



COMMENTS

WHAT YOU NEED TO KNOW ABOUT ACCESS COPYRIGHT

Recent changes in the fair dealing exception under Canadian copyright have caused certain Canadian educational institutions to question the value of their Access Copyright license or tariff. Notwithstanding these changes, it is generally recommended that educational institutions first assess their individual copyright licensing situations prior to deciding whether they can rely on the fair dealing exception as a substitute for their Access Copyright license or tariff.

Background On Access Copyright

Access Copyright is a collective society. It administers the rights of certain authors and publishers of literary and artistic works. It does so by licensing use of the works to third parties through either individual licensing agreements, or through certified tariffs from the Copyright Board (the “Board”). Individual licensing agreements are private transactions between the licensed party and Access Copyright. Certified tariffs, however, apply equally to all users to whom or which they apply.

Access Copyright has, among others, a certified tariff for the reprographic reproduction, in Canada, of works in its repertoire by public elementary and secondary educational institutions (the “K-12 tariff”). Access Copyright also has a certified interim tariff (the “post-secondary interim tariff”), and a pending proposed tariff, for the reprographic reproduction, in Canada, of works in its repertoire by post-secondary educational institutions.

Changes To The Fair Dealing Exception

The *Copyright Act* (Canada) (the “Act”) provides a fair dealing exception to copyright infringement. According to the Supreme Court of Canada, the fair dealing exception is a user's right. It maintains the balance between the rights of a copyright owner and the interests of the user.

To fall under the fair dealing exception, a two-stage test must be satisfied, namely:

- (1) the allegedly infringing act must have been for one of the *Act's* allowable purposes specified in the fair dealing exception; and
- (2) the dealings must have actually been “fair”.

In July 2012, the Supreme Court of Canada issued its decision in *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*. This case was an appeal by all of the Ministries of Education for each Canadian province and territory (excluding Quebec) to the decision of the Copyright Board certifying Access Copyright's tariff for K-12 public educational institutions. A central issue in this case, and the case decided by the Copyright Board when certifying the tariff, was whether copies made by a teacher to distribute to students as part of class instruction can qualify as fair dealing (namely, for the purpose of “research or private study”) under the *Copyright Act*. The allowable purposes under the *Act* at the time of the decision included “research or private study”, “news reporting”, and “criticism or review”.

In its decision, the majority of the Court gave a broad interpretation to the meaning of research and private study. They found that copies of a copyrighted work made by a teacher to distribute to students as part of class instruction are, unless made for an ulterior or commercial motive, for the purpose of the students' “research or private study.”

Shortly thereafter, in November 2012, the majority of Bill C-11: the *Copyright Modernization Act* came into force. The Bill added the purposes of “education”, and “parody or satire” to the fair dealing exception. It is unclear to what extent the new “education” purpose expands the fair dealing exception beyond the broad interpretation given by the Supreme Court of Canada in *Aberta, supra.* to the research and private study purpose. Arguably, this new purpose simply affirms the Court's decision.

In any case, the second stage of the test is the more difficult stage to meet. The second stage requires that the dealing be “fair”. What is “fair” is not defined in the *Act*. The Supreme Court of Canada has clearly stated that what

is “fair” depends on the individual facts of each case and an assessment of the following factors:

- a) the purpose of the dealing;
- b) the character of the dealing;
- c) the amount of the dealing;
- d) alternatives to the dealing;
- e) the nature of the work; and
- f) the effect of the dealing on the work.

With respect to these factors in the case of *Alberta, supra.*, the majority for the Court found that the teachers' purposes and the students' purposes were unified: the purpose for reproducing the materials was for the students' research and private study. With respect to the alternatives to the dealing the Court found that it was NOT realistic to require teachers to purchase textbooks for each student as an alternative to copying short excerpts. With respect to the effect of the dealing on the work, the Court found that there was no evidence showing a connection between decreased textbook sales and photocopying short excerpts. Although the Court decided that the dealings at issue in *Alberta, supra.*, were fair, the Court cautioned that similar dealings may not be fair where the person making the copies is doing so for an ulterior motive such as for a commercial purpose.

Reacton To The SCC Decision And The Changes To The ACT

In response to the decision of the Supreme Court of Canada in *Alberta supra.*, and the amendments to the *Act*, the Council of Ministers of Education Canada (“CMEC”), *Copyright Consortium* developed Fair Dealing Guidelines. These guidelines purportedly describe the uses non-profit K-12 schools may make of copyrighted materials which are permitted under the expanded fair dealing exception. The uses described in the Fair Dealing Guidelines are quite similar to the uses permitted by Access Copyright's K-12 tariff.

In October 2012, the Ontario Public School Boards' Association advised school boards in the Province that commencing January 1, 2013, boards will no longer operate under Access Copyright's tariff. Some school boards within Ontario have already adopted policies to comply with the CMEC Fair Dealing Guidelines with the belief that in so doing they may “opt out” of the Access Copyright tariff entirely.

The Association of Universities and Colleges of Canada and the Association of Community Colleges of Canada have also, purportedly, recommended to their members the adoption of a fair dealing policy. The policy is almost identical to CMEC's Fair Dealing Guidelines. The permitted uses described in the policy are also similar to a

number of rights granted under their members' interim Access Copyright tariff. Arguably, however, there are still a number of rights under the proposed Post-Secondary Access Copyright tariff which are not covered by the policy.

Educational Institutions Should Conduct Their Own Copyright Licensing Assessment

Although the fair dealing exception has been expanded, the exception may still not be substitutable, in individual cases, for rights granted under an Access Copyright license or tariff. Educational institutions should first assess their individual copyright licensing situation prior to determining whether they can replace their Access Copyright license or tariff with the fair dealing exception.

It should be noted that many of the public K-12 educational institutions across Canada performed a copyright licensing assessment as part of the certification process for the Access Copyright K-12 tariff. The assessment was conducted during the 2005-2006 school year and examined copying in 894 schools and 31 school boards across Canada (excluding Quebec) for ten consecutive days at each location. The results were then extrapolated to determine the total amount of copying by all public elementary and post-secondary educational schools and boards across Canada (except Quebec). The assessment found that of the 10.3 billion copies of pages made, only 246 million pages (approximately 2.5%) triggered remuneration to Access Copyright. Why the significant difference? Of the original 10.3 billion pages copied, only 3.1 billion pages were from published documents. Furthermore, over 2.8 billion pages of these published documents were in the public domain, documents intended for a single use and that may not be reproduced, and documents sold with the separate authorization from the owners to reproduce them for in-class use.

Although such an extensive assessment may not be possible in all cases, an educational institution will still likely want to consider the following:

1. what copyright it is using, and how it is using that copyright;
2. how much of its copyright use is covered by rights granted by third-parties or works in the public domain;
3. the scope of its individual fair dealing exception and how much of its copyright use falls thereunder; and
4. the overlap of rights granted under its current Access Copyright license / tariff with the above.

If, after performing a copyright licensing assessment, the educational institution discovers that an Access Copyright license or tariff does not provide novel rights, or that the novel rights are not being used (or with some changes, could be rendered unnecessary), then the institution may be justified in not renewing its Access Copyright license or opting out of the tariff.

Notwithstanding the above, care should be taken when determining the extent to which the fair dealing exception covers an educational institution's use of copyrighted materials, and when developing (or relying on another party's) fair dealing guidelines. As previously stated, whether a particular dealing is fair depends on the facts of each case. What may be fair for one educational institution may not be fair for another. Because fairness is assessed on a case-by-case basis, it will also be challenging for educational institutions to draft fair dealing guidelines

which can easily be applied by their users, but which account for the subtle differences of each situation to keep their users within the safe harbour of the fair dealing exception.

Brandon Evenson
Borden Ladner Gervais LLP
Toronto, Ontario

1. *CCH Canadian Ltd. v Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339.
2. *Ibid.*
3. *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37 [Alberta].
4. The Fair Dealing Guidelines was published in CMEC's third edition of its Copyright Matters! publication available at http://cmec.ca/Publications/Lists/Publications/Attachments/291/Copyright_Matters.pdf.

PRESIDENT'S MESSAGE

The junction of the Red and Assiniboine Rivers proved to be a spectacular location for our annual conference. Winnipeg, with its thriving arts, culture and business centre welcomed CAPSLE Conference participants and could not have been more hospitable. But, of course it was not just the location that made the Conference worthwhile, the presentations were enlightening and thought provoking and there were plenty of opportunities for professional and social interactions. I am delighted to report that we had another successful conference.

On behalf of CAPSLE, I would like to thank Nancy Kerr and George Copeland and their organizing committee who did such a tremendous job in planning and implementing a memorable conference in the heart of Manitoba. Members of the Conference Committee arranged a wonderful program that gave Conference participants the benefit of speakers from across Canada who brought a wealth of knowledge and diverse perspectives on education law topics. CAPSLE would like to extend our most sincere thanks to these speakers and Conference sponsors – all of whom have volunteered

countless hours and considerable resources to ensure this Conference would be a success.

I am pleased to report that next year's Conference Committee is already hard at work to plan the 2014 CAPSLE Conference in Charlottetown, PEI. The Conference will be held April 27-29, 2014 at the Delta Hotel. If you have ever considered presenting a paper at a CAPSLE conference, now is the time for resolve. I encourage you to submit a proposal to the Conference Committee. Please send your proposal by email or by letter to smaccormac@petif.com or info@capsle.ca.

Finally, in closing, a special note of thanks to Martha Mackinnon who just completed her term as CAPSLE President. She is truly remarkable and CAPSLE has been fortunate to have the benefit of her leadership for two terms. Her energy, expertise and dedication to CAPSLE are inspirational.

I wish everyone an enjoyable and restful summer.

Page Kendall
CAPSLE President

EQUALITY in LAW and EDUCATION: The Small Under the Protection of the Great

April 27 - 29, 2014
Delta Hotel, Charlottetown, PEI

watch for our CALL for PAPERS coming via email/regular post

LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA SITUATION DE FAMILLE ET L'AFFAIRE JOHNSTONE

Introduction

On assiste ces dernières années à une multiplication des plaintes de discrimination fondées sur la situation de famille alors que ce motif n'avait été jusqu'alors l'objet que de relativement peu d'attention. Plusieurs changements sociodémographiques peuvent expliquer cette augmentation. Par exemple, la participation des femmes au marché du travail a augmenté de façon constante au cours des trente dernières années, entraînant une augmentation du nombre de familles dont les deux parents sont actifs sur le marché du travail. Parallèlement à cette augmentation, le vieillissement de la population fait en sorte que plusieurs adultes n'ont d'autres choix que de s'occuper de leurs parents en perte d'autonomie. On note également un nombre plus élevé de familles monoparentales qu'auparavant. Naturellement, le secteur de l'éducation n'est pas à l'abri de ces changements et les employeurs de ce domaine risquent de faire face à un nombre accru de plaintes de cette nature.

La relative nouveauté du sujet fait en sorte que le test applicable en matière de discrimination fondée sur la situation de famille n'a toujours pas été énoncé de manière uniforme à travers le pays. En effet, à l'heure actuelle, certaines juridictions favorisent un cadre d'analyse plus restrictif tandis que d'autres adoptent une approche plus libérale. Cela dit, la Cour fédérale a récemment été amenée à se pencher sur le test applicable dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Johnstone*. Cet article résume cette décision dont l'impact reste à déterminer.

La saga Johnstone

La saga Johnstone a débuté en 2004, lorsque Fiona Johnstone déposa une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne. Mme Johnstone était une inspectrice aux douanes pour l'Agence des services frontaliers du Canada. Tout comme son mari, Mme Johnstone travaillait à temps plein à l'aéroport international Pearson de Toronto, selon un horaire rotatif couvrant tous les quarts possibles au sein d'une organisation opérant 24 heures par jour, sept jours par semaine. Cet horaire imprévisible rendait à toute fin pratique impossible l'utilisation des services de gardiennage traditionnels, ceux-ci n'offrant pas la flexibilité requise pour répondre aux besoins de Mme Johnstone. Cette dernière avait toutefois réussi à recruter les services de trois membres de sa famille, lesquels avaient chacun accepté de prendre les enfants de madame Johnstone à leur charge pour une journée par semaine, y

compris la nuit si nécessaire. Mme Johnstone souhaitait donc obtenir, à titre d'accommodement, un horaire de travail à heures fixes de trois quarts de travail de 13 heures. Toutefois, la politique non écrite de l'employeur était à l'effet que de tels horaires fixes n'étaient disponibles que si le nombre total d'heures travaillées par semaine n'excédait pas 34 heures (un nombre d'heures insuffisant pour conserver un statut d'employé à temps plein), sauf si la demande était motivée par des raisons médicales ou religieuses. L'employeur était donc prêt à offrir à madame Johnstone trois quarts de travail de 11 heures chacun. Mme Johnstone proposa des alternatives lui permettant de conserver son statut à temps plein, notamment en comptabilisant les heures non travaillées comme des congés non payés, mais l'Agence des services frontaliers du Canada refusa. Mme Johnstone devait donc choisir entre conserver son emploi à temps plein ainsi que les avantages et les possibilités d'avancement qui y étaient associés, ou obtenir un horaire plus flexible tout en perdant ces avantages. Étant d'avis que ce choix imposé par son employeur ne tenait pas compte de ses obligations familiales, Mme Johnstone déposa une plainte à la Commission canadienne des droits de la personne.

La plainte de Mme Johnstone fut l'objet d'une enquête visant à déterminer si l'affaire devait ou non être renvoyée devant le Tribunal canadien des droits de la personne pour audition. Selon le rapport d'enquête, l'employeur de Mme Johnstone effectuait une distinction injustifiée entre les employés demandant un accommodement pour des raisons médicales ou religieuses et ceux demandant un accommodement pour des raisons familiales. Le rapport d'enquête concluait également que les craintes de l'employeur que l'octroi d'un accommodement produirait un effet négatif sur le milieu de travail n'étaient pas étayées par une preuve objective. Le rapport d'enquête recommandait donc à la Commission de renvoyer l'affaire devant le Tribunal.

Or, malgré le rapport d'enquête, la Commission décidait de rejeter la plainte à l'étape de l'examen préalable au motif, notamment, que Mme Johnstone avait accepté la modification proposée à son horaire, à savoir trois quarts de travail fixes de 11 heures, et que la politique de l'employeur ne constituait pas une atteinte sérieuse à sa capacité de s'acquitter de ses obligations parentales. Cette dernière conclusion était formulée en application du test énoncé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Campbell River*, exigeant que le plaignant démontre une interférence *sérieuse* à une obligation familiale *substantielle* découlant d'un *changement imposé* par l'employeur. En vertu de ce test, les demandes

d'accommodement provenant d'un changement dans la situation de vie de l'employé, tel que la naissance d'un enfant ou la maladie d'un proche, ne sont pas protégées en l'absence d'un changement à une condition d'emploi imposé par l'employeur. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique énonce le test comme suit :

Whether particular conduct does or does not amount to *prima facie* discrimination on the basis of family status will depend on the circumstances of each case. In the usual case where there is no bad faith on the part of the employer and no governing provision in the applicable collective agreement or employment contract, **it seems to me that a prima facie case of discrimination is made out when a change in a term or condition of employment imposed by an employer results in a serious interference with a substantial parental or other family duty or obligation of the employee.** I think that in the vast majority of situations in which there is a conflict between a work requirement and a family obligation it would be difficult to make out a *prima facie* case [nous soulignons].

La décision de la Commission dans l'affaire *Johnstone* fut l'objet d'une demande de révision judiciaire devant la Cour fédérale. Cette dernière jugea la décision de la Commission déraisonnable et mal étayée. Elle critiqua les contradictions entre la décision de la Commission et les conclusions de faits du rapport d'enquête et affirma que la décision comportait des erreurs de droit. Sur ce dernier point, la Cour fédérale écarta l'approche adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et choisit plutôt de faire sienne l'analyse du Tribunal canadien des droits de la personne dans l'affaire *Hoyt*, une décision postérieure, il faut le souligner, à la décision de la Commission dans l'affaire *Johnstone*. La Cour fédérale affirma que rien ne justifiait qu'un test différent soit appliqué aux divers motifs prohibés de discrimination. La Cour souligna également que de limiter la protection aux seules situations où l'employeur impose un changement dans les modalités d'emploi constituait une approche indûment restrictive et erronée en droit. Elle affirma : « rien ne justifie qu'il faille considérer ce genre de question [soit celle de la discrimination fondée sur la situation de famille] comme secondaire ou moins importante [...] ». La décision de la Commission fut donc écartée et le dossier renvoyé à cette dernière pour être évalué conformément aux normes établies par la Cour fédérale. La décision

de la Cour fédérale fut portée en appel par l'Agence des services frontaliers du Canada, mais sans succès.

La plainte de Mme Johnstone fut éventuellement référée au Tribunal canadien des droits de la personne. Lors de l'audience sur le fond devant le Tribunal, les parties ont, pour la première fois, eu l'occasion de présenter leur preuve respective sur la question en litige. Pour sa part, l'employeur continuait de soutenir que la discrimination à première vue (ou *prima facie*) fondée sur la situation de famille exigeait un test plus strict que celui applicable dans les cas de discrimination fondée sur les autres motifs prohibés. À son avis, les obligations fondées sur la situation de famille ne comprenaient pas les obligations parentales reliées au gardiennage des enfants. L'employeur plaidait que l'approche préconisée notamment dans l'affaire *Hoyt* était trop libérale puisqu'elle prenait pour acquis que tout conflit entre des obligations familiales et professionnelles donnait nécessairement lieu à de la discrimination. Il avançait que le choix d'avoir des enfants constitue un choix personnel pour lequel l'employeur ne devrait pas porter de responsabilité et que Mme Johnstone n'avait pas démontré que les circonstances menant à la nécessité d'accommodement étaient hors de son contrôle puisqu'elles découlaient de décisions prises conjointement avec son mari. L'employeur soulignait également que tous les autres couples travaillant pour l'Agence des services frontaliers et suivant un horaire rotatif vivaient les mêmes difficultés et les surmontaient en faisant des choix différents. Enfin, il argumentait qu'il était douteux qu'il était impossible de trouver un service de gardiennage pouvant répondre à l'horaire rotatif de Mme Johnstone et de son conjoint.

De son côté, Mme Johnstone exposait qu'elle avait exploré toutes les options de gardiennage possibles, et ce, de manière exhaustive. Elle s'appuyait aussi sur le fait que l'employeur n'avait fait aucun effort pour considérer sa situation de manière individualisée, se contentant d'appliquer sa politique non écrite sans discernement. Elle faisait finalement valoir que son employeur fournissait le type d'accommodement qu'elle recherchait à ceux qui en faisaient la demande pour des motifs médicaux et religieux, mais pas à ceux qui le faisaient pour des motifs familiaux.

La plainte de Mme Johnstone fut accueillie par le Tribunal, qui confirma que la discrimination fondée sur la situation de famille comprend les obligations parentales, dont les obligations de gardiennage. Un cas de discrimination *prima facie* avait été établi puisque l'employeur avait appliqué sa politique de façon arbitraire. Cette politique avait eu un impact négatif sur Mme Johnstone en affectant son accès à des promotions, à de la formation et à d'autres avantages, et ce en raison de sa

situation de famille. Par ailleurs, l'employeur n'avait pas démontré qu'un accommodement lui aurait causé une contrainte excessive ou que sa politique était liée à une exigence professionnelle justifiée. Le fait de travailler trois quarts de 13 heures comme le demandait Mme Johnstone ne créait pas de problèmes de sécurité, contrairement à ce qu'alléguait l'employeur. De plus, l'employeur n'avait produit aucune étude démontrant que l'octroi de l'accommodement recherché aurait eu un impact négatif sur les finances de l'entreprise ou sur le moral des autres employés. Il n'avait pas non plus démontré qu'un nombre important de demandes d'accommodement de même nature résulterait d'un élargissement de sa politique en la matière. En somme, l'employeur n'avait fait aucun effort pour tenter d'accommoder Mme Johnstone parce qu'il n'admettait pas la nécessité de le faire en vertu de la loi. En conséquence, l'employeur avait manqué à ses obligations en vertu de la loi.

Une nouvelle demande de révision judiciaire était formulée par l'Agence des services frontaliers du Canada suite à la décision du Tribunal et c'est dans ce contexte que, dans une décision rendue en février 2013, la Cour fédérale se prononça de nouveau sur la question du test applicable en matière de discrimination fondée sur la situation de famille.

La Cour fédérale confirma que la situation de famille inclut bel et bien les obligations reliées aux soins des enfants et en particulier, au gardiennage. Elle souligna l'interprétation large et libérale qui doit être donnée à la législation protégeant les droits de la personne. Elle conclut que le Tribunal avait appliqué le bon test afin de déterminer si la plaignante avait démontré l'existence d'un cas de discrimination *prima facie*. Ce test consiste à déterminer si les politiques ou les règles de l'employeur ont eu un impact négatif sur l'employé à cause d'une caractéristique personnelle pour laquelle la discrimination est prohibée.

La Cour fédérale critiqua sévèrement l'approche préconisée dans la décision *Campbell River*, qu'elle considère comme trop sévère. Elle énonce le test jugé approprié ainsi :

À mon avis, le critère de l'atteinte grave proposé par le demandeur n'est pas celui qui convient dans le cas de la discrimination fondée sur la situation de famille. Ce critère a pour effet de fixer un seuil trop élevé à respecter pour établir une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille par rapport aux autres motifs. La question à se poser est plutôt celle de savoir si la condition d'emploi entrave la capacité de l'employée de s'acquitter de ses obligations

parentales *importantes* de façon réaliste » [nos italiques].

Il est à noter que la Cour réfère à une obligation parentale *importante*. Dans la version originale anglaise de la décision, elle utilise l'expression « substantial parental obligation », soit la même expression que celle utilisée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Campbell River*. La Cour fédérale précise toutefois qu'une telle obligation n'a pas pour effet d'imposer un test plus strict, ce qui serait contraire à l'objectif réparateur de la loi. L'obligation parentale importante est définie par la Cour fédérale comme une obligation que l'on croit sincèrement détenir et qui n'est pas négligeable ou insignifiante. La Cour fédérale reprend ainsi la norme énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Anselemen* matière de liberté de religion.

En l'espèce, Mme Johnstone avait déployé des efforts importants pour trouver une gardienne et en avait été incapable. Ses obligations de gardiennage constituaient une obligation familiale substantielle au sens de l'affaire *Anselem*. L'employeur n'avait pas démontré que l'accommodement lui aurait causé une contrainte excessive. Mme Johnstone eut donc gain de cause.

Conclusion

La décision de la Cour fédérale a très récemment été portée en appel par l'Agence des services frontaliers du Canada. Il reste donc à voir si la Cour d'appel fédérale entérinera la jurisprudence constante établie au niveau fédéral depuis plusieurs années et si cette décision aura un impact sur les décisions des arbitres et des tribunaux provinciaux en la matière, notamment dans le domaine de l'éducation. En effet, puisqu'aucune autre cour d'appel ne s'est directement prononcée sur le sujet, exception faite de celle de la Colombie-Britannique, l'état du droit pancanadien sur le test applicable en matière de discrimination fondée sur la situation de famille demeure incertain à l'heure actuelle.

Judith Parisien
Heenan Blaikie LLP
Ottawa, Ontario

1. Le terme « situation de famille » est utilisé dans la version française de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6. Les termes « état familial » ou « statut familial » sont utilisés dans d'autres juridictions canadiennes.
2. Par exemple, au niveau fédéral, le pourcentage de plaintes de discrimination fondée sur la situation de famille est passé de 6% en 2010 à 8% en 2012 (Commission canadienne des droits de la personne, « Rapport annuel 2012 », Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada, 2013, Catalogue HR1-2012F).

3. De 1976 à 2008, le pourcentage de familles dont les deux membres travaillent est passé de 43 à 68 pourcent (Sébastien Larochelle-Côté, Philippe Gougeon et Dominique Pinard, « Changes in Parental Work Time and Earnings », Perspectives on Labour and Income, 2009, vol. 10, Statistique Canada, Catalogue 75-001 X).
4. En 2008-2009, environ le tiers des canadiens de 45 ans et plus prodiguaient des soins à une personne âgée ayant un problème ou une limitation à court terme (**Annie Turner et Leanne Findlay**, « Soins informels aux personnes âgées », **Rapports sur la santé, 2012, vol. 23, Statistique Canada, Catalogue 82-003-X**).
5. En 2011, les familles monoparentales représentaient 16,3 pourcent de toutes les familles recensées, soit presque le double de la proportion de 1961, qui était de 8,4 pourcent (Statistique Canada, « Cinquante ans de familles au Canada : 1961 à 2011 », Catalogue 98-312-XWF2011003).
6. 2013 CF 113, [2013] F.C.J. No. 92 [*Johnstone* 2013].
7. *Johnstone v. Canada (Border Services)*, 2010 CHRT 20, [2010] C.H.R.D. no 20 au para 235 [*Johnstone* 2010].
8. *Health Sciences Assn. of British Columbia v. Campbell River and North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, [2004] B.C.J. no 922 [*Campbell River*].
9. *Ibid.* au para 39.
10. *Johnstone c. Procureur général du Canada*, 2007 CF 36, [2007] F.C.J. no 43 [*Johnstone* 2007].
11. *Hoyt c. CN*, 2006 TCDP 33, [2006] D.C.D.P. no 33.
12. *Johnstone* 2007, *supra* note 10 au para 29.
13. *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2008 CAF 101, [2008] F.C.J. no 427.
14. *Johnstone* 2010, *supra* note 7.
15. *Ibid.* au para 242.
16. *Ibid.* au para 302.
17. *Ibid.* au para 362.
18. *Johnstone* 2013, *supra* note 6.
19. *Ibid.* au para 109.
20. Voir également la décision récente de la Cour fédérale *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Seeley*, 2013 CF 117, [2013] F.C.J. No. 97, qui va dans le même sens.
21. *Johnstone* 2013, *supra* note 6 au para 129.
22. *Johnstone v. Canada (Border Services)*, 2013 FC 113, [2013] F.C.J. No. 92 au para 129.
23. *Campbell River*, *supra* note 8 au para 39.
24. *Johnstone* 2013, *supra* note 6 au para 120.
25. *Ibid.* au para 123.
26. *Syndicat Northcrest c. Anselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2

QUEBEC COURT OF APPEAL FINDS THAT PRIVATE CATHOLIC HIGH SCHOOL CANNOT TEACH ETHICS AND RELIGIOUS CULTURE COURSE FROM A CATHOLIC PERSPECTIVE

On December 4, 2012, the Quebec Court of Appeal ruled in *Québec (Procureur général) c. Loyola High School*, that Loyola High School, a private Catholic high school in Montreal, was required to teach a secular Ethics and Religious Culture Course (“the Course”), and could not substitute an international religions course taught from a Catholic perspective. The decision will be of particular interest to private religious educational institutions across Canada, as the Court accepted an unprecedented degree of Government interference with the content of religious instruction in a private school.

The Facts

The Québec Ministry of Education developed the Course as part of a deliberate effort to replace existing Catholic and Protestant programs of religious and moral instruction in Québec's public schools with non-denominational ethical instruction and the presentation of various religions in a manner intended to be “cultural” rather than “religious”, and “neutral” rather than “partisan”. While students were previously allowed to choose between Catholic instruction, Protestant instruction or a non-confessional morality and ethics course, from 2005 to 2008, the Québec Government gradually moved to replace this system with the single, mandatory Course. The Québec Minister of Education has stated that the change was intended to better reflect the

increasingly pluralistic reality of Québec. Under the applicable legislation, the Course is mandatory for all Grade 1 to Grade 11 students in Québec, regardless of whether they attend public or private schools or are homeschooled. Parents are not given the option of exempting their children from the course.

In *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, the Course was challenged by the Roman Catholic parents of students attending a public school in Drummondville, Québec. The parents asked the school board to exempt their children from participating in the Course. The parents argued that the course imposed a normative pluralism, trivialized religion, and promoted relativism. Furthermore, they argued that the mandatory nature of the course undermined parental choice with regard to their children's religious education. In a decision released on February 17, 2012, the Supreme Court of Canada upheld the validity of the Course, finding that exposing children to the views of various religions did not constitute an indoctrination of students that would infringe their parents' freedom of religion.

One question not addressed by the Supreme Court of Canada was whether private religious schools could also be required to teach the Course. That question has now been answered in the affirmative by the Québec Court of Appeal in a case involving Loyola High School, a Jesuit-administered Catholic private school. Loyola asked the Minister of Education, Sports and Leisure for an

exemption from teaching the course on the basis that it was premised on a moral relativism incompatible with Catholic beliefs. It asked the Minister for permission to instead continue teaching an existing course covering similar content, and intended to achieve the same goals, as the Course, but from a Catholic perspective. The Minister refused to grant an exemption, and informed Loyola that the Course could not be taught according to ministerial expectations within a “confessional” context.

Loyola took the case to court, arguing that prohibiting religious instruction in a private Catholic school infringed upon the parental right to ensure the religious and moral education of their children in accordance with their convictions. Loyola was successful in the Québec Superior Court, but unsuccessful on the Minister's appeal to the Québec Court of Appeal. The Court of Appeal found that:

- The Minister was within the sphere of discretion conferred upon her by the Legislature in designing and implementing the Course, which was consistent with the legislative intent to “deconfessionalize” education in Québec.
- The Minister's decision that the alternative course taught by Loyola was not equivalent to the Course was entitled to a high degree of deference from the Court. While the two courses were similar, Loyola's course was undoubtedly taught from a Catholic perspective. The Minister was within her discretion when deciding that the objectives of the course could not be fulfilled if taught from a religious perspective.
- There was doubt as to whether Loyola, as a corporate body, was entitled to freedom of religion (a right accorded only to “individuals” under the Canadian *Charter of Rights and Freedoms*).
- There was no significant infringement of religious rights in this case, given that the Course was only one of many courses taught at the school and did not require teachers to refute Catholic beliefs, but only to refrain from expressing their opinions or convictions about any of the religions discussed in the Course. Requiring Loyola to teach various religious beliefs from a global and ethical perspective without requiring adherence to those beliefs did not constitute an infringement of religious freedom. It simply entailed Loyola putting aside its Catholic perspective for the duration of one class.
- Even if there were an infringement of

religious freedom, that infringement was justified by the Course's important goals of acknowledging diversity and the pursuit of the common good.

Loyola has sought leave to appeal the decision to the Supreme Court of Canada. It remains to be seen whether that Court is prepared to entertain a second appeal involving the same legislation it considered so recently in *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*.

Implications Of The Case

The Québec Court of Appeal's decision, like the Supreme Court of Canada's decision in *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, evinces a clear preference for a secular approach towards religious instruction. Taken together, the two decisions seem to be signaling an increased judicial willingness to limit administrators' and parents' right to control the religious instruction that their children receive in school, in order to promote multiculturalism and dialogue between religious faiths.

While the Supreme Court of Canada has held in the past that the right to freedom of religion does not include the right to denominational schools, the *Loyola* decision arguably goes further, and suggests that religious indoctrination in private schools can, to some extent, be prohibited. In weighing the importance of the case, however, it is important to note that:

- The Court's decision was based, in part, upon the fact that the Québec Government had prescribed only a single course that had to be taught from a secular perspective. It is by no means clear that the Court would have upheld a law that purported to prohibit all Catholic instruction at Loyola.
- The *Loyola* decision may be of limited application to Catholic separate schools in Ontario, and to denominational schools in Saskatchewan and Alberta. In each of those provinces, separate schools have a unique constitutional status that provides additional protection of their denominational character from interference by the provincial governments.

Markus F. Kremer and Nevena Urosevic
Borden Ladner Gervais LLP
Toronto, Ontario

1. 2012 QCCA 2139
2. [2012] S.C.J. No. 7

3. For a more detailed discussion of the Supreme Court of Canada's decision, please refer to the Spring 2012 edition of BLG's Education Law Newsletter.
4. The Québec Attorney General argued that as a "moral person" (i.e. a corporation, organization or institution that is not a human being but is deemed to be a "person" for the purposes of the law) the Board did not have the right to freedom of religion under the Canadian *Charter of Rights and Freedoms*. There is some debate in the case law as to whether a School Board can invoke freedom of religion in cases where Provincial legislation would result in

"exceptional prejudice" to the Board and the people it represents. See *Good Spirit School Division, No. 204, v. Christ the Teacher Roman Catholic Separate, School Division No. 212*, 2012 SKQB 343 at paras. 26 to 35, affirmed, 2012 SKCA 99.

5. *Ibid.*, at para. 181.
6. *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609 at 640 – 642, *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377 at 401, *Reference re: Education Act (Que.)*, [1993] 2 S.C.R. 511 at 529 and 539 540.

CONTRIBUTORS TO THIS ISSUE

A special "thank you" to those who have contributed material for this issue of CAPSLE COMMENTS.

They are:

Brandon Evenson
Judith Parisien
Markus F. Kremer and Nevena Urosevic

CONTACT INFORMATION

CAPSLE - Canadian Association for the Practical Study
of Law in Education
37 Moultray Cres.
Georgetown, Ontario
L7G 4N4

phone: (905) 702-1710
fax: (905) 873-0662
email: info@capsle.ca
website: www.capsle.ca

CAPSLE Comments is published four times a year by the Canadian Association for the Practical Study of Law in Education/L'association canadienne pour l'étude pratique du droit de l'éducation, 37 Moultray Cres., Georgetown, Ontario L7G 4N4. tel: (905) 702-1710, fax: (905) 873-0662, email: info@capsle.ca, website: www.capsle.ca.

Articles featured in CAPSLE Comments are written by members of the Association and, unless otherwise stated, do not necessarily reflect the views of the Association or its Board of Directors. Nor should items dealing with legal issues be considered as legal advice but rather as a general commentary.

Inquiries and comments concerning CAPSLE Comments should be addressed to Roderick Flynn, CAPSLE, 37 Moultray Cres., Georgetown, L7G 4N4 or by email at editor@capsle.ca.

Advertising space is available within CAPSLE Comments in business card, quarter-page and half-page sizes. Ads are accepted in both camera-ready or file format. For information pertaining to production deadlines and rates, please contact Lori Pollock, phone (905) 702-1710, fax: (905) 873-0662, email: info@capsle.ca.

General information regarding membership, involvement on CAPSLE committees and/or the CAPSLE Board of Directors is available from your regional director or from CAPSLE's office.

SAVE THE DATE!

April 26-28, 2015

CAPSLE's 26th Annual Conference

Grand Okanagan Resort, Kelowna, BC