

Étude du projet de loi 51
Loi visant principalement à améliorer la flexibilité du régime d'assurance parentale
afin de favoriser la conciliation famille-travail

Document déposé par Carmen Lavallée
Professeure titulaire et vice-doyenne à la recherche et aux études supérieures de type recherche
à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke
Chercheure au partenariat de recherche famille en mouvance
(INRS société et culture)

Commission de l'économie et du travail
Le mardi 17 mars 2020

**LE RÉGIME QUÉBÉCOIS D'ASSURANCE PARENTALE : UN SYSTÈME DISCRIMINATOIRE À
L'ENDROIT DES ENFANTS ADOPTÉS (résumé)**
par Carmen Lavallée, Daniel Proulx et Éric Poirier

INTRODUCTION

Le Régime québécois d'assurance parentale constitue un formidable avantage consenti aux familles québécoises. Toutefois, la *Loi sur l'assurance parentale* ne tient pas suffisamment compte des nouvelles réalités vécues par les familles (recomposées, homoparentales, adoptive, monoparentales). Dans ce contexte, il importe de s'interroger sur le caractère véritablement équitable du régime à l'égard des enfants qui, en raison des conditions particulières de leur naissance ou de leur prise en charge, sont vraisemblablement victimes de discrimination dans l'attribution des congés parentaux. Nous pensons plus particulièrement aux enfants adoptés au Québec ou à l'étranger. Le but de cet article est donc de proposer une nouvelle approche en matière de congés parentaux en déplaçant le foyer d'analyse traditionnellement placé sur les droits des parents pour le tourner vers les droits des enfants.

1. LES LACUNES DE L'APPROCHE ACTUELLE EN MATIÈRE DE CONGÉS PARENTAUX

Les régimes de prestation fédéral et québécois sont des régimes distincts, mais dans les deux cas, les décisions ont été dictées par les besoins des parents, et ce, sans réellement prendre en considération les besoins, les droits et l'intérêt des enfants touchés par ce régime.

A) Une approche fondée sur les droits des parents

Alors que le régime fédéral de prestations parentales a un objectif d'indemnisation des chômeurs dans le but de les aider à réintégrer le marché de l'emploi, le régime québécois d'assurance parentale s'inscrit plutôt dans le cadre d'une politique familiale globale. En effet, lors des débats parlementaires ayant mené à l'adoption du régime québécois, l'intention du législateur n'était pas de reprendre les objectifs du régime fédéral puisque l'un des principaux arguments invoqués au soutien de la nécessité de mettre sur pied un régime distinct était justement de ne plus associer l'arrivée d'un enfant à la perte de son emploi. La description retrouvée sur le site web du RQAP va dans le même sens. On y affirme que le régime « vise à soutenir financièrement les nouveaux parents, à les encourager dans leur désir d'avoir des enfants et à les soutenir dans leur volonté de consacrer plus de temps à leurs enfants dans les premiers mois de leur vie ».

Des objectifs différents auraient dû mener à la mise sur pied d'un régime différent de celui du fédéral avec pour objectif de soutenir les familles québécoises sans discrimination. Cela ne fut pas le cas puisque le législateur québécois s'est contenté de reproduire des dispositions assez semblables à celles du régime fédéral en prévoyant un nombre maximal de semaines de prestations moins élevé pour les parents adoptants que pour les parents biologiques.

La LAP crée donc une distinction entre les parents biologiques et les parents adoptants. À la lecture des débats parlementaires, on comprend que ce sont principalement les besoins des parents qui orientent l'élaboration du RQAP. Évidemment, les besoins des enfants n'ont pas été complètement

absents lors de l'élaboration du RQAP, mais ils n'ont pas été portés à l'avant-scène. Il n'est donc pas surprenant que les tribunaux aient évalué la question sous l'angle des parents seulement.

B) Une approche insensible aux droits et à l'intérêt de l'enfant adopté

Les arguments soulevés par les tribunaux perdent leur pertinence lorsqu'on analyse le caractère discriminatoire du régime québécois au regard des distinctions qu'ils créent entre les enfants biologiques et les enfants adoptés. Évidemment, les mères biologiques vivent une expérience unique. Bien entendu, il existe une différence réelle entre ces mères et les autres parents que nul ne saurait remettre en question. Cependant, tout aussi différentes que puissent être les réalités des parents biologiques et des parents adoptants, une distinction qui limite l'accès des enfants adoptés à des avantages offerts aux enfants biologiques peut-elle échapper à la conclusion qu'elle s'avère discriminatoire?

La discrimination à l'égard des enfants adoptés ne repose pas sur le fait que l'on accorde une protection spéciale aux femmes qui accouchent, mais plutôt sur le fait que le législateur ne prend pas en considération les défis que posent actuellement l'adoption et les besoins particuliers que présentent désormais les enfants adoptés. Ces derniers possèdent un vécu particulier qui entraîne plusieurs spécificités par rapport à la plupart des enfants biologiques. L'adoption constitue en soi une situation exceptionnelle qui donne lieu à un modèle différent de parentalité que certains spécialistes qualifient aujourd'hui de « normalité adoptive » pour la distinguer de la normalité du développement attendu chez les enfants biologiques³. Il existe aujourd'hui des centaines d'articles scientifiques qui font état des difficultés rencontrées par les enfants adoptés^a.

Ces études ont permis de constater notamment que l'adoption constitue un risque important en fragilisant la santé mentale et sociale des adoptés, que les enfants sont affectés négativement par leur vécu préadoptif ou encore que le temps moyen nécessaire pour permettre aux enfants adoptés de reprendre un développement cognitif comparable aux enfants biologiques est de trois à cinq, voire huit ans, selon l'âge et l'état de santé physique et psychologique de ces enfants à leur arrivée, en sachant par ailleurs que certains d'entre eux ne parviendront jamais à rattraper ce retard.

Ainsi, bien qu'ils présentent des facteurs de risque différents et plus nombreux que les enfants biologiques, les enfants adoptés réussissent tout de même pour la majorité d'entre eux à évoluer d'une manière tout à fait satisfaisante. Cependant, des études récentes montrent que le fait pour un parent adoptant de retourner au travail trop rapidement est considéré comme un facteur de risque supplémentaire pouvant nuire au développement de l'enfant.

À partir du moment où l'État québécois favorise l'adoption interne ou internationale en confiant la responsabilité de « normer » les pratiques de l'adoption à des structures gouvernementales comme les directeurs de la protection de la jeunesse et le Secrétariat à l'adoption internationale, n'a-t-il pas également l'obligation d'assurer aux enfants adoptés, considérés comme particulièrement vulnérables, les mêmes chances de développer leur plein potentiel que les enfants vivant avec leurs parents biologiques?

^a Pour en apprendre plus sur les études recensées, voir le texte intégral aux pages 27 à 30.

L'émergence des droits et la reconnaissance de l'intérêt de l'enfant force désormais le législateur à mesurer les effets des mesures législatives qu'il édicte. Cette obligation découle de plusieurs sources en droit interne et en droit international.

En droit interne, le principe de l'intérêt de l'enfant est reconnu législativement au Québec depuis fort longtemps en plus de constituer la pierre angulaire devant guider les décisions prises à son endroit. Ce principe doit aussi être interprété d'une manière qui ne soit ni arbitraire ni discriminatoire.

Sur le plan du droit international, la *Convention relative aux droits de l'enfant* oblige la prise en considération des effets que produisent les politiques sociales et familiales sur les enfants. Le Québec s'est déclaré lié par Décret à cette Convention. L'article 2 al. 2 de la Convention établit que les États ont l'obligation de prendre toutes les mesures appropriées pour que l'enfant ne soit pas victime de discrimination motivée par la situation juridique de ses parents. En d'autres termes, on ne peut discriminer les enfants sur le fondement que leurs parents sont adoptifs plutôt que biologiques.

De plus les tribunaux ont donc à plusieurs reprises eu recours à la *Convention relative aux droits de l'enfant* pour interpréter certaines dispositions législatives. Plus spécifiquement, trois principes directeurs qui émanent de la Convention sont pertinents à notre analyse soit : l'intérêt de l'enfant, l'interdiction de la discrimination et le droit de l'enfant au développement^b.

Finalement, la Convention est complétée par plusieurs autres dispositions du droit international, dont le *Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels* qui prévoit notamment que « Des mesures spéciales de protection et d'assistance doivent être prises en faveur de tous les enfants et adolescents, sans discrimination aucune pour des raisons de filiation ou autres ».

2. LA NÉCESSITÉ D'UN CHANGEMENT DE MODÈLE DANS L'ATTRIBUTION DES CONGÉS PARENTAUX

A) Le Régime québécois d'assurance parentale et la Charte canadienne^c

L'analyse d'une violation d'un droit garanti par la Charte canadienne se fait toujours, en raison de l'article premier de celle-ci, en deux étapes distinctes. En premier lieu, il faut interpréter le droit ou la liberté en cause et déterminer en quoi et dans quelle mesure une norme législative donnée heurte ce droit ou cette liberté. Si cette hypothèse s'avère, la validité de cette norme n'est remise en question que si, dans un second temps, le gouvernement ne peut pas en justifier l'existence aux termes de l'article premier.

Pour la première étape de l'analyse, c'est le droit à l'égalité garanti à l'article 15 de la Charte canadienne qui est en cause :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination,

^b Pour une analyse détaillée des droits de l'enfant, voir le texte intégral aux pages 32 à 35.

^c Pour plus d'informations sur l'analyse juridique de l'atteinte au droit à l'égalité, voir le texte intégral aux pages 37 et suivantes.

notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Un régime discriminatoire

Plus précisément, le droit à l'égalité garantit que tous les individus ont la même valeur dans une société démocratique et qu'ils doivent être traités en égaux. Il vise aussi à éradiquer la discrimination tout particulièrement à l'endroit des personnes et des groupes historiquement désavantagés et vulnérables dans notre société. Du coup, les distinctions ou inégalités de traitement n'enfreignent le droit constitutionnel à l'égalité que si elles se révèlent discriminatoires. Par conséquent, malgré des apparences d'égalité purement formelle, une mesure peut s'avérer discriminatoire si elle a pour conséquence ou pour effet pratique de désavantager un groupe de personnes vulnérables. En pareil cas, le droit à l'égalité réelle exige qu'une telle mesure soit modifiée pour éviter la perpétuation du désavantage ainsi créé.

Une distinction fondée sur un motif analogue

Le statut de personne adoptée a été reconnu à maintes reprises comme un motif analogue prohibé de discrimination au sens de l'article 15. Cela étant dit, la LAP traite-t-elle de façon différente les enfants adoptés par rapport aux enfants biologiques? Que ce traitement différent soit fondé directement (et volontairement) sur le fait que des enfants sont adoptés ou qu'il soit la conséquence pratique (et involontaire) d'une mesure neutre en soi à cet égard n'y change rien dans la perspective de l'égalité réelle où il s'agit d'évaluer le caractère discriminatoire d'une mesure à l'aune de ses effets directs ou indirects et *indépendamment des intentions de son auteur*. En l'espèce, la LAP a été adoptée afin d'apporter un soutien à la famille, objectif éminemment louable, en tenant compte des besoins particuliers de la mère biologique. Cependant, telle que conçue, cette loi a pour effet concret et tangible de créer une distinction de traitement fondée sur le statut de personne adoptée. En effet, l'enfant adopté se voit nettement désavantagé par rapport à l'enfant biologique puisqu'il est privé, sur le fondement du statut de ses parents, d'un temps de présence parental pourtant jugé nécessaire pour répondre aux besoins particuliers de l'enfant adopté, notamment au niveau psychologique.

Un préjudice arbitraire

En offrant nettement moins de semaines de prestations aux parents adoptants, la LAP a pour effet concret de désavantager l'enfant adopté de façon arbitraire en ce sens précis qu'elle omet de tenir compte de ses besoins réels et concrets.

Pour être discriminatoire, une loi doit nier aux membres du groupe concerné un avantage qui a pour effet de perpétuer ou de renforcer un désavantage dont ils sont victimes. Les enfants adoptés forment un groupe qui a longtemps fait l'objet de discrimination. Avant 1969, par exemple, le Code civil ne leur reconnaissait pas les mêmes droits qu'aux autres enfants et le préjudice ainsi créé par la LAP à leur endroit perpétue ce désavantage historique.

Dans ces circonstances, que reste-t-il pour contrer l'allégation de discrimination? On peut soutenir que le législateur, dans le but de soutenir, les familles, peut créer des distinctions dans la mesure où celles-ci ont un objectif égalitaire, par exemple soutenir les femmes qui accouchent. Si le législateur

ne peut être tenu de secourir tout le monde en même temps, s'il peut faire des choix et établir des priorités, il ne peut toutefois pas légiférer en violation de l'article 15. En l'espèce, en favorisant les mères biologiques par l'octroi d'un plus grand nombre de semaines de congé, la LAP vient certes en aide aux femmes qui donnent naissance à un enfant. En revanche, la loi a pour effet de désavantager les enfants adoptés et de porter préjudice à « un groupe plus défavorisé dans la société ». Comme le soulignait le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*, « [d]es dispositions apportant une amélioration, mais au caractère limitatif, qui excluent les membres d'un groupe historiquement défavorisé seront presque toujours taxées de discrimination »

Dans la mesure où l'objectif de la LAP est de soutenir la famille, on voit mal où se trouve la logique de traiter d'une manière désavantageuse les familles adoptives. Bien entendu, le législateur peut légitimement vouloir répondre aux besoins spécifiques de la mère biologique qui doit se remettre de l'accouchement. Il ne saurait toutefois, comme il le fait dans la LAP, tenter d'atteindre cet objectif louable en pénalisant les enfants adoptés. D'autant plus que le législateur peut atteindre ses buts de soutien à la famille, c'est-à-dire à toutes les familles, de manière non discriminatoire.

L'article premier de la Charte

Passons maintenant à la deuxième étape de l'analyse. Selon le cadre analytique développé dans l'arrêt *Oakes*, une différence de traitement peut être considérée comme raisonnable et justifiable au sens de l'article premier de la Charte canadienne malgré son caractère discriminatoire si, d'une part, elle poursuit des objectifs urgents et réels et si, d'autre part, elle constitue un moyen proportionné pour atteindre ces derniers. La Cour a établi 3 critères pour faire cette évaluation, le lien rationnel, l'atteinte minimale, et la proportionnalité des effets. De plus, à cette étape, le fardeau de la preuve repose sur les épaules du législateur qui doit prouver que la différence établie dans la loi est justifiée.

Premièrement, l'objectif poursuivi par la LAP semble *a priori* suffisamment important pour justifier une atteinte au droit à l'égalité garanti par la Charte canadienne. Soutenir la famille constitue indiscutablement un objectif social légitime et important.

Deuxièmement, existe-t-il un lien rationnel entre l'objectif de soutien à la famille et les moyens choisis pour y arriver? Tenir compte, de la situation particulière et des besoins de la femme qui accouche est tout à fait justifié, mais quel est le lien rationnel entre cet objectif et le fait de privé un autre groupe vulnérable d'une protection équivalente de la loi? Et quand bien même ce lien serait jugé rationnel, le législateur doit prouver que le moyen qu'il a choisi est raisonnablement nécessaire. Cela signifie que s'il existe un autre moyen d'atteindre l'objectif de soutien aux parents et à la famille, la restriction imposée ne sera pas jugée raisonnable. En d'autres termes la question se pose ainsi : accorder moins de temps aux enfants adoptés, un temps jugé particulièrement essentiel dans leur cas, fait-il partie de la gamme des mesures raisonnables pour soutenir la famille? Dans la mesure où il est possible sans coûts additionnels excessifs de répondre à la fois aux besoins des mères biologiques et aux besoins des enfants adoptés, on voit mal comment la loi pourrait être jugée raisonnablement nécessaire.

Par conséquent, nous pensons que si les tribunaux étaient appelés à juger de la constitutionnalité du régime discriminatoire de la loi, ils en viendraient vraisemblablement à la conclusion que les effets

bénéfiques pour les enfants et les parents biologiques ne peuvent compenser les effets négatifs sérieux subis par les enfants adoptés, un groupe historiquement désavantagé.

B) Les conventions collectives et la Charte québécoise

L'importance de mettre fin à la différence de traitement entre les différents modèles familiaux à l'intérieur du RQAP se justifie également par le fait que la loi produit des effets dévastateurs dans les conventions collectives de travail, particulièrement dans le secteur public et parapublic. En effet, on observe une tendance forte depuis quelques années à la négociation de congés parentaux inférieurs pour les salariés qui adoptent un enfant. Ce faisant, les conventions reproduisent, en l'amplifiant, la même inégalité de traitement entre familles biologiques et familles adoptantes que celle qui est inscrite dans la LAP et, partant, le même effet discriminatoire envers les enfants adoptés qui se trouvent beaucoup moins bien traités que les enfants biologiques, sans parler des coûts financiers disproportionnés que doivent assumer les parents adoptants comparativement aux parents biologiques. Par exemple, les conventions du secteur public prévoient un même traitement pour les congés de paternité et les congés d'adoption (généralement 5 semaines), alors que le congé de maternité est resté inchangé à 20 semaines. L'enfant biologique dont les parents travaillent dans le secteur public bénéficie nécessairement de plus de temps avec ceux-ci (25 semaines) que l'enfant adopté (5 ou 10). De plus, plusieurs conventions collectives prévoient qu'un parent adoptant n'a pas droit au congé d'adoption si l'autre parent s'en prévaut et si les deux parents font partie de la même unité syndicale, la convention prévoit parfois l'obligation de partager le congé prévu de 5 semaines (2½). Peut-on encore parler d'une égalité de droits pour les enfants adoptés dans un tel contexte ?

C'est à l'aune de la Charte québécoise que les dispositions des conventions collectives peuvent être contestées pour cause de discrimination et, bien qu'il ait été longtemps très distinct du modèle de la Charte canadienne, le cadre analytique de la Charte québécoise en matière d'égalité s'est grandement rapproché de celui qui a été développé en vertu de l'article 15 de la Charte canadienne.

Dans le contexte actuel, il ne semble faire aucun doute que le statut de parent adoptif et celui d'enfant adopté sont compris dans le contexte de la protection contre la discrimination garantie par la Charte québécoise. Quant à savoir si ce traitement défavorable aux parents adoptants et aux enfants adoptés peut être justifié par la volonté de tenir compte des besoins particuliers de la mère biologique, la réponse a déjà été donnée dans le cadre de la Charte canadienne et ne saurait être différente pour la Charte québécoise : une mesure qui tient compte des besoins d'un groupe de personnes peut légitimement commander un traitement distinct en faveur de cette personne à condition de ne pas porter indûment préjudice à un autre groupe de personnes vulnérables. Or, tel est exactement l'effet d'une convention collective qui réduit la durée du congé à laquelle a droit un salarié qui adopte un enfant pour l'aligner artificiellement sur la durée de congé prévue pour le père biologique.

3) Un modèle mieux adapté aux nouvelles réalités familiales québécoises

Dans le contexte actuel, certains principes devraient guider la réflexion vers un nouveau modèle d'attribution des prestations parentales. D'une part, l'attribution de celles-ci ne doit plus se faire exclusivement en se fondant sur la situation des adultes, mais également en prenant en compte la réalité vécue par les enfants concernés. À ce chapitre, les enfants adoptés devraient pouvoir bénéficier

d'un véritable congé d'adoption *qui ne serait plus confondu avec le congé parental*. Rappelons que cette confusion est la source de la jurisprudence encore invoquée par certains pour s'opposer à l'égalité. Nous proposons donc la mise en place d'un « congé d'accueil d'un enfant adopté » qui viserait exclusivement à prendre en compte la réalité adoptive dans les cas d'adoption d'enfants non apparentés, qui ont été abandonnés ou déclarés judiciairement adoptables, une exception devant être faite selon dans les cas de l'adoption de l'enfant de son conjoint qui ne remplit pas ces conditions. Ce congé devrait être pris par l'un ou l'autre des adoptants ou être partagé entre eux.

Le « congé d'accueil d'un enfant adopté » devient alors cumulatif avec le congé parental puisque les deux congés ne répondraient plus aux mêmes objectifs. Afin que les enfants adoptés bénéficient de la même protection que les enfants biologiques, le congé d'adoption devrait donc lui aussi être de 18 semaines, comme le congé de maternité.

D'autre part, s'agissant du congé de paternité, cette appellation entraîne une exclusion discriminatoire à l'égard des conjoints de même sexe et nous proposons d'en modifier le nom pour congé de conjoint ou de conjointe. Ce congé, qui est présentement de 5 semaines, devrait être accordé à la personne dont la conjointe donne naissance à un enfant ou dont le conjoint ou la conjointe se prévaut du congé d'adoption.

CONCLUSION

Après avoir constaté que le modèle retenu chez nous jusqu'ici en matière d'attribution des congés parentaux repose essentiellement sur les droits des parents, nous avons démontré qu'il ne correspond pas aux objectifs poursuivis par le législateur québécois qui souhaitait se dissocier de l'approche fédérale au moment de mettre sur pied son propre régime. Le développement de la théorie des droits de l'enfant et l'entrée en vigueur de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant forcent désormais les adultes à considérer les effets que les lois produisent, même indirectement, sur les enfants. Plusieurs facteurs que nous avons analysés permettent de croire que le régime québécois d'assurance parentale serait vraisemblablement jugé discriminatoire si la Cour suprême était saisie de la question de sa conformité aux Chartes et, du coup, de sa constitutionnalité.

Cette constatation incontournable nécessite de revoir les modalités d'attribution des congés parentaux en adoptant une approche plus inclusive et plus respectueuse des droits des uns et des autres, mais principalement des plus vulnérables. S'il est hors de question de remettre en cause de quelque manière que ce soit le droit des femmes à des congés de maternité, nous croyons qu'il est impératif d'assurer le respect des droits des enfants adoptés en éliminant toute discrimination à leur égard et en leur permettant de bénéficier, au même titre que les enfants biologiques, d'une réelle égalité des chances pour le développement de leur plein potentiel.

Régime proposé à toutes les familles

	Régime de base		Régime particulier	
Types de prestations	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire
Maternité (réservé à la femme qui accouche)	18	70%	15	75%
Congé d'accueil d'un enfant adopté qui n'est pas l'enfant de son conjoint (réservé à l'un des adoptants au choix)	18			
Congé de conjoint ou de conjointe (réservé au conjoint de la femme qui accouche ou de l'adoptant qui se prévaut du congé d'adoption)	5	70%	3	75%
Prestations parentales (partageables entre les parents)	32	70%	25	75%
Total pour les parents biologiques	55		43	
Total pour les parents adoptants	55		43	

ARTICLE

LE RÉGIME QUÉBÉCOIS D'ASSURANCE PARENTALE : UN SYSTÈME DISCRIMINATOIRE À L'ENDROIT DES ENFANTS ADOPTÉS

par Carmen LAVALLÉE*

Daniel PROULX**

Éric POIRIER***

Le Régime québécois d'assurance parentale (RQAP) crée une distinction dans l'attribution du nombre de semaines assurées selon que le congé est demandé par des parents biologiques ou des parents adoptants. Ces derniers bénéficient d'un congé parental nettement plus court au moment de l'arrivée de leur enfant, l'objectif du législateur étant vraisemblablement de tenir compte de la réalité de la grossesse et de l'accouchement. Se peut-il toutefois que le régime occulte la situation des familles adoptantes et les difficultés qui leur sont propres, au point d'être discriminatoire ?

Afin de répondre à cette question, les auteurs proposent de déplacer le foyer d'analyse traditionnellement placé sur les droits des parents pour le tourner vers les droits et l'intérêt supérieur des enfants. Considérant le vécu et les besoins particuliers des enfants adoptés, ils démontrent que le RQAP, comme les conventions collectives qui reproduisent une distinction similaire, ne résisterait pas à un examen judiciaire fondé sur le droit à l'égalité garanti par les chartes. En conséquence, les auteurs proposent une nouvelle façon de concevoir le régime plus respectueuse des droits de tous.

The Québec Parental Insurance Plan (QPIP) provides for a benefit period that varies according to whether the applicants are the biological parents or the adoptive parents of the child. Adoptive parents are entitled to a significantly shorter parental leave upon their child's arrival. It would appear that the legislative intent is to take into account distinguishing factors based on pregnancy and delivery. Couldn't one argue that the QPIP overlooks the situation of adoptive families and their specific challenges to the extent where it might be deemed discriminatory?

To address this question, the writers suggest shifting the analytic focal point away from the traditional focus on the rights of the parents, to the rights and best interests of the children. Considering the personal history and specific needs of adopted children, the writers argue that the QPIP, like all collective agreements that set out similar distinctions, would not withstand a legal challenge based on the right to equality guaranteed under the Canadian and Quebec Charters. Consequently, the writers come up with a proposal that takes into account the rights of all stakeholders.

*. Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

** . Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

*** . Avocat, doctorant en droit à l'Université de Sherbrooke et à l'Université de Bordeaux et boursier FRQSC. Les auteurs tiennent à remercier Anne-Marie Piché, professeure à l'École de travail social de l'UQAM, Jean-François Chicoine, professeur adjoint au département de pédiatrie de l'Université de Montréal, et Johanne Lemieux, travailleuse sociale et psychothérapeute au Bureau de Consultation en Adoption de Québec.

SOMMAIRE

Introduction	3
I. Les lacunes de l'approche actuelle en matière de congés parentaux	4
A. Une approche fondée sur les droits des parents	4
1. Les congés parentaux prévus par la Loi sur l'assurance-emploi	5
2. Les congés prévus par le Régime québécois d'assurance parentale	13
B. Une approche insensible aux droits et à l'intérêt de l'enfant adopté	21
1. L'état de la situation concernant l'adoption et les enfants adoptés	21
2. L'importance de prendre en considération l'intérêt et les droits de l'enfant dans l'élaboration des politiques sociales et familiales	31
II. La nécessité d'un changement de paradigme dans l'attribution des congés parentaux	36
A. Le Régime québécois d'assurance parentale et l'article 15 de la Charte canadienne	37
1. Un régime discriminatoire	38
a) Une distinction fondée sur un motif analogue	40
b) Un préjudice arbitraire	44
2. Un régime non justifié en vertu de l'article premier	49
a) Les objectifs de la Loi sur l'assurance parentale	49
b) Les moyens choisis par la Loi sur l'assurance parentale	50
B. Les conventions collectives et l'article 10 de la Charte québécoise	55
1. Une distinction discriminatoire	57
2. Une distinction injustifiée	59
C. Un modèle mieux adapté aux nouvelles réalités familiales québécoises	61
Conclusion	65

Introduction

Le Régime québécois d'assurance parentale (ci-après RQAP) constitue une avancée sociale d'une valeur inestimable. Entrée en vigueur en 2006¹, ce programme permet aux parents d'accueillir leur enfant sans être soumis au stress lié à un retour trop rapide sur le marché du travail tout en favorisant le développement des enfants. Nul ne remet aujourd'hui en question ce formidable avantage consenti aux familles québécoises. Alors que le droit reconnaît désormais plusieurs types de familles (recomposées, homoparentales, adoptives², monoparentales), la *Loi sur l'assurance parentale*³ (ci-après LAP) ne tient pas suffisamment compte de ces nouvelles réalités. Dans ce contexte, nous croyons urgent de nous interroger sur le caractère véritablement équitable du régime à l'égard des enfants qui, en raison des conditions particulières de leur naissance ou de leur prise en charge, sont vraisemblablement victimes de discrimination dans l'attribution des congés parentaux. Nous pensons plus particulièrement aux enfants adoptés au Québec ou à l'étranger.

La question du droit à l'égalité dans l'attribution des congés parentaux a déjà fait l'objet de débats judiciaires. Cependant, la jurisprudence s'est généralement contentée d'opposer les droits des pères biologiques et des pères adoptants sur le seul fondement de l'état civil. De plus, les tribunaux omettent de prendre en considération un fait important : pour avoir droit au congé, le père adoptant doit être celui qui assume au quotidien la charge de l'enfant, contrairement au père biologique⁴.

-
1. *Loi modifiant la Loi sur l'assurance parentale et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2005, c. 13.
 2. Pour les fins de cet article, nous utilisons en tant que synonymes les mots « adoptant » et « adoptif ». Nous distinguons également les enfants adoptés des enfants qui vivent avec leurs parents d'origine, qualifiés de « parents biologiques » ou « naturels » ou « d'enfants biologiques » ou « naturels », en sachant par ailleurs que ces qualificatifs ne sont pas parfaitement satisfaisants.
 3. RLRQ, c. A-29.011 (ci-après « LAP »).
 4. Selon le Conseil du statut de la femme, la mère est présente à la maison dans 89% des cas lorsque le père biologique prend son congé de paternité.

Le but de cet article est donc de proposer une nouvelle approche en matière de congés parentaux en déplaçant le foyer d'analyse traditionnellement placé sur les droits des parents pour le tourner vers les droits des enfants. Après avoir constaté les lacunes de l'approche actuelle en matière d'attribution des congés parentaux (partie 1), nous démontrerons la nécessité pour la société québécoise de se doter d'un nouveau paradigme en la matière (partie 2). Ce faisant, nous verrons que la constitutionnalité de la LAP paraît plus que douteuse et que le caractère discriminatoire des conventions collectives dont la mise en œuvre se traduit par une différence de traitement entre les enfants adoptés et les enfants biologiques est intenable. Enfin, nous poserons les bases d'une réflexion qui devrait conduire à un système plus équitable pour tous les enfants québécois.

I. Les lacunes de l'approche actuelle en matière de congés parentaux

Les régimes de prestations fédéral et québécois sont des régimes distincts. Pourtant, dans l'un et l'autre des cas, les choix législatifs ont d'abord été dictés par les besoins des parents (A), c'est-à-dire sans que ne soient réellement pris en considération les besoins, les droits et l'intérêt des enfants, particulièrement ceux des enfants adoptés (B).

A. Une approche fondée sur les droits des parents

Le régime fédéral de prestations parentales a été intégré dans la *Loi sur l'assurance-emploi*⁵ (1) alors que le RQAP s'inscrit dans le cadre d'une politique familiale globale (2).

CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Avis. Pour un partage équitable du congé parental*, Québec, Gouvernement du Québec, 2015, p. 36.

5. L.C. 1996, c. 23 (ci-après « LAE »). Le régime actuel prévoit à son article 12(3) : « Le nombre maximal de semaines pendant lesquelles des prestations peuvent être versées au cours d'une période de prestations est :
a) dans le cas d'une grossesse, quinze semaines;

1. Les congés parentaux prévus par la *Loi sur l'assurance-emploi*

Depuis la première loi fédérale sur l'assurance-emploi, soit la *Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*⁶, l'objectif du régime semble être demeuré inchangé : « indemniser les chômeurs pour la perte de revenus provenant de leur emploi et [...] assurer leur sécurité économique et sociale pendant un certain temps et les aider ainsi à retourner sur le marché du travail »⁷. Au départ, les prestations étaient réservées aux chômeurs aptes au travail et disponibles pour travailler, mais incapables de trouver un emploi. Par la suite, plusieurs modifications ont été apportées à la loi, dont celles relatives aux prestations parentales ou de maternité. En 1971, la loi autorise le versement de prestations aux femmes qui donnent naissance à un enfant pour une période de 15 semaines entourant leur accouchement⁸. En 1984, la loi est de nouveau modifiée, notamment pour autoriser un prestataire à bénéficier d'un congé d'adoption s'il « fait la preuve qu'il est raisonnable pour lui de demeurer à la maison à cause du placement auprès de lui, en conformité avec les lois régissant l'adoption dans la province où il réside, d'un ou plusieurs enfants en vue de leur adoption »⁹. À cette

b) dans le cas de soins à donner à un ou plusieurs nouveau-nés du prestataire ou à un ou plusieurs enfants placés chez le prestataire en vue de leur adoption, 35 semaines; [...]. »

6. S.C. 1940, c. 44, adoptée à la suite d'une modification constitutionnelle transférant au pouvoir central la compétence en la matière, voir : *Loi de 1940 sur l'Amérique du Nord britannique*, 3-4 Geo. VI, c. 36 (R.-U.).

7. *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, par. 18, citant *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, 41.

8. *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, c. 48. Puis, en 1975, on leur accordera plus de flexibilité pour choisir les semaines pendant lesquelles elles pourront recevoir des prestations (*Loi de 1974 modifiant la législation (Statut de la femme)*, S.C. 1974-75-76, c. 66, art. 22). En 1987, la grossesse est ajoutée aux motifs qui permettent de prolonger la période de prestations (*Loi modifiant la loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1978-79, c. 7).

9. *Loi no 3 modifiant la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1980-81-82-83, c. 150, art. 32. Le congé de maternité est prévu à l'article 30 et le congé d'adoption à l'article 32.

époque, une femme qui accouchait ou une personne qui adoptait pouvait, l'une comme l'autre, recevoir un maximum de 15 semaines de prestations. Dans le cas de la première, surtout pour se remettre de la grossesse et de l'accouchement; dans celui de la seconde, pour se consacrer à la prise en charge d'un enfant adopté.

L'affaire Schachter

Peu de temps après son entrée en vigueur, la loi a été contestée dans l'affaire *Schachter*¹⁰. Cette décision, qui semble avoir donné le ton sur la question de l'égalité dans l'attribution des congés parentaux, présente des particularités. En l'espèce, l'épouse de l'intimé avait bénéficié des prestations de maternité pendant une période de 15 semaines, comme prévu à l'article 30 de la loi. Les parents avaient convenu que l'intimé, père de l'enfant, resterait à la maison avec le nouveau-né dès que son épouse retournerait au travail. Après avoir pris trois semaines de congé sans solde, l'intimé a présenté une demande de prestations sur le fondement de l'article 32 qui prévoit le congé d'adoption, alléguant que les adoptants bénéficiaient d'un avantage qui lui était refusé en tant que parent naturel. La Cour fédérale de première instance a conclu à une violation de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹, l'article 32 de la *Loi sur l'assurance-chômage* constituant, selon elle, une discrimination à l'endroit des parents naturels. Puis, la prétention des pères biologiques ayant été concédée par le gouvernement, la Cour fédérale d'appel n'a pas pu se prononcer sur le caractère discriminatoire ou non des dispositions en question. À ce niveau, le litige ne portait plus que sur la compétence du juge de première instance pour accorder la réparation demandée.

L'affaire ayant été portée devant la Cour suprême, cette dernière s'est trouvée, elle aussi, privée du pouvoir d'examiner la question de l'égalité entre les parents adoptants et les parents naturels. Une situation dénoncée par la Cour qui, de surcroît, a

10. *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

11. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après « *Charte canadienne* »).

émis des doutes sur le raisonnement suivi par les tribunaux inférieurs. En effet, le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom de la majorité affirme : « Notre Cour ne peut donc examiner quant au fond la question soulevée par l'art. 15 [de la Charte canadienne], *quels que puissent être ses doutes, le cas échéant, quant à la conclusion des tribunaux d'instance inférieure* »¹². Le juge Laforest, dissident pour d'autres motifs, va encore plus loin :

Tout d'abord, je ne suis pas du tout certain qu'en l'espèce la *Charte* ait été violée. À première vue (et le Juge en chef y fait allusion), il ne semble pas tout à fait déraisonnable de croire que le Parlement ait pu avoir d'excellentes raisons d'encourager les parents adoptifs en tant que groupe; l'intervention judiciaire a eu pour effet de priver ce groupe d'une partie des fonds destinés à répondre au problème que le Parlement avait probablement en vue.¹³

Cela dit, l'affaire *Schachter* a tracé la voie dans laquelle se sont par la suite engagés les autres tribunaux sans que l'assimilation entre le congé d'adoption et le congé parental ne soit remise en question, malgré les réserves de la Cour suprême. En mettant systématiquement l'accent sur la réalité biologique de l'accouchement et de la naissance, les tribunaux accordent certes une protection adéquate aux femmes qui accouchent, ce que personne ne remet en question. Toutefois, en refusant de prendre en considération la réalité psychologique et sociale à laquelle sont confrontés les adoptants et les adoptés, les tribunaux se bornent à distinguer le parent qui accouche de celui qui n'accouche pas (incluant le père biologique, la mère adoptante et le père adoptant).

Quoi qu'il en soit, au moment où la Cour suprême a été saisie de l'affaire *Schachter*, la question était devenue obsolète puisque le législateur fédéral avait déjà modifié la loi pour prévoir un nouveau congé réduit alors à 10 semaines, renommé « congé parental », que pouvaient se partager les parents adoptants ou naturels, écartant ainsi l'éventuelle prise en compte de la situation particulière de

12. *Schachter c. Canada*, préc., note 10, 695 (nos italiques).

13. *Id.*, 727.

l'adoption. Le congé de maternité a été maintenu à 15 semaines de prestations. Ainsi, les parents naturels bénéficiaient ensemble d'une période de 25 semaines de prestations, contre 10 pour les parents adoptants. Ce régime dualiste n'aurait-il pas pour effet de créer une autre forme de discrimination?

L'affaire Schafer

Il s'agit justement de la question soulevée dans l'affaire *Schafer*¹⁴. Dans cette affaire, deux mères adoptantes et leurs fils adoptés contestaient les nouvelles dispositions de la LAE au motif qu'elles étaient discriminatoires à leur égard. Le juge de première instance leur donna raison en statuant que la loi portait atteinte au droit à l'égalité à la fois des parents adoptants et des enfants adoptés¹⁵. La Cour d'appel de l'Ontario a commencé par s'interroger sur les finalités des prestations de maternité et de ce qu'elle appelle « les prestations pour soins aux enfants ». Selon la Cour, les groupes de comparaison sont les femmes qui accouchent et les mères adoptantes. L'objectif des prestations de maternité est de protéger le revenu, la sécurité d'emploi et les perspectives professionnelles des femmes enceintes. La Cour a constaté que la loi établissait une différence de traitement entre les mères biologiques et les mères adoptantes. Elle a ensuite statué que la qualité de mère adoptante constituait un motif analogue de discrimination. Néanmoins, la Cour a conclu que la grossesse et l'accouchement sont des réalités biologiques incontournables que les mères biologiques sont seules à connaître et que le fait de les indemniser pour la perte de revenu qui en découle ne constitue pas une discrimination à l'égard des mères adoptantes.

Quant à l'argument soulevé par les mères adoptantes et le Conseil de l'adoption du Canada selon lequel la loi s'avérerait discriminatoire à l'endroit des enfants adoptés, la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas retenu cet argument, contrairement au juge de

14. *Schafer v. Canada (Attorney General)*, [1997] O.J. No. 3231 (C.A.).

15. *Schafer v. Canada (Attorney General)*, [1996] O.J. No. 1915 (Ontario Court [General Division]).

première instance qui y avait vu une discrimination indirecte. Selon la Cour d'appel, le fait que la LAE accorde moins de semaines de prestations aux parents adoptants ne prouve pas que ces parents passent moins de temps avec leur enfant ou que les mères adoptantes retournent plus tôt au travail que les mères biologiques¹⁶. Toujours selon la Cour : « It should be noted that adoptive parents, particularly those who use private adoption and international adoption, generally come from a more affluent financial background and that those who choose to adopt have committed themselves to a significant financial responsibility »¹⁷. Ainsi, sur le fondement d'un argumentaire plutôt intuitif selon lequel les parents adoptants peuvent prendre du temps à leurs frais avec leurs enfants parce que rien dans la loi ne leur interdit de le faire et qu'ils ont généralement plus de moyens financiers que la population en général, la Cour d'appel en est arrivée à la conclusion que la loi n'était pas discriminatoire à l'endroit des mères adoptantes ou des enfants adoptés. Par ailleurs, le fait que l'adoption soit un choix confortait, selon elle, sa conclusion.

Notons qu'à la suite des arrêts *Schachter* et *Schafer*, les tribunaux en général se sont peu intéressés à l'impact de la LAE sur les enfants adoptés. Ils se sont limités à réaffirmer que la réalité physiologique des mères naturelles justifiait que leur soient attribuées des indemnités spéciales de maternité qui visent justement à répondre à leur situation particulière.

L'affaire BC Government and Service Employees Union

L'affaire *BC Government and Service Employees Union*¹⁸, qui portait sur une distinction prévue dans une convention collective dont les dispositions complétaient le régime prévu dans la LAE, est au même effet. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique rejetait les allégations fondées sur les dispositions anti-discrimination du

16. *Schafer v. Canada (Attorney General)*, préc., note 14, par. 44.

17. *Id.*, par. 45.

18. *BC Government and Service Employees Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)*, 2002 BCCA 476.

*Human Rights Code*¹⁹ de la province. Selon elle, la convention collective pouvait favoriser les mères biologiques dans la mesure où il existe une réelle différence entre la situation des mères biologiques et celle des mères adoptantes²⁰.

Cette même différence entre les deux groupes peut-elle également justifier qu'une convention collective accorde des avantages aux parents adoptants qui ne seraient par ailleurs pas accordés aux parents biologiques? Il semble bien que oui si on en croit une décision rendue en Ontario.

L'affaire Ontario Secondary School Teachers' Federation v. Upper Canada District School Board²¹

Dans cette affaire, la Cour divisionnaire de la Cour supérieure de l'Ontario rejetait, en 2005, une requête en révision judiciaire d'une décision où l'arbitre jugeait non discriminatoires les dispositions d'une convention collective accordant aux parents adoptants des avantages refusés aux pères biologiques. Dans la mesure où les parents adoptants vivent une situation différente de celle des pères biologiques, eu égard notamment aux besoins particuliers des enfants adoptés, la Cour confirmait que la convention collective pouvait en l'espèce ne contrevenir ni à la Charte canadienne ni au *Code des droits de la personne*²² de l'Ontario.

L'affaire Tomasson

Toutefois, en 2007, la Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge Nadon, allait rendre une décision qui, à première vue, pouvait laisser croire que la question était réglée. Dans l'affaire

19. RSBC 1996, c. 210.

20. *BC Government and Service Employees Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)*, préc., note 18.

21. [2005] O.J. No. 4057 (Ont. S.C.J. Div. Ct.).

22. L.R.O. 1990, c. H.19.

Tomasson²³, une mère adoptante à qui on avait accordé des prestations parentales, mais refusé des prestations de maternité, contestait la constitutionnalité de la LAE en invoquant le droit à l'égalité garanti par la Charte canadienne.

Selon la Cour, le régime fédéral institue des prestations ayant deux objets différents. Les prestations de maternité ont pour objectif « d'aider la mère à se remettre de la grossesse et de l'accouchement »²⁴, « de remplacer le revenu des femmes enceintes et mères biologiques assurées, et cela durant la période physiquement exigeante de l'accouchement et de ses suites »²⁵. En analysant le régime fédéral du point de vue des besoins des parents, la Cour d'appel fédérale jugeait donc normal que la LAE crée une distinction entre les mères biologiques et les mères adoptantes.

Ainsi, selon le juge Nadon, c'est plutôt l'« exacte égalité entre mères biologiques et mères adoptives [qui] conduirait [...] à une discrimination à l'encontre des mères biologiques »²⁶. Pire, « [s]i la Cour devait conclure que les mères adoptives ont droit à des prestations de maternité, ce serait dire implicitement que les mères naturelles ne méritent pas de s'absenter du travail plus que les mères adoptives, alors même qu'elles doivent supporter le fardeau d'une grossesse et d'une naissance »²⁷. La Cour d'appel fédérale n'a pas abordé la question de la discrimination à l'endroit des enfants adoptés, se bornant à dire que les groupes de comparaison sont les mères biologiques et les mères adoptantes et non pas les enfants. Quoi qu'il en soit, le juge a affirmé que si des prestations de maternité étaient accordées aux mères adoptantes, il faudrait alors les étendre aux pères adoptifs et aux pères biologiques. Pourtant, un peu plus loin il a ajouté, faisant montre d'une grande déférence à l'égard du Parlement, que considérant la situation particulière des mères biologiques, et en l'absence de discrimination, « c'est au

23. *Tomasson c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 265.

24. *Id.*, par. 99.

25. *Id.*, par. 100.

26. *Id.*, par. 130.

27. *Id.*, par. 131.

législateur et non aux tribunaux qu'il appartient d'établir et de mettre au point les régimes légaux de prestations »²⁸.

Actuellement, le régime fédéral prévoit deux types de prestations. Selon l'article 22 de la LAE, des prestations de maternité sont payables « à la prestataire [...] qui fait la preuve de sa grossesse »²⁹ et, selon l'article 23, des prestations parentales sont allouées « à un prestataire [...] qui veut prendre soin de son ou de ses nouveau-nés ou d'un ou plusieurs enfants placés chez lui en vue de leur adoption »³⁰. Les deux types de prestations sont payables durant une période déterminée par la loi³¹ et le nombre maximal de semaines allouées varie selon qu'il s'agit de prestations de maternité ou de prestations parentales. Cette distinction est prévue notamment à l'article 12(3) a) et b) de la LAE.

12. (3) Le nombre maximal de semaines pendant lesquelles des prestations peuvent être versées au cours d'une période de prestations est :

- a) dans le cas d'une grossesse, quinze semaines;
- b) dans le cas de soins à donner à un ou plusieurs nouveaux-nés du prestataire ou à un ou plusieurs enfants placés chez le prestataire en vue de leur adoption, 35 semaines; [...].

28. *Id.*, par. 121. Plus récemment, dans *British Columbia Teachers' Federation c. British Columbia Public School Employers' Association*, 2014 CSC 70, la Cour suprême rétablissait la décision d'un arbitre qui, considérant l'objet distinct des prestations de maternité et des prestations parentales, jugeait discriminatoire eu égard à la Charte canadienne et au *Human Rights Code* (RSBC 1996, c. 210) de la Colombie-Britannique le fait de refuser aux mères biologiques des prestations parentales en sus de leurs prestations de maternité puisque les deux types de prestations ne visent pas les mêmes objectifs. Une affirmation incontestable, mais qui démontre tout de même la grande difficulté que représente pour les gestionnaires et les syndicats l'établissement de règles qui ne s'interpréteraient pas nécessairement au détriment des uns ou des autres.

29. LAE, art. 22(1).

30. *Id.*, art. 23(1).

31. *Id.*, art. 22(2) et 23(2).

La LAE crée donc une distinction entre les parents des familles biologiques et ceux des familles adoptantes. Les premiers ont droit ensemble à 50 semaines de prestations, alors que les seconds n'ont que 35 semaines de prestations parentales à se partager.

Selon nous, les affaires qui ont été plaidées jusqu'à présent n'ont pas eu pour effet de mettre fin au débat. Si une réelle différence entre les mères biologiques et les mères adoptantes permet d'instituer des prestations favorisant les premières, une autre différence tout aussi réelle entre les enfants biologiques et les enfants adoptés ne devrait-elle pas autoriser l'élaboration d'un régime complémentaire qui viserait justement à répondre aux besoins particuliers des enfants adoptés? Par ailleurs, le fait que les prestations soient versées dans le contexte de la LAE qui vise essentiellement la protection des travailleurs semble jouer un rôle déterminant dans l'interprétation des dispositions controversées. À l'inverse, si les prestations provenaient d'un régime d'assurance distinct de l'assurance-emploi, cela pourrait-il influencer sur les modalités et les résultats de l'analyse? Voyons ce qu'il en est avec le RQAP.

2. Les congés prévus par le Régime québécois d'assurance parentale

L'entrée en vigueur du RQAP dépendait de la conclusion d'une entente signée en 2005 par les gouvernements du Québec et du Canada³². En 2000 et 2001, lors des débats parlementaires devant mener à l'adoption à l'unanimité de la LAP, il apparaît clairement que l'intention du législateur québécois n'était pas de reprendre les objectifs du régime fédéral. Cette conclusion s'impose d'elle-même à la lecture des travaux en commission parlementaire qui ont précédé l'adoption du régime. En effet, dans le contexte des négociations entre le Québec et le fédéral, l'un des principaux

32. Les modalités de transfert au Québec des sommes perçues ou versées sur son territoire par le gouvernement du Canada en vertu de la LAE ont été prévues dans l'*Entente finale Canada-Québec sur le Régime québécois d'assurance parentale* du 1^{er} mars 2005.

arguments invoqué au soutien de la nécessité d'un régime distinct a été de ne plus associer l'arrivée d'un enfant à la perte de son emploi.

Alors, c'est un geste concret aussi de soutien à la famille. Il était temps d'agir, M. le Président, il était temps de mettre fin définitivement à une aberration contre laquelle d'aucuns protestent et qui perdure depuis un quart de siècle. *Il était temps de cesser d'assimiler l'arrivée d'un enfant à la perte d'un emploi.* Il est impensable qu'encore de nos jours les femmes et les hommes qui doivent s'absenter du travail pour la naissance d'un enfant ou pour en prendre soin pendant les premiers mois soient traités ici comme ceux qui se retrouvent en chômage.³³

La description retrouvée sur le site web du gouvernement du Québec consacré au RQAP va dans le même sens. On y affirme que le régime « vise à soutenir financièrement les nouveaux parents, à les encourager dans leur désir d'avoir des enfants et à les soutenir dans leur volonté de consacrer plus de temps à leurs enfants dans les premiers mois de leur vie »³⁴.

Des objectifs différents de ceux du fédéral, qui inscrivent le RQAP dans le cadre d'une politique familiale globale plutôt que dans le contexte d'une perte d'emploi, auraient dû mener à la mise sur pied d'un régime différent de celui du fédéral avec pour objectif de

-
33. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{ère} sess., 36^e lég., 21 novembre 2000, « Projet de loi n° 140? *Loi sur l'assurance parentale* » p. 8020 (Mme Nicole Léger, ministre déléguée à la Famille et à l'Enfance) (nos italiques). Voir également QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 2^e sess., 36^e lég., 25 mai 2001, « Projet de loi n° 140? *Loi sur l'assurance parentale* », p. 1516 et 1517 (Mme Linda Goupil, ministre d'État à la Famille et à l'Enfance).
34. MINISTÈRE DU TRAVAIL, DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITÉ SOCIALE, *Qu'est-ce que le Régime québécois d'assurance parentale?*, en ligne : <http://www.rqap.gouv.qc.ca/a_propos_regime/information_generale/index.asp> (consulté le 4 mai 2015).

soutenir les familles québécoises sans discrimination³⁵. Cela ne fut pas le cas puisque le législateur québécois s'est contenté de reproduire des dispositions assez semblables à celles du régime fédéral. En effet, dès le départ, la *Loi sur l'assurance parentale*³⁶ prévoit un nombre maximal de semaines de prestations moins élevé pour les parents adoptants que pour les parents biologiques. En commission parlementaire, la Fédération des parents adoptants du Québec (ci-après FPAQ) faisait valoir que « [d]e nombreuses études témoignent de l'importance pour le parent adoptant de demeurer auprès de son enfant durant une période d'au moins 12 mois pour favoriser le lien d'attachement, le solidifier et pour sécuriser davantage l'enfant »³⁷. Regrettant l'inexistence d'un équivalent aux prestations de maternité pour les familles adoptantes (qui pourrait prendre la forme d'un congé d'accueil d'un enfant adopté), l'association rappelait que « l'enfant adopté est un enfant abandonné, souvent négligé physiquement et émotivement dans son milieu substitut. Il devrait bénéficier du même droit d'accès à sa mère pour se remettre de ses blessures, pour s'attacher à ses nouveaux parents et pour apprivoiser sa nouvelle vie de famille, réalité qu'il n'a souvent jamais connue »³⁸.

À l'Assemblée nationale, le porte-parole de l'opposition officielle en matière d'emploi, de solidarité sociale et de famille, demandait au gouvernement d'accueillir la demande de la FPAQ.

35. La différence n'est pas anodine. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique énonce que les dispositions de la convention collective qui font l'objet du litige sont directement associés à l'objet du régime fédéral d'assurance-emploi qui visent à dédommager la femme qui accouche et qui doit, pour cette raison, s'absenter de son travail. Toujours selon la Cour, si l'objectif du régime était plutôt de soutenir la famille, il n'est pas certain que le résultat serait le même. *BC Government and Service Employees Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)*, préc., note 18, par. 18.

36. L.Q. 2001, c. 9.

37. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, 1^{ère} sess., 37^e lég., 2 juin 2005, « Consultations particulières sur le projet de loi n° 108 – *Loi modifiant la Loi sur l'assurance parentale et d'autres dispositions législatives* », 15h50 (Mme Claire-Marie Gagnon, pour la Fédération des parents adoptants du Québec).

38. *Id.*

Selon lui, si les parlementaires avaient eu en 2001, au moment d'élaborer le RQAP, toute l'information dont il disposait en 2005 sur la réalité propre aux enfants adoptés, le régime aurait probablement été élaboré différemment³⁹. Un point de vue partagé par le deuxième groupe d'opposition qui appuyait la demande de la FPAQ⁴⁰. Toutefois, le 14 juin 2005, la ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale, Michelle Courchesne, rejetait la proposition de la FPAQ⁴¹. En conséquence, la LAP retient des distinctions semblables à celles retrouvées dans la LAE.

Le régime québécois prévoit quatre types de prestations, payables durant une période déterminée par la loi⁴². Chaque type

39. « Mme la Présidente, il se pourrait que les membres de l'Assemblée nationale puissent faire ensemble une erreur et puissent ensemble vouloir la corriger. Est-ce que ce fut une erreur? Sans doute, mais en même temps peut-être ne faut-il pas blâmer les membres de l'Assemblée nationale, qui unanimement ont reconnu les paramètres que l'on connaît au régime d'assurance parentale à ce moment-là, étant donné l'état des connaissances que nous avions sur les besoins des parents adoptants, et sur les besoins des enfants adoptés, et surtout sur l'exigence que représente la formation d'un lien d'attachement solide entre ces enfants et leurs parents dans la période qui précède et qui suit l'adoption. » QUEBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{ère} sess., 37^e lég., 14 juin 2005, « Projet de loi 108? *Loi modifiant la Loi sur l'assurance parentale et d'autres dispositions législatives* », p. 9350 (M. Camil Bouchard, porte-parole de l'opposition officielle en matière d'emploi, de solidarité sociale et de famille).

40. « Donc, dans ce contexte, je vous rappelle que nous espérons que tous les enfants du Québec auront la chance d'avoir des parents pour eux et des chances égales que les enfants qui sont nés de façon naturelle... plutôt, que ceux qui arrivent au Québec par adoption pourront, eux aussi, bénéficier de leur maman et de leur papa autant que les enfants naturels. » QUEBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{ère} sess., 37^e lég., 15 juin 2005, « Projet de loi 108? *Loi modifiant la Loi sur l'assurance parentale et d'autres dispositions législatives* », p. 9422 (Mme Sylvie Roy).

41. QUEBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{ère} sess., 37^e lég., 14 juin 2005, « Projet de loi 108? *Loi modifiant la Loi sur l'assurance parentale et d'autres dispositions législatives* », p. 9346 (Mme Michelle Courchesne, ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale).

42. LAP, art. 7, al. 2, 9-11.

de prestations doit être réclamé en fonction de la situation des parents. Les articles 7 à 11 de la LAP énoncent les quatre types de prestations de même que le nombre maximal de semaines allouées pour chacune d'elles. Selon l'option choisie par les parents, il leur est possible de recevoir un montant hebdomadaire moins élevé pendant une période plus longue⁴³ ou un montant plus élevé pendant une période plus courte⁴⁴. Les dispositions pertinentes de la LAP se lisent ainsi :

7. Le nombre maximal de semaines de prestations de maternité est de 18 ou [...] de 15.

9. Le nombre maximal de semaines de prestations de paternité est de 5 ou [...] de 3.

10. Le nombre total de semaines de prestations parentales dont peuvent bénéficier les parents de l'enfant est d'au plus 32 ou [...] d'au plus 25.

11. Le nombre total de semaines de prestations d'adoption dont peuvent bénéficier les parents adoptifs de l'enfant est d'au plus 37 ou [...] d'au plus 28.

Notons que les parents biologiques peuvent combiner le congé de maternité, le congé de paternité et le congé parental alors que le congé d'adoption ne peut être joint à aucun autre.

43. En vertu du régime de base, les parents reçoivent 70% de leur revenu hebdomadaire moyen durant les premières semaines, et 55% pour les semaines restantes (LAP, art. 18).

44. En vertu du régime particulier, les parents reçoivent 75% de leur revenu hebdomadaire moyen pendant toutes les semaines de prestations (*id.*).

Régime applicable aux parents biologiques :

Types de prestations	Régime de base		Régime particulier	
	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire
Maternité	18	70%	15	75%
Paternité	5	70%	3	75%
Parentales	32	70%	25	75%
TOTAL	55		43	

Régime applicable aux parents adoptants :

Types de prestations	Régime de base		Régime particulier	
	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire
Adoption	37	70%	28	75%
TOTAL	37		28	

La LAP crée donc une distinction entre les parents biologiques et les parents adoptants. Les premiers ont droit ensemble à 55 ou 43 semaines de prestations, alors que les seconds n'ont droit qu'à 37 ou 28 semaines (selon le régime qu'ils choisissent). À la lecture des débats parlementaires, on comprend que ce sont les besoins des parents qui orientent l'élaboration du RQAP⁴⁵. Évidemment, les besoins des enfants n'ont pas été

45. « Aujourd'hui, le Québec parlera d'une seule voix. Une seule voix non seulement parce qu'un accord émerge entre les 125 députés qui forment cette Assemblée, mais parce que la société québécoise, par la voix de ses représentants nationaux, patronaux, syndicaux et communautaires, est parvenue au même constat, *aider davantage les parents à concilier leur vie professionnelle et familiale*. » QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{ère} sess., 36^e lég., 13 juin 2000, « Tout mettre en œuvre pour reprendre les négociations concernant l'assurance

complètement absents des considérations des parlementaires lors de l'élaboration du RQAP, mais ils n'ont pas été portés à l'avant-scène⁴⁶.

Voilà pourquoi les tribunaux québécois saisis de la question d'une éventuelle discrimination entre les parents biologiques et les parents adoptants ont retenu la même approche que les tribunaux

-
- parentale en vue d'en arriver à une entente permettant l'implantation d'un programme québécois et demander au gouvernement du Canada de participer de bonne foi à ces négociations », p. 6867 (Mme Pauline Marois, ministre d'État à la Santé et aux services sociaux); « M. le Président, il ne faut pas perdre de vue l'objectif ultime qui est poursuivi aujourd'hui, c'est celui de *doter les Québécoises et les Québécois d'un programme d'assurance parentale qui les supportera mieux dans leur volonté de former une famille.* » *Id.*, p. 6867 (M. Russell Copeman, critique de l'opposition officielle en matière de politique familiale) (nos italiques).
46. À titre d'exemple : « Nous savons, M. le Président, combien *la présence de la mère et du père auprès de leurs enfants*, et ce, dès les premières semaines suivant la naissance ou l'adoption, importe pour le développement des enfants. » QUEBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{ère} sess., 36^e lég., 21 novembre 2000, « *Projet de loi n° 140? Loi sur l'assurance parentale* », p. 8021 (Mme Nicole Léger, ministre déléguée à la Famille et à l'Enfance) (nos italiques). « Alors, sur ce point, je vous rappelle que les études sur le retour au travail après la naissance d'un enfant sont unanimes: elles recommandent *d'encourager les parents à consacrer du temps à leur enfant* durant sa première année de vie. Nous partageons l'avis selon lequel il est essentiel de permettre aussi aux nouveaux parents de consacrer davantage de temps à leur famille afin de mieux s'adapter aux réalités de la vie familiale et afin *de jouer pleinement leur rôle auprès de leurs jeunes enfants.* » QUEBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{ère} sess., 36^e lég., 22 novembre 2000, « *Projet de loi n° 140? Loi sur l'assurance parentale* », p. 8089 (Mme Nicole Léger, ministre déléguée à la Famille et à l'Enfance) (nos italiques); « Nous avons à cœur de *permettre aux enfants de jouir un peu plus longtemps de la présence de leurs parents.* De cette manière, nous pensons leur offrir de meilleures chances de bien commencer dans la vie et favoriser leur développement harmonieux, car, nous le savons, *la période entourant la naissance ou l'adoption d'un enfant est cruciale pour établir les liens d'attachement entre l'enfant et les parents.* » QUEBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 1^{ère} sess., 37^e lég., 31 mai 2005, « *Projet de loi n° 108? Loi modifiant la Loi sur l'assurance parentale et d'autres dispositions législatives* », p. 8759 (Mme Michelle Courchesne, ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale) (nos italiques).

canadiens qui ont interprété la LAE. La décision *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Société de transport de Montréal et Syndicat du transport de Montréal*⁴⁷, rendue par le Tribunal des droits de la personne en 2008 et confirmée en appel en 2010⁴⁸, illustre bien cette réalité. Dans cette affaire, la Commission (ci-après « CDPDJ »), agissant au nom d'un père biologique, contestait les dispositions de la convention collective qui lui accordaient un congé de paternité de cinq jours ouvrables alors qu'une ou un salarié qui adoptait un enfant avait droit à un congé d'adoption dont les avantages étaient les mêmes que ceux prévus pour le congé de maternité de la salariée. Après avoir tenté de négocier avec son syndicat un congé plus long, le père biologique a déposé une plainte à la CDPDJ. Pendant qu'était attendu le dénouement de sa plainte, la Société de transport de Montréal a accepté de l'indemniser en lui versant les dommages matériels qu'il aurait reçus s'il avait eu droit au même congé qu'un parent adoptant⁴⁹.

Ainsi, en raison de cette initiative, le Tribunal des droits de la personne n'a été appelé à statuer que sur les dommages moraux et à déterminer la part de responsabilité du syndicat et de l'employeur. En effet, sur la question de la différence de traitement entre les pères biologiques et les pères adoptants, le Tribunal s'est borné à rappeler la décision de la Cour fédérale dans l'affaire *Schachter*, sans plus⁵⁰. Pour sa part, la Cour d'appel fut uniquement saisie de la question de savoir si le syndicat avait

47. 2008 QCTDP 29.

48. *Syndicat du transport de Montréal-CSN c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 165.

49. Si la décision traite uniquement du père adoptant, c'est pour établir la différence de traitement sur le fondement de l'état civil entre un père biologique et un père adoptant. Toutefois, il ne faut pas oublier que le congé d'adoption est accordé à l'adoptant qui assume la prise en charge de l'enfant et qui reçoit les prestations du RQAP, ce qui implique que les deux parents adoptants ne peuvent pas être simultanément en congé contrairement aux parents biologiques.

50. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Société de transport de Montréal et Syndicat du transport de Montréal*, préc., note 47, par. 106.

commis une faute donnant lieu à des dommages moraux, les autres aspects de la question n'étant nullement remis en question⁵¹.

Comme nous le verrons ci-dessous, le fait de réduire la durée du congé d'adoption au nom du droit à l'égalité des pères biologiques a eu pour effet de créer une autre forme de discrimination à l'endroit d'une catégorie d'enfants vulnérables, à savoir ceux qui sont adoptés.

B. Une approche insensible aux droits et à l'intérêt de l'enfant adopté

Les arguments soulevés dans les affaires précitées perdent de leur pertinence lorsqu'on analyse le caractère discriminatoire des régimes fédéral et québécois au regard des distinctions qu'ils créent entre les enfants biologiques et les enfants adoptés. Évidemment, les mères biologiques vivent une expérience unique. Bien entendu, il existe une différence réelle entre ces mères et les autres parents que nul ne saurait sérieusement remettre en question. Cependant, tout aussi différentes que puissent être les réalités des parents biologiques et des parents adoptants, une distinction qui limite l'accès des enfants adoptés à des avantages offerts aux enfants biologiques peut-elle échapper à la conclusion qu'elle s'avère discriminatoire? Pour bien saisir les tenants et aboutissants de cette analyse, il importe, dans un premier temps, de mieux cerner l'état de la situation concernant l'adoption (1). Dans un deuxième temps, nous ferons le point sur la nécessité de prendre en compte l'intérêt et les droits de l'enfant dans l'élaboration des politiques sociales et familiales (2).

1. L'état de la situation concernant l'adoption et les enfants adoptés

Les décisions dont nous avons fait état dans la section précédente ont eu un effet direct sur les conditions d'attribution des

51. *Syndicat du transport de Montréal-CSN c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 48, par. 25.

congés parentaux dans plusieurs conventions collectives au Québec, particulièrement dans le secteur public et parapublic. En effectuant une recherche sommaire sur les conditions d'attribution des congés parentaux dans plusieurs conventions collectives, nous avons constaté une grande variabilité de cas.

Dans le secteur privé, l'uniformité de traitement entre les congés de maternité et les congés parentaux est plus évidente. Cela semble s'expliquer par le fait qu'il s'agit de congés non rémunérés par l'employeur. Dans un tel contexte, la *Loi sur les normes du travail*⁵² prévoit que les parents, qu'ils soient biologiques ou adoptifs, peuvent se prévaloir tous les deux d'un maximum de 52 semaines de congés sans traitement. Deux jours de congé payé peuvent également être réclamés au moment de la naissance ou de l'adoption d'un enfant. Ainsi, il n'y a pas de différence dans la loi entre les parents biologiques et les parents adoptants lorsque ce sont les parents eux-mêmes qui assument les coûts relatifs à la prise du congé.

Dans le secteur public et parapublic, des changements sont survenus dans les conventions collectives à la suite des décisions *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Société de transport de Montréal*⁵³ et *Hydro-Québec c. Syndicat professionnel des ingénieurs d'Hydro-Québec (SPIHQ)*⁵⁴ qui ont, l'une et l'autre, statué qu'une différence de traitement entre un père biologique et un père adoptant constituait une discrimination fondée sur l'état civil. Ces décisions ont eu un effet dévastateur sur la durée des congés d'adoption. En effet, pour « égaliser » les deux types de congés, il a fallu réduire la durée des congés d'adoption qui sont passés de dix à cinq semaines avec traitement. L'exemple le plus probant est sans doute celui de la fonction publique du Québec. Désormais, les conventions du secteur public prévoient un même traitement pour les congés de paternité et les congés

52. RLRQ, c. N-1.1, art. 81.1 et 81.10.

53. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Société de transport de Montréal et Syndicat du transport de Montréal*, préc., note 47.

54. [2013] n° AZ-50943538 (T.A.).

d'adoption, soit cinq semaines payées à 100% du salaire selon les conditions du RQAP ou de la LAE. Le congé de maternité est resté inchangé à 20 semaines avec traitement⁵⁵. Lorsque les parents d'un enfant sont des travailleurs du secteur public ou parapublic, l'enfant biologique peut bénéficier d'une durée approximative de 25 à 26 semaines avec ses parents, dont 5 avec ses deux parents qui reçoivent l'un et l'autre leur plein traitement ou presque. L'enfant adopté peut bénéficier d'un maximum de 5 semaines avec l'un ou l'autre de ses parents, ou de deux semaines et demie si les adoptants choisissent de passer du temps ensemble avec leur enfant. En effet, plusieurs conventions collectives prévoient qu'un parent adoptant n'a pas droit au congé d'adoption si l'autre parent s'en prévaut⁵⁶ et si les deux parents travaillent dans la même unité syndicale, la convention prévoit parfois l'obligation de partager le congé prévu de 5 semaines. Peut-on encore parler d'une égalité de droits pour les enfants dans un tel contexte?

On pourrait sans doute rétorquer que les congés parentaux sont des droits des travailleurs et non pas des droits des enfants. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a d'ailleurs déjà conclu en ce sens, notant que les dispositions de la convention collective qui faisaient l'objet du litige étaient directement associées à l'objet du régime fédéral d'assurance-emploi qui vise à dédommager la femme qui accouche et qui doit, pour cette raison, s'absenter de son

55. À titre d'exemple seulement, pour les enseignants du cégep, on constate, en comparant les conventions collectives de 2010-2015 et de 2005-2010, que le congé d'adoption est passé de 10 à 5 semaines. Voir : COMITÉ PATRONAL DE NÉGOCIATION DES COLLÈGES, *Conventions collectives*, en ligne : <<http://cpn.gouv.qc.ca/fr/cpnc/conventions-collectives/>> (consulté le 30 octobre 2016). On peut trouver de très nombreux exemples au même effet dans les différentes conventions collectives de la fonction publique du Québec.

56. À titre d'exemple, voir l'article 23.10 de la convention collective des professeurs de l'Université de Sherbrooke : SPPUS-SYNDICAT DES PROFESSEURES ET PROFESSEURS DE L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE, *Convention*, en ligne : <http://www.usherbrooke.ca/sppus/index.php?eID=tx_nawsecuredl&u=0&g=0&t=1477965792&hash=d2e5623bb03ee4c033905fcc724e9c27518181aa&file=fileadmin/sites/sppus/_priv/documents/Convention-Lettres-Annexes/_2012-2015-ConventionSPPUS-modifieeparLE-2014-05-20.pdf> (consulté le 30 octobre 2016).

travail. La Cour soulignait toutefois qu'il n'est pas certain que le résultat serait le même si l'objectif du régime était plutôt de soutenir la famille⁵⁷. Or, nous avons déjà établi que l'objectif du législateur québécois en établissant le RQAP était justement de se dissocier du régime fédéral pour établir un régime différent dont les objectifs se rapprochent beaucoup plus d'une politique de soutien aux parents et à la famille que d'un régime d'assurance-emploi.

La discrimination à l'égard des enfants adoptés ne repose pas sur le fait que l'on accorde une protection spéciale aux femmes qui accouchent, mais plutôt sur le fait que le législateur ne prend pas en considération les défis que posent actuellement l'adoption et les besoins particuliers que présentent désormais les enfants adoptés. Or, d'une manière tout à fait surprenante, un arbitre de grief est arrivé à la conclusion qu'« il n'existe aucune différence significative entre les besoins d'un enfant biologique et ceux d'un enfant adopté »⁵⁸. Cette décision repose sur le rapport non contesté d'un seul expert dont le contenu est en porte à faux avec un consensus maintenant très largement établi dans la littérature scientifique à l'effet contraire. De plus, plusieurs réserves peuvent être émises à l'encontre de cette étude. D'une part, à notre connaissance, elle n'a fait l'objet d'aucune publication scientifique, donc d'aucune validation par les pairs. Elle porte exclusivement sur des enfants adoptés à l'étranger alors qu'il y a présentement au Québec plus d'enfants québécois adoptés que d'enfants étrangers⁵⁹. L'expert

57. *BC Government and Service Employees Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)*, préc., note 18, par. 18.

58. *Hydro-Québec c. Syndicat professionnel des ingénieurs d'Hydro-Québec (SPIHQ)*, préc., note 54, par. 73.

59. En 2015, il y a eu 209 enfants adoptés au Québec en provenance de l'étranger (MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *L'adoption internationale au Québec. Statistiques 2015*, Québec, Gouvernement du Québec, 2016, p. 1, en ligne : <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/msss/fichiers/2015/15-116-09W.pdf>> (consulté le 30 octobre 2016)). Pour l'année 2015-2016, il y a eu au Québec 238 adoptions d'enfants québécois (INSTITUT NATIONAL D'EXCELLENCE EN SANTÉ ET EN SERVICES SOCIAUX, *Les mauvais traitements psychologiques. Un mal silencieux. Bilan des directeurs de la protection de la jeunesse/Directeurs provinciaux 2016*, Québec, Gouvernement du Québec, 2016, p. 24, en ligne :

reconnaît lui-même que « les enfants adoptés au Québec présentaient, en général, plus de problèmes psychologiques que les enfants adoptés à l'international »⁶⁰.

D'autre part, l'étude repose sur des cohortes d'enfants adoptés entre 1985 et 2002⁶¹ alors que le profil des enfants adoptés à l'étranger s'est modifié d'une manière considérable au cours des dernières années. En effet, l'âge moyen des enfants adoptés à l'étranger ne cesse d'augmenter. En 2015, il se situait à un peu plus de 3 ans et demi⁶². Ces données donnent tout au plus un aperçu de la réalité. En effet, elles proviennent du Secrétariat à l'adoption internationale qui compile l'âge de l'enfant au moment de l'émission de la lettre de non-opposition à l'entrée de l'enfant sur le territoire. Dans les faits, il peut s'écouler plusieurs mois, voire des années, entre ce moment et l'arrivée effective de l'enfant au Québec. Or, il est maintenant très clairement établi que l'adoption tardive présente des difficultés particulières pour les parents adoptants et les enfants adoptés⁶³.

-
- <https://www.inesss.qc.ca/fileadmin/doc/INESSS/ServicesSociaux/Bilan_DPJ/INESSS_Bilan_DPJ_Mauvais_traitements_psycho_2016.pdf> (consulté le 30 octobre 2016)). Pour l'année 2014-2015, c'était 275 adoptions au Québec d'enfants québécois (ASSOCIATION DES CENTRES JEUNESSE DU QUÉBEC, *La voix des enfants. Bilan des directeurs de la protection de la jeunesse/Directeurs provinciaux 2015*, 2015, p. 18, en ligne : <http://cjoutaouais.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/Bilan_DPJ/Bilan-des-DPJ-ACJQ-2015.pdf> (consulté le 30 octobre 2016)).
60. *Hydro-Québec c. Syndicat professionnel des ingénieurs d'Hydro-Québec (SPIHQ)*, préc., note 54, par. 40.
61. Réjean TESSIER, Simon LAROSE, Ellen MOSS, Line NADEAU, George M. TARABULSY et le SECRÉTARIAT À L'ADOPTION INTERNATIONALE DU QUÉBEC, *L'adoption internationale au Québec de 1985 à 2002. L'adaptation sociale des enfants nés à l'étranger et adoptés par des familles du Québec*, en ligne : <<http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/bs1974498>> (consulté le 30 octobre 2016).
62. La moyenne était de 43,25 mois pour les enfants adoptés avec ou sans organisme agréé (MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 59, p. 12).
63. Panayiota VORRIA, Zaira PAPALIGOURA, Jasmin SARAFIDOU, Maria KOPAKAKI, Judy DUNN, Marinus H. VAN IJZENDOORN et Antigoni KONTOPOULOU, « The development of adopted children after institutional care: a follow-up study », (2006) 47-12 *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 1246. La

De plus, le nombre d'enfants présentant des « besoins particuliers » proposés aux adoptants est en augmentation. En 2015, 70 des 209 enfants adoptés par des Québécois présentaient des « problèmes de santé » selon les autorités de leur pays d'origine, ce qui représente 33% d'entre eux⁶⁴. Or, leur nombre pourrait être bien plus élevé. En effet, on peut penser que les pays d'origine ne disposant d'aucune définition harmonisée des besoins particuliers aient tendance à minimiser les problèmes afin de favoriser l'adoption de ces enfants. En comparaison, la France, où les données sont compilées lors de l'arrivée de l'enfant, présente une situation différente. Ainsi, 63% des enfants adoptés à l'international par des Français en 2014 présentaient des besoins spécifiques. De plus, 35% de ces adoptions concernaient des adoptions d'enfants de plus de 5 ans, 22 % des fratries et 26 % des enfants présentaient une pathologie⁶⁵. En réalité, les pays d'origine étant de plus en plus souvent en mesure d'offrir une solution familiale permanente à leurs enfants, seuls ceux pour lesquels une telle solution n'a pas été possible sont désormais proposés à l'adoption internationale⁶⁶. Une évolution similaire existe dans de nombreux pays d'origine, notamment en Chine⁶⁷, un pays d'où proviennent historiquement plusieurs enfants adoptés au Québec.

De surcroît, insister sur les besoins spéciaux de certains enfants adoptés peut s'avérer trompeur parce que cela laisse supposer que les autres enfants adoptés ne présentent

conclusion est la suivante : l'enfant ayant vécu les deux premières années de sa vie en institution présente des difficultés au plan de son développement cognitif et de sa capacité d'attachement.

64. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 59, p. 16.

65. SERVICE SOCIAL INTERNATIONAL, *Bulletin mensuel*, Genève, Centre International de Références pour les droits de l'enfant privé de famille, 2015, p. 8.

66. C'est le principe de la subsidiarité de l'adoption internationale prévu par la *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, conclue à La Haye le 29 mai 1993.

67. Peter SELMAN, *Twenty years of the Hague Convention : a Statistical Review*, Conférence de La Haye de droit international privé, 2015, en ligne: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?cid=69&dtid=32>> (consulté le 30 octobre 2015).

majoritairement pas de besoins spécifiques liés à leur passé. Or, rien n'est moins exact :

Séparé, abandonné, blessé, meurtri, insécurisé, mal nourri avant ou après la naissance, forgé aux ruptures sur des mois ou durant des années, l'enfant adopté comporte déjà son lot de spécificités par rapport à une moyenne d'enfants biologiques; elles font déjà de lui, par rapport à l'enfant « modèle de base », un enfant « à l'entretien plus sophistiqué ».⁶⁸

L'adoption constitue en soi une situation exceptionnelle qui donne lieu à un modèle différent de parentalité que certains spécialistes qualifient aujourd'hui de « normalité adoptive »⁶⁹ pour la distinguer de la normalité du développement attendu chez les enfants biologiques. Par exemple, « il est attendu que l'enfant adopté marche plus tard, ait plus de difficulté à s'endormir, à se voir discipliner ou, éventuellement, à faire confiance à son professeur »⁷⁰. Il existe aujourd'hui des centaines d'articles scientifiques qui font état des difficultés rencontrées par les enfants adoptés⁷¹. Nous nous limiterons à mentionner trois études qui sont reconnues comme étant les plus probantes par plusieurs spécialistes. Ces études se démarquent par leur rigueur

68. Jean-François CHICOINE, Patricia GERMAIN et Johanne LEMIEUX, « Adoption internationale, familles et enfants dits "à besoins spéciaux" », (2012) 49 *Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratiques des réseaux* 155, 161.

69. Johanne LEMIEUX, *La normalité adoptive : Les clés pour accompagner l'enfant adopté*, Montréal, Québec-Amérique, 2013. Voir aussi Anne-Marie PICHE, « La prescription de l'attachement en contexte d'adoption internationale », (2012) Hors série numéro 1 *Nouvelles pratiques sociales* 79, 85.

70. J.-F. CHICOINE, P. GERMAIN et J. LEMIEUX, préc., note 68, 162.

71. Jesús PALACIOS, Maite ROMÁN, Carmen MORENO et Esperanza LEÓN, « Family context for emotional recovery in internationally adopted children », (2009) 52-5 *International Social Work* 609; Noëmi GAGNON-OOSTERWAAL, Louise COSSETTE, Nicole SMOLLA, Andrée POMERLEAU, Gérard MALCUT, Jean-François CHICOINE, Gloria JÉLIU, Céline BELHUMEUR et Claude BERTHIAUME, « Pre-Adoption Adversity and Self-Reported Behavior Problems in 7 Year-Old International Adoptees », (2012) 43-4 *Child Psychiatry Hum Dev* 648. Voir également la revue de la littérature effectuée dans l'article de J.-F. CHICOINE, P. GERMAIN et J. LEMIEUX, préc., note 68, 165.

méthodologique et par l'importance des échantillons et l'utilisation de différents groupes de comparaison. La première a été publiée en 2003 dans la prestigieuse revue médicale *The Lancet*. Cette recherche a mis en évidence le fait que l'adoption constitue un risque important en fragilisant la santé mentale et sociale des adoptés. L'étude établit qu'un enfant adopté présenterait trois à quatre fois plus de risques qu'un enfant biologique, du même âge et habitant le même milieu, d'avoir des problèmes de santé mentale y compris de faire des tentatives de suicide; cinq fois plus de risques de développer une dépendance aux drogues, deux à trois fois plus de risques de commettre des crimes⁷². Les auteurs ne disent pas cependant quelles sont les causes de cette différence entre les enfants adoptés et les enfants biologiques. Cela découle-t-il du geste de l'adoption ou est-ce dû aux séquelles pré-adoption communes à l'ensemble des adoptés⁷³?

Les résultats d'une autre méta-analyse ont été publiés en 2006⁷⁴. Ils établissent un lien direct entre le temps passé en institution et le retard de développement des enfants, indiquant que les enfants sont affectés négativement par leur vécu pré-adoptif. L'adoption d'un enfant de plus de 12 mois induit plus d'insécurité affective qui peut se traduire soit par le fait de se montrer démesurément amical avec n'importe qui, soit, au contraire, par le rejet du lien d'attachement que les adoptants tentent désespérément d'établir avec lui. Une troisième méta-analyse publiée la même année va dans le même sens⁷⁵. Enfin, plusieurs

72. Anders HJERN, Frank LINDBLAD et Bo VINNERLJUNG, « Suicide, psychiatric illness, and social maladjustment in intercountry adoptees in Sweden: a cohort study », (2002) 360-9331 *The Lancet* 443.

73. J. LEMIEUX, préc., note 69, p. 313.

74. P. VORRIA *et al.*, préc., note 63.

75. Marinus H. VAN IJZENDOORN et Femmie JUFFER, « The Emanuel Miller Memorial Lecture 2006: Adoption as intervention. Meta-analytic evidence for massive catch-up and plasticity in physical, socio-emotional, and cognitive development », (2006) 47-12 *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 1228.

recherches récentes font également état des difficultés liées au vécu pré-adoptif⁷⁶.

Toutefois, l'apport sans doute le plus important de ces recherches est d'avoir démontré que même si le rattrapage des enfants adoptés est incomplet dans certains aspects développementaux quand on les compare aux enfants biologiques du même âge, les enfants adoptés dépassent largement leurs pairs abandonnés et restés en institution en termes de rattrapage développemental. « La conclusion des chercheurs est sans équivoque : l'adoption est le meilleur moyen de protéger un enfant abandonné »⁷⁷. Si l'on constate une évolution positive pour une majorité d'enfants adoptés, on rapporte aussi « une prévalence documentée de nombreuses problématiques pédiatriques physiques ou psychologiques d'autant plus facile à considérer qu'elles sont parfaitement attendues »⁷⁸. D'autres recherches ont déterminé que le temps moyen nécessaire pour permettre aux enfants adoptés de reprendre un développement cognitif comparable aux enfants biologiques est de trois à cinq⁷⁹, voire huit ans⁸⁰, selon l'âge et l'état de santé physique et psychologique de ces enfants à leur arrivée, en sachant par ailleurs que certains d'entre

76. Linda VAN DEN DRIES, Femmie JUFFER, Marinus H. VAN IJZENDOORN, Marian J. BAKERMANS-KRANENBURG et Lenneke R. A. ALINK, « Infants' responsiveness, attachment, and indiscriminate friendliness after international adoption from institution or foster care in China: Application of Emotional Availability Scales to adoptive families », (2012) 24-1 *Development and Psychopathology* 49; Christie SCHOENMAKER, Femmie JUFFER, Marinus H. VAN IJZENDOORN et Marian J. BAKERMANS-KRANENBURG, « Does Family Matter? The Well-Being of Children Growing Up in Institution, Foster Care and Adoption », dans Asher BEN-ARIEH, Ferran CASAS, Ivar FRØNES et Jill E. KORBIN (dir.), *Handbook of Child Well-Being*, Dordrecht, Springer Netherlands, 2014, p. 2197.

77. J. LEMIEUX, préc., note 69, p. 314.

78. J.-F. CHICOINE, P. GERMAIN et J. LEMIEUX, préc., note 68, 165.

79. Andrée POMERLEAU, Gérard MALCUI, Jean-François CHICOINE, Renée SÉGUIN, Céline BELHUMEUR, Patricia GERMAIN, Isabelle AMYOT et Gloria JÉLIU, « Health status, cognitive and motor development of young children adopted from China, East Asia, and Russia across the first 6 months after adoption », (2005) 29-5 *International Journal of Behavioral Development* 445.

80. M. H. VAN IJZENDOORN et F. JUFFER, préc., note 75.

eux ne parviendront jamais à rattraper ce retard. Ainsi, bien qu'ils présentent des facteurs de risque différents et plus nombreux que les enfants biologiques, les enfants adoptés réussissent tout de même pour la majorité d'entre eux à évoluer d'une manière tout à fait satisfaisante. La situation est toutefois plus difficile pour ceux d'entre eux qui présentent, en plus des stigmates de l'abandon, d'autres besoins spéciaux.

Des études récentes démontrent que l'atteinte d'un développement optimal de l'enfant nécessite une présence attentive et continue des parents adoptants auprès de l'enfant : « In sum, building on a longitudinal study covering the first 23 years of life, we found evidence for the importance of the quality of maternal sensitive support in the early years of life in genetically unrelated mother-child dyads »⁸¹. On entend par « parental sensitivity » la capacité pour le parent de reconnaître chez l'enfant les manifestations de ses émotions, de ses besoins et de sa détresse ainsi que la capacité d'y répondre d'une manière prompte et adéquate⁸². Dans ces conditions, le fait pour un parent adoptant de retourner au travail trop rapidement constitue un facteur de risque supplémentaire pouvant nuire au développement optimal de l'enfant⁸³.

À partir du moment où l'État québécois favorise l'adoption interne ou internationale en confiant la responsabilité de « normer » les pratiques de l'adoption à des structures gouvernementales comme les directeurs de la protection de la jeunesse et le Secrétariat à l'adoption internationale, n'a-t-il pas également l'obligation d'assurer aux enfants adoptés, considérés comme particulièrement vulnérables, les mêmes chances de développer leur plein potentiel que les enfants vivant avec leurs parents biologiques?

81. Christie SCHOENMAKER, Femmie JUFFER, Marinus H. VAN IJZENDOORN, Mariëlle LINTING, Anja VAN DER VOORT et Marian J. BAKERMANS-KRANENBURG, « From maternal sensitivity in infancy to adult attachment representations: a longitudinal adoption study with secure base script », (2015) 17-3 *Attachment & Human Development* 241, 252.

82. *Id.*, 241.

83. J. LEMIEUX, préc., note 69, p. 259.

2. L'importance de prendre en considération l'intérêt et les droits de l'enfant dans l'élaboration des politiques sociales et familiales

Le RQAP s'inscrit dans une perspective plus large que la LAE. Dans ce contexte, l'obligation de mesurer les effets produits sur les enfants adoptés par les mesures sociales édictées par le législateur québécois apparaît incontournable. La nécessité de considérer à la fois l'intérêt et les droits de l'enfant découle de plusieurs sources en droit interne et en droit international⁸⁴.

Le principe de l'intérêt de l'enfant est reconnu législativement au Québec depuis fort longtemps, à la fois dans le Code civil du Québec⁸⁵ et en matière de protection de la jeunesse⁸⁶. La Cour suprême du Canada a confirmé à maintes reprises la nécessité de prendre en considération l'intérêt de l'enfant au regard des autres éléments qui doivent être examinés dans l'analyse d'une situation juridique⁸⁷. Déjà en 1987, la Cour affirmait explicitement que « l'intérêt de l'enfant est devenu en droit civil québécois la pierre angulaire des décisions prises à son endroit »⁸⁸. Plus tard, la Cour confirmait que la notion d'intérêt de l'enfant était conforme aux principes reconnus dans la Charte canadienne⁸⁹. Bien que la Cour

84. Pour plus d'informations à ce sujet voir : Michelle GIROUX et Carmen LAVALLÉE, « Les droits de l'enfant : Rapport du Canada », dans Olga CVEJIC JANCIC (dir.), *The Rights of the Child in a Changing World*, New York, Springer, 2016, p. 61; Carmen LAVALLÉE, « Respect des droits de l'enfant », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Droit des personnes et de la famille*, fasc. 3, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 15 juillet 2014, n° 1 (LN/QL).

85. L.Q. 1991, c. 64, art. 33 et 34.

86. *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c. P-34.1, art. 3.

87. *Beson c. Director of Child Welfare (T.-N.)*, [1982] 2 R.C.S. 716; *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244; *N.-B. (Ministre de la Santé) c. C. (G.C.)*, [1988] 1 R.C.S. 1073; *Gordon c. Goertz*, [1996] R.C.S. 27; *W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108; *Baker c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519.

88. *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, par. 169 et 170 (j. Beetz).

89. *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. C. (S.)*, [1993] 4 R.C.S. 141.

suprême ait refusé de reconnaître l'intérêt de l'enfant en tant que principe de justice fondamentale à cause de son contenu variable⁹⁰, elle a toutefois précisé que la notion doit être interprétée d'une manière qui ne soit ni arbitraire ni discriminatoire⁹¹.

L'obligation de prendre en considération les effets que produisent les politiques sociales et familiales sur les enfants découle également de la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁹² adoptée par les Nations Unies en 1989. Le Canada a signé la Convention le 28 mai 1990 et l'a ratifiée le 13 décembre 1991. Bien que la Convention n'ait pas fait l'objet d'une loi de mise en vigueur, cela ne signifie pas qu'elle soit dépourvue de toute influence comme l'a rappelé la Cour suprême dans l'arrêt *Baker*. La Cour affirme, en effet, que les valeurs exprimées par le droit international peuvent être prises en considération dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois⁹³. Quoi qu'il en soit, le Québec s'est déclaré lié par la Convention en adoptant un décret à cet effet⁹⁴ et les tribunaux ont à plusieurs reprises eu recours à la *Convention relative aux droits de l'enfant* pour interpréter certaines dispositions législatives⁹⁵.

90. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

91. *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, [2009] 2 R.C.S. 181.

92. R.T. Can. 1992, n° 3.

93. *Baker c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, préc., note 87. Voir aussi Anne-Marie TRAHAN, « Les droits de l'enfant, la Convention des Nations Unies et l'arrêt *Baker* : une trilogie porteuse d'espoir », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2013, p. 151; Mona PARÉ, « La mise en œuvre de la *Convention relative aux droits de l'enfant* : une question de principes », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *Race, femme, enfant, handicap : les conventions internationales et le droit interne à la lumière des enjeux pratiques du droit à l'égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 391.

94. *Décret 1676-91 du 9 décembre 1991 concernant la Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, (1992) 124 G.O. II, 51.

95. Pour plus d'informations à ce sujet, voir : C. LAVALLÉE, préc., note 84, n° 15.

Plus spécifiquement, le Comité des Nations Unies sur les droits de l'enfant a établi quatre principes directeurs devant servir à l'interprétation de la Convention⁹⁶. Trois d'entre eux sont particulièrement pertinents à notre analyse. Il s'agit du principe de l'intérêt de l'enfant (art.3), de l'interdiction de la discrimination (art.2) et du droit de l'enfant au développement (art.6). L'article 3(1) de la Convention relative aux droits de l'enfant se lit ainsi :

Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protections sociales, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

L'utilisation du terme « décision » à l'article 3 couvre à la fois les actions et les omissions des institutions publiques ou privées. Ainsi, le fait de ne pas agir pour assurer la protection de l'intérêt des enfants ou d'un groupe d'enfants doit être jugé contraire à la Convention⁹⁷. L'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale, ce qui implique que d'autres intérêts peuvent être considérés. Cependant, comme le rappelle Geraldine Van Bueren, une spécialiste reconnue internationalement sur la question des droits de l'enfant : « where the State is not faced with fundamental considerations of other private parties, [...] then best interest of the child becomes the sole determining factor, a higher standard being

96. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 5 (2003). Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44, par. 6)*, Doc. off. CRC, 34^e sess., Doc. N.U. CRC/CG/2003/5 (27 novembre 2003), en ligne : <http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CRC_Observation%20_Generale_5_2003_FR.pdf> (consulté le 31 octobre 2015).

97. Michael Freemam, « Article 3 : The best Interest of the Child », dans André ALEN, Johan VANDE LANOTTE, Eugene VERHELLEN, Fiona ANG, Eva BERGHMANS et Mieke VERHEYDE (dir.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 44; Carmen LAVALLÉE, *La protection internationale des droits de l'enfant : Entre idéalisme et pragmatisme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et mondialisation, 2015, p. 50 et suiv.

required where there are no longer parental or family interest to be included in the equation »⁹⁸. S'appuyant sur un avis de la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁹⁹, Van Bueren va encore plus loin lorsqu'elle affirme:

What is clear is that at a minimum, the best interest of the child must be considered as a primary consideration in all matters concerning children and that in certain circumstances, such as adoption, the higher standard is applicable. It is also clear that remarkably and unheralded, the principle of the best interest of the child has attained the status of *jus cogens*, and is an additional legal tool to weigh in the balance against judicial limitation justiciability and enforceability, as it is a major contributor to the establishment of a new juridical order for children¹⁰⁰.

Ainsi, la notion d'intérêt de l'enfant constitue une règle incontournable dans l'analyse qui doit être faite de la question de l'égalité des enfants adoptés.

L'interdiction de la discrimination constitue un autre principe directeur pour interpréter la Convention. Elle constitue l'une des normes de protection les plus fréquemment rencontrées dans les instruments internationaux de protection des droits de la personne. Les enfants sont protégés par ces instruments, mais la *Convention relative aux droits de l'enfant* va plus loin en précisant à

98. Geraldine VAN BUEREN, « The Separation of Power and the International Legal Status of the Best Interests of the Child in assisting Domestic Courts Protect Children's Economic and Social Rights », dans Tara COLLINS (dir.), *Droits de l'enfant: actes de la Conférence internationale, Ottawa 2007*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 245.

99. INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Juridical Condition and Human Rights of the Child*, Advisory Opinion OC-17/2002 of August 28, 2002, en ligne: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_ing.pdf> (consulté le 31 octobre 2016).

100. G. VAN BUEREN, préc., note 97, p. 251. Le *jus cogens* est constitué des normes impératives du droit international général. Ce sont les normes reconnues par la communauté internationale à l'égard desquelles aucune dérogation n'est possible. Voir Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2015, no 53.

son alinéa 2¹⁰¹ que les États ont l'obligation de prendre toutes les mesures appropriées pour que l'enfant ne soit pas victime de discrimination motivée par la situation juridique de ses parents. Ainsi, établir une différence dans la mise en œuvre d'une politique sociale qui se traduit par une discrimination à l'égard de l'enfant ne peut être justifiée par le fait que ses parents soient des parents adoptants plutôt que biologiques.

Enfin, l'article 6 de la Convention prévoit le droit de l'enfant au développement. Ce droit figure uniquement dans les instruments les plus modernes de protection des droits de la personne. Le Comité sur les droits de l'enfant des Nations-Unies demande aux États d'interpréter « le terme "développement" au sens le plus large et en tant que concept global, embrassant le développement physique, mental, spirituel, moral, psychologique et social »¹⁰². Toujours selon le Comité, les mesures mises en œuvre par les États doivent viser à assurer le développement optimal de tous les enfants. De plus, le Comité affirme que pour assurer le respect du principe de non-discrimination, les États doivent prendre des mesures spéciales destinées à combattre les facteurs de disparité¹⁰³.

La *Convention relative aux droits de l'enfant* est complétée par plusieurs autres dispositions du droit international. Nous nous limiterons, pour les fins de cet article, à mentionner l'article 10 (3) du *Pacte international sur les droits économiques, sociaux et*

101. « Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique, ou autre de l'enfant *ou de ses parents* ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement *protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique*, les activités, les opinions déclarées ou les convictions *de ses parents* de ses représentants légaux ou des membres de sa famille » (nos italiques).

102. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, préc., note 96, p.5.

103. COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, préc., note 96.

*culturels*¹⁰⁴ qui énonce ceci : « Des mesures spéciales de protection et d'assistance doivent être prises en faveur de tous les enfants et adolescents, sans discrimination aucune pour des raisons de filiation ou autres ».

Sur le fondement de l'arrêt *Baker*, ces principes tirés du droit international peuvent être pris en compte dans l'évaluation de la constitutionnalité de la différence de traitement établie par la LAP entre les enfants adoptés et les enfants biologiques au détriment des premiers.

II. La nécessité d'un changement de paradigme dans l'attribution des congés parentaux

Nous avons jusqu'ici évalué les aspects discriminatoires du RQAP à l'égard des enfants adoptés en termes généraux. Il importe maintenant de valider cette hypothèse en la testant à l'aune des Chartes.

Reconnu dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁰⁵ et dans la plupart des constitutions nationales, le droit à l'égalité est garanti au Québec tant par l'article 15 de la Charte canadienne que par l'article 10 de la Charte québécoise¹⁰⁶. Bien qu'il soit formulé de façon différente dans ces deux instruments juridiques fondamentaux, le droit à l'égalité y poursuit les mêmes fins et est abordé selon un cadre analytique semblable¹⁰⁷. Étant

104. 16 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 46.

105. 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, art. 26. Le Pacte est entré en vigueur au Canada le 19 août 1976.

106. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

107. Bien que la Cour suprême se soit égarée pendant une dizaine d'années avec un objet distinct de dignité, objet qui l'a amenée à construire un cadre analytique différent pour l'art. 15 de la Charte canadienne dans les arrêts *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418 et *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, elle a redressé le tir dans *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483 pour revenir à la protection contre la discrimination. Cela a permis ensuite à la Cour de retourner dans *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61 aux critères de discrimination qui avaient été énoncés dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, lequel reprenait en fait le cadre analytique déjà

donné certaines différences importantes¹⁰⁸, on doit toutefois faire appel à chacune de ces deux chartes séparément pour évaluer le caractère discriminatoire du régime québécois de congés parentaux. S'agissant de remettre en question certaines dispositions de la *Loi sur l'assurance parentale*, le recours à la Constitution apparaît évidemment incontournable (A). En revanche, en ce qui concerne l'impact des conventions collectives de travail sur les enfants adoptés et les parents adoptants, seule la Charte québécoise peut être invoquée puisqu'elle s'applique, contrairement à la Charte canadienne, aux rapports contractuels de droit privé (B).

Notre analyse menant à la conclusion que la LAP et plusieurs conventions collectives calquées sur cette loi se révèlent effectivement discriminatoires, il devient dès lors impératif de réfléchir à un modèle de rechange qui serait mieux en mesure de répondre aux besoins des enfants et des parents dans la perspective du respect de la diversité familiale (C).

A. Le Régime québécois d'assurance parentale et l'article 15 de la Charte canadienne

L'analyse d'une violation d'un droit ou d'une liberté garanti par la Charte canadienne se fait toujours, en raison de l'article premier de celle-ci, en deux étapes distinctes. En premier lieu, il faut interpréter le droit ou la liberté en cause et déterminer en quoi et dans quelle mesure une norme législative donnée heurte ce droit ou cette liberté. Si cette hypothèse s'avère, la validité de cette norme n'est remise en question que si, dans un second temps, le gouvernement ne peut pas en justifier l'existence aux termes de l'article premier.

108. élaboré dans le cadre de la législation provinciale sur les droits de la personne dont la Charte québécoise fait partie.
Sur les différences entre les chartes québécoise et canadienne, voir : Daniel PROULX, «Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles», (2003) *R. du B.* (numéro spécial) 485.

1. Un régime discriminatoire

En précisant à son premier paragraphe que « tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi », l'article 15 vise directement les lois qui, comme la LAP, octroie des bénéfices sociaux. Contrairement à ce qu'elle avait décidé sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits*¹⁰⁹ de 1960, la Cour suprême a été claire dès le départ avec l'arrêt *Andrews* : il n'est pas possible d'écarter l'application du droit constitutionnel à l'égalité à une loi sociale sous prétexte qu'une telle mesure poursuit à première vue des objectifs légitimes, comme l'égalisation des chances et des conditions. Le droit à l'égalité a été garanti à l'article 15 de manière à accorder une protection « beaucoup plus large »¹¹⁰ qu'avec la *Déclaration canadienne des droits* en sorte que toutes les lois, qu'elles soient punitives ou qu'elles accordent des bénéfices sociaux, doivent répondre aux exigences du droit à l'égalité de la Charte canadienne.

L'analyse du sens et de la portée d'un droit constitutionnel doit commencer par la détermination de son objet¹¹¹. Voilà pourquoi, dès son tout premier arrêt sur l'article 15, la Cour suprême a pris soin de préciser les finalités propres au droit constitutionnel à l'égalité. D'une part, a-t-elle indiqué, ce dernier a pour objet général de garantir à tous que « la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération »¹¹². En d'autres termes, l'article 15 postule que tous les individus ont la même valeur dans une société démocratique et qu'ils doivent être traités en égaux. D'autre part, puisque l'article 15 ne se contente pas de garantir le droit à l'égalité et ajoute au contraire que ces derniers sont reconnus « indépendamment de toute discrimination », l'arrêt *Andrews* a établi que l'article 15 poursuivait un objet plus spécifique, soit l'éradication de la discrimination tout

109. L.C. 1960, c. 44.

110. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 107, 170.

111. *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, par. 116.

112. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 107, 171 (J. McIntyre).

particulièrement à l'endroit des personnes et des groupes historiquement désavantagés et vulnérables dans notre société¹¹³. Ces derniers sont identifiés dans l'article 15 par une énumération non limitative de motifs de discrimination qui correspondent à autant de caractéristiques personnelles. Le premier paragraphe de cet article est ainsi libellé :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Du coup, les distinctions ou inégalités de traitement n'enfreignent le droit constitutionnel à l'égalité que si elles se révèlent discriminatoires. Qu'est-ce à dire? Dans une perspective purement formelle, l'égalité est bien sûr réalisée lorsque la loi traite tout le monde de la même façon. Toutefois, la Cour suprême a reconnu d'entrée de jeu qu'une telle façon d'aborder l'égalité s'avérerait tout à fait insuffisante : « il faut reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre les individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités »¹¹⁴. La perspective retenue par nos tribunaux est donc celle de l'égalité réelle, à savoir que l'égalité ou son contraire, la discrimination, se dégage à partir de l'ensemble du contexte, des objectifs d'une mesure donnée et de son effet concret sur les groupes protégés contre la discrimination selon les motifs énumérés à l'article 15 et ceux qui leur sont analogues¹¹⁵. Par conséquent, malgré des apparences d'égalité purement formelle, une mesure peut s'avérer

113. *Id.*, 152-154 (j. Wilson) ; 172, 180-181 (j. McIntyre); 195 (j. La Forest).

114. *Id.*, 164.

115. *Id.*, 168; *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 107, par. 331; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, [2015] 2 R.C.S. 148, par. 17-18. Comme on l'a vu, la prise en considération des effets d'une mesure sociale fait partie également de l'analyse requise en vertu de la *Convention relative aux droits de l'enfant* : *supra*, section 1 B.2.

discriminatoire si elle a pour conséquence ou pour effet pratique de désavantager un groupe de personnes vulnérables. En pareil cas, le droit à l'égalité réelle exige qu'une telle mesure soit modifiée pour éviter la perpétuation du désavantage ainsi créé.

C'est donc dans cette perspective d'égalité réelle incluant la reconnaissance de la discrimination indirecte, c'est-à-dire de la discrimination non voulue, mais qui ressort des seuls effets ou conséquences concrètes d'une mesure ou d'une politique donnée, que la Cour suprême a apporté récemment des précisions importantes sur les éléments constitutifs d'une discrimination au sens de l'article 15. Si la question ultime est de savoir si «la mesure contestée transgresse la norme d'égalité réelle consacrée par le par. 15(1) de la Charte»¹¹⁶, la Cour a précisé dans l'arrêt *Taypotat* que la réponse à cette question implique une démarche en deux temps :

Le premier volet de l'analyse fondée sur l'art. 15 consiste donc à se demander si, à première vue ou de par son effet, une loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. [...]

Le deuxième volet de l'analyse est axé sur les désavantages arbitraires – ou discriminatoires – c'est-à-dire sur la question de savoir si la loi ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes¹¹⁷.

a) Une distinction fondée sur un motif analogue

Abordons tout d'abord la question du motif de discrimination. Le statut de personne adoptée n'apparaît pas dans la liste de motifs illicites énumérés à l'article 15. Comme cette liste n'a rien d'exhaustif, cela signifie qu'une distinction de traitement peut néanmoins s'avérer discriminatoire si elle repose sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés. Bien que la Cour suprême n'ait

116. *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 107, par. 325 (j. Abella).

117. *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, préc., note 115, par. 19 et 20 (j. Abella).

pas encore eu l'occasion d'ajouter le statut de personne adoptée à la liste des motifs analogues qu'elle a reconnus par le passé, il semble très probable qu'elle le ferait d'emblée si le dossier de la LAP lui était présenté.

En effet, selon les critères de reconnaissance élaborés dans l'arrêt *Corbiere*, un motif analogue fait souvent l'objet de décisions fondées « sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle »¹¹⁸. Il s'agit de « motifs fondés sur des caractéristiques qu'il nous est impossible de changer ou que le gouvernement ne peut légitimement s'attendre que nous changions pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi »¹¹⁹. Par ailleurs, « le fait que la décision produise des effets préjudiciables à une minorité discrète et isolée ou à un groupe qui a historiquement fait l'objet de discrimination »¹²⁰ peut indiquer qu'une caractéristique personnelle constitue un motif analogue au sens de l'article 15. Manifestement, le statut de personne adoptée répond à tous ces critères.

Plusieurs tribunaux canadiens ont déjà reconnu que le statut de personne adoptée constitue un motif de discrimination analogue. Dans l'arrêt *Pratten*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rappelle que la situation des enfants adoptés est celle d'un groupe qui a historiquement fait l'objet de discrimination et qui demeure à l'heure actuelle la cible de préjugés¹²¹. Dans l'arrêt *Strong*¹²², la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse note que le statut

118. *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 13 (j. McLachlin et j. Bastarache).

119. *Id.*

120. *Id.*

121. *Pratten v. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCCA 480, par. 38. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique reprend ces observations dans le cadre de son analyse portant sur le second paragraphe de l'article 15. Comme l'indique la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Kapp*, préc., note 107, par. 33, cette disposition « vise à protéger les efforts déployés par l'État pour concevoir et adopter des mesures correctives destinées à aider les groupes défavorisés ».

122. *Strong v. Marshall Estate*, 2009 NSCA 25, par. 31.

de personne adoptée est tout autant une caractéristique personnelle (au sens où on l'entend dans l'arrêt *Corbiere*) que l'état matrimonial, un motif déjà déclaré analogue par la Cour suprême¹²³; de plus, il n'est pas davantage possible pour une personne adoptée de changer son statut que cela ne l'est pour son origine nationale, un motif énuméré¹²⁴. Enfin, dans l'affaire *Schafer*, la Cour de l'Ontario n'hésite pas à reconnaître que le statut de personne adoptée constitue un motif de discrimination analogue en ces termes :

Adopted children are a small, insular and discrete minority of the population. They have historically faced discrimination.

The distinction between adopted children and biological children is based on the personal and immutable characteristic of birth to a person not part of the family by which they are being raised.

They have suffered historical, political or legal disadvantages. Most adopted children were, and to some extent still are, subject to the public's perception of them as the biological products, with unknown genetics and personality, of parents who allowed themselves to form an illegitimate and immoral relationship. They can suffer adverse treatment from their peers. Until the post-war years they were denied the inheritance rights and legal status available to biological children, and courts were slow to enforce these rights, once granted. Prior to the 1984 amendments to the U.I. Act [Unemployment Insurance Act], their parents were denied benefits under the Act. Only recently have their adoptive parents been granted parental leave under employment standards legislation. Adopted children born of foreign biological parents are not automatically entitled to Canadian citizenship but children

123. Sur l'état matrimonial comme motif analogue, voir : *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 107; *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines)*, [2004] 3 R.C.S. 357; *Nouvelle-Écosse c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325; *Miron c. Trudel*, préc., note 107.

124. *Strong v. Marshall Estate*, 2009 NSCA 25, par. 31.

born to Canadian citizens outside Canada are entitled to citizenship¹²⁵.

Cela dit, la LAP traite-t-elle de façon différente les enfants adoptés par rapport aux enfants biologiques? Que ce traitement différent soit fondé directement (et volontairement) sur le fait que des enfants sont adoptés ou qu'il soit la conséquence pratique (et involontaire) d'une mesure neutre en soi à cet égard n'y change rien dans la perspective de l'égalité réelle où il s'agit d'évaluer le caractère discriminatoire d'une mesure à l'aune de ses effets directs ou indirects et indépendamment des intentions de son auteur¹²⁶. En l'espèce, comme on l'a vu, la LAP a été adoptée afin d'apporter un soutien à la famille, objectif éminemment louable, en tenant compte des besoins particuliers de la mère biologique. Cependant, telle que conçue, cette loi a pour effet concret et tangible de créer une distinction de traitement fondée sur un motif analogue, soit le statut de personne adoptée. En effet, le régime qu'elle met en place offre aux parents biologiques 55 ou 43 semaines de prestations, selon l'option qu'ils choisissent, contre 37 ou 28 semaines pour les parents adoptants. Résultat concret et impact tangible de l'opération sur l'enfant adopté : il se voit nettement désavantagé par rapport à l'enfant biologique puisqu'il est privé, contrairement à ce dernier, de 18 ou 15 semaines de présence avec ses parents avant leur retour au travail¹²⁷. La différence de traitement établie par la

125. *Schafer v. Canada (Attorney General)*, préc., note 15. En Cour d'appel de l'Ontario, le juge Austin ne remet pas en question ces constats : *Schafer v. Canada (Attorney General)*, préc., note 14.

126. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 107, 165 : «La principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné [...] de même que sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application». Voir comme exemple de discrimination indirecte : *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624. Dans le cadre de la Charte québécoise, voir : *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

127. À moins qu'ils ne prennent un congé à leur frais, ce qui ne saurait être présumé puisqu'on ne peut raisonnablement prendre pour acquis, en l'absence de preuve à cet effet, que tous les parents adoptants ont les moyens de se priver d'un salaire lors de l'arrivée d'un enfant. C'est pourtant sur la base d'une présomption aussi discutable que la Cour d'appel de l'Ontario a tranché dans *Schafer c. Canada (Attorney General)*,

LAP entre parents biologiques et adoptifs produit donc indiscutablement un effet préjudiciable à l'encontre des enfants adoptés. Reste alors à savoir si une telle différence de traitement s'avère réellement discriminatoire.

b) Un préjudice arbitraire

Selon le cadre analytique confirmé récemment dans l'arrêt *Taypotat*, le caractère discriminatoire d'une mesure au sens de l'art. 15 s'évalue en deux temps¹²⁸. Il s'agit d'abord de déterminer si la loi répond ou non aux besoins concrets des membres du groupe désavantagé. Dans la perspective de l'égalité réelle, il est en effet admis qu'une loi peut par exemple priver les jeunes de moins de 18 ans de certains bénéfices (par exemple fréquenter des débits de boisson) sans constituer une distinction de traitement arbitraire (ou discriminatoire) si on peut démontrer qu'elle répond à la situation des jeunes eu égard à leur degré de maturité dans le contexte de la consommation d'alcool dans des lieux publics. Si, au contraire, la loi ne répond pas aux besoins du groupe, il faut dans un second temps vérifier si le préjudice créé par la loi lui impose un fardeau (ou lui nie un bénéfice) qui a pour effet de renforcer le désavantage dont peuvent déjà être victimes les membres du groupe affecté.

Concernant la première question de l'adéquation de la loi « aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe » concerné, force est de constater que la LAP offre nettement moins de temps de présence parentale à l'enfant adopté qu'à l'enfant qui vit avec ses parents biologiques, alors que les études sérieuses confirment les difficultés et besoins particuliers de l'enfant adopté, notamment au niveau psychologique¹²⁹. Il doit se remettre d'une rupture, de blessures. Il a été abandonné, souvent négligé ou

préc., note 14. Cela étant dit, même si certains parents adoptants peuvent prendre un congé sans solde pour accueillir leur enfant adopté, il n'en demeure pas moins que la LAP établit une distinction de traitement qui leur est préjudiciable et qui paraît difficilement justifiable dans le contexte des difficultés particulières que pose aujourd'hui l'adoption.

128. Préc., note 117.

129. *Supra*, section I B.1.

maltraité physiquement et émotivement. Il doit maintenant s'adapter à un nouvel environnement et à une nouvelle famille, ce qui constitue tout un défi du point de vue de l'attachement. En offrant nettement moins de semaines de prestations aux parents adoptants, à savoir 18 (ou 15), la LAP a pour effet concret de désavantager l'enfant adopté de façon arbitraire en ce sens précis qu'elle omet de tenir compte de ses besoins réels et concrets.

D'autre part, pour être discriminatoire au sens de l'article 15, une loi doit nier aux membres du groupe concerné « un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes ». Qu'en est-il de la LAP à cet égard? Ici encore, tout indique que les constatations faites par les tribunaux d'autres provinces et exposées précédemment à l'étape du motif de discrimination analogue¹³⁰ représentent également la réalité des enfants adoptés du Québec. Comme ailleurs au Canada, ces derniers forment un groupe qui a longtemps fait l'objet de discrimination¹³¹. Avant 1969, par exemple, le Code civil ne leur reconnaissait pas les mêmes droits qu'aux autres enfants. Dans les circonstances, nul ne doute que le préjudice créé par la LAP à l'endroit des enfants adoptés renforce ou perpétue un désavantage historique. À noter ici qu'il n'est plus requis de démontrer depuis l'arrêt *Québec c. A* que la loi entretient des préjugés ou appliquent des stéréotypes¹³². En d'autres termes, même si on pouvait établir que, de nos jours, les enfants adoptés ne sont plus victimes de préjugés ou de stéréotypes dans la société québécoise, le caractère discriminatoire de la LAP ne dépend plus

130. *Supra*, section 2 A.1 a.

131. Dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 107, par. 63, le juge Iacobucci relève que l'existence d'un désavantage historique, un facteur contextuel utile pour déterminer le caractère discriminatoire d'une mesure, est « le facteur qui sera probablement le plus concluant pour démontrer qu'une différence de traitement imposée par une disposition législative est vraiment discriminatoire ».

132. D'exigences obligatoires qu'elles étaient depuis *R. c. Kapp*, préc., note 107, la perpétuation de préjugés et l'application de stéréotypes ont été ramenées au statut d'« indices » ou de « guides utiles » : *Québec (Procureur général) c. A.*, préc., note 107, par. 325 à 329 (j. Abella); par. 418-420, 425 (j. McLachlin).

de cette exigence. La question, comme la Cour suprême l'a confirmé dans *Taypotat*, est plutôt de savoir si la loi répond ou non aux besoins des membres d'un groupe qu'elle a pour effet de désavantager en perpétuant le désavantage dont ils sont déjà victimes¹³³.

Outre l'appartenance à un groupe désavantagé et la correspondance de la loi aux besoins des membres d'un tel groupe, la Cour suprême a indiqué que d'autres facteurs contextuels peuvent être utiles pour évaluer le caractère discriminatoire d'une loi. Ainsi, la nature, l'étendue ou l'importance du droit touché par la LAP constitue un facteur contextuel pertinent¹³⁴. À ce sujet, la juge L'Heureux-Dubé écrit, dans l'arrêt *Egan*, que « plus les conséquences [. . .] ressenties par le groupe touché sont graves et localisées, plus il est probable que la distinction qui en est la cause soit discriminatoire »¹³⁵. Considérant l'importance du droit de l'enfant au développement, droit d'ailleurs reconnu dans la *Convention relative aux droits de l'enfant* et la nécessité pour le développement de ce dernier d'établir un lien d'attachement avec ses parents, tout particulièrement en ce qui concerne l'enfant adopté dont les difficultés particulières à cet égard posent un défi distinct, les conséquences négatives de priver l'enfant adopté de 18 (ou 15) semaines de présence parentale par rapport à l'enfant biologique ne sauraient être banalisées.

Dans les circonstances, que reste-t-il pour réfuter l'allégation de discrimination? Dans la perspective de l'égalité réelle, le législateur peut créer des distinctions dans la mesure où elles visent un objectif égalitaire¹³⁶. Prévoir que les femmes et les hommes

133. Préc., note 115.

134. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 107, par. 74; *R. c. Kapp*, préc., note 107, par. 23; *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 107, par. 331.

135. *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, p. 556 (j. L'Heureux-Dubé).

136. L'objectif égalitaire légitime permettant un traitement distinct en faveur d'un groupe de personnes est confirmé par les facteurs contextuels de la correspondance aux besoins et de l'objet améliorateur développés dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 107, par. 69 à 73. Voir : Daniel PROULX, « Droit à l'égalité », dans *JurisClasseur*

doivent être séparés n'a pas le même impact selon qu'il s'agit d'avoir accès aux transports publics ou aux toilettes. Dans le premier cas de figure, il ne peut s'agir que de ségrégation discriminatoire alors qu'il n'en est rien dans le second cas, la distinction de traitement ayant au contraire pour but et pour effet d'assurer un accès égal à des services d'hygiène personnelle dans le respect des différences sexuelles. En ce qui concerne la différence de traitement établie dans la LAP entre parents biologiques et parents adoptants, une telle distinction s'inscrit-elle dans une perspective d'égalité réelle? Dans l'affirmative, la loi parvient-elle à ses objectifs de manière rationnelle?

Dans la mesure où l'objectif de la LAP est de soutenir la famille, on voit mal où se trouve la logique de traiter plus mal les familles avec enfants adoptés. Où est l'objectif égalitaire, c'est-à-dire de réduction des inégalités, avec un régime qui accorde des avantages inférieurs à des enfants du seul fait qu'ils sont adoptés? Où est la correspondance entre la distinction de traitement prévue dans la LAP et les besoins des familles? Bien entendu, le législateur peut légitimement vouloir répondre aux besoins spécifiques de la mère biologique qui doit se remettre de l'accouchement. Il ne saurait toutefois, comme il le fait dans la LAP, tenter d'atteindre cet objectif louable en pénalisant les enfants adoptés. Il ne peut y avoir de correspondance aux besoins des familles si ce qui explique le désavantage, soit les prestations offertes en exclusivité à la mère biologique, qui a des besoins réels et particuliers, produit des conséquences négatives sur l'enfant adopté ou a pour effet concret et tangible de perpétuer le désavantage dont il est historiquement victime depuis toujours. Comme l'écrit le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law* :

Le fait que la mesure contestée est susceptible de contribuer à la réalisation d'un but social valide pour un groupe de personnes ne peut pas être utilisé pour rejeter une demande fondée sur le droit à l'égalité lorsque les effets de la mesure sur une autre personne ou un autre groupe

Québec, coll. « Droit constitutionnel », fasc. 9, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} août 2016, n° 34.1 à 37.

entrent en conflit avec l'objet de la garantie prévue au par. 15(1)¹³⁷.

De même, on ne peut sérieusement soutenir que la société québécoise est plus égalitaire lorsque les enfants adoptés, c'est-à-dire des enfants qui se trouvent par définition en situation de vulnérabilité, ont droit à considérablement moins de temps avec leurs parents que les enfants biologiques. Si le législateur ne peut être tenu de secourir tout le monde en même temps, s'il peut faire des choix et établir des priorités, il ne peut légiférer en violation de l'article 15. En l'espèce, en favorisant les mères biologiques par l'octroi d'un plus grand nombre de semaines de congé, la LAP vient certes en aide aux femmes qui donnent naissance à un enfant. En revanche, la loi a pour effet de désavantager les enfants adoptés et de porter préjudice à « un groupe plus défavorisé dans la société ». Comme le souligne le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*, « [d]es dispositions apportant une amélioration, mais au caractère limitatif, qui excluent les membres d'un groupe historiquement défavorisé seront presque toujours taxées de discrimination »¹³⁸. Il est clair, en effet, que le législateur pouvait atteindre ses buts de soutien à la famille, c'est-à-dire à toutes les familles, de manière non discriminatoire¹³⁹.

137. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 107, par. 70.

138. « Underinclusive ameliorative legislation that excludes from its scope the members of a historically disadvantaged group will rarely escape the charge of discrimination »: *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 107, par. 72. Voir aussi *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 94 à 104.

139. Voir la dernière section de cet article où nous faisons la démonstration qu'un modèle de législation non discriminatoire est tout à fait possible et réaliste au Québec. L'argument des coûts qu'engendrerait par exemple l'attribution du même nombre de semaines de prestations à tous les parents, biologiques et adoptants, afin que toutes les familles et tous les enfants puissent bénéficier également du régime, paraît à cet égard très faible puisqu'il appert que ces coûts s'avèreraient modestes. Selon les statistiques officielles du régime québécois d'assurance parentale pour l'année 2015, accorder le même nombre de semaines de prestations parentales aux parents adoptants qu'aux parents biologiques, coûterait moins de 5 millions de dollars, sur un budget total de près de 2 milliards : CONSEIL DE GESTION DE L'ASSURANCE PARENTALE, *Statistiques mensuelles et*

Bref, tout indique que la LAP enfreint l'article 15 de la Charte canadienne parce qu'elle produit un effet réellement discriminatoire à l'encontre des enfants adoptés. Cette loi peut-elle alors être sauvegardée en vertu de l'article premier de la Charte canadienne?

2. Un régime non justifié en vertu de l'article premier

L'article premier de la Charte canadienne prévoit que les droits et libertés qui y sont garantis peuvent faire l'objet de restrictions établies « par une règle de droit, dans des limites qui [sont] raisonnables et dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Selon le cadre analytique développé dans l'arrêt *Oakes*¹⁴⁰, une différence de traitement peut être considérée raisonnable et justifiable au sens de l'article premier malgré son caractère discriminatoire si, d'une part, elle poursuit des objectifs urgents et réels et si, d'autre part, elle constitue un moyen proportionné pour atteindre ces derniers.

a) Les objectifs de la *Loi sur l'assurance parentale*

En ce qui concerne l'objectif d'une loi, il est clair que la notion d'urgence a été abandonnée par la Cour suprême et qu'il suffit, pour répondre à cette exigence, qu'une mesure poursuive des fins importantes et légitimes, c'est-à-dire compatibles avec les valeurs de la Charte. Un objectif discriminatoire en soi, comme dans l'arrêt

annuelles, en ligne : <<http://www.cgap.gouv.qc.ca/statistiques/index.asp>> (consulté le 31 octobre 2016). Cela représenterait une augmentation approximative de 0.25% du budget. En 2014, des parents adoptants avaient évalué le montant à 0.3% du budget. La différence tient essentiellement dans la diminution du nombre d'adoptions annuellement : *Bonifier les prestations d'adoption du régime québécois d'assurance parentale : une nécessité pour permettre aux parents adoptants de répondre aux besoins des enfants adoptés*, mémoire déposé à l'Assemblée nationale, février 2014.

140. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Bien que les critères de justification élaborés dans cet arrêt pour l'application de l'article premier ont été raffinés par la suite en jurisprudence, la grille d'analyse proposée par le juge Dickson demeure toujours d'actualité.

*Vriend*¹⁴¹, disqualifierait automatiquement une norme et rendrait inutile l'examen de sa proportionnalité. À cet égard, l'objectif poursuivi par la LAP semble *a priori* suffisamment important pour justifier une atteinte au droit à l'égalité garanti par la Charte canadienne. Soutenir la famille constitue indiscutablement un objectif social légitime et important. Tenir compte, dans le cadre d'une politique familiale, de la situation particulière et des besoins réels de la mère biologique qui doit allaiter et se remettre de l'accouchement constitue également un objectif important et légitime¹⁴².

b) Les moyens choisis par la *Loi sur l'assurance parentale*

Comme il n'y a aucune raison de douter que l'objectif de soutenir les parents et la famille soit « urgent et réel » au sens de l'arrêt *Oakes*, le choix fait par le législateur, soit l'octroi d'un nombre de semaines de congé nettement inférieur pour les familles avec enfants adoptés, constitue-t-il un moyen proportionné à cet objectif légitime? La réponse à cette question se trouve dans l'examen des trois critères d'analyse suivants : le lien rationnel, l'atteinte minimale et la proportionnalité des effets¹⁴³.

141. *Vriend c. Alberta*, préc., note 138. L'objectif de laisser persister la discrimination envers les homosexuels en choisissant sciemment d'omettre l'orientation sexuelle comme motif interdit de discrimination a été jugé illégitime au regard de l'article premier.

142. Si la limitation du nombre de semaines de congé pour les familles adoptantes était justifiée principalement par des objectifs budgétaires, de telles considérations ne pourraient en soi justifier une violation des droits fondamentaux garantis par la Charte canadienne. *Nouvelle-Écosse c. Martin (Workers' Compensation Board)*, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 109 : « Normalement, les considérations budgétaires à elles seules ne peuvent pas être invoquées en tant qu'objectif urgent et réel distinct pour l'application de l'article premier de la Charte ». Dans le même sens : *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381, par. 71; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 281; *Schachter c. Canada*, préc., note 10, p. 709.

143. *R. c. Oakes*, préc., note 140, p. 139-140.

Tout d'abord, existe-t-il un lien rationnel entre l'objectif poursuivi par la LAP et les moyens choisis pour y arriver? Contrairement au régime fédéral d'assurance-emploi qui visait au départ à dédommager la travailleuse qui doit s'absenter momentanément de son travail pour accoucher, nous avons vu que le régime québécois mis en œuvre par la LAP a précisément pour objectif de se distinguer du modèle fédéral et d'adopter une vision plus large de soutien aux parents et à la famille¹⁴⁴. Dans ce contexte, on cherche en vain la rationalité des dispositions qui donnent aux enfants adoptés le droit à 18 (ou 15) semaines de moins de présence parentale qu'aux enfants biologiques. S'il est certes pertinent de tenir compte des besoins spécifiques de la mère biologique, par quelle logique peut-on justifier de priver les enfants adoptés de la présence essentielle de leurs parents lors de leur toute première année de vie avec eux? Rappelons que la Cour d'appel de Colombie-Britannique a émis des doutes sérieux sur la rationalité d'un régime de congés parentaux défavorable aux familles avec enfants adoptés si l'objectif d'un régime est de soutenir les familles plutôt que, comme c'est le cas au fédéral, de protéger la femme qui accouche contre la perte de son emploi et de l'indemniser pour le salaire dont elle est privée pendant son absence du travail pour donner naissance à son enfant¹⁴⁵.

À supposer, contre toute attente, que le temps de présence parentale inférieur accordé aux enfants adoptés selon la LAP soit jugé rationnel, cela ne suffit pas pour justifier un tel régime. Il faut encore que le moyen choisi « porte le moins possible atteinte »¹⁴⁶ au droit constitutionnel à l'égalité. Il s'agit ici du critère de l'atteinte minimale qui, il faut le noter, a été nuancé par la Cour suprême depuis l'arrêt *Oakes*. Alors qu'au départ, il s'agissait d'évaluer la stricte *nécessité*, voire le caractère *indispensable* d'une restriction à un droit fondamental eu égard aux objectifs légitimes d'une mesure

144. *Supra*, section I. A.2.

145. *BC Government and Service Employees Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)*, préc., note 18, par. 18.

146. *R. c. Oakes*, préc., note 140, par.139.

donnée, critère encore utilisé de nos jours¹⁴⁷, la Cour a adouci cette exigence tout particulièrement dans les cas où sont en jeu des mesures sociales visant à protéger des groupes vulnérables ou impliquant des arbitrages complexes entre groupes concurrents et des dépenses de fonds publics considérables¹⁴⁸. Marquée en pareil contexte par une grande déférence envers le législateur, l'application du critère de l'atteinte minimale transforme ce dernier en critère de restriction « raisonnable » qui correspond d'ailleurs au texte même de l'article premier de la Charte canadienne. Il s'agit alors de savoir si le moyen choisi par le législateur est « raisonnablement nécessaire », c'est-à-dire qu'il se situe « à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables »¹⁴⁹. En sorte que s'il existe un autre moyen moins discriminatoire d'atteindre « de façon réelle et substantielle »¹⁵⁰ un objectif légitime comme le soutien aux parents et à la famille, la restriction ne sera pas jugée raisonnable ni raisonnablement nécessaire. Bref, une mesure législative n'a pas à être parfaite pour répondre à l'exigence de l'atteinte minimale, mais elle ne doit pas non plus être imparfaite au point de porter atteinte de façon inutile ou excessive à un droit garanti par la Charte.

147. Voir par ex. : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 778 et 780; *Chaoulli c. Québec*, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 68, 74, 83, 93 et 98 (j. Deschamps); *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 504, 835; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429. Bien que les deux premiers arrêts appliquaient la Charte québécoise, la Cour suprême a statué à plusieurs reprises que la disposition justificative de celle-ci (l'art. 9.1) fait appel aux mêmes critères que l'art. 1 de la Charte canadienne : *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 90.

148. Voir par ex. : *Irwin Toy c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 993-994; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 35 et 53; *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 107, par. 439 (j. McLachlin).

149. *RJR-MacDonald c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, par. 61.

150. *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 148, par. 55 et 60; *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 107, par. 439 et 446 (j. McLachlin).

Pour ce qui est de la LAP, la question devient donc la suivante au titre de l'exigence de l'atteinte minimale : est-ce raisonnablement nécessaire de désavantager les enfants adoptés dans une politique qui a pour objectif de soutenir les parents et les familles? Pour être encore plus précis, est-ce raisonnablement nécessaire de priver les enfants adoptés, dont on sait qu'ils ont une problématique particulière d'abandon, de mauvais traitement et de difficulté particulière d'attachement, de quelque 18 (ou 15) semaines de présence parentale afin de tenir compte des besoins réels de la mère biologique? Accorder aux enfants adoptés moins de temps au départ avec ses nouveaux parents, un temps pourtant jugé essentiel pour les enfants biologiques, fait-il partie de la gamme des mesures raisonnables pour soutenir la famille?

Sauf erreur, jamais n'a-t-on tenté de justifier spécifiquement la préférence du législateur pour les enfants biologiques. Il serait d'ailleurs socialement périlleux de tenter d'expliquer pourquoi la société québécoise valorise moins les enfants adoptés¹⁵¹. En sorte que, pour défendre cette distinction, on ne peut faire valoir que la nécessité de tenir compte de la situation particulière de la mère biologique. Mais, encore une fois, pourquoi faudrait-il désavantager l'enfant adopté afin de reconnaître les besoins réels de la mère biologique? Dans la mesure où il est possible, sans coûts additionnels excessifs, de répondre aux besoins des mères biologiques sans pénaliser les enfants adoptés, on voit mal comment le régime discriminatoire institué par la LAP peut être qualifié de mesure raisonnablement nécessaire. Certes, le législateur bénéficie d'une plus grande latitude en matière de politique sociale. Cela ne doit toutefois pas aller jusqu'à lui permettre de désavantager un groupe vulnérable protégé par le droit à l'égalité s'il lui est raisonnablement possible d'éviter un tel traitement discriminatoire tout en atteignant ses objectifs de soutien aux parents et à la famille « de façon réelle et substantielle ». Or, il existe, comme nous allons le démontrer dans la prochaine section de notre article, une solution raisonnable et réaliste à la

151. Rappelons ici le caractère fondamental du principe de l'intérêt de l'enfant en droit québécois, canadien et international : *supra*, section I. B.2.

disposition du législateur qui évite la discrimination envers les familles avec enfants adoptés et qui n'impose pas à l'État de coûts excessifs.

Enfin, depuis l'arrêt *Hutterian Brethren*¹⁵², la Cour suprême a redécouvert le troisième et dernier critère d'analyse relatif aux justifications de l'article premier qu'elle avait énoncé dans l'arrêt *Oakes*, mais qu'elle avait négligé depuis lors. Il s'agit de la pondération des effets positifs et des effets négatifs de la mesure contestée. En sorte que, même si une mesure législative peut avoir une certaine rationalité et même si on peut la considérer raisonnablement nécessaire pour atteindre des objectifs légitimes, ladite mesure peut encore être jugée déraisonnable et disproportionnée parce que ses effets délétères sur les droits fondamentaux d'une personne ou d'un groupe de personnes ne sont pas compensés par les avantages recherchés par le législateur. Pour terminer l'analyse commandée par l'article premier de la Charte canadienne, il s'agit donc de soupeser, c'est-à-dire de placer dans les plateaux de la balance de Thémis, l'impact négatif de la loi sur les personnes privées de droits d'un côté et, de l'autre côté, les bénéfices que procure la loi à la société, puis d'observer de quel côté penche la balance.

Qu'en est-il en ce qui concerne le régime québécois d'assurance parentale? Indiscutablement, la LAP constitue une avancée bénéfique pour la société, une politique familiale qui bénéficie aux enfants et aux adultes qui décident de fonder une famille. Toutefois, cette loi parvient à ce résultat en niant aux enfants adoptés le droit à la même présence parentale que les enfants biologiques. Les effets négatifs tangibles et sérieux de cette privation ont été confirmés par de nombreuses études sur le sujet étant donné la situation particulière des enfants adoptés marquée par le syndrome d'abandon et les difficultés qu'il engendre pour l'établissement du lien d'attachement avec les parents d'adoption. Par conséquent, si les tribunaux étaient appelés à juger de la

152. *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc., note 148, par. 72-103; *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 107, par. 448-449 (J. McLachlin).

constitutionnalité du régime discriminatoire de la LAP, ils en viendraient vraisemblablement à la conclusion que les effets bénéfiques de la loi pour les enfants et les parents biologiques ne peuvent compenser les effets négatifs sérieux subis par les enfants adoptés, un groupe historiquement désavantagé. Comment, en effet, une loi qui viole le droit à l'égalité des enfants adoptés et compromet ainsi leur développement au mépris du principe fondamental de l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait-elle être contrebalancée par des effets positifs supérieurs pour les seules familles composées de parents et d'enfants biologiques?

B. Les conventions collectives et l'article 10 de la Charte québécoise

Comme nous l'avons vu, on observe une tendance forte depuis quelques années à la négociation de congés parentaux inférieurs pour les salariés qui adoptent un enfant. Alors que ceux-ci avaient déjà droit à un nombre inférieur de semaines de congé par rapport à la mère biologique, les nouvelles conventions ont généralement pour effet de diminuer de façon très importante le nombre de semaines de congé accordé aux parents adoptants pour aligner leur situation sur celle des pères biologiques sous prétexte de les « égaliser ». Ce faisant, les conventions reproduisent la même inégalité de traitement entre familles biologiques et familles adoptantes que celle qui est inscrite dans la LAP et, partant, le même effet discriminatoire envers les enfants adoptés qui se trouvent beaucoup moins bien traités que les enfants biologiques¹⁵³.

C'est à l'aune de la Charte québécoise que les dispositions des conventions collectives peuvent être contestées pour cause de discrimination. Celle-ci s'applique en effet à tous les actes juridiques et aux conditions de travail négociées au Québec en vertu

153. À moins que les parents adoptants prennent un congé à leurs frais, ce qui n'est pas toujours possible et, si ça l'est, cette voie a, de toute façon, pour effet de les appauvrir contrairement aux parents biologiques et de concrétiser l'effet discriminatoire de la convention à leur endroit.

des articles 10, 13 et 16 de la *Charte des droits et libertés de la personne* qui se lisent comme suit :

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

13. Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination.

16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

Bien qu'il ait été longtemps très distinct du modèle de la Charte canadienne, le cadre analytique de la Charte québécoise en matière d'égalité s'est grandement rapproché de celui qui a été développé en vertu de l'article 15 de la Charte canadienne. C'est ainsi que l'accent est également mis, dans le cadre de l'article 10 de la Charte québécoise, sur l'égalité réelle avec une insistance marquée sur les effets d'une décision ou d'une politique plutôt que sur les intentions de son auteur. Tout comme l'article 15 de la Charte canadienne, l'objet premier de l'article 10 consiste à éradiquer la discrimination sous toutes ses formes au moyen d'une interprétation souple, généreuse et contextuelle. Quant au cadre analytique, il comporte les éléments suivants, très semblables à ceux de l'article 15, à savoir : 1) une distinction, exclusion ou préférence; 2) un lien avec l'un des motifs énumérés à l'article 10; 3) un préjudice dans la reconnaissance ou l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne. D'autre part, la question des justifications d'une mesure discriminatoire est

également traitée séparément de celle de l'établissement du caractère discriminatoire d'une décision, d'un contrat ou d'une politique. La Charte québécoise en traite d'ailleurs dans une disposition distincte en matière d'emploi, l'article 20 en l'occurrence¹⁵⁴.

1. Une distinction discriminatoire

Sur la question de la distinction de traitement et sur celle du préjudice causé aux enfants adoptés par l'effet négatif et préjudiciable de congés parentaux moins généreux consentis aux salariés qui adoptent, l'analyse que nous avons faite dans le cadre de la Charte canadienne trouve pleinement application. La théorie de l'effet préjudiciable indirect est en effet reconnue dans le contexte de l'article 10 de la Charte québécoise depuis plus de vingt ans au plus haut niveau judiciaire¹⁵⁵.

Une différence importante à considérer lorsqu'on invoque le droit à l'égalité de la Charte québécoise en matière de relations de travail, c'est le caractère exhaustif de l'énumération des motifs illicites de discrimination faite à l'article 10. En d'autres termes, en dehors de ces motifs, même si elle peut s'avérer injuste ou moralement condamnable, une distinction de traitement n'est pas considérée comme discriminatoire par la Charte québécoise. La notion de motif analogue développée dans le cadre de l'article 15 de la Charte canadienne et justifiée par la présence du terme

154. *Québec (C.D.P.D.J.) c. Bombardier Aéronautique Centre de formation*, [2015] 2 R.C.S. 789, par. 30-38; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, préc., note 147, par. 63, 89-90; *Centre universitaire de santé McGill c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161, par. 46-52; *Québec (C.D.P.D.J.) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 33-43 et 65-67; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, préc., note 126, par. 13 et suiv.; *Gaz Métropolitain c. C.D.P.D.J.*, 2011 QCCA 1201, par. 36.

155. Depuis *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, préc., note 126.

« notamment » dans cette disposition n'a donc pas pu être retenue pour l'interprétation de l'article 10 de la Charte québécoise¹⁵⁶.

La principale question qui se pose dans l'analyse du caractère discriminatoire des clauses des conventions collectives accordant des congés parentaux plus généreux à certains salariés qu'à d'autres est donc de savoir si cette disparité de traitement a un lien direct ou indirect avec l'un des motifs énumérés à l'article 10. Or, tel semble être clairement le cas puisque la durée différenciée des congés parentaux est clairement liée à l'état civil, un motif énuméré. D'entrée de jeu, il faut savoir que la Cour suprême a posé comme principe à son tout premier arrêt sur la norme d'égalité québécoise, l'affaire *Ville de Brossard*¹⁵⁷, que les motifs de discrimination énumérés à l'article 10 doivent faire l'objet d'une interprétation large et généreuse afin d'éviter que l'objectif de la Charte – garantir un droit efficient à l'égalité¹⁵⁸ – soit frustré et que des pratiques discriminatoires condamnables échappent inutilement à son champ d'application. Les tribunaux ont ainsi jugé que le concept d'état civil, en tant que motif de discrimination illicite, va beaucoup plus loin que les éléments classiques prévus à l'article 107 du Code civil (naissance, mariage, décès) et qu'il inclut notamment les liens familiaux, comme le fait d'avoir des enfants et l'adoption¹⁵⁹. Il semble donc ne faire aucun doute que le statut de parent adoptif et celui d'enfant adopté sont visés par le motif d'état civil dans le contexte de la protection contre la discrimination garantie par la Charte québécoise. Par conséquent, une clause contractuelle qui prévoit un régime de congés parentaux moins

156. *Québec (C.D.P.D.J.) c. Bombardier Aéronautique Centre de formation*, préc., note 154, par. 52; *Québec (C.D.P.D.J.) c. Montréal (Ville)*, préc., note 154, par. 69.

157. *Brossard (Ville) c. Québec (C.D.P.)*, [1988] 2 R.C.S. 279.

158. À noter le 4^e considérant de la Charte : « Considérant qu'il y a lieu d'affirmer solennellement dans une Charte les libertés et droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient *garantis* par la volonté collective et *mieux protégés* contre toute violation ». (Italiques ajoutés).

159. *Brossard (Ville) c. Québec (C.D.P.)*, préc., note 157; *Farinacci c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1564; *Syndicat du transport de Montréal – CSN c. C.D.P.D.J.*, 2010 QCCA 165; *C.D.P.D.J. c. Grandmont*, 2006 QCTDP 22; *C.D.P.D.J. c. Thi Van*, [2001] R.J.Q. 2039, (T.D.P.).

généreux pour les salariés qui adoptent un enfant que pour ceux qui donnent naissance à un enfant porte préjudice de manière directe à un salarié en raison du fait qu'il est un parent adoptif et de façon indirecte à l'enfant de ce salarié du seul fait qu'il est un enfant adopté.

2. Une distinction injustifiée

Quant à savoir si ce traitement défavorable aux parents adoptants et aux enfants adoptés peut être justifié, dans la perspective de l'égalité réelle, par la volonté de tenir compte des besoins particuliers de la mère biologique, la réponse a déjà été donnée dans le cadre de l'article 15 de la Charte canadienne et ne saurait être différente pour l'article 10 de la Charte québécoise : une mesure qui tient compte des besoins d'un groupe de personnes peut légitimement commander un traitement distinct en faveur de cette personne à condition de ne pas porter indûment préjudice à un autre groupe de personnes vulnérables. Or, tel est exactement l'effet d'une convention collective qui réduit la durée du congé à laquelle a droit un salarié qui adopte un enfant pour l'aligner artificiellement sur la durée de congé prévue pour le père biologique.

Il reste les justifications générales relevant de l'article 20¹⁶⁰. Cette disposition d'exception trouve difficilement application dans le cadre des stipulations d'une convention collective relatives aux avantages sociaux consentis par l'employeur. Il y est question d'exigences professionnelles justifiées, des considérations pertinentes dans le contexte de décisions relatives au recrutement, à la promotion et au congédiement, mais non dans celui de l'octroi de congés parentaux. En sorte que ce n'est que par analogie avec l'article 20 qu'on y appliquerait les critères de justification développés pour ce moyen de défense¹⁶¹. Or, la grille d'analyse de l'article 20 fait appel à des critères très semblables à ceux que nous

160. 20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises pour un emploi [...] est réputée non discriminatoire.

161. Comme cela a été fait, par exemple, dans *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868.

avons vus dans le cadre de l'article premier de la Charte canadienne : pour passer le test de justification, une décision, une politique ou une disposition de convention collective doit, d'une part, poursuivre un objectif légitime et, d'autre part, atteindre ce dernier par des moyens proportionnés¹⁶². En revanche, comme les tribunaux n'ont pas à se préoccuper de la déférence due envers les élus lorsqu'ils examinent la validité d'un contrat collectif de travail relevant du droit privé, l'exigence de proportionnalité est généralement appliquée de façon stricte même si, officiellement, on doit toujours vérifier si « la norme est raisonnablement nécessaire » pour réaliser un objectif légitime¹⁶³. Or, lorsqu'il est possible pour les parties au contrat de trouver un accommodement raisonnable, c'est-à-dire un arrangement qui évite l'impact discriminatoire d'une clause de la convention sans imposer de contrainte excessive à l'employeur, celle-ci ne peut pas être jugée raisonnablement nécessaire¹⁶⁴. Il va sans dire par ailleurs que si un régime de congés parentaux préjudiciable aux enfants adoptés n'est pas jugé raisonnablement nécessaire au sens de l'article premier de la Charte canadienne, on ne voit pas comment on pourrait arriver à une conclusion différente en vertu de la Charte québécoise. Pourrait-on pallier au traitement discriminatoire par un arrangement négocié? Certes, mais un tel accommodement ne

162. *Brossard (Ville) c. Québec (C.D.P.)*, préc., note 157; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, préc., note 126, 538; *Association des pompiers de Laval c. C.D.P.D.J.*, 2011 QCCA 2041, par. 87 et suiv.; *Gaz Métropolitain c. C.D.P.D.J.*, 2011 QCCA 1201, par. 82-83; *Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. C.D.P.D.J.*, 2010 QCCA 172, par. 20 et suiv.

163. *Colombie-Britannique c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 54. La grille d'analyse établie pour justifier une politique discriminatoire dans un contexte de droit privé s'est imposée partout au Canada, y compris au Québec : *supra*, note 154.

164. « Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime [...], il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive » : *Colombie-Britannique c. B.C.G.S.E.U.*, préc., note 163. Pour l'application de ce critère dans le cadre de la Charte québécoise : *Hydro-Québec c. Syndicat des employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000*, [2008] 2 R.C.S. 561, par. 12 et 16; *Gaz Métropolitain c. C.D.P.D.J.*, 2011 QCCA 1201, par. 43, 44 et 63.

pourrait être considéré comme raisonnable que s'il rétablissait une réelle égalité de traitement pour les enfants adoptés.

Force est donc d'admettre que la constitutionnalité du régime québécois de congés parentaux inscrit dans la LAP se révèle plus que douteuse puisque celle-ci ne peut se justifier « dans le cadre d'une société libre et démocratique » au sens de l'article premier de la Charte canadienne et que les dispositions des conventions collectives au même effet ne pourraient pas survivre non plus à une contestation fondée sur la Charte québécoise.

Devant ce constat, il devient impératif d'imaginer un modèle de rechange.

C. Un modèle mieux adapté aux nouvelles réalités familiales québécoises

Le RQAP semble encore véhiculer une conception de la famille axée sur la réalité biologique hétérosexuelle. Le fait d'accorder une protection moindre aux enfants adoptés n'en constitue pas le seul exemple. En effet, l'interprétation que les administrateurs du régime font de la loi lorsqu'un couple d'hommes réclame des prestations apparaît également douteuse. En effet, si le couple adopte un enfant, il peut se prévaloir des prestations d'adoption de 37 semaines, comme les autres adoptants. Toutefois, si le couple décide de recourir aux services d'une mère porteuse, seul le père biologique de l'enfant peut obtenir un congé de paternité et un congé parental et cela même si le couple est marié et que l'acte de naissance de l'enfant, émis par l'officier de l'état civil du lieu de sa naissance, fait mention du double lien de filiation paternelle. Si le père qui désire rester à la maison avec l'enfant n'est pas le père biologique, il n'a droit à aucun soutien de la part de l'État¹⁶⁵. De plus, un test d'ADN est parfois exigé pour prouver le lien de filiation

165. Du moins si l'on se fie aux informations diffusées sur le site web du RQAP en date du 29 septembre 2016. Toutefois, selon la Coalition des familles LGBT les dossiers seraient gérés au cas par cas, ce qui implique que ces couples ne connaissent pas à l'avance et avec certitude quel sera le résultat du traitement de leur dossier.

entre le demandeur et l'enfant¹⁶⁶, traduisant, une fois de plus, une conception « biologisante » des liens familiaux. Une conception qui apparaît aujourd'hui injustifiée parce qu'en décalage avec le principe de la reconnaissance de la diversité des familles québécoises, sans parler du fait qu'une telle preuve n'a jamais été exigée des pères biologiques hétérosexuels. Si la nullité des contrats de mères porteuses¹⁶⁷ a pu servir de justification à cette pratique, l'annonce faite par la ministre de la Justice du Québec d'encadrer ce type de contrat¹⁶⁸ et de lui donner par le fait même une reconnaissance juridique forcera le RQAP à revoir ses pratiques et à repenser les modalités d'attribution des différentes prestations en tenant également compte des droits et de l'intérêt des enfants.

Dans ce contexte, certains principes devraient guider la réflexion.

D'une part, l'attribution des prestations ne doit plus se faire exclusivement en se fondant sur la situation des adultes, mais également en prenant en compte la réalité vécue par les enfants concernés. À ce chapitre, les enfants adoptés devraient pouvoir bénéficier d'un véritable congé d'adoption qui ne serait plus confondu avec le congé parental. En effet, nous avons vu que le régime actuel ne prend aucunement en considération les difficultés auxquelles sont confrontés les enfants adoptés et qu'il en résulte une discrimination à leur endroit. Nous proposons donc la mise en place d'un « congé d'accueil d'un enfant adopté » qui viserait exclusivement à prendre en compte la réalité adoptive. Il ne serait donc plus possible pour un père biologique de revendiquer un tel congé, pas plus qu'il n'est permis à une mère adoptante d'obtenir

166. La Coalition des familles LGBT a recensé un certain nombre de dossiers en ce sens.

167. Selon l'article 541 du C.c.Q., «Toute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue».

168. Tommy CHOUINARD, «Québec ouvre la porte à la reconnaissance des mères porteuses», *La Presse*, 27 septembre 2016, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/actualites/sante/201609/26/01-5024715-quebec-ouvre-la-porte-a-la-reconnaissance-des-meres-porteuses.php>> (consulté le 31 octobre 2016).

un congé de maternité. Ce congé devrait être pris par l'un ou l'autre des adoptants ou être partagé entre eux.

Le « congé d'accueil d'un enfant adopté » devient alors cumulatif avec le congé parental d'une durée de 32 ou 25 semaines selon le régime choisi, puisque les deux congés ne répondraient plus aux mêmes objectifs. Quelle devrait alors être la durée de ce congé d'accueil étant donné que les difficultés vécues en adoption peuvent varier d'une famille à l'autre? On sait que la grossesse et l'accouchement ne sont pas vécus de la même façon par toutes les femmes et pourtant le législateur a choisi comme compromis raisonnable d'accorder 18 semaines de maternité pour toutes. Afin que les enfants adoptés bénéficient de la même protection que les enfants biologiques, le congé d'adoption devrait donc lui aussi être de 18 semaines. Les tableaux qui suivent illustrent les modalités d'attribution proposée pour respecter à la fois les droits des enfants biologiques et ceux des enfants adoptés.

Régime applicable aux familles biologiques :

Types de prestations	Régime de base		Régime particulier	
	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire
Maternité	18	70%	15	75%
Congé de conjoint ou de conjointe	5	70%	3	75%
Parentales	32	70%	25	75%
Total	55		43	

Régime applicable aux familles adoptantes :

Types de prestations	Régime de base		Régime particulier	
	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire	Nombre de semaines	Pourcentage du salaire
Congé d'accueil d'un enfant adopté	18	70%	15	75%
Congé de conjoint ou de conjointe	5	70%	3	75%
Parentales	32	70%	25	75%
Total	55		43	

D'autre part, s'agissant du congé de paternité, cette appellation entraîne une exclusion discriminatoire à l'égard des conjoints de même sexe et nous proposons d'en modifier le nom pour congé de conjoint ou de conjointe. Ce congé, qui est présentement de 5 semaines, devrait être accordé à la personne dont la conjointe donne naissance à un enfant ou dont le conjoint ou la conjointe se prévaut du congé d'adoption.

Rien ne justifie de modifier le congé parental de 32 semaines et il devrait continuer d'être partageable selon la réalité et les besoins des familles. Le Conseil du statut de la femme a proposé, dans le but d'assurer une plus grande égalité entre les hommes et les femmes, de forcer les pères à prendre une partie du congé parental en plus de leur congé de paternité afin de favoriser un partage plus équitable entre les parents des responsabilités relatives aux enfants¹⁶⁹. Si l'idée peut se défendre dans la logique

169. CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Avis. Pour un partage plus équitable du congé parental*, Gouvernement du Québec, avril 2015, p.71 : La recommandation du Conseil se lit ainsi : «Le Conseil recommande

du droit à l'égalité des adultes, elle nous apparaît mal adaptée au cas d'un enfant adopté pour lequel la stabilité et la continuité des soins quotidiens prend une importance particulière. Dans l'intérêt des enfants concernés, nous croyons que les parents sont les mieux en mesure de déterminer les modalités les plus adéquates du partage du congé parental.

Conclusion

Après avoir constaté que le paradigme retenu chez nous jusqu'ici en matière d'attribution des congés parentaux repose essentiellement sur les droits des parents, nous avons démontré qu'il ne correspond pas aux objectifs poursuivis par le législateur québécois qui souhaitait se dissocier de l'approche fédérale au moment de mettre sur pied son propre régime. Le développement de la théorie des droits de l'enfant et l'entrée en vigueur de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* forcent désormais les adultes à considérer les effets que les lois produisent, même indirectement, sur les enfants. L'adhésion générale des sociétés occidentales à ce nouveau paradigme appelé « child-centred approach »¹⁷⁰, ainsi que le cadre d'analyse préconisé par la

l'instauration d'un congé de paternité réservé supplémentaire de trois semaines pris à même le congé parental à la condition que le père soit durant ces trois semaines le seul prestataire du RQAP, afin de développer le sentiment de compétence parentale des pères et de favoriser un plus grand partage des soins aux enfants. Ce congé de paternité supplémentaire pourrait faire l'objet d'une période d'essai de cinq ans et être évalué à ce moment afin de mesurer son utilisation et ses effets sur l'implication des pères. Dans l'éventualité où une mère serait la seule prestataire du RQAP, ces trois semaines ne devraient pas être retirées de son congé parental».

170. Le président du Comité des droits de l'enfant de 2001 à 2004, Jaap E. Doek, affirme l'importance de cette approche dans « The U.N. Convention on the Rights of the Child: Some Observations on the Monitoring and the Social Context of Its Implementation », 14 *U. Fla. J.L. & Pub. Pol'y* 125 (2003), p.136; UNICEF, *Child-centred Development: The basis of sustainable human development*, en ligne: <<http://www.unicef.org/dprk/ccd.pdf>> (consulté le 31 octobre 2016); UNICEF, *The benefits of a child-centred approach to climate change adaptation*, en ligne : <<https://www.unicef.or>

Cour suprême du Canada en matière de droit à l'égalité axé sur les effets directs et indirects d'une mesure ne peuvent conduire qu'à une conclusion : le régime québécois d'assurance parentale serait vraisemblablement jugé discriminatoire si la Cour suprême était saisie de la question de sa conformité aux Chartes et, du coup, de sa constitutionnalité.

Cette constatation incontournable nécessite de revoir les modalités d'attribution des congés parentaux en adoptant une approche plus inclusive et plus respectueuse des droits des uns et des autres, mais principalement des plus vulnérables. S'il est hors de question de remettre en cause de quelque manière que ce soit le droit des femmes à des congés de maternité, nous croyons qu'il est impératif d'assurer le respect des droits des enfants adoptés en éliminant toute discrimination à leur égard et en leur permettant de bénéficier, au même titre que les enfants biologiques, d'une réelle égalité des chances pour le développement de leur plein potentiel.