the student record. With the name of the physician of each student registered at École Émilie-Tremblay, the health insurance number, medical information about each student. That is what was given to us by the plaintiff in the context of this

La présente loi ne limite pas les renseignements qui, sous le régime de la loi, sont accessibles aux parties à une instance devant un tribunal ou un organe juridictionnel.

LA COUR : J'ai une question.

MAÎTRE FAILLE : Oui.

LA COUR : Est-ce que votre client ou vous, vous avez obtenu le consentement qui est prévu à l'article 20 paragraphe 3 de la *Loi sur l'éducation*?

MAÎTRE FAILLE : Nous disons, M. le juge, que le consentement --

LA COUR : C'est oui ou non.

MAÎTRE FAILLE : M. le juge, nous estimons --

LA COUR : La réponse est non?

MAÎTRE FAILLE : M. le juge, la réponse c'est que le consentement est implicite. Qui a une renonciation à la confidentialité. Nous savons fort bien que l'information est confidentielle et si vous permettez, M. le juge, j'aimerais faire des soumissions à cet égard.

LA COUR : Non. J'ai rendu mon jugement et puis si vous voulez pas donner une réponse directe à savoir si vous avez obtenu le consentement des parents, un ou de l'autre, ou bien de [l'enfant plus âgé] parce qu'il semble qu'il a 17 ans maintenant pour que les dossiers scolaires des enfants soient employés dans -- pas pour les fins qui est prévu [*sic*] à l'article mais pour le procès. J'ai pas besoin d'entendre d'autres soumissions.

[43] Lorsque l'avocat du Yukon a suggéré que la Commission avait peut-être manqué à ses obligations de confidentialité elle aussi, le juge du procès a reconnu cette possibilité et a ensuite accusé l'avocat de jouer un petit jeu :

MAÎTRE FAILLE : Dans ce cas là, M. le juge, si vous permettez, M^{me} Taillefer dans le contexte de ce litige nous a fourni 170 formulaires d'inscription d'élèves qui forment également -- partie du dossier de l'élève. Avec le nom du médecin de chacun des élèves qui sont inscrits à l'école Émilie-Tremblay, le numéro d'assurance santé, des informations médicales concernant chacun des élèves. C'est ce

case without the parents' written permission. Is the plaintiff also guilty under section 20?

THE COURT: Maybe. Maybe.

MR. FAILLE: I think maybe so, in fact, because there was no reason to do so. We did so because we didn't raise the question of confidentiality. The first person to raise questions of confidentiality about medical information, dealing with [the two children], was the witness. It wasn't us, and we believe we're entitled to defend ourselves against the allegations that have been made against us, and the law on this is clear. That when the question of medical questions is raised, that the opposing party is entitled to, that the, the right to confidentiality is implicitly waived as a result. I would've made submissions on this point, but you say, Your Honour, that you are -- that you don't want to allow it, but before you find the defendant's conduct improper, I would like to file in evidence the 170 student registration forms sent to the defendant by Ms. Taillefer, clearly in violation of section 20 of the Act. Unless it's decided instead that, in the context of this case, there's information that's going, that'll be shared.

THE COURT: It seems to me that a little game is being played here.

MR. FAILLE: It's not a game, Your Honour. It's not a game.

[44] The Court of Appeal criticized the trial judge for telling counsel he would entertain additional arguments on the matter the next day, yet starting the proceedings with his ruling without giving the parties any opportunity to present further argument. While this by itself is unwise, his refusal to hear the Yukon's arguments *after* his ruling, and his reaction to counsel, were more disturbing. Viewed in the context of the entire record, the Court of Appeal properly concluded that the trial judge's conduct was troubling and problematic.

[45] The Court of Appeal also held that the trial judge's conduct was improper in connection with the

qui nous a été fourni dans le contexte de ce litige sans le consentement écrit des parents par la demanderesse. Est-ce que la demanderesse est également coupable en vertu de l'article 20?

LA COUR : Peut-être. Peut-être.

MAÎTRE FAILLE : Moi j'estime que peut-être que oui, effectivement, parce qu'il y avait aucune raison de le faire. Nous l'avons fait parce que nous n'avons pas soulevé la question confidentielle. La première personne à soulever les questions confidentielles sur des renseignements médicaux, sur [les deux enfants], c'était le témoin. C'était pas nous et nous estions (phonétique) être en droit de nous défendre par rapport aux allégations qui sont faites contre nous et le droit est clair là-dessus. Que lorsqu'on soulève la question des questions médicales, que la partie adverse est en droit de, que le, le droit de confidentialité est de ce fait renoncé de façon implicite. J'aurais fait des représentations à cet égard mais vous dites, M. le juge, que vous êtes -- que vous ne voulez pas le permettre mais avant de juger la conduite de la défenderesse répréhensible, j'aimerais déposer en preuve les 170 formulaires d'inscription d'élèves qui ont été envoyés par M^{me} Taillefer à la défenderesse clairement en violation de l'article 20 de la loi. À moins qu'on décide plutôt que dans le contexte en litige, il y a des informations qui vont, qui seront échangées.

LA COUR : Il me semble avoir un petit jeu qui se joue ici.

MAÎTRE FAILLE : C'est pas un jeu, M. le juge. C'est pas un jeu.

[44] La Cour d'appel a reproché au juge du procès d'avoir dit aux avocats qu'il entendrait d'autres arguments sur la question le lendemain, mais en ouvrant l'audience avec sa décision sans donner aux parties l'occasion de présenter d'autres arguments. Ce comportement est peu judicieux en soi, mais son refus d'entendre les arguments du Yukon *après* le prononcé de sa décision et sa réaction envers l'avocat sont plus troublants. Au vu de l'ensemble du dossier, la Cour d'appel a conclu à juste titre que le comportement du juge du procès était troublant et posait problème.

[45] La Cour d'appel a également décidé que le juge du procès avait réagi de manière inconvenante

Yukon's request to submit affidavit evidence from Mr. DeBruyn, the witness who had suffered a stroke. When counsel for the Yukon advised the trial judge early in the second phase of the trial that he intended to bring an application to have the evidence admitted by affidavit but had not yet completed the supporting documentation, the trial judge asked to see the letter circulating among the lawyers from a speech pathologist explaining Mr. DeBruyn's condition. The letter stated in part:

Although Mr. DeBruyn has recovered extremely well, he continues to experience mild residual aphasia. Aphasia is a language difficulty that can affect a person's understanding of spoken and/or written language as well as verbal and/or written expression. Mr. DeBruyn continues to make paraphasic speech errors occasionally; that is, he sometimes uses an unintended word related in meaning or form to the intended word.

Feeling stressed or nervous and being presented with questions verbally in a courtroom situation may exacerbate Mr. DeBruyn's communication difficulties during his cross examination. He may hence make aphasic speaking errors. Therefore, it is recommended that Mr. DeBruyn be given questions in writing instead of being questioned in a courtroom. It would also be helpful, if Mr. DeBruyn could write down his responses and review them several times before being asked to submit his answers. This will allow him to confirm their accuracy and correct any potential language errors.

[46] After reviewing the letter and asking counsel about the process for communicating information to include in the affidavit, the trial judge questioned whether Mr. DeBruyn was even a necessary witness. When counsel for the Yukon explained that Mr. DeBruyn was in charge of education facilities and could testify about how decisions concerning the school's facilities were made, including the Board's role in such decisions, the trial judge continued to express skepticism about the necessity of having Mr. DeBruyn testify:

à la demande du Yukon visant à présenter par voie d'affidavit la déposition de M. DeBruyn, le témoin qui avait été victime d'un AVC. Lorsque l'avocat du Yukon a informé le juge du procès au début du deuxième volet du procès qu'il entendait présenter une demande pour faire admettre le témoignage par affidavit, mais qu'il n'avait pas encore terminé la documentation à l'appui, le juge du procès a demandé à voir la lettre qui circulait parmi les avocats dans laquelle une orthophoniste décrivait l'état de M. DeBruyn. On y lisait notamment ce qui suit :

[TRADUCTION] Malgré son rétablissement remarquable, M. DeBruyn éprouve toujours une aphasie résiduelle légère. L'aphasie est un trouble du langage qui peut entraîner chez une personne des difficultés de compréhension, de lecture ou d'écriture; la personne peut aussi avoir des difficultés à s'exprimer par la parole. M. DeBruyn fait encore des erreurs paraphasiques à l'occasion; c'est-à-dire qu'il lui arrive de substituer à un mot un autre mot de sens ou de forme semblable.

Le fait d'être placé en situation de stress, de nervosité, ou d'être interrogé oralement dans une salle d'audience peut exacerber les difficultés de communication de M. DeBruyn pendant son contre-interrogatoire. Il est ainsi susceptible de commettre des erreurs aphasiques. Par conséquent, il est recommandé que M. DeBruyn reçoive les questions par écrit plutôt que de se faire interroger oralement dans une salle d'audience. Il serait aussi utile que M. DeBruyn puisse répondre par écrit et qu'il revoie ses réponses plusieurs fois avant de les remettre. Il pourrait ainsi s'assurer qu'elles sont exactes et corriger toute erreur éventuelle de langage.

[46] Après avoir examiné la lettre et demandé à l'avocat comment il entendait procéder pour communiquer les renseignements à insérer dans l'affidavit, le juge du procès a mis en doute le fait même que M. DeBruyn soit un témoin essentiel. Lorsque l'avocat du Yukon a expliqué que M. DeBruyn était responsable des établissements d'enseignement et pourrait témoigner sur la façon dont les décisions concernant les installations de l'école étaient prises, y compris le rôle de la Commission dans ces décisions, le juge du procès a continué de se montrer sceptique quant à la nécessité d'appeler M. DeBruyn à témoigner :

[TRANSLATION]

THE COURT: So you're telling me, as an officer of the court, that Mr. DeBruyn is the only person at the Department of Education who has knowledge of this information?

MR. FAILLE: I think I've told you, Your Honour, to the best of my knowledge and as an officer of the court, what the information is, what sharing there is, what the responsibility is for the information. I did say that Mr. DeBruyn was, as far as I know, the primary person involved, that he wasn't the only person involved. So it's a matter of knowing what -- will it be helpful for the Court to receive that information without it being the only information? We also intended to call Mr. Callas anyway to add to Mr. DeBruyn's evidence and also so Mr. Lepage could cross-examine a witness on that question.

[47] The trial judge then noted that in seeking an adjournment at the beginning of the trial, counsel had stated that Mr. DeBruyn was not only an essential witness in the trial itself, he was a necessary advisor to the government during the proceedings. When counsel told the trial judge that Mr. DeBruyn was in the courtroom and advising him, the trial judge expressed surprise that counsel had not informed him of Mr. DeBruyn's presence.

[48] The trial judge then returned to the letter and asked counsel about the other steps he had taken earlier to ascertain Mr. DeBruyn's medical condition and ability to testify:

[TRANSLATION]

THE COURT: . . . So this letter is dated January 17, 2011. It had been known since May, or at least the end of June, that we were coming back here on January 17. What other steps were taken before that date, the first day of the trial, to obtain reports concerning Mr. DeBruyn's ability or inability to testify?

MR. FAILLE: No other steps were taken, Your Honour. We wanted to wait and see what his state of health was. And at that time, if it turned out that he wasn't able to testify, to bring the motion that -- that we've said we might bring.

LA COUR : Alors, vous êtes en train de me dire, comme officier de la cour, qu'il y a seulement M. DeBruyn au ministère de l'Éducation qui a cette information dans leur connaissance?

MAÎTRE FAILLE : Je pense que je vous ai relaté, M. le juge, au meilleur de mes connaissances et en tant qu'officier de la cour quelle est l'information, quel est le partage, la responsabilité de l'information. J'ai bien dit que M. DeBruyn était, à ma connaissance, la personne principalement impliquée qui n'était pas la seule personne impliquée. Donc c'est question de savoir quel -- est-ce qu'il y a utilité que la cour reçoive cette information-là sans que ce soit la seule information? Nous aurions l'intention d'également faire témoigner M. Callas de toute façon pour ajouter à la preuve de M. DeBruyn, et aussi pour permettre à maître Lepage de contre-interroger un témoin sur cette question-là.

[47] Le juge du procès a ensuite fait remarquer qu'au moment de demander un ajournement au début du procès, l'avocat avait mentionné que M. DeBruyn n'était pas seulement un témoin essentiel dans le procès lui-même, il était un conseiller indispensable au gouvernement pendant l'instance. Lorsque l'avocat a informé le juge du procès que M. DeBruyn se trouvait dans la salle d'audience et le conseillait, le juge du procès s'est dit surpris qu'il ne l'ait pas informé de la présence de M. DeBruyn.

[48] Le juge du procès est ensuite revenu à la lettre et a demandé à l'avocat quelles autres mesures il avait prises plus tôt pour établir l'état de santé de M. DeBruyn et sa capacité à témoigner :

LA COUR : . . . Alors, cette lettre ici est datée du 17 janvier 2011. On le savait depuis le mois de mai, ou au moins la fin juin qu'on revenait ici le 17 janvier. Quelles autres étapes ont été faites avant cette date de la première journée du procès pour obtenir des rapports en ce qui concernait le témoignage possible ou non possible de M. DeBruyn?

MAÎTRE FAILLE : Il n'y a pas eu d'autres étapes, M. le juge. On voulait attendre et voir quel était son état de santé. Et à ce moment là, s'il s'avérait qu'il n'était pas en mesure de témoigner, d'apporter la motion que -- que nous avons identifié que nous apporterions peut-être.

THE COURT: You didn't make any preparations to find out which witnesses you'd have to call, knowing that he was the main witness, before January 17, the first day of this trial? To find out whether he could testify?

MR. FAILLE: Well, it's that we were expecting it to be, to be Mr. DeBruyn, if he was able to testify. Or, of course, if he couldn't, that we'd sort it out and that it would be Mr. Chic Callas or a combination of the two.

THE COURT: Knowing that this witness is an essential witness, you didn't even take steps to find out whether he could testify to avoid the problem we have now, and the waste of time we have now, before January 17, the first day of the trial? That's what you're telling me?

MR. FAILLE: No. I took -- we took steps before the trial, but it wasn't until after getting the information we got about his state of health that we then asked, that we said, well, we'll have to get the medical report. If we want Mr. DeBruyn to testify by affidavit, then obviously we need supporting evidence, so we requested it and we took the steps. So during the two weeks before the trial, I'd say.

THE COURT: If you wanted to make a motion to have him testify by affidavit, don't you think it would've been more appropriate to make that application before the trial started?

MR. FAILLE: No, Your Honour, it didn't occur to me. And as you may know, Mr. Lepage and I were very involved in another case until mid-December, and we then returned to Yellowknife and came directly from Yellowknife to Whitehorse. But I --

THE COURT: Are there three of you I see at the table as counsel for the government? I wonder whether Mr. DeBruyn's condition was better in October or September, when it was known that there was a trial date in January, that is, whether he was going to testify?

MR. FAILLE: I don't know, Your Honour, but I would have -- in my mind, it was necessary to wait, in fact, to find out what his state of health was at the time of the trial, not a few months before, since his health -- obviously, his state of health has changed a lot in the past few months.

LA COUR : Vous n'avez pas fait de préparation à savoir quels témoins vous auriez à présenter sachant que c'était le témoin principal avant le 17 janvier, la première journée de ce procès ici? À savoir s'il pourrait témoigner?

MAÎTRE FAILLE : Bien, c'est qu'on anticipait que ça soit, soit M. DeBruyn, s'il était en mesure de témoigner. Ou bien, évidemment, s'il y avait impossibilité, qu'on s'arrangerait et que ça serait M. Chic Callas ou une combinaison des deux.

LA COUR : Sachant que ce témoin est un témoin essentiel, vous avez pas même fait des démarches pour savoir s'il pourrait témoigner pour éviter ce problème qu'on a maintenant, puis le gaspillage de temps qu'on a maintenant, avant le 17 janvier, la première journée du procès? C'est ça que vous me dites?

MAÎTRE FAILLE : Non. J'ai pris des -- on a pris des démarches avant le procès, mais ce n'est qu'après avoir obtenu les informations qu'on a eues sur son état de santé qu'on a ensuite demandé. Qu'on s'est dit, bien il va falloir qu'on obtienne le rapport médical. Si on veut faire témoigner M. DeBruyn par voie d'affidavit, évidemment, ça va prendre une preuve à l'appui, donc on a demandé qu'on obtienne et on a pris les démarches. Donc dans les deux semaines, je dirais, avant le procès.

LA COUR : Si vous vouliez faire une requête qu'il témoigne par affidavit, vous ne jugez pas que ça aurait été plus approprié de faire cette demande-là avant le début du procès?

MAÎTRE FAILLE : Non, M. le juge, ça m'est pas passé à l'esprit. Et comme vous le savez peut-être, moi et maître Lepage étions très impliqués dans un autre dossier jusqu'à la mi-décembre pour ensuite retourner à Yellowknife, et pour venir directement de Yellowknife à Whitehorse. Mais j'ai --

LA COUR : Est-ce que vous êtes trois avocats que je vois à la table pour le gouvernement? Je me demande si la condition de M. DeBruyn était meilleure au mois d'octobre ou au mois de septembre lorsqu'on savait qu'il y avait une date de procès pour le mois de janvier, à savoir s'il allait témoigner?

MAÎTRE FAILLE : Je ne sais pas, M. le juge, mais j'aurais -- dans mon esprit, c'était nécessaire d'attendre, justement, pour savoir quel était son état de santé au moment du procès, et non pas quelques mois auparavant puisque son état -- évidemment, son état de santé a beaucoup changé au cours des derniers mois.

[49] The trial judge asked about Mr. DeBruyn's return to work and then heard submissions from the Board's counsel. He concluded the discussion by noting that the speech pathologist's letter did not suggest that Mr. DeBruyn was incapable of testifying, only that he could experience difficulties in expressing himself on cross-examination. He proceeded to tell counsel for the Yukon that he could still make the application, but warned him that he could be ordered to pay costs personally:

[TRANSLATION]

THE COURT: . . . So I -- if you still want to make your motion, you can. But at some point, my dear colleague, you're going to realize that, if someone tries to delay proceedings with letters saying that a person can testify, then that maybe they'll have problems on cross-examination, that that kind of motion could be seen as obstruction and quite simply to cause delays. And maybe it won't even be -- and sometimes this is dealt with through costs. And sometimes, if it's obviously an act, not necessarily of the client, but of counsel, costs might awarded be against counsel.

[50] Counsel decided not to submit the evidence by affidavit and Mr. DeBruyn did not testify. In his costs ruling, the trial judge, in a part of the judgment entitled "Bad faith — at trial", suggested that the incident amounted to bad faith on the part of the government, stating:

It seemed that Mr. DeBruyn was able to testify. He had been back at work since the fall of 2010 and the Speech-Language Pathologist's letter simply indicated that he "may" have difficulty expressing himself in "cross-examination". However, the Court gave counsel for the [Yukon] the opportunity to bring his application . . . It is interesting to note that the [Yukon] presented Mr. Charles George Callas as a witness in place of Mr. DeBruyn, as suggested by the [Board] in May 2010. Indeed, Mr. Callas and Mr. DeBruyn shared the responsibility for 29 school buildings. The Court finds that Mr. DeBruyn's testimony was neither essential nor unique. In fact, the [Yukon] relied on Mr. Callas' evidence. Putting over part of the trial resulted in a much longer trial and the Court was required

[49] Le juge du procès a posé des questions sur le retour au travail de M. DeBruyn et a ensuite entendu les observations de l'avocat de la Commission. Il a clos la discussion en faisant remarquer que la lettre de l'orthophoniste ne laissait pas entendre que M. DeBruyn était incapable de témoigner; elle tendait seulement à indiquer qu'il risquait d'avoir de la difficulté à s'exprimer en contre-interrogatoire. Il a informé l'avocat du Yukon qu'il pouvait tout de même présenter la demande, mais l'a averti qu'il pourrait être condamné personnellement aux dépens :

LA COUR : . . . Alors je -- si vous voulez toujours faire votre requête, vous pouvez. Mais à un moment donné, cher collègue, vous allez vous rendre compte que si on tente des tentatives de délais avec des lettres qui disent que la personne peut témoigner, puis peut-être qu'ils auront des problèmes en contre-interrogatoire, que ce genre de requête pourrait être perçue comme une obstruction et tout simplement pour causer des délais. Et peut-être que ça sera pas même -- puis ça, des fois, on règle ça avec des questions de dépens. Et des fois, si on voit que c'est l'action, pas nécessairement du client, de l'avocat, ça pourrait être des dépens contre l'avocat.

[50] L'avocat a décidé de ne pas présenter le témoignage par affidavit et M. DeBruyn n'a pas témoigné. Dans la section du jugement sur les dépens intitulée « Mauvaise foi — pendant le procès », le juge du procès a laissé entendre que l'incident équivalait à de la mauvaise foi de la part du gouvernement et a affirmé ce qui suit :

Il semblait que M. DeBruyn avait la capacité de témoigner. Il était de retour au travail depuis l'automne 2010 et la lettre [de l'orthophoniste] indiquait simplement qu'il pourrait (« *may* ») avoir des difficultés à s'exprimer en contre-interrogatoire (« *cross-examination* »). La Cour a cependant donné l'occasion à l'avocat du [Yukon] de présenter sa requête [. . .] Il est à noter que le [Yukon] a présenté M. Charles George Callas comme témoin à la place de M. DeBruyn, tel que suggéré par la [Commission] au mois de mai 2010. Effectivement, M. Callas et M. DeBruyn partageaient les mêmes responsabilités pour 29 bâtiments scolaires. La Cour juge que le témoignage de M. DeBruyn n'était ni essentiel ni unique. De fait, le [Yukon] s'est fié sur le témoignage de M. Callas. La

to render a decision on an interim injunction application presented at the end of the first part of the trial.

[51] In analyzing this incident, the Court of Appeal, reasonably in my view, concluded that the trial judge's treatment of the matter was inappropriate. There was no basis for accusing counsel of trying to delay the trial, criticizing him for waiting to make the application, or threatening him with an order for costs. When viewed in the context of the rest of the trial, this incident provides further support for a finding of a reasonable apprehension of bias.

[52] Moreover, the Court of Appeal was rightly troubled by the trial judge's disparaging remarks directed at counsel for the Yukon on several other occasions, which it found to be disrespectful. On one occasion, for example, the trial judge, in chastising counsel, accused him of making submissions that [TRANSLATION] "lack[ed] conviction and/or sincerity". The Court of Appeal noted that there were several other occasions during the trial where the trial judge was discourteous towards counsel without apparent reason.

[53] In addition, the trial judge's refusal to allow the Yukon to file a reply on costs is highly problematic in the overall context of the trial. The Court of Appeal concluded that there were sufficient other indicia of a reasonable apprehension of bias in respect of the trial, so it was unnecessary to determine whether the trial judge's conduct with regard to the costs proceedings could also support the finding of bias at trial. But in my view some comment on the costs proceedings in this case is warranted. The trial judge's refusal to allow the Yukon to file a reply factum, particularly in light of the fact that it could not have known the quantum of costs sought by the Board at the time it filed its factum, is questionable, made more so by his decision to award a [TRANSLATION] "lump sum" payment to the Board, in addition to solicitor-client costs going back to 2002.

remise d'une partie du procès a eu comme résultat un procès beaucoup plus long, et la Cour a dû rendre jugement sur la demande d'injonction intérimaire présentée à la fin de la première partie du procès.

[51] En analysant cet incident, la Cour d'appel a conclu, à bon droit selon moi, que le juge du procès avait mal traité la question. Il n'avait aucune raison d'accuser l'avocat de tenter de retarder le procès, de le réprimander pour avoir attendu avant de présenter la demande ou de le menacer d'une condamnation aux dépens. Lorsqu'on l'examine dans le contexte de la suite du procès, cet incident étaye davantage la conclusion qu'il existe une crainte raisonnable de partialité.

[52] En outre, la Cour d'appel s'est dite à juste titre troublée par les commentaires désobligeants que le juge du procès avait faits à plusieurs autres reprises envers l'avocat du Yukon, commentaires qu'elle a qualifiés d'irrespectueux. À une occasion, par exemple, le juge du procès, réprimandant l'avocat, l'a accusé de présenter des observations qui « manquaient de conviction et/ou de sincérité ». La Cour d'appel a signalé qu'il y avait eu plusieurs autres occasions durant le procès où le juge s'était montré peu courtois envers l'avocat sans raison apparente.

[53] De plus, le refus du juge du procès de permettre au Yukon de déposer une réponse concernant les dépens est très problématique dans le contexte global du procès. La Cour d'appel a conclu que, comme il y avait suffisamment d'autres indices d'une crainte raisonnable de partialité relativement au procès, il était inutile de déterminer si le comportement du juge du procès à l'égard des dépens permettait également de conclure à la partialité durant le procès. Mais à mon sens, certains commentaires sur l'octroi des dépens en l'espèce sont de mise. Le refus du juge du procès de permettre au Yukon de présenter un mémoire en réplique est contestable, surtout compte tenu du fait que ce dernier ne pouvait connaître le montant des dépens sollicités par la Commission au moment où il a déposé son mémoire, d'autant plus que le juge a accordé un « montant forfaitaire » à la Commission, en plus de dépens avocat-client remontant à 2002.

[54] Appellate courts are rightfully reluctant to intervene on the grounds that a trial judge's conduct crossed the line from permissibly managing the trial to improperly interfering with the case. Reprimands of counsel, for example, may well be appropriate to ensure that proceedings occur in an orderly and efficient manner and that the court's process is not abused. But as the Canadian Judicial Council's *Ethical Principles for Judges* (1998) suggests:

Unjustified reprimands of counsel, insulting and improper remarks about litigants and witnesses, statements evidencing prejudgment and intemperate and impatient behaviour may destroy the appearance of impartiality. . . . A fine balance is to be drawn by judges who are expected both to conduct the process effectively and avoid creating in the mind of a reasonable, fair minded and informed person any impression of a lack of impartiality. [Emphasis added; p. 32.]

[55] While the threshold for a reasonable apprehension of bias is high, in my respectful view, the “fine balance” was inappropriately tipped in this case. The trial judge's actions in relation to the confidentiality of student files, the request to have Mr. DeBruyn testify by affidavit, the disparaging remarks, and the unusual costs award and procedure, taken together and viewed in their context, would lead a reasonable and informed person to see the trial judge's conduct as giving rise to a reasonable apprehension of bias.

[56] That said, I respectfully part company with the Court of Appeal when it concluded that the trial judge's current service as a governor of the Fondation franco-albertaine substantially contributed to a reasonable apprehension of bias. The trial judge had been appointed to the Alberta Court of Queen's Bench in 2002 and the Supreme Court of Yukon in 2005. Before being appointed to the bench, the trial judge played a key role in the creation of École du Sommet in St. Paul, Alberta and served as a school trustee on the Conseil scolaire Centre-Est de l'Alberta from 1994 until 1998. From 1999 to 2001,

[54] Les tribunaux d'appel hésitent, à bon droit, à intervenir au motif que le juge du procès, par sa conduite, a franchi la ligne qui sépare le fait de gérer acceptablement le procès et le fait d'intervenir irrégulièrement dans l'affaire. Par exemple, les réprimandes envers les avocats peuvent fort bien être indiquées pour veiller à ce que l'instance se déroule de manière ordonnée et efficace et à ce qu'il n'y ait pas abus de procédure. Mais comme l'affirme le Conseil canadien de la magistrature dans ses *Principes de déontologie judiciaire* (1998) :

Les remontrances injustifiées faites aux avocats, les remarques vexantes et déplacées au sujet des parties et des témoins, les déclarations manifestant un parti pris et un comportement immodéré et impatient peuvent saper l'apparence d'impartialité. [. . .] Les juges doivent maintenir un équilibre délicat : ils doivent diriger la procédure avec efficacité, sans donner l'impression de manquer de partialité à une personne raisonnable, impartiale et bien informée. [Je souligne; p. 32-33.]

[55] Bien que le seuil à franchir pour conclure à une crainte raisonnable de partialité soit élevé, j'estime que l'« équilibre délicat » a été rompu de façon inappropriée en l'espèce. Les actes du juge du procès en lien avec la confidentialité des dossiers d'élèves, la demande pour faire témoigner M. DeBruyn par affidavit, les commentaires désobligeants ainsi que le caractère inusité des dépens adjugés et de la procédure suivie pour les accorder, pris ensemble et situés dans leur contexte, amèneraient une personne raisonnable et bien renseignée à estimer que le comportement du juge du procès fait naître une crainte raisonnable de partialité.

[56] Cela dit, avec égards, je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel lorsqu'elle conclut que l'exercice actuel, par le juge du procès, de la fonction de gouverneur de la Fondation franco-albertaine a largement contribué à une crainte raisonnable de partialité. Le juge du procès a été nommé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta en 2002 et à la Cour suprême du Yukon en 2005. Avant d'être nommé juge, le juge du procès a joué un rôle important dans la création de l'école du Sommet à Saint-Paul, en Alberta, et a siégé à titre de conseiller scolaire au Conseil scolaire Centre-Est de l'Alberta de 1994 à 1998.

he served as a member of the executive of the Association canadienne-française de l'Alberta, an organization that lobbies on behalf of and promotes the francophone community in Alberta. He was a governor of the Fondation franco-albertaine while he was a judge. Its “mission” is to [TRANSLATION] “[e]stablish charitable activities to enhance the vitality of Alberta’s francophone community”, and its “vision” is for “[a] francophone community in Alberta that is autonomous, dynamic and valued”. It is this latter affiliation that triggered the Court of Appeal’s admonition.

[57] While the Court of Appeal acknowledged that the Fondation franco-albertaine was not directly involved with the community whose rights were being determined in the litigation and had no affiliation with any organization implicated in the trial, it concluded that

[t]he parallels between the situations of s. 23 rights-holders in Alberta and those in Yukon are direct and obvious. Further, the expressed visions of the [Fondation franco-albertaine] would clearly align it with some of the positions taken by the [Board] in this case. We are unable, therefore, to accept that the judge’s position as governor of the [Fondation franco-albertaine] was innocuous. [para. 199]

[58] It also acknowledged, however, that the Fondation franco-albertaine “appears to be largely a philanthropic organization rather than a political group”, and that its goals are primarily charitable, not partisan. Nevertheless, it was of the view that

the organization’s mission statement and philosophy shows that it has a particular vision of the francophone community. In continuing to be a governor of the organization, the judge was, in effect, publicly declaring his support for that vision. [para. 193]

[59] While I fully acknowledge the importance of judges avoiding affiliations with certain organizations, such as advocacy or political groups, judges should not be required to immunize themselves from participation in community service where there is little likelihood of potential conflicts of interest.

De 1999 à 2001, il a siégé au Comité exécutif de l’Association canadienne-française de l’Alberta, un organisme qui fait du lobbying au nom de la communauté franco-albertaine et fait la promotion de celle-ci. Il était gouverneur de la Fondation franco-albertaine alors qu’il était juge. La « mission » de la Fondation consiste à « [é]tablir la philanthropie pour l’épanouissement de la francophonie albertaine » et sa « vision » repose sur « [u]ne francophonie albertaine autonome, dynamique et valorisée ». C’est cette dernière affiliation qui est à l’origine de la réprimande de la Cour d’appel.

[57] La Cour d’appel a reconnu que la Fondation franco-albertaine n’entretenait pas de rapports directs avec la communauté dont les droits étaient en cause dans le litige et n’avait aucune affiliation avec l’un ou l’autre des organismes parties au procès, mais elle a conclu ce qui suit :

Il existe des parallèles directs et évidents entre la situation des ayants droit selon l’art. 23 en Alberta et celle des ayants droit au Yukon. De plus, la vision exprimée de la [Fondation franco-albertaine] pourrait très bien s’harmoniser avec certaines positions mises de l’avant par la [Commission] en l’espèce. Il nous est donc impossible d’accepter l’argument que, à l’égard du juge, sa qualité de gouverneur de la [Fondation franco-albertaine] était anodine. [par. 199]

[58] Toutefois, la Cour d’appel a également reconnu que la Fondation franco-albertaine « semble être en grande partie un organisme philanthropique plutôt qu’un groupe politique » et que ses objectifs sont principalement caritatifs, et non partisans. Elle était néanmoins d’avis que

l’énoncé de la mission et la philosophie de l’organisme révèlent une vision particulière de la communauté francophone. En continuant d’en être un gouverneur, le juge, à vrai dire, déclare publiquement son soutien à cette vision. [par. 193]

[59] Bien que je reconnaisse sans réserve l’importance que les juges évitent d’adhérer à certains organismes, comme des groupes de revendication ou des groupes politiques, ils ne devraient pas avoir à s’abstenir de participer au service de la communauté lorsqu’il y a peu de risque de conflit d’intérêts.

Judges, as Benjamin Cardozo said, do not stand on “chill and distant heights”: *The Nature of the Judicial Process* (1921), at p. 168. They should not and *cannot* be expected to leave their identities at the courtroom door. What they *can* be expected to do, however, is remain, in fact and in appearance, open in spite of them. I find the following observations by Lord Bingham of Cornhill C.J., Lord Woolf M.R. and Sir Richard Scott V.-C. in *Locabail (U.K.) Ltd. v. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451 (C.A.), to provide a persuasive instructional template on how to view the relationship between a judge’s identity, organizational affiliation, and impartiality:

We cannot . . . conceive of circumstances in which an objection could be soundly based on the religion, ethnic or national origin, gender, age, class, means or sexual orientation of the judge. Nor, at any rate ordinarily, could an objection be soundly based on the judge’s social or educational or service or employment background or history, nor that of any member of the judge’s family; or previous political associations; or membership of social or sporting or charitable bodies; or Masonic associations; or previous judicial decisions; or extra-curricular utterances (whether in textbooks, lectures, speeches, articles, interviews, reports or responses to consultation papers); or previous receipt of instructions to act for or against any party, solicitor or advocate engaged in a case before him; or membership of the same Inn, circuit, local Law Society or chambers By contrast, a real danger of bias might well be thought to arise if there were personal friendship or animosity between the judge and any member of the public involved in the case; or if the judge were closely acquainted with any member of the public involved in the case, particularly if the credibility of that individual could be significant in the decision of the case; or if, in a case where the credibility of any individual were an issue to be decided by the judge, he had in a previous case rejected the evidence of that person in such outspoken terms as to throw doubt on his ability to approach such person’s evidence with an open mind on any later occasion; or if on any question at issue in the proceedings before him the judge had expressed views, particularly in the course of the hearing, in such extreme and unbalanced terms as to throw doubt on his ability to try the issue with an objective judicial mind . . . ; or if, for any other reason, there were real ground for doubting the ability of the

Comme l’a affirmé Benjamin Cardozo, les juges n’occupent pas des [TRADUCTION] « sommets glacials et lointains » : *The Nature of the Judicial Process* (1921), p. 168. On ne doit ni *ne peut* s’attendre à ce qu’ils laissent leur identité à la porte de la salle d’audience. On *peut* toutefois s’attendre à ce qu’ils demeurent, en fait et en apparence, ouverts d’esprit malgré leur identité. J’estime que les observations suivantes du juge en chef lord Bingham of Cornhill, du maître des rôles lord Woolf et du vicomte Sir Richard Scott dans l’arrêt *Locabail (U.K.) Ltd. c. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451 (C.A.), constituent un modèle d’instruction persuasif sur la façon de voir la relation entre l’identité du juge, son adhésion à un organisme et l’impartialité :

[TRADUCTION] Nous ne pouvons [. . .] concevoir de situation dans laquelle une objection pourrait être valablement fondée sur la religion, l’origine ethnique ou nationale, le sexe, l’âge, la classe sociale, les moyens ou l’orientation sexuelle du juge. De toute façon, une objection ne pourrait pas non plus, en temps normal, être valablement fondée sur les antécédents sociaux ou antécédents en matière d’instruction ou de service ou l’expérience professionnelle du juge, ni sur ceux de tout membre de la famille du juge; ni sur d’anciennes allégeances politiques; ni sur l’appartenance à un organisme social, de sport ou de bienfaisance; ni sur l’adhésion à des associations maçonniques; ni sur des décisions judiciaires antérieures; ni sur des déclarations paraprofessionnelles (dans des ouvrages de doctrine, des cours, des discours, des articles, des entrevues, des rapports ou des réponses à des documents de consultation); ni sur des instructions reçues précédemment pour agir en faveur d’une partie ou d’un avocat engagé dans une affaire dont il est saisi, ou contre ceux-ci; ni sur l’appartenance au même *Inn*, à une même cour itinérante, au même barreau de la région ou au même cabinet [. . .] En revanche, on pourrait sans doute penser qu’un réel danger de partialité survienne s’il y avait une amitié ou une animosité entre le juge et tout membre du public partie à l’affaire; ou si le juge connaissait bien un membre du public partie à l’affaire, surtout si la crédibilité de cette personne pourrait être importante pour l’issue de l’affaire; ou si, dans toute affaire où la crédibilité d’une personne était une question que le juge devait trancher, ce dernier, dans une autre affaire, avait rejeté le témoignage de cette personne d’une façon si véhémement que l’on doute de sa capacité à examiner le témoignage de cette personne avec un esprit ouvert dans le cadre de tout autre litige; ou si, sur toute question en litige dans l’instance

judge to ignore extraneous considerations, prejudices and predilections and bring an objective judgment to bear on the issues before him. [Citations omitted; para. 25.]

(See also *S. (R.D.)*, at paras. 38-39, per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.)

[60] The *Ethical Principles for Judges* provide guidance to federally appointed judges. They advise that while judges should clearly exercise common sense about joining organizations, they are not prohibited from continuing to serve their communities outside their judicial role:

A judge is appointed to serve the public. Many persons appointed to the bench have been and wish to continue to be active in other forms of public service. This is good for the community and for the judge, but carries certain risks. For that reason, it is important to address the question of the limits that judicial appointment places upon the judge's community activities.

The judge administers the law on behalf of the community and therefore unnecessary isolation from the community does not promote wise or just judgments. The Right Honourable Gerald Fauteux put the matter succinctly and eloquently in *Le livre du magistrat* (TRANSLATION):

[there is no intention] to place the judiciary in an ivory tower and to require it to cut off all relationship with organizations which serve society. Judges are not expected to live on the fringe of society of which they are an important part. To do so would be contrary to the effective exercise of judicial power which requires exactly the opposite approach.

The precise constraints under which judges should conduct themselves as regards civic and charitable activity are controversial inside and outside the judiciary. This is not surprising given that the question involves

dont il était saisi, le juge avait exprimé des opinions, en particulier durant l'audience, si extrêmes et polarisées que l'on doute de sa capacité à trancher la question avec un esprit judiciaire objectif [. . .]; ou si, pour toute autre raison, il y avait des motifs réels de douter de la capacité du juge à faire abstraction de facteurs, de préjugés et de prédilections extérieurs et de porter un jugement objectif sur les questions dont il est saisi. [Références omises; par. 25.]

(Voir aussi *S. (R.D.)*, par. 38-39, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin.)

[60] Les *Principes de déontologie judiciaire* servent de guide aux juges nommés par le gouvernement fédéral. Selon ces principes, bien que les juges doivent manifestement faire preuve de bon sens pour ce qui est de leur adhésion à un organisme, il ne leur est pas interdit de continuer de servir leur communauté à l'extérieur de leur fonction judiciaire :

Les juges sont nommés pour servir la population. Nombre de personnes qui ont accédé à la magistrature avaient joué un rôle social actif et souhaitaient continuer de le faire. La société comme les juges tirent profit de telles activités, mais celles-ci comportent certains risques. Il importe donc d'étudier les limites que la charge de juge impose aux activités à caractère social.

Les juges appliquent la loi au nom de la société; par conséquent, tout isolement excessif est peu propice à des décisions justes et judicieuses. M. le juge Gerald Fauteux exprime cette idée avec concision et éloquence dans *Le livre du magistrat* :

On ne peut, cependant, voir [. . .] une intention [. . .] d'établir le magistrat dans une tour d'ivoire, de l'obliger à rompre tout rapport avec les organisations qui sont au service de la société. On n'attend certes pas du juge qu'il vive en marge de la collectivité sociale dont il est une entité importante. Le bon fonctionnement même du pouvoir judiciaire s'y oppose et exige précisément une attitude contraire.

Les contraintes précises auxquelles doit être assujettie la conduite des juges en ce qui a trait aux activités civiles et charitables suscitent la controverse tant au sein de la magistrature que dans la société. Cela n'a rien d'étonnant

balancing competing considerations. On one hand, there are the beneficial aspects, both for the community and the judiciary, of the judge being active in other forms of public service. This needs to be assessed in light of the expectations and circumstances of the particular community. On the other hand, the judge's involvement may, in some cases, jeopardize the perception of impartiality or lead to an undue number of recusals. If this is the case, the judge should . . . avoid the activity. [Citations omitted.]

(*Ethical Principles for Judges*, at p. 33)

[61] Membership in an association affiliated with the interests of a particular race, nationality, religion, or language is not, without more, a basis for concluding that a perception of bias can reasonably be said to arise. We expect a degree of mature judgment on the part of an informed public which recognizes that not everything a judge does or joins predetermines how he or she will judge a case. Canada has devoted a great deal of effort to creating a more diverse bench. That very diversity should not operate as a presumption that a judge's identity closes the judicial mind.

[62] In this case, the Court of Appeal found that the trial judge's involvement as a governor of the Fondation franco-albertaine was problematic. There is, however, little in the record about the organization. In particular, it is difficult to see how, based on the evidence, one could conclude that its vision "would clearly align" with certain positions taken by the Board in this case or that the trial judge's involvement in the organization foreclosed his ability to approach this case with an open mind. Standing alone, vague statements about the organization's mission and vision do not displace the presumption of impartiality. While I agree that consideration of the trial judge's current role as a governor of the organization was a valid part of the contextual bias inquiry in this case, I am not persuaded that his involvement with an organization whose functions are largely undefined on the evidence, can be said to rise to the level of a contributing factor such that the

puisque'il s'agit d'équilibrer des intérêts opposés. D'une part, l'activité sociale des juges est avantageuse tant pour la société que pour la magistrature. Ces avantages doivent être appréciés en fonction des attentes et de la situation particulière de chaque communauté. D'autre part, le rôle actif des juges peut parfois compromettre leur image d'impartialité ou entraîner un nombre excessif de récusations. Si tel risque d'être le cas, le juge doit [. . .] s'abstenir d'exercer l'activité compromettante. [Références omises.]

(*Principes de déontologie judiciaire*, p. 33-34)

[61] L'appartenance à une association affiliée aux intérêts d'une race, d'une nationalité, d'une religion ou d'une langue en particulier ne peut servir de fondement, sans plus, pour conclure raisonnablement qu'il y a apparence de partialité. Nous nous attendons à ce qu'un public renseigné fasse preuve d'un jugement mature en reconnaissant que les actes et les adhésions du juge ne prédisposent pas toujours comment il jugera une affaire. Le Canada a déployé beaucoup d'efforts pour se doter d'une magistrature plus diversifiée. Cette même diversité ne devrait pas faire office de présomption que l'identité du juge ferme l'esprit judiciaire.

[62] En l'espèce, la Cour d'appel a conclu que l'implication du juge du procès comme gouverneur de la Fondation franco-albertaine posait problème. Toutefois, le dossier contient très peu de renseignements sur l'organisme. En particulier, il est difficile de voir comment, au vu de la preuve, on pourrait conclure que sa vision « pourrait très bien s'harmoniser » avec certaines positions mises de l'avant par la Commission dans la présente affaire ou que l'engagement du juge du procès au sein de l'organisme l'empêchait d'aborder l'affaire avec un esprit ouvert. À elles seules, les déclarations vagues concernant la mission et la vision de l'organisme ne réfutent pas la présomption d'impartialité. Même si je conviens que la prise en compte de la fonction de gouverneur de l'organisme exercée présentement par le juge du procès faisait partie à juste titre de l'analyse contextuelle de la partialité en l'espèce, je ne suis pas convaincue que son engagement au sein d'un organisme,

judge, as the Court of Appeal said, “should not have sat on [this case]” (at para. 200).

[63] This brings us to the two legal issues which were appealed to this Court and which the Court of Appeal did not send back for a new trial. The first is whether the Board can unilaterally decide whom to admit to the French school.

[64] The admission criteria to the French school in the Yukon are set out in the *French Language Instruction Regulation*, Y.O.I.C. 1996/99. The *Regulation* states that only “eligible students” are entitled to receive French-language instruction at a school in the Yukon: s. 9. “[E]ligible student” is defined in the *Regulation* to mean:

... a student whose parent or parents are citizens of Canada who have the right under section 23 of the Charter to have their children educated in the French language and include those students whose parents or siblings would have the right under section 23 if they were citizens of Canada or if the instruction referred to in section 23 was not limited to Canada; [s. 2]

[65] Notwithstanding the *Regulation*, from the time of the Board’s creation in 1996 until the trial, the Board had decided which students could be admitted to its school, whether or not they were the children of s. 23 rights holders. On the first day of the trial, however, the Yukon sent a letter to the Board’s president notifying him of its intention henceforth to enforce the *Regulation*:

[TRANSLATION] ... [the] *Regulation* specifies the eligibility requirements for students in Education Area #23. The *Regulation* also states that residents must file a declaration with the Yukon Francophone School Board so the Minister of Education can make the final determination on the eligibility of a citizen to be a resident of Education Area #23. ...

dont les attributions sont en grande partie indéfinies d’après la preuve, puisse s’élever au rang de facteur contributif à un point tel que le juge, pour reprendre les propos de la Cour d’appel, « n’aurait pas dû instruire l’affaire » (par. 200).

[63] Cela nous amène aux deux questions de droit qui ont fait l’objet du pourvoi devant notre Cour et que la Cour d’appel n’a pas renvoyées pour nouvelle instruction. Premièrement, la Commission est-elle habilitée à décider unilatéralement qui peut être admis à l’école de langue française?

[64] Les critères d’admission à l’école de langue française au Yukon sont établis dans le *Règlement sur l’instruction en français*, Y.D. 1996/99. Le *Règlement* dispose que seuls les « élève[s] admissible[s] » ont le droit de recevoir une instruction en français dans une école au Yukon : art. 9. Le terme « élève admissible » est défini comme suit dans le *Règlement* :

Élève dont un parent, étant citoyen du Canada, a le droit de faire instruire ses enfants en français en vertu de l’article 23 de la Charte. Sont compris les élèves dont les parents, les frères ou les sœurs auraient ce droit s’il[s] étaient citoyens canadiens ou si l’instruction visée à l’article 23 ne se bornait pas au Canada; [art. 2]

[65] Nonobstant le *Règlement*, depuis la création de la Commission en 1996 jusqu’au procès, la Commission décidait quels élèves pouvaient être admis à son école, qu’ils soient ou non les enfants de titulaires des droits prévus à l’art. 23. La première journée du procès, toutefois, le Yukon a envoyé une lettre au président de la Commission pour l’aviser de son intention d’appliquer désormais le *Règlement* :

... [le] *Règlement* prévoit les conditions d’admissibilité des élèves du district scolaire 23. De plus, le *Règlement* précise que les résidents doivent déposer une déclaration auprès de la Commission scolaire francophone du Yukon de sorte que le ministre de l’Éducation peut trancher quant à l’admissibilité d’un citoyen à être résident du district scolaire 23. ...

This is an important step . . . That is why I am asking you to ensure that the Department of Education receives . . . the declarations filed with the Board for all students registered at École Émilie-Tremblay.

[66] The issue, therefore, is whether s. 23 grants the Board the unilateral power to admit students other than those who are “eligible” according to the *Regulation*. This raises questions about the allocation of constitutional powers.

[67] Section 23 of the *Charter* establishes the general framework for the minority language educational rights of Canadian citizens: *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; see also *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, [2009] 3 S.C.R. 208, at para. 23; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, at p. 82; and *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 201, at paras. 5-10. Where numbers warrant, ss. 23(1) and 23(2) give certain Canadian citizens the right to have their children receive education in a province or territory’s minority language at the government’s expense.¹

[68] That said, this Court recently reaffirmed that while “the *Charter* reflects the importance of language rights, it also reflects the importance of respect for the constitutional powers of the provinces”: *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia*, [2013] 2 S.C.R. 774, at para. 56. Pursuant to s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, provincial legislatures have authority to make laws in

Il s’agit là d’une étape importante [. . .] C’est donc pourquoi je vous demande de veiller à ce que le ministère de l’Éducation reçoive [. . .] les déclarations déposées auprès de la Commission pour tous les élèves inscrits à l’École Émilie-Tremblay.

[66] Il s’agit donc de savoir si l’art. 23 confère à la Commission le pouvoir unilatéral d’admettre d’autres élèves que ceux « admissibles » au sens du *Règlement*. Cela soulève des questions concernant le partage des pouvoirs constitutionnels.

[67] L’article 23 de la *Charte* établit le cadre général des droits des citoyens canadiens à l’instruction dans la langue de la minorité : *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; voir aussi *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, [2009] 3 R.C.S. 208, par. 23; *Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, p. 82; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201, par. 5-10. Lorsque le nombre le justifie, les par. 23(1) et (2) confèrent à certains citoyens canadiens le droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité de leur province ou territoire aux frais du gouvernement¹.

[68] Cela dit, notre Cour a récemment confirmé que, même si « elle reconnaît l’importance des droits linguistiques, la *Charte* reconnaît par ailleurs l’importance du respect des pouvoirs constitutionnels des provinces » : *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, [2013] 2 R.C.S. 774, par. 56. Selon l’art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les législatures

¹ Section 59 of the *Constitution Act, 1982* provides that s. 23(1)(a) does not apply in Quebec. It may come into force only with the authorization of the legislative assembly or government of Quebec. Such authorization has not yet been given.

¹ L’article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que l’al. 23(1)a) ne s’applique pas au Québec. Il ne peut entrer en vigueur qu’avec l’autorisation de l’assemblée législative ou du gouvernement du Québec. Cette autorisation n’a pas encore été accordée.

relation to education.² Federalism remains a notable feature in matters of minority language rights. As this Court stated in *Solski*, a case upholding Quebec legislation requiring a student to have received the “major part” of his or her education in English in order to qualify for access to publicly funded English-language schools:

As education falls within the purview of provincial power, each province has a legitimate interest in the provision and regulation of minority language education . . .

. . . The latitude given to the provincial government in drafting legislation regarding education must be broad enough to ensure the protection of the French language while satisfying the purposes of s. 23. As noted by Lamer C.J. in *Reference re Public Schools Act (Man.)*, at p. 851, “different interpretative approaches may well have to be taken in different jurisdictions, sensitive to the unique blend of linguistic dynamics that have developed in each province”. [Citation omitted; paras. 10 and 34.]

[69] There is no doubt that a province or territory can delegate the function of setting admission criteria for children of non-rights holders to a school board. This delegation can include granting a minority language school board wide discretion to admit the children of non-rights holders.

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; *Constitution Amendment, 1998 (Newfoundland Act)*, SI/98-25, s. 1(2); *Northwest Territories Act, S.C. 2014*, c. 2 [as en. by the *Northwest Territories Devolution Act*], 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).

provinciales ont le pouvoir de décréter des lois relatives à l’éducation². Le fédéralisme demeure une caractéristique notable en matière de droits des minorités linguistiques. Comme l’a affirmé notre Cour dans l’arrêt *Solski*, qui confirmait une loi du Québec exigeant qu’un élève ait reçu la « majeure partie » de son enseignement en anglais pour pouvoir fréquenter une école de langue anglaise financée à même les fonds publics :

Étant donné que l’éducation est un chef de compétence provinciale, chacune des provinces a un intérêt légitime dans la prestation et la réglementation de services d’enseignement dans la langue de la minorité . . .

. . . Le gouvernement provincial appelé à légiférer en matière d’éducation doit disposer de la latitude suffisante pour assurer la protection de la langue française tout en respectant les objectifs de l’art. 23. Comme l’a souligné le juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, p. 851, « il peut bien être nécessaire d’adopter des méthodes d’interprétation différentes dans divers ressorts qui tiennent compte de la dynamique linguistique particulière à chaque province ». [Référence omise; par. 10 et 34.]

[69] Il ne fait aucun doute qu’une province ou un territoire puisse déléguer à une commission scolaire la fonction de fixer les critères d’admission à l’égard des enfants de non-ayants droit. Par cette délégation, on peut conférer à une commission scolaire de la minorité linguistique un large pouvoir discrétionnaire pour admettre les enfants de non-ayants droit.

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; *Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR/98-25, par. 1(2); *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*], 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).

[70] There is also no doubt that a province or territory may pass legislation which offers protections higher than those protected by the *Charter*. Section 23 establishes a constitutional minimum: *Mahe*, at p. 379. Two important corollaries flow from this. First, because the *Charter* sets out minimum standards with which legislation must comply, any legislation which falls below these standards contravenes the *Charter* and is presumptively unconstitutional. Second, because the *Charter* sets out only *minimum* standards, it does not preclude legislation from going beyond the basic rights recognized in the *Charter* to offer additional protections. This fact was recognized by Dickson C.J. in *Mahe*, where he explained that s. 23 establishes “a minimum level of management and control in a given situation; it does not set a ceiling”: p. 379. Provincial and territorial governments are permitted to “give minority groups a greater degree of management and control” than that set out in the provision: p. 379.

[71] Some provinces have accepted this invitation and granted school boards wide discretion to admit the children of non-rights holders. In Ontario, for example, s. 293 of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, provides in part that a French-language school board may admit the child of a non-rights holder if the admission is approved by a majority vote of an admissions committee. In Manitoba, s. 21.15(5) of the *Public Schools Act*, R.S.M. 1987, c. P250, allows the francophone school board to admit any other child beyond those entitled to admission under the act upon written request for admission to the board.

[72] Other provinces have given minority language school boards generous authority over admissions, but imposed specific limitations on the exercise of the power. In Prince Edward Island, for example, the French-language school board may admit children whose parents are not s. 23 rights holders, but any such child must first be released by the English-language board: *French First Language Instruction Regulations*, P.E.I. Reg. EC480/98, s. 10. A similar

[70] Il ne fait également aucun doute qu’une province ou un territoire puisse adopter une loi qui offre de plus grandes protections que celles garanties par la *Charte*. L’article 23 prévoit un minimum constitutionnel : *Mahe*, p. 379. Deux importants corollaires en découlent. Premièrement, comme la *Charte* énonce les normes minimales auxquelles la loi doit se conformer, toute loi qui ne respecte pas ces normes contrevient à la *Charte* et est présumée inconstitutionnelle. Deuxièmement, comme la *Charte* énonce uniquement les normes *minimales*, elle n’empêche pas la loi d’aller au-delà des droits élémentaires reconnus dans la *Charte* et d’offrir d’autres protections. Ce fait a été reconnu par le juge en chef Dickson dans *Mahe*, où il a expliqué que l’art. 23 établit « un niveau minimum de gestion et de contrôle dans une situation donnée; il ne fixe pas un maximum » : p. 379. Les gouvernements provinciaux et territoriaux sont autorisés à « accorder à des groupes minoritaires un degré de gestion et de contrôle plus élevé » que celui prévu dans la disposition : p. 379.

[71] Certaines provinces ont accepté cette invitation et conféré aux commissions scolaires un large pouvoir discrétionnaire pour admettre les enfants de non-ayants droit. En Ontario, par exemple, l’art. 293 de la *Loi sur l’éducation*, L.R.O. 1990, c. E.2, dispose notamment qu’un conseil scolaire de langue française peut admettre l’enfant d’une personne non titulaire des droits garantis par l’art. 23 si l’admission est approuvée à la majorité des voix par les membres du comité d’admission. Au Manitoba, le par. 21.15(5) de la *Loi sur les écoles publiques*, L.R.M. 1987, c. P250, autorise la commission scolaire de langue française à admettre tout autre enfant que ceux ayant droit à l’admission en vertu de la loi sur présentation d’une demande écrite d’admission à la commission.

[72] D’autres provinces ont conféré à des commissions scolaires de la minorité linguistique un vaste pouvoir sur les admissions, mais ont imposé des limites précises à l’exercice de ce pouvoir. À l’Île-du-Prince-Édouard, par exemple, la commission scolaire de langue française peut admettre des enfants dont les parents ne sont pas titulaires des droits reconnus à l’art. 23, mais ces enfants doivent d’abord être exemptés par la commission de langue anglaise :

regime exists in Saskatchewan: *The Education Act*, 1995, S.S. 1995, c. E-0.2, s. 144.

French First Language Instruction Regulations, P.E.I. Reg. EC480/98, art. 10. Un régime similaire existe en Saskatchewan : *Loi de 1995 sur l'éducation*, L.S. 1995, c. E-0.2, art. 144.

[73] Still other provinces have given limited authority to minority language school boards to admit the children of non-rights holders. In British Columbia, the French-language school board has the discretion to admit the child of an immigrant who, if the parent were a Canadian citizen, would be a s. 23 rights holder: *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, s. 166.24.

[73] En revanche, d'autres provinces ont conféré aux commissions scolaires de la minorité linguistique un pouvoir limité d'admission des enfants de non-ayants droit. En Colombie-Britannique, le conseil scolaire francophone a le pouvoir discrétionnaire d'admettre l'enfant d'un immigrant qui, s'il était citoyen canadien, détiendrait les droits garantis par l'art. 23 : *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, art. 166.24.

[74] In this case, however, the Yukon has not delegated the function of setting admission criteria for children of non-rights holders to the Board. In the absence of any such delegation, there is no authority for the Board to unilaterally set admission criteria which are different from what is set out in the *Regulation*. This does not preclude the Board from claiming that the Yukon has insufficiently ensured compliance with s. 23, and nothing stops the Board from arguing that the Yukon's approach to admissions prevents the realization of s. 23's purpose: see *Mahe*, at pp. 362-65. But that is a different issue from whether the Board has, in the absence of delegation from the Yukon, the unilateral right to decide to admit children other than those who are covered by s. 23 or the *Regulation*.

[74] En l'espèce, toutefois, le Yukon n'a pas délégué à la Commission la fonction de fixer les critères d'admission des enfants de non-ayants droit. À défaut d'une telle délégation, la Commission n'a pas le pouvoir de fixer unilatéralement des critères d'admission différents de ceux établis dans le *Règlement*. La Commission n'est pas pour autant empêchée de faire valoir que le Yukon n'a pas assuré suffisamment le respect de l'art. 23 et rien ne l'empêche de soutenir que l'approche adoptée par le Yukon à l'égard des admissions fait obstacle à la réalisation de l'objet de l'art. 23 : voir *Mahe*, p. 362-365. Mais il s'agit là d'une autre question que celle de savoir si la Commission a, en l'absence d'une délégation de la part du Yukon, le droit unilatéral de décider d'admettre d'autres enfants que ceux visés par l'art. 23 ou le *Règlement*.

[75] This brings us to the second issue decided by the Court of Appeal, namely, whether the Yukon is required, by virtue of s. 6(1) of the *Languages Act*, to communicate with and provide services to the Board and its employees in French. Section 6(1) provides:

[75] Cela nous amène à la deuxième question tranchée par la Cour d'appel, à savoir si le Yukon est tenu, par application du par. 6(1) de la *Loi sur les langues*, de communiquer avec la Commission et ses employés en français et de leur fournir des services dans cette langue. Le paragraphe 6(1) dispose :

6(1) Any member of the public in the Yukon has the right to communicate with, and to receive available services from, any head or central office of an institution of the Legislative Assembly or of the Government of the Yukon in English or French, and has the same right with respect to any other office of any such institution if

6(1) Le public a, au Yukon, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions de l'Assemblée législative ou du gouvernement du Yukon ou pour en recevoir les services. Il a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas :

(a) there is a significant demand for communications with and services from that office in both English and French; or

(b) due to the nature of the office, it is reasonable that communications with and services from that office be in both English and French.

[76] The Court of Appeal decided that this case was not a suitable vehicle for the determination of rights under s. 6 of the *Languages Act*. In my respectful view, it is unclear to me why this should be so. The Board's *Languages Act* claims raise significant factual issues that may well lead to a finding that parts of the claims were justified. Whether a particular communication is covered by s. 6(1) may depend both on the nature of the communication and the capacity in which it is communicated. As the Court of Appeal observed, it is unlikely that the question has a simple answer given that the Board and its personnel engage in various types of communications with the government. This argues, it seems to me, for a determination at the new trial with the benefit of a full evidentiary record, not for a dismissal of the claims.

[77] The appeal from the Court of Appeal's conclusion that there was a reasonable apprehension of bias requiring a new trial is accordingly dismissed, but the *Languages Act* claims are to be joined with the other issues remitted by the Court of Appeal for determination at the new trial.

[78] In the circumstances, I would make no order for costs.

Appeal largely dismissed.

Solicitors for the appellant: Miller Thomson, Regina.

Solicitors for the respondent: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa; Attorney General of the Yukon Territory, Whitehorse.

a) l'emploi du français et de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;

b) l'emploi du français et de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

[76] La Cour d'appel a décidé que la présente affaire ne se prêtait pas à la définition des droits conférés par l'art. 6 de la *Loi sur les langues*. À mon humble avis, je ne vois pas très bien pourquoi il devrait en être ainsi. Les demandes de la Commission fondées sur la *Loi sur les langues* soulèvent des questions de fait importantes qui pourraient fort bien mener à la conclusion que des parties des demandes étaient justifiées. La réponse à la question de savoir si une communication en particulier relève du par. 6(1) peut dépendre tant de la nature de la communication que de la qualité de son auteur. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel, il est peu probable que la question ait une réponse simple étant donné que la Commission et son personnel se livrent à différents types de communications avec le gouvernement. Il convient donc, à mon sens, de statuer sur les demandes lors du nouveau procès à la lumière d'un dossier de preuve complet, et non de rejeter les demandes.

[77] L'appel interjeté à l'encontre de la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il existe une crainte raisonnable de partialité nécessitant la tenue d'un nouveau procès est donc rejeté, mais les demandes fondées sur la *Loi sur les langues* doivent être jointes aux autres questions renvoyées à la Cour d'appel pour décision à l'issue d'un nouveau procès.

[78] Dans les circonstances, je suis d'avis de n'adjudger aucuns dépens.

Pourvoi rejeté en grande partie.

Procureurs de l'appelante : Miller Thomson, Regina.

Procureurs de l'intimée : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa; Procureure générale du Territoire du Yukon, Whitehorse.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada: Office of the Commissioner of Official Languages, Gatineau.

Procureur de l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles du Canada, Gatineau.

Solicitors for the interveners Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique and Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique: Gall, Legge, Grant & Munroe, Vancouver; Power Law, Vancouver.

Procureurs des intervenants le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique et la Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique : Gall, Legge, Grant & Munroe, Vancouver; Juristes Power, Vancouver.

Solicitors for the intervener Fédération des parents francophones de l'Alberta: Nicolas M. Rouleau, Toronto; WeirFoulds, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des parents francophones de l'Alberta : Nicolas M. Rouleau, Toronto; WeirFoulds, Toronto.

Solicitors for the interveners Fédération nationale des conseils scolaires francophones and Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada: Power Law, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Fédération nationale des conseils scolaires francophones et la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada : Juristes Power, Vancouver.