

**L'ACCÈS AUX CONGÉS DE PATERNITÉ
ET AUX CONGÉS PARENTAUX PAR LE CONJOINT DE MÊME SEXE**

M^e Daniel Carpentier, conseiller juridique
Direction de la recherche et de la planification

1 LES SITUATIONS DÉNONCÉES

La Centrale des syndicats du Québec porte à notre attention deux dispositions de la *Loi sur les normes du travail* (L.R.Q., c. N-1.1) et deux clauses de convention collective qui ont pour effet d'exclure du bénéfice de certains congés un conjoint de même sexe¹. Les situations visées sont le congé de paternité et le transfert du congé de maternité au conjoint lors du décès de la conjointe qui a donné naissance à un enfant.

Les dispositions en cause de la *Loi sur les normes du travail* se lisent comme suit :

« **81.1.** Un salarié peut s'absenter du travail pendant cinq journées, à l'occasion de la naissance de son enfant ou de l'adoption d'un enfant. Les deux premières journées d'absence sont rémunérées si le salarié justifie de 60 jours de service continu.

Ce congé peut être fractionné en journées à la demande du salarié. Il ne peut être pris après l'expiration des quinze jours qui suivent l'arrivée de l'enfant à la résidence de son père ou de sa mère.

Le salarié doit aviser l'employeur de son absence le plus tôt possible.

Toutefois, le salarié qui adopte l'enfant de son conjoint ne peut s'absenter du travail que pendant deux journées, sans salaire.

81.10. Le père et la mère d'un nouveau-né et la personne qui adopte un enfant n'ayant pas atteint l'âge à compter duquel un enfant est tenu de fréquenter l'école ont droit à un congé parental sans salaire d'au plus 52 semaines continues.

Le présent article ne s'applique pas au salarié qui adopte l'enfant de son conjoint. ».

¹ Demande adressée à Claude Fillion, président de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, par Madame Monique Richard, présidente de la CSQ, le 26 septembre 2000.

Des dispositions des conventions collectives des secteurs public et parapublic prévoient également un congé « à l'occasion de la naissance de son enfant » ainsi que le transfert du congé de maternité lors du décès de la mère. Ces dispositions se lisent comme suit² :

« 7-4.05
Congé de maternité

(...) Le salarié dont la conjointe décède se voit transférer le résiduel des vingt (20) semaines du congé de maternité et bénéficie des droits et indemnités y rattachés.

7-4.21
Congé de paternité

Le salarié a droit à un congé payé d'une durée maximale de cinq (5) jours ouvrables à l'occasion de la naissance de son enfant.(...)

7-4.27
Congé sans traitement et congé partiel sans traitement

La salariée qui désire prolonger son congé de maternité, le salarié qui désire prolonger son congé de paternité et la salariée ou le salarié qui désire prolonger l'un ou l'autre des congés pour adoption bénéficie de (...) ».

Tant dans la *Loi sur les normes du travail* que dans les conventions collectives des secteurs public et parapublic, la définition de conjoint inclut les personnes de même sexe qui vivent maritalement depuis au moins un an.

Les situations portées à notre attention font en sorte que la conjointe d'une salariée qui a donné naissance à un enfant ne peut bénéficier d'un congé de paternité à cette occasion puisque cet enfant n'est pas le sien et cette personne est également exclue du bénéfice du congé parental de 52 semaines puisqu'elle n'est pas le père ou la mère de l'enfant. Par ailleurs,

² Ces dispositions proviennent de la convention collective entre la Fédération du personnel de soutien, au nom des syndicats du personnel de soutien des collèges (FPS-CEQ) et le Comité patronal de négociation des collèges (CPNC).

l'utilisation du terme masculin « le salarié » dans le texte de la convention collective qui nous est donné en exemple, semble exclure une salariée du bénéfice du transfert du congé de maternité résiduel lors du décès de sa conjointe.

2 ANALYSE DU DROIT APPLICABLE

Les questions soulevées dans cette demande relèvent du droit à l'égalité, sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, dans la reconnaissance des bénéficiaires d'un régime d'avantages sociaux. Rappelons que l'article 20.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* établit une présomption, sous certaines conditions, que des distinctions, exclusions ou préférences fondées sur l'âge, le sexe ou l'état civil sont non discriminatoires dans de tels régimes. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'orientation sexuelle ne peut donc être visée par cette présomption.

L'accessibilité au congé de paternité par un des conjoints de même sexe nous amène à examiner le fondement de ce congé. La question qui se pose est donc de déterminer si ce bénéficiaire du régime d'avantages sociaux peut être accessible aux seules personnes qui ont un lien de filiation avec l'enfant nouveau-né ou l'adopté sans pour autant constituer de la discrimination.

Nous remarquons d'abord que ces congés se trouvent sous l'intitulé « Droits parentaux » dans la convention collective. De plus, telles que libellées, les dispositions de la *Loi sur les normes du travail* et celles des conventions collectives n'accordent un droit qu'au salarié qui a un lien de filiation avec l'enfant qui vient de naître ou avec l'enfant qui vient d'être adopté. En effet, le congé prévu à la *Loi sur les normes du travail* est un congé de paternité, donc un congé prévu parce qu'un salarié est le père d'un enfant. Ce congé ne vise donc que les personnes à qui la loi reconnaît un statut juridique particulier, à savoir le lien de filiation qualifié de paternel alors que d'autres dispositions de la loi reconnaissent le droit à un congé de maternité. Les lois ne

reconnaissent donc pas de droit à un congé relatif à la naissance d'un enfant quelconque mais bien le droit à un congé relatif à la naissance d'un enfant envers lequel le salarié a un lien de filiation.

Le problème soulevé relève plus, à notre avis, des règles relatives à la filiation que de celles relatives au droit à l'égalité dans un régime d'avantages sociaux. L'absence de reconnaissance d'un quelconque lien de filiation entre le membre d'un couple de même sexe et l'enfant issu de sa conjointe durant leur vie commune est un choix que le législateur a effectué. Ce choix emporte les mêmes conséquences pour le conjoint hétérosexuel non marié qui ne se déclare pas le père de l'enfant nouveau-né de sa conjointe puisque aucune présomption légale n'établit de lien de filiation entre cet enfant et le conjoint de la mère. Une telle présomption n'existe qu'à l'égard du mari de la mère³.

Rappelons que les règles relatives à la filiation sont prévues au *Code civil du Québec* et prévoient que celle-ci est établie par le sang (articles 523 et suivants) et est constatée à l'acte de naissance (articles 111 à 117) ou par l'adoption (articles 577 et suivants). Dans les cas de filiation par le sang, il n'est pas prévu que deux personnes du même sexe peuvent être les parents de l'enfant puisqu'il est toujours fait mention du père ou de la mère de l'enfant. Soulignons une affaire récente où on cherchait à faire reconnaître la délégation de l'autorité parentale à la conjointe d'un couple homosexuel dont l'autre conjointe a donné naissance à un enfant à la suite d'une procréation médicalement assistée⁴. La Cour d'appel, confirmant la décision de première instance, n'a pas fait droit à la requête au motif qu'elle ne pouvait créer un lien de filiation entre une conjointe et l'enfant de sa conjointe au titre de parent psychologique et que la délégation de l'autorité parentale sur une base permanente et irrévocable à cette conjointe était

³ *Code civil du Québec*, article 525. Dans le cas d'une procréation médicalement assistée, cette présomption de paternité s'applique au mari de la mère à moins qu'il n'ait pas consenti à cette procréation, article 539.

⁴ *N... P... et M... G...*, 500-09-008887-994, Cour d'appel, REJB 2000-20474, 21 septembre 2000, confirmant la décision de la Cour supérieure (*J. Jasmin*), 500-04-018074-998, 25 octobre 1999, REJB 1999-15036.

impossible juridiquement parce qu'elle permettrait de contourner les dispositions législatives d'ordre public en matière d'adoption⁵ ou de tutelle.

Toutefois, les avantages sociaux conférés par une convention collective peuvent aller au-delà de ce qui est reconnu dans le *Code civil du Québec* ou dans la *Loi sur les normes du travail*. En l'espèce, les parties auraient pu convenir de conférer une portée plus grande aux congés relatifs à la naissance d'un enfant en prévoyant que le conjoint d'une salariée qui a donné naissance à un enfant bénéficie de cinq jour de congé avec solde sans préciser que cet enfant doit être le sien. Cependant, ce résultat n'est pas, à notre avis obligatoire puisque la loi n'accorde pas un tel droit.

Dans le cas de la clause 7-4.05, s'il est vrai que l'utilisation dans le texte du masculin semble exclure du droit à ce congé la conjointe d'un couple de même sexe, elle pourrait être interprétée comme incluant celle-ci puisqu'on n'y précise pas que le salarié doit être le père de l'enfant. Cette disposition telle que rédigée permet à un conjoint masculin non marié de bénéficier du résiduel du congé de maternité sans avoir à démontrer qu'il est le père de l'enfant. Cette disposition crée donc une distinction selon que la personne dont la conjointe est décédée est de sexe masculin ou de sexe féminin. En vertu de l'article 13 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶, cette clause pourrait être déclarée sans effet par un tribunal et elle ne pourrait alors être opposée à la salariée dont la conjointe est décédée.

⁵ Soulignons que la Cour indique que d'autres recours sont possibles, notamment un recours fondé sur les dispositions en matière d'adoption qui n'excluent pas *a priori* aucune personne sur la base de l'orientation sexuelle.

⁶ « **13.** Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination. Une telle clause est sans effet. »

CONCLUSION

En conclusion, les dispositions qui prévoient qu'un congé de paternité n'est accordé qu'à la personne qui est le père de l'enfant au sens du *Code civil du Québec* ne nous semblent pas être discriminatoires puisque ce congé est lié à une situation inhérente à un état civil particulier, l'existence d'un lien de filiation entre le salarié et l'enfant. Il en serait autrement, si le congé était accordé à tout conjoint masculin même s'il n'était pas le père de l'enfant de sa conjointe et refusé à la salariée dont la conjointe a donné naissance à un enfant.

Quant à la disposition de la convention collective qui prévoit le transfert du résiduel des vingt semaines du congé de maternité au salarié dont la conjointe est décédée, puisqu'il n'est pas associé au lien de filiation entre le conjoint et l'enfant, il devrait être accessible à tout conjoint qu'il soit de sexe masculin ou féminin.

/dd