

500-09-030116-222
COUR D'APPEL DU QUÉBEC

(Montréal)

En appel d'un jugement de la Cour supérieure, district de Montréal, rendu le 25 mai 2022 par l'honorable juge Marc St-Pierre.

N° 500-17-108083-190 C.S.M.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC

**APPELANT /
INTIMÉ INCIDENT**
(défendeur)

c.

BIJOU CIBUABUA KANYINDA

**INTIMÉE /
APPELANTE INCIDENTE**
(demanderesse)

- et -

**COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE
ET DES DROITS DE LA JEUNESSE**

**MISE EN CAUSE /
APPELANTE INCIDENTE**
(intervenante)

MÉMOIRE DE L'INTIMÉE / APPELANTE INCIDENTE

En date du 29 novembre 2022

**M^e Sibel Ataogul
M^e Guillaume Grenier
MMGC**

Bureau 300
1717, boul. René-Lévesque Est
Montréal (Québec) H2L 4T3

Tél. : 514 525-3414, postes 330 / 325

Télé. : 514 525-2803

sataogul@mmgc.quebec

ggrenier@mmgc.quebec

Avocats de l'intimée / appelante incidente

M^e Manuel Klein
M^e David Tremblay
Bernard, Roy (Justice-Québec)
Bureau 8.00
1, rue Notre-Dame Est
Montréal (Québec) H2Y 1B6

Tél. : 514 393-2336
Télec. : 514 873-7074
manuel.klein@justice.gouv.qc.ca
david.tremblay2@justice.gouv.qc.ca

Avocats de l'appelant / intimé incident

M^e Justine St-Jacques
Commission des droits de la personne
et des droits de la jeunesse
2^e étage
360, rue Saint-Jacques
Montréal (Québec) H2Y 1P5

Tél. : 514 873-5146, poste 8018
Télec. : 514 873-6032
justine.st-jacques@cdpdj.qc.ca

Avocate de la mise en cause / appelante incidente

TABLE DES MATIÈRES

Mémoire de l'intimée / appelante incidente **Page**

Volume 1

ARGUMENTATION DE L'INTIMÉE / APPELANTE INCIDENTE

TITRE I – SUR L'APPEL PRINCIPAL

INTRODUCTION 1
PARTIE I – LES FAITS 3
a) La situation de l'intimée au moment du dépôt de la demande de pourvoi en contrôle judiciaire 3
b) Le cadre légal et réglementaire et la position du ministère 4
c) Le jugement de première instance (volet sur l'absence d'habilitation législative valide) 7
PARTIE II – LES QUESTIONS EN LITIGE 9
PARTIE III – LES MOYENS 9
A. La <i>LSGEE</i> n'habilite pas le gouvernement à adopter un règlement qui établirait des conditions d'admissibilité à la contribution réduite 9
i) Le pouvoir réglementaire n'existe qu'en vertu d'une habilitation législative valide 9
ii) L'économie générale de la <i>LSGEE</i> en matière de pouvoirs réglementaires 11
iii) Les habilitations indirectes 22

TABLE DES MATIÈRES

Mémoire de l'intimée / appelante incidente	Page
<hr/>	
Volume 1 (suite)	
B. La <i>LSGEE</i> n'autorise pas l'établissement par règlement de différentes catégories de personnes eu égard à l'admissibilité au paiement de la contribution réduite et est donc discriminatoire au sens du droit administratif et par conséquent illégal26
PARTIE IV – LES CONCLUSIONS30
PARTIE V – LES SOURCES31
<u>TITRE II – SUR L'APPEL INCIDENT</u>	
PARTIE I – LES FAITS32
Le jugement de première instance (volet sur la discrimination prohibée par l'article 15 de la <i>Charte canadienne</i>)32
PARTIE II – LES QUESTIONS EN LITIGE33
PARTIE III – LES MOYENS33
A. Le juge de première instance pouvait se pencher sur la constitutionnalité de l'article 3 du <i>RCR</i> même s'il parvenait à la conclusion que celui-ci est <i>ultra vires</i> en raison de l'absence d'habilitation législative valide33
Note préliminaire à l'analyse portant sur la discrimination36
B. Le juge de première instance a erré en concluant que l'article 3 du <i>RCR</i> n'a pas d'effet négatif disproportionné sur les femmes37

TABLE DES MATIÈRES

Mémoire de l'intimée / appelante incidente **Page**

Volume 1 (suite)

i) La discrimination par suite d'un effet préjudiciable et la discrimination visant les sous-groupes 37
ii) L'arrêt <i>Symes</i> 40
iii) L'article 3 du <i>RCR</i> a un effet disproportionné sur les femmes et perpétue leur désavantage historique 44
C. Le juge de première instance a erré en concluant que l'article 3 du <i>RCR</i> n'établit pas de distinction discriminatoire sur la base de la citoyenneté 48
D. Le juge de première instance a erré en concluant que le statut d'immigration n'est pas un motif analogue prohibé de discrimination et donc que l'article 3 du <i>RCR</i> n'établit pas de distinction discriminatoire sur cette base 50
i) Le statut d'immigration est un motif analogue visé par l'article 15 50
ii) L'article 3 du <i>RCR</i> établit une distinction discriminatoire fondée sur le statut d'immigration 54
E. L'appelant n'a pas fait la démonstration que l'atteinte portée à l'article 15 de la <i>Charte canadienne</i> est justifiée en vertu de l'article premier de celle-ci 57
F. La réparation constitutionnelle appropriée à l'atteinte que porte l'article 3 du <i>RCR</i> à l'article 15 de la <i>Charte canadienne</i> est la méthode de l'interprétation large 60
PARTIE IV – LES CONCLUSIONS 61
PARTIE V – LES SOURCES 62

TABLE DES MATIÈRES

Mémoire de l'intimée / appelante incidente

Page

Volume 1 (suite)

ANNEXE I – LE JUGEMENT

Le jugement dont appel et l'avis de jugement sont reproduits en annexes au mémoire de l'appelant.

ANNEXE II – LES PROCÉDURES

1) Déclaration d'appel

La déclaration d'appel du procureur général du Québec est reproduite en annexes au mémoire de l'appelant.

La déclaration d'appel incident de Bijou Cibuabua Kanyinda est reproduite en annexes au mémoire de l'appelant.

La déclaration d'appel incident de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse est reproduite en annexes au mémoire de l'appelant.

2) Les actes de procédure

La demande de pourvoi en contrôle judiciaire du 30 mai 2019 et la demande de pourvoi en contrôle judiciaire modifiée du 15 août 2019 sont reproduites en annexes au mémoire de l'appelant.

L'acte d'intervention de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse est reproduit en annexes au mémoire de l'appelant.

Les procès-verbaux des audiences du 21 avril 2022 et du 22 avril 2022 sont reproduits en annexes au mémoire de l'appelant.

Mémoire de la demanderesse Bijou Cibuabua Kanyinda (500-17-108083-190)

04 nov. 2020

64

TABLE DES MATIÈRES

Mémoire de l'intimée / appelante incidente **Page**

Volume 1 (suite)

Mémoire du défendeur le Procureur général du Québec (500-17-108083-190)	19 févr. 2021	76
Avis de communication d'un rapport d'expert et rapport d'expertise de la D ^{re} Sanja Stojanovic	04 nov. 2020	90
Avis de communication d'un rapport d'expert et rapport d'expertise de la D ^{re} Jill Hanley	04 nov. 2020	100
Cahier de sources au soutien des expertises	12 avril 2022	124

Volume 2

Cahier de sources au soutien des expertises (suite)	12 avril 2022	300
---	---------------	-----

Volume 3

Cahier de sources au soutien des expertises (suite)	12 avril 2022	740
---	---------------	-----

Volume 4

Cahier de sources au soutien des expertises (suite)	12 avril 2022	1196
---	---------------	------

Volume 5

3) Les dispositions légales invoquées

<i>Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance</i> , RLRQ, c. S-4.1.1	1527
Version anglaise	1588
<i>Règlement sur la contribution réduite</i> , RLRQ, c. S-4.1.1, r.1	1647
Version anglaise	1657
Décret 583-2006 concernant <i>le Règlement sur la contribution réduite</i> , 20 juin 2006	1667
Version anglaise	1673

TABLE DES MATIÈRES

Mémoire de l'intimée / appelante incidente **Page**

Volume 5 (suite)

<i>Loi visant à améliorer la qualité éducative et à favoriser le développement harmonieux des services de garde éducatifs à l'enfance</i> , LQ 2017, c. 31	1678
Version anglaise	1694
<i>Loi sur la santé et la sécurité du travail</i> , RLRQ, c. S-2.1	1709
Version anglaise	1715
<i>Loi sur les impôts</i> , RLRQ, c. I-3	1722
Version anglaise	1726
<i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> , LC 2001, c. 27	1730
<i>Règlement sur l'immigration au Québec</i> , RLRQ, c. I-0.2.1, r. 3	1734
Version anglaise	1737

ANNEXE III – LES PIÈCES ET LES DÉPOSITIONS

Les pièces et les dépositions sont reproduites en annexes au mémoire de l'appelant.

Attestation	1740
-------------	------

ARGUMENTATION DE L'INTIMÉE / APPELANTE INCIDENTE**TITRE I – SUR L'APPEL PRINCIPAL****INTRODUCTION**

1. La présente affaire concerne l'admissibilité des personnes demandant l'asile qui séjournent au Québec et sont titulaires d'un permis de travail à des services de garde éducatifs subventionnés.
2. Devant cette Cour, l'enjeu consiste à décider de la légalité et de la constitutionnalité de l'article 3 du *Règlement sur la contribution réduite*¹ (ci-après, « le RCR »), lequel établit des catégories de personnes admissibles au paiement de la contribution réduite qui est exigée d'un parent dont l'enfant bénéficie de services de garde fournis par un prestataire de services de garde subventionné.
3. L'intimée / appelante incidente (que nous désignerons ici comme « l'intimée ») était au moment du dépôt de la demande de pourvoi en contrôle judiciaire donnant lieu à la présente affaire une personne ayant fait une demande d'asile, séjournant au Québec et titulaire d'un permis de travail, et souhaitait avoir accès à un service de garde subventionnés et donc être admissible au paiement de la contribution réduite, mais s'est vu refuser un tel accès.
4. L'intimée a déposé une demande de pourvoi en contrôle judiciaire se déclinant en trois volets :
 - a. un volet interprétatif et déclaratoire (en vertu de l'article 142 du *Code de procédure civile*) cherchant à faire reconnaître qu'une personne demandant l'asile qui séjourne au Québec et est titulaire d'un permis de travail est admissible au paiement de la contribution réduite en vertu des dispositions existantes de la *Loi sur les services de garde éducatifs à l'enfance*² (ci-après, « la LSGEE ») et du RCR;

¹ RLRQ, c. S-4.1.1, r. 1, **Mémoire de l'intimée / appelante incidente (ci-après « M.I.A.I. »), vol. 5, p. 1647 et s.**

² RLRQ, c. S-4.1.1, **M.I.A.I., vol. 5, p. 1527 et s.**

- b. un volet de droit administratif alléguant que l'article 3 du *RCR* est nul et illégal, soit parce que la *LSGEE* n'attribue au gouvernement aucun pouvoir d'adopter un règlement qui fixerait des conditions d'admissibilité à la contribution réduite, de sorte que l'article 3 du *RCR* a été adopté sans habilitation législative valide, soit parce que si habilitation législative valide il y avait, celle-ci n'autorisait pas l'établissement de distinctions ou catégories de personnes restreignant le droit au paiement de la contribution réduite (discrimination au sens du droit administratif);
- c. un volet constitutionnel alléguant que l'exclusion des personnes demandant l'asile, séjournant au Québec et titulaires d'un permis de travail du droit à la contribution réduite est inconstitutionnelle du fait qu'elle porte atteinte de façon injustifiée au droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après, « la *Charte canadienne* ») et par l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (ci-après, « la *Charte québécoise* »), qu'elle constitue un traitement cruel et inusité au sens de l'article 12 de la *Charte canadienne* et qu'elle constitue une atteinte au droit à la dignité de la personne garanti par l'article 4 de la *Charte québécoise*.

5. Le juge de première instance a accueilli la demande de l'intimée uniquement sur la base de l'absence d'une habilitation législative valide permettant l'adoption de l'article 3 du *RCR*. Le juge n'a pas statué sur la question du caractère discriminatoire au sens du droit administratif de l'article 3, présumément en raison de sa conclusion qu'il est de toute façon *ultra vires* et nul. Il a rejeté les autres conclusions recherchées par l'intimée dans la demande.

6. C'est uniquement le volet de droit administratif qui fait l'objet de l'appel principal du procureur général.

7. L'intimée a par ailleurs porté en appel incident la partie du jugement rejetant les conclusions recherchées quant au fait que l'article 3 du *RCR* porte atteinte à l'article 15 de la *Charte canadienne* sans que cette atteinte soit justifiée en vertu de l'article premier. Ce volet est traité dans le cadre de l'argumentation portant sur l'appel incident. Rappelons également que la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a

déposé un appel incident portant sur l'interprétation de l'article 3 du *RCR*, notamment à la lumière de la Charte québécoise, et sur le caractère discriminatoire de cette disposition en vertu de la Charte québécoise.

PARTIE I – LES FAITS

a) La situation de l'intimée au moment du dépôt de la demande de pourvoi en contrôle judiciaire

8. L'intimée est arrivée au Québec le ou vers le 9 octobre 2018.
9. Elle est la mère de trois enfants, lesquels avaient, au moment du dépôt du recours, 5 ans, 4 ans et 2 ans.
10. Elle n'avait alors pas de famille au Canada.
11. À son arrivée au Québec, l'intimée a présenté une demande d'asile en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c. 27 (ci-après, « la *LIPR* »).
12. L'intimée possédait un permis de travail.
13. L'intimée a fait des démarches auprès de plusieurs garderies afin de trouver une place pour ses enfants.
14. L'intimée s'est vu refuser l'accès aux services de garde.
15. Plusieurs des garderies ont mentionné à titre de refus qu'il ne leur était pas possible de fournir des services de garde subventionnés à une personne dont le statut, comme le sien, est celui d'une personne demandant l'asile.
16. En l'absence d'accès à des services de garde subventionnés, l'intimée n'était pas en mesure de travailler, bien qu'elle détînt un permis de travail qui l'y autorisait.
17. Deux des enfants de l'intimée présentaient des difficultés de développement.
18. L'exclusion de l'intimée des services de garde subventionnés la privait de l'accès aux mesures d'intégration et de soutien pour les enfants handicapés prévues au régime des services de garde subventionnés.

19. En raison de la longueur du processus d'obtention du statut de réfugié en vertu de la *LIPR*, l'intimée faisait face à la perspective d'une longue période sans accès aux services de garde subventionnés – et donc à l'incapacité pratique de travailler et à l'absence d'accès aux mesures d'intégration et de soutien pour les enfants handicapés prévues au régime des services de garde subventionnés – dans la mesure où cet accès dépendait de l'obtention du statut de réfugiée.

20. L'intimée n'avait pas les moyens de défrayer les coûts de services de garde non subventionnés.

b) Le cadre légal et réglementaire et la position du ministère

21. Le 16 décembre 2005, le gouvernement adopte la *LSGEE*³. Cette loi remplace la *Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance*⁴.

22. L'article 4 de la *LSGEE* édicte ce qui suit :

4. Tout enfant a le droit de recevoir, jusqu'à la fin de l'enseignement primaire, des services de garde éducatifs personnalisés de qualité.

Ce droit s'exerce en tenant compte de l'organisation et des ressources des prestataires de services de garde et des bureaux coordonnateurs de la garde en milieu familial agréés ainsi que du droit du prestataire de services d'accepter ou de refuser de recevoir un enfant, des règles relatives aux subventions et de la priorité donnée aux enfants de la naissance jusqu'à leur admission à l'éducation préscolaire.

[Soulignement ajouté.]

23. L'article 82 établit le pouvoir du gouvernement de déterminer par règlement le *montant* de la contribution exigible d'un parent pour les services de garde subventionnés.

24. L'article 5 du *RCR* détermine le montant de la contribution – présentement, 8,70 \$ par jour – et établit une formule d'indexation de ce montant.

25. L'article 3 du *RCR*, au cœur du présent litige, établit une série de catégories de personnes qui sont admissibles au paiement de la contribution réduite :

3. Est admissible au paiement de la contribution réduite, le parent qui réside au Québec et qui satisfait à l'une des conditions suivantes :

³ LQ 2005, c. 47.

⁴ LRQ, c. C-8.2.

1° il est citoyen canadien;

2° il est résident permanent au sens de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (L.C. 2001, c. 27);

3° il séjourne au Québec principalement afin d'y travailler et il est titulaire d'un permis de travail délivré conformément à la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés ou est exempté de l'obligation d'être titulaire d'un tel permis en vertu de cette loi;

4° il est un étudiant étranger, titulaire d'un certificat d'acceptation délivré en vertu de la Loi sur l'immigration au Québec (chapitre I-0.2.1) et récipiendaire d'une bourse d'études du gouvernement du Québec en application de la politique relative aux étudiants étrangers dans les collèges et universités du Québec;

5° il est reconnu, par le tribunal canadien compétent, comme réfugié ou personne à protéger au sens de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et il est titulaire d'un certificat de sélection délivré en vertu de l'article 3.1 de la Loi sur l'immigration au Québec;

6° le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration lui a accordé la protection en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et il est titulaire du certificat de sélection visé au paragraphe 5;

7° il est titulaire d'un permis de séjour temporaire délivré en vertu de l'article 24 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés en vue de l'octroi éventuel de la résidence permanente et du certificat de sélection visé au paragraphe 5;

8° il est autorisé à soumettre au Canada une demande de résidence permanente en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés ou du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (DORS/02-227) et il est titulaire du certificat de sélection visé au paragraphe 5.

26. Avant l'émission par le ministère de la Famille d'une lettre destinée aux gestionnaires de services de garde subventionnés, le 10 avril 2018, faisant valoir une interprétation du *RCR* selon laquelle les personnes ayant demandé l'asile et titulaires d'un permis de travail ne seraient pas admissibles au paiement de la contribution de base⁵, de nombreux services de garde subventionnés accueilleraient des enfants dont le ou les parents étaient des personnes ayant demandé l'asile et considéreraient que celles-ci étaient admissibles au paiement de la contribution réduite.

27. Le ministère de la Famille lui-même considérerait antérieurement que les personnes ayant demandé l'asile titulaires d'un permis de travail, incluant un permis de travail ouvert

⁵ Pièce P-1, **Mémoire de l'appelant (ci-après « M.A. »), vol. 2, p. 170.** (Note : la « contribution de base » est aujourd'hui désignée par le vocable « contribution réduite ».)

n'indiquant pas un lieu de travail ou un employeur précis, étaient admissibles à la contribution réduite, tel qu'il appert d'un courriel d'août 2015 d'une représentante du ministère⁶ :

Un permis de travail ouvert qui n'indique pas le lieu de travail ou le nom de l'employeur doit être accepté dans le cadre d'une demande d'admissibilité à la contribution réduite, et ce, malgré l'article 15(2) du Règlement sur la contribution réduite qui exige au parent de fournir un permis de travail indiquant le lieu de travail et le nom de l'employeur.

Ainsi, l'article 15(2) du Règlement sur la contribution réduite est interprété de façon évolutive en tenant compte de l'intention initiale du législateur. Pour ces raisons, le parent qui réside au Québec et qui détient un permis de travail délivré conformément à la législation et à la réglementation sur l'immigration et la protection des réfugiés est admissible à la contribution réduite.

Le site web du Ministère ainsi que certains documents (ex. le formulaire d'admissibilité à la contribution réduite ou le guide *Documents d'identité exigés conformément au Règlement sur la contribution réduite pour le parent né à l'extérieur du Canada et le parent autochtone*) seront modifiés afin de tenir compte de cette interprétation.

[Soulignement ajouté.]

28. Dans sa lettre du 10 avril 2018⁷, le ministère faisait volte-face et indiquait maintenant :

Les demandeurs d'asile titulaires de permis de travail ne sont donc pas admissibles au paiement de la contribution de base. Ils ne le seront que lorsqu'ils seront reconnus comme réfugiés, le cas échéant.

[Soulignement dans l'original.]

29. Comme l'a confirmé l'expérience de l'intimée, les prestataires de services de garde subventionnés traitent cette lettre du 10 avril 2018 comme une directive établissant l'interprétation à suivre de l'article 3 du *RCR* et ne considèrent donc plus comme admissibles au paiement de la contribution réduite les personnes ayant demandé l'asile qui séjournent au Québec et sont titulaires d'un permis de travail.

30. En janvier 2021, la demande d'asile de l'appelante incidente a été acceptée.

⁶ Pièce P-2, **M.A., vol. 2, pp. 171-172.**

⁷ Pièce P-1, **M.A., vol. 1, p. 170.**

c) Le jugement de première instance (volet sur l'absence d'habilitation législative valide)

31. Devant la Cour supérieure, le procureur général a plaidé que le tribunal devrait s'abstenir de trancher la demande au motif que le litige serait devenu théorique du fait de la reconnaissance du statut de réfugiée de l'intimée, ce qui la rendait, une fois l'obtention du certificat de sélection, admissible à la contribution réduite et donc aux services de garde subventionnés.

32. Le juge de première instance a conclu que malgré le caractère théorique du recours en ce qui concerne l'intimée, il y avait lieu d'user du pouvoir discrétionnaire du tribunal de se prononcer sur la demande dans les circonstances.

33. Le procureur général n'a pas porté en appel cet aspect du jugement.

34. Le juge de première instance a accueilli le moyen de l'intimée selon lequel aucune habilitation législative valide ne permettait au gouvernement d'adopter l'article 3 du *RCR*.

35. Le juge note d'abord que l'article 106 de la *LSGEE* prévoit le pouvoir pour le gouvernement d'adopter des règlements pour une longue liste d'objets, mais que le pouvoir d'« adopter un règlement pour déterminer les conditions d'admissibilité des parents à la contribution réduite »⁸ n'en fait pas partie.

36. Le juge passe en revue les sources potentielles d'habilitation dans la *LSGEE* invoquées par le procureur général d'un pouvoir d'adopter un règlement qui établirait des conditions d'admissibilité à la contribution réduite.

37. Il examine ainsi l'article 84 de la *LSGEE*, qui prévoit que « [l]e gouvernement peut, par règlement, déterminer les conditions de versement de la contribution fixée pour une journée ou une demi-journée de garde ainsi que les cas d'exemption totale ou partielle de cette contribution pour tout ou partie des services qu'il détermine » (soulignements ajoutés) ainsi que le paragraphe 26 de l'article 106, qui reprend ce même pouvoir pour l'inscrire à la liste centralisée des pouvoirs réglementaires de ce dernier article.

⁸ Jugement de la Cour supérieure, para. 28, **M.A.**, vol. 1, p. 29.

38. Le juge conclut que ces dispositions « visent de toute évidence autre chose »⁹ que le pouvoir du gouvernement d'adopter un règlement qui établirait des conditions d'admissibilité à la contribution réduite.

39. Le juge se penche par la suite sur l'argument selon lequel on trouverait au 4^e paragraphe de l'article 42 de la *LSGEE* une habilitation indirecte qui conférerait au gouvernement le pouvoir d'adopter l'article 3 du *RCR*.

40. L'article 42 énumère une série de « fonctions » du bureau coordonnateur et le 4^e paragraphe prévoit ce qui suit :

42. Le bureau coordonnateur a pour fonctions, dans le territoire qui lui est attribué et dans le respect des instructions données en vertu du deuxième alinéa de l'article 40.0.1 :

[...]

4° de déterminer, selon les cas et conditions déterminées par règlement, l'admissibilité d'un parent à la contribution fixée par le gouvernement en vertu de l'article 82;

[...]

41. Référant à la doctrine portant sur l'habilitation législative et plus particulièrement sur le cas de l'habilitation indirecte, le juge note « qu'il faut au moins que le titulaire du pouvoir (d'habilitation) soit identifié »¹⁰, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

42. Quant à l'argument du procureur général selon lequel il faudrait nécessairement inférer que le titulaire du pouvoir est le gouvernement, la Cour l'écarte, concluant qu'elle outrepasserait son rôle en spéculant à ce sujet alors que c'est la loi qui doit identifier le titulaire du pouvoir réglementaire¹¹.

⁹ *Ibid.*, para. 29, **M.A.**, vol. 1, p. 29.

¹⁰ *Ibid.*, para. 32, **M.A.**, vol. 1, p. 30.

¹¹ *Ibid.*, para. 33-34, **M.A.**, vol. 1, p. 30.

PARTIE II – LES QUESTIONS EN LITIGE

43. L'intimée estime que l'appel principal soulève les questions suivantes :
- a) Le juge de première instance a-t-il erré en concluant que l'article 3 du *RCR* a été adopté en l'absence d'habilitation législative valide?
 - b) Dans l'hypothèse où l'article 3 du *RCR* aurait été adopté en vertu d'une habilitation législative valide, cet article est-il discriminatoire au sens du droit administratif et par conséquent illégal?

PARTIE III – LES MOYENS

A. La *LSGEE* n'habilite pas le gouvernement à adopter un règlement qui établirait des conditions d'admissibilité à la contribution réduite

i) Le pouvoir réglementaire n'existe qu'en vertu d'une habilitation législative valide

44. Comme tout autre pouvoir délégué, le pouvoir réglementaire n'existe qu'en vertu d'une habilitation législative valide :

Patrice Garant, *Droit administratif* :

Il n'a jamais été contesté que le règlement est essentiellement de la législation subordonnée qui tire sa force et son autorité de la loi. Lorsque l'on a tenté de soutenir que le gouvernement pourrait avoir un pouvoir réglementaire autonome en vertu & la prérogative royale, le Conseil a répondu ceci : « The Governor in Council has no independent status as law-making body ».

[...]

Cette règle a été rappelée avec force par la Cour d'appel dans plusieurs arrêts. Celle-ci ajoute même : « il ne peut y avoir de règlement que si l'acte de l'Administration est autorisé clairement par l'autorité législative ». La Cour suprême va dans le même sens : « Il n'y a pas de doute que le pouvoir d'adopter des textes réglementaires doit être prévu dans la loi habilitante et c'est celle-ci que l'on doit examiner pour déterminer si la Loi peut appuyer l'adoption d'un texte réglementaire impératif ». ¹²

[...]

¹² Patrice Garant, *Droit administratif*, 7^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2017 [« **Garant** »], para. 4.1.1.3, EYB2017DRA22.

2^e règle :

Tout règlement nécessite une loi habilitante.

Comme nous l'avons vu précédemment dans la définition même du règlement, le pouvoir réglementaire n'existe qu'en vertu d'une habilitation législative.¹³ [...]

[Soulignements ajoutés; références omises.]

Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale : précis de droit des institutions administratives* :

7.4 Le règlement est établi en vertu d'une habilitation conférée par la loi

[...]

Comme en général les autres actes discrétionnaires de l'administration, mais à un degré plus élevé encore, le règlement doit reposer sur un pouvoir conféré ou reconnu par la loi (voir 4.2). Le règlement ne peut être édicté que par l'auteur désigné par la loi (voir 4.13 et s.), selon les formalités imposées par elle (voir 4.24). Il ne peut porter que sur l'objet déterminé par la loi et ne saurait produire d'effets juridiques incompatibles avec la loi.

[...]

Le règlement doit donc normalement se fonder sur une habilitation législative, c'est-à-dire sur une disposition d'une loi (ou sur un ensemble de dispositions d'une ou plusieurs lois) attribuant le pouvoir d'accomplir des actes réglementaires, désignant le titulaire de ce pouvoir, indiquant ses modalités d'exercice et délimitant les effets juridiques de l'acte éventuellement accompli.¹⁴

[...]

Mis à part l'hypothèse assez théorique du pouvoir réglementaire fondé sur la prérogative royale (voir 7.4) et celle, rarement admise, du pouvoir implicite d'établir des directives susceptibles d'avoir éventuellement un effet normatif (voir 7.8), l'existence d'un texte à caractère réglementaire doit se fonder sur une disposition habilitante dans une loi (la « loi mère »). Le contenu du règlement, en particulier, est conditionné de façon plus ou moins précise par les termes de cette disposition. Tout examen de l'éventualité d'une réglementation et toute analyse de la légalité d'un règlement doivent donc commencer par une lecture attentive des termes choisis par le législateur pour conférer le pouvoir de prendre des règlements.¹⁵

[Soulignements ajoutés; références omises.]

¹³ *Ibid.*, para. 4.2, EYB2017DRA23.

¹⁴ Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale : précis de droit des institutions administratives*, 4^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2020 [« Issalys et Lemieux »], para. 7.4, EYB2020PIA47.

¹⁵ *Ibid.*, para. 7.9, EYB2020PIA49.

45. Ainsi, une autorité – que ce soit le gouvernement ou une autre entité de l'administration – ne peut adopter un règlement en l'absence d'une disposition dans la loi habilitante qui l'y autorise.

46. L'adoption d'un règlement en l'absence d'une habilitation législative valide est donc un acte illégal. Un règlement adopté dans de telles circonstances est *ultra vires*, nul et illégal.

47. Il n'existe dans la *LSGEE* aucune disposition habilitante attribuant au gouvernement le pouvoir d'établir par règlement l'admissibilité au paiement de la contribution réduite.

ii) L'économie générale de la LSGEE en matière de pouvoirs réglementaires

48. L'approche retenue par la *LSGEE* en matière de pouvoirs réglementaires – soit le pouvoir d'adopter des règlements – est celle d'habilitations *spéciales* (parfois aussi appelées spécifiques) visant des *objets* bien définis et circonscrits.

49. L'intimée n'a aucune difficulté à reconnaître que la tendance « moderne »¹⁶ en matière d'interprétation d'habilitations *générales* est de leur reconnaître une très large portée. À titre d'exemple de telles habilitations générales, citons celui étudié dans l'arrêt *CKOY*¹⁷ de la Cour suprême, où le législateur conférait au Conseil de la Radio Télévision canadienne le pouvoir de faire des règlements sur des questions « qu'il estime nécessaires à la poursuite de ses objets »¹⁸ ou encore l'article 410 de la *Loi sur les cités et villes* tel qu'il existait alors que la Cour l'examinait dans l'arrêt *Spraytech*¹⁹, lequel prévoyait le pouvoir de faire des règlements « [p]our assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement, la salubrité et le bien-être général sur le territoire de la municipalité ».

50. Les habilitations spéciales ou spécifiques sont d'un tout autre acabit et ne s'interprètent pas du tout comme ces habilitations générales.

51. Les auteurs Tremblay et Lagacé écrivent ainsi que « plus l'habilitation est rédigée en termes détaillés, plus elle est sujette à être interprétée *a contrario* et donc de façon restrictive. »²⁰

¹⁶ Qui remonte en fait potentiellement à 1979, si l'on prend comme point de référence l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *CKOY Ltd. c. R.*, [1979] 1 RCS 2.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, p. 5; Garant, *supra* note 12, para. 4.2, 11^e règle, EYB2017DRA23.

¹⁹ 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40 [« *Spraytech* »].

²⁰ Jacques Lagacé et Richard Tremblay, « Les habilitations réglementaires », dans Richard Tremblay, dir., *Éléments de légistique : comment rédiger les lois et règlements*, Cowansville, Yvon Blais, 2010, p. 624.

52. L'auteur Garant écrit pour sa part ce qui suit à propos des habilitations spécifiques :

Lorsque le législateur a procédé par habilitations spécifiques en indiquant l'objet précis de la réglementation, si le tribunal est convaincu que le règlement porte sur un objet autre que celui que vise la loi habilitante, il conclura à la nullité du règlement. La Cour suprême décidait ainsi qu'un règlement requérant la construction de clôtures entourant le terrain des garages publics avait pour objet l'usage du sol (*land use*) et non la réglementation des commerces publics (*licensing and regulating the owners or operators of public businesses*); ce règlement était donc *ultra vires*¹⁹⁶. La même Cour annulait un règlement édicté sous l'article 930(d) de la *Municipal Act* prévoyant qu'une municipalité peut réglementer l'enlèvement de la terre « and require the holding of a permit for that purpose and fix a fee for the permit » : ce règlement fixait non pas des droits fixes mais un montant croissant en fonction de l'importance des activités entreprises en vertu du permis.

L'habilitation spécifique par objet est celle qui laisse le moins de marge de manoeuvre suivant la précision avec laquelle est décrit le contenu de l'éventuelle réglementation. Il faut alors vérifier si chaque disposition réglementaire se rattache à l'objet; à défaut, le règlement sera susceptible d'invalidation fondée sur l'absence ou le dépassement d'habilitation. Ainsi la Cour d'appel a jugé que la clause habilitante qui confère au Barreau le pouvoir d'adopter des mesures propres à assurer la compétence des sténographes n'autorise pas l'imposition de limites territoriales à l'exercice de cette profession.

La Cour suprême a considéré que la clause qui habilite à réglementer « la vente au détail sur les voies publiques » ne permet pas « d'interdire ou de réglementer l'obstruction des routes et des trottoirs », même en interprétant la clause « d'une manière libérale ». De même, la clause habilitant à interdire ou réglementer « l'obstruction, l'encombrement, l'endommagement et l'encrassement des voies publiques » ne permet pas d'interdire « l'étalage d'articles de quelque sorte sur les routes [...] mais qui ne causent aucune obstruction ni aucun encombrement ».

[Soulignements ajoutés; références omises.]

53. On peut également rattacher les habilitations spécifiques de la *LSGEE* à la catégorie des habilitations par *objet*, lesquelles sont plus restrictives quant à l'ambitus du pouvoir attribué à son titulaire :

Envisagées selon la manière de décrire leur contenu, les habilitations spéciales se répartissent entre plusieurs types de formulation. Un premier type de formulation rassemble les habilitations à prendre des règlements ayant un objet précis : l'expression « peut par règlement » ou « peut faire des règlements pour » est alors suivie d'un verbe à l'infinitif, ou l'expression « peut faire des règlements » est suivie d'un participe présent. Les verbes les plus couramment employés sont : déterminer, prescrire, prévoir, fixer, désigner, obliger, exclure, classer, délimiter, prohiber, classifier, définir, interdire, exiger, édicter, soustraire, etc. [...]

Ce type de formulation restreint la marge discrétionnaire dont jouit le titulaire de l'habilitation quant au contenu de la réglementation. Elle délimite en effet assez nettement le domaine de réglementation possible, et indique déjà la teneur générale des règles que le titulaire est autorisé à établir. [...]

[Soulignements ajoutés.]

54. L'article 106 de la *LSGEE* prévoit une longue liste d'habilitations conférant un pouvoir réglementaire au gouvernement sur différents objets déterminés avec précision.

55. Cette liste pourrait même être qualifiée d'exhaustive. Il ne s'agit pas ici de prétendre que seuls les paragraphes inclus dans l'énumération de l'article 106 constituent de véritables habilitations législatives conférant un pouvoir réglementaire au gouvernement, mais seulement de constater la volonté manifeste du gouvernement de regrouper dans un même article tous les pouvoirs réglementaires qui sont conférés au gouvernement par la loi.

56. L'article 106 constitue en ce sens un « guichet unique » pour les pouvoirs réglementaires attribués au gouvernement par la *LSGEE*.

57. Il reprend d'une part les habilitations *directes* qui apparaissaient déjà dans d'autres dispositions la *LSGEE* :

Article de la <i>LSGEE</i> contenant une habilitation <i>directe</i>	Norme réglementaire	Paragraphe de l'art. 106 où l'habilitation directe est <i>réitérée</i>
5, 4 ^e alinéa	« tout autre élément ou service que doit comprendre le programme éducatif »	29.1
5, 4 ^e alinéa	prescription d'un « programme [éducatif] unique » et détermination des « prestataires de services » auxquels il est « applicable en tout ou en partie »	29.2
5, 4 ^e alinéa	« équivalences » au programme éducatif unique	29.3

6.1, 2 ^e alinéa	« les modalités et les conditions que doit remplir une personne afin d'obtenir une attestation d'absence d'empêchement. »	18.1
7 (note : « règles » plutôt que « règlement »; « règlement » intervient à l'art. 106, para. 6)	« des règles concernant l'élection des membres du conseil d'administration, son fonctionnement et le contenu de son règlement intérieur »	6
14	« les normes à l'égard desquelles un certificat est exigé, la forme du certificat, les renseignements qu'il doit contenir et le moment où il doit être transmis »	16
16.4, 3 ^e alinéa	« les conditions et normes applicables » dans les circonstances prévues au 1 ^{er} alinéa de l'art. 16.4 et « les normes dont le titulaire est dispensé de l'application »	5.1
35	« des règles de fonctionnement d'un comité de parents »	20
57.1	« les éléments qui composent le dossier éducatif, son support ainsi que les normes de tenue, d'utilisation, de conservation, de reproduction et de communication des renseignements qu'il contient »	14.1
82	« le montant de la contribution exigible d'un parent pour les services de garde fournis par un prestataire de services de garde éducatifs subventionné à cette fin »	25

	et « les modalités d'indexation du montant de cette contribution »	
84	« les conditions de versement de la contribution fixée pour une journée ou une demi-journée de garde ainsi que les cas d'exemption totale ou partielle de cette contribution »	26
101.4	le fait « qu'un manquement à une disposition d'un règlement qu'il prend en application de la présente loi peut donner lieu à l'imposition d'une pénalité administrative par la personne désignée par le ministre » et « le montant de la pénalité administrative ou [...] des modes de calcul permettant d'établir celui-ci, lequel peut varier selon l'importance de la contravention aux normes »	31

58. De façon déterminante dans le présent dossier, l'article 106 contient aussi des habilitations *directes* qui **viennent confirmer et préciser les habilitations *indirectes*** qui apparaissent dans d'autres dispositions de la *LSGEE* – à l'**exception notable et unique de ce qui apparaît au paragraphe 4 de l'article 42** :

Article de la <i>LSGEE</i> renvoyant à une norme réglementaire (habilitation <i>indirecte</i>)	Norme réglementaire	Para. de l'art. 106 confirmant par une habilitation <i>directe</i> l'habilitation <i>indirecte</i>

6.1, para. 5	« [...] cours de secourisme déterminé par règlement du gouvernement »	29.5
6.1, para. 6	« [...] une police d'assurance responsabilité civile dont le montant et la couverture sont déterminés par règlement du gouvernement »	29.4
6.1, 3 ^e alinéa (référant à l'art. 6.1, para. 7)	« L'avis doit également contenir tout autre élément prévu par règlement du gouvernement. »	29.6
8, para. 4 et 11, para. 2 et 3	« les droits et [...] les autres conditions déterminés par règlement » (demande de permis de CPE) « les autres conditions prévues par règlement »; « les droits déterminés par règlement » (demande de permis de garderie)	1
17, 2 ^e alinéa	« À l'égard d'un nouvel administrateur ou d'un nouvel actionnaire, il doit fournir les renseignements exigés par règlement »	17
19 et 20	« [...] si les locaux ou les modifications projetés n'apparaissent pas conformes aux normes établies par règlement. » « [...] les locaux ainsi que les modifications effectuées sont en tout temps conformes aux plans approuvés et aux normes établies par règlement. »	5
27	« Tout corps de police du Québec est tenu de fournir les renseignements exigés par règlement et nécessaires à l'établissement de l'existence de tout empêchement [...] »	18
30	« [...] les cesse conformément aux conditions prévues par règlement »	19
51.1	« toute autre condition prévue par règlement » (cessation d'activités par un bureau coordonnateur)	19
52 et 53	« [...] reconnue à titre de responsable d'un service de garde en milieu familial par un bureau coordonnateur suivant les	21 et 22

	conditions et modalités déterminées par règlement » « [...] reconnue à titre de responsable d'un service de garde en milieu familial par un bureau coordonnateur de la manière déterminée par règlement »	
55	« [...] peut être renouvelée, suspendue ou révoquée, dans les cas et suivant les conditions prévus par règlement »	23
58	« [...] tenir et conserver conformément au règlement une fiche d'inscription et une fiche d'assiduité pour chaque enfant qu'il reçoit »	15
77	« Lorsque les lieux ou l'équipement de jeu ne présentent plus de danger pour les enfants et sont conformes aux normes prévues par règlement [...] »	5
81.3	« Le montant du premier palier et le montant maximal du deuxième palier, ainsi que les modalités d'indexation de ces montants sont fixés par règlement du gouvernement »	25.1
83	« [...] la classe d'âge, le mode, la période de garde, la durée et la plage horaire établis par règlement. »	28
83	« Ces services doivent comprendre les services déterminés par règlement [...] »	24.1
83, 86, 92	« [...] à moins qu'ils ne fassent l'objet d'une exemption prévue par règlement » « Sauf dans la mesure prévue par règlement [...] » (autres biens et services en vertu d'une contribution additionnelle) « [...] des biens et des services déterminés en vertu des exemptions prévues par règlement » (contribution supplémentaire)	24.2
86.1	« la contribution fixée par règlement »	25 (note : il existe aussi l'habilitation directe de l'art. 82)
101.18	« Le débiteur est tenu au paiement de frais de recouvrement, dans les cas et aux	32

	conditions déterminées par règlement du gouvernement, selon le montant qui y est prévu. »	
103	« [...] les documents et renseignements prévus par règlement relatifs à leur emploi, à la catégorie de leurs revenus annuels, à la composition de leur famille et à leurs besoins de garde. »	29

59. Enfin, l'article 106 contient également des habilitations *directes* entièrement autonomes, c'est-à-dire qui n'apparaissent pas dans d'autres dispositions de la *LSGEE*. C'est le cas des paragraphes suivants : 2, 3, 3.1, 4, 4.1, 7, 8, 8.1, 8.2, 8.3, 9, 10, 11, 12, 13, 13.1, 14, 23.1, 24, 27, 27.1, 29.7, 30.

60. Par ailleurs, l'article 107 prévoit des habilitations *directes* conférant un pouvoir réglementaire au ministre responsable de l'application de la *LSGEE*.

61. À l'origine, deux objets étaient visés, soit les conditions auxquelles le ministre assujettit l'agrément (paragraphe 2) et les éléments et services que doit inclure le programme éducatif d'un prestataire de services de garde (paragraphe 1).

62. Le paragraphe 1 de l'article 107 a été abrogé en 2017, le pouvoir réglementaire concernant le programme éducatif ayant été transféré du ministre au gouvernement²¹.

63. Enfin, on trouve à l'article 134 une habilitation *directe* conférant un pouvoir réglementaire en matière de zonage au conseil d'une municipalité locale.

64. On ne trouve nulle part à l'article 106 ou ailleurs dans la *LSGEE* une habilitation directe conférant au gouvernement un pouvoir réglementaire qui lui permettrait de déterminer les conditions d'admissibilité au paiement de la contribution réduite.

65. Cela est à contraster avec les paragraphes suivants de l'article 106, qui confèrent par habilitation *directe* un pouvoir réglementaire au gouvernement quant à d'autres aspects de la contribution réduite ou d'objets qui y sont liés :

- a. le paragraphe 24.1 prévoit expressément le pouvoir réglementaire de « déterminer les biens et services que doivent offrir les prestataires de services

²¹ *Loi visant à améliorer la qualité éducative et à favoriser le développement harmonieux des services de garde éducatifs à l'enfance*, LQ 2017, c. 31, arts 2 et 21, **M.I.A.I., vol. 5, p. 1681 et 1689.**

-
- de garde subventionnés en contrepartie de la contribution qu'il fixe » (confirmant et précisant l'habilitation indirecte de l'article 83);
- b. le paragraphe 24.2 prévoit expressément le pouvoir réglementaire de « déterminer les biens, les activités et les services pour lesquels un prestataire de services de garde subventionnés peut demander ou recevoir un paiement en sus de la contribution fixée » (confirmant et précisant les habilitations indirectes aux articles 83, 86 et 92);
 - c. le paragraphe 25 prévoit expressément le pouvoir réglementaire de « fixer, pour les services qu'il détermine, la contribution exigible du parent et prévoir les modalités d'indexation de ce montant » (réitérant l'habilitation directe de l'article 82);
 - d. le paragraphe 26 prévoit expressément le pouvoir réglementaire de « déterminer les conditions et modalités suivant lesquelles le parent verse la contribution fixée par le gouvernement et les cas où le parent en est exempté, totalement ou partiellement, pour tout ou partie des services déterminés » (réitérant l'habilitation directe de l'article 84);
 - e. le paragraphe 27 prévoit expressément le pouvoir réglementaire de « déterminer les personnes autres que le parent de qui peut être exigé le montant de la contribution qu'il fixe » (édicte une habilitation directe autonome);
 - f. le paragraphe 27.1 prévoit expressément le pouvoir réglementaire de « déterminer les conditions et les modalités que doit respecter un prestataire de services de garde éducatifs lors de la prestation des services de garde subventionnés » (édicte une habilitation directe autonome);
 - g. le paragraphe 28 prévoit expressément le pouvoir réglementaire de « déterminer la classe d'âge, le mode, la période de garde, la durée et la plage horaire auxquels la contribution qu'il fixe est applicable » (confirmant et précisant l'habilitation indirecte à l'article 83).

66. Soulignons, comme l'a fait à juste titre le juge de première instance, qu'il est manifeste que le pouvoir réglementaire prévu à l'article 84 et réitéré au paragraphe 26 de l'article 106 vise autre chose que la détermination de *conditions d'admissibilité au paiement de la contribution réduite*.

67. En effet, ces articles visent d'une part le pouvoir de déterminer par règlement les cas où le parent est *exempté du paiement de la contribution* (voir l'article 11 du *RCR*) et d'autre part les conditions et modalités de *versement* de la contribution.

68. Dans ce dernier cas, il n'est nullement question de l'admissibilité à la contribution réduite, mais bien de la *façon* dont celle-ci sera versée. Les mots « les conditions et modalités suivant lesquelles le parent verse la contribution » supposent nécessairement qu'*il y a versement* de la contribution.

69. La deuxième phrase de l'article 5 du *RCR* a manifestement été adoptée en vertu de ce pouvoir réglementaire : « Le paiement de cette contribution se fait mensuellement ou à des périodes fixes de moins d'un mois et en versements sensiblement égaux. »

70. On ne peut non plus conclure, comme le propose le procureur général²², que le pouvoir de « déterminer les conditions et modalités suivant lesquelles le parent verse la contribution fixée par le gouvernement » prévu à l'article 84 et au paragraphe 26 de l'article 106 « comprend nécessairement celui de déterminer les conditions d'admissibilité à la contribution réduite »²³.

71. En effet, l'existence d'un pouvoir réglementaire quant à *la façon dont se verse une contribution* pour les services de garde subventionnés ne suppose nullement que cette contribution soit assujettie à des conditions d'admissibilité – et encore moins l'existence d'un pouvoir réglementaire qui prévoirait la détermination de conditions d'admissibilité.

72. Notons de plus au passage que la référence à la loi habilitante que l'on trouve au début du *RCR* – qui renvoie uniquement à l'article 106 – de même que les attendus du décret qui l'a édicté²⁴ montrent bien que les pouvoirs réglementaires invoqués par le

²² Argumentation de l'appelant, para. 53, **M.A.**, vol. 1, p. 16.

²³ *Ibid.*

²⁴ Décret 583-2006 concernant le *Règlement sur la contribution réduite*, Gazette officielle du Québec, 19 juillet 2006, 138^e année, n° 29, pp. 3149 et s., **M.I.A.I.**, vol. 5, p. 1667 et s.

gouvernement pour adopter le *RCR* sont ceux qui sont énoncés à l'article 106 *LSGEE* et aucun autre.

73. Notons de plus que le deuxième attendu du décret par lequel le *RCR* a été édicté ne mentionne aucunement que la *LSGEE* autorise le gouvernement à fixer des conditions d'admissibilité au paiement de la contribution réduite :

ATTENDU QUE les paragraphes 25° à 30° de l'article 106 de cette loi autorise le gouvernement notamment à fixer, pour les services qu'il détermine, la contribution exigible du parent d'un enfant qui reçoit des services de garde et à déterminer les conditions et modalités suivant lesquelles le parent en est exempté en tout ou partie;

74. Le paragraphe 4 de l'article 42, précité, bien qu'il *fasse référence* à des cas et conditions d'admissibilité établis par règlement d'un parent à la contribution réduite, n'est pas une véritable habilitation législative octroyant au gouvernement – ou à un autre titulaire déterminé – un pouvoir réglementaire quant à cet objet.

75. Il ne s'agit en effet que d'une disposition octroyant *au bureau coordonnateur* une *fonction* , soit celle « de déterminer [...] l'admissibilité d'un parent à la contribution fixée par le gouvernement en vertu de l'article 82 ».

76. La référence à un règlement est tout au plus de l'ordre d'une habilitation indirecte, laquelle soulève des écueils juridiques bien particuliers et pose des conditions rigoureuses pour qu'il y ait exercice valide d'un pouvoir réglementaire, comme nous le verrons dans la section suivante.

77. En ce qui concerne l'article 87, il n'est pas du même ordre que le paragraphe 4 de l'article 42. En effet, bien qu'il évoque la demande de révision d'une décision sur l'admissibilité d'un parent à « la contribution fixée par règlement », l'article 87 ne fait pas référence aux cas et conditions d'admissibilité établis par règlement d'un parent à la contribution réduite. Bref, la seule référence à un règlement à l'article 87 concerne le fait qu'il y a une contribution dont le montant est fixé par règlement. Ainsi, il ne saurait d'aucune façon suggérer un éventuel pouvoir réglementaire pour la détermination de conditions d'admissibilité à la contribution réduite.

78. À la lumière de cet examen de l'économie générale de la *LSGEE* en matière de pouvoirs réglementaires, on parvient au constat suivant : *chaque fois* que le législateur a

fait référence à des normes réglementaires *sans par ailleurs attribuer un pouvoir réglementaire à un titulaire clairement déterminé*, il a pris soin de *confirmer l'existence dudit pouvoir réglementaire* et d'*attribuer celui-ci à un titulaire clairement identifié*, soit le gouvernement, au sein de l'article 106.

79. Or, cette technique d'habilitation à laquelle le législateur a recours de façon systématique dans la *LSGEE* n'est pas utilisée dans le cas du paragraphe 4 de l'article 42, de sorte que l'habilitation indirecte qu'on pourrait y voir n'est pas confirmée par une disposition qui confirmerait l'existence d'un réel pouvoir réglementaire et attribuerait celui-ci à un titulaire déterminé.

iii) Les habilitations indirectes

80. La seule disposition qui fait référence à un éventuel règlement sur des conditions d'admissibilité à la contribution réduite est le paragraphe 4 de l'article 42.

81. Or, comme nous l'avons mentionné, cette disposition n'attribue en fait aucun pouvoir réglementaire à un titulaire déterminé, mais fait simplement référence à l'éventuelle existence d'un règlement sur un objet donné dans un autre cadre (soit l'énonciation des fonctions du bureau coordonnateur).

82. Il s'agit donc tout au plus de ce que la doctrine appelle une « habilitation indirecte ».

83. À ce sujet, l'auteur Garant écrit ce qui suit :

L'habilitation indirecte ne présente pas le même degré de certitude. Il s'agit d'une disposition d'une loi qui fait mention de l'existence de règlements, et qui suppose par conséquent l'existence d'un pouvoir de les établir, alors que cette loi n'attribue pas spécialement ce pouvoir. En général, l'habilitation indirecte emploie le mot « règlement », ce qui ne laisse aucun doute sur la nature du pouvoir. Il s'y ajoute normalement une mention de l'autorité habilitée à établir ces règlements, soit dans la même disposition, soit dans un article interprétatif définissant le mot « règlement ». Dans tous les cas, cependant, l'ambiguïté demeure sur l'existence même du pouvoir, puisqu'il n'est pas directement attribué.²⁵

[Soulignements ajoutés; références omises.]

²⁵ Garant, *supra* note 12, para. 4.1.3, EYB2017DRA22.

84. Dans le cas présent, contrairement à la situation normale évoquée par Garant, il n'y a *pas de mention de l'autorité* habilitée à établir le règlement en question, que ce soit à l'article 42 ou ailleurs.

85. L'ambiguïté quant à « l'existence même du pouvoir » dont parle Garant en ce qui concerne les habilitations indirectes n'est ainsi pas dissipée par une disposition qui en confirmerait indéniablement l'existence – *ce que le législateur a précisément fait dans la LSGEE pour toutes les autres habilitations indirectes*, comme expliqué ci-dessus – et qui attribuerait le pouvoir réglementaire à un titulaire déterminé.

86. Les auteurs Issalys et Lemieux formulent quant à eux les commentaires suivants sur les habilitations indirectes :

L'habilitation indirecte est moins satisfaisante, en ce qu'elle ne présente pas le même degré de certitude sur l'existence même d'une habilitation. Il s'agit en effet d'une disposition d'une loi qui fait mention de l'existence de règlements, et qui suppose par conséquent l'existence d'un pouvoir de les établir, alors que cette loi n'attribue pas par ailleurs spécialement ce pouvoir. C'est donc bien sur l'existence du pouvoir que porte l'incertitude; la nature de ce pouvoir n'est pas douteuse, puisque le terme « règlement » apparaît dans le texte, de même, très souvent, qu'une mention de son auteur. Ainsi, la simple mention, dans un passage de la loi, des « conditions déterminées par règlement » ou des « conditions que détermine un règlement du gouvernement », constitue une habilitation indirecte. Elle laisse subsister un doute sur l'existence et l'étendue exacte du pouvoir réglementaire, puisque celui-ci n'est pas directement attribué par un tel texte.

Ce doute ne peut être levé – et l'est d'ailleurs très fréquemment – que si la loi mère comporte par ailleurs une disposition directement habilitante ayant un contenu correspondant à celui envisagé dans l'habilitation indirecte, ou qui l'englobe. Typiquement, cette disposition directement habilitante prend la forme d'une liste d'habilitations spéciales (voir 7.9). Dans ce cas, en effet, le pouvoir réglementaire spécial dont l'existence est présumée par l'habilitation indirecte est confirmé et précisé par la disposition directement attributive. La première fonctionne alors comme un renvoi implicite à la seconde. [...].²⁶

[Italiques dans l'original; soulignements ajoutés.]

87. Les auteurs sont ainsi du même avis : les habilitations indirectes laissent dans l'incertitude *l'existence même d'un pouvoir réglementaire*.

²⁶ Issalys et Lemieux, *supra* note 14, para. 7.13, EYB2020PIA49.

88. Les auteurs Issalys et Lemieux indiquent expressément que le doute « ne peut être levé [...] que si la loi mère comporte par ailleurs une disposition directement habilitante ayant un contenu correspondant à celui envisagé dans l'habilitation indirecte, ou qui l'englobe » (soulignement ajouté).

89. C'est précisément ce que le législateur a fait à l'article 106 pour toutes les habilitations indirectes de la *LSGEE*, à l'exception de celle du paragraphe 4 de l'article 42.

90. Le défaut de le faire dans ce cas fait en sorte que, selon les termes mêmes des auteurs, l'existence même du pouvoir réglementaire reste douteuse et n'est pas confirmée.

91. Les auteurs Issalys et Lemieux évoquent un peu plus loin ce que l'on pourrait qualifier de pis aller en matière d'habilitation indirecte : ils écrivent ainsi qu'on pourra donner effet à l'habilitation indirecte même en l'absence d'habilitation directe correspondante – comme c'est le cas ici – si le titulaire du pouvoir évoqué par l'habilitation indirecte est « clairement identifiable »²⁷.

92. Or, ce n'est pas le cas ici.

93. D'abord, le législateur n'a pas indiqué à l'article 42 le titulaire de l'éventuel pouvoir réglementaire dont il est question au paragraphe 4.

94. Nous avons également vu que cette habilitation indirecte n'a pas été confirmée à l'article 106 – ni du reste ailleurs dans la *LSGEE* –, ce qui aurait été une autre façon de préciser le titulaire du pouvoir.

95. En fait, rien dans la *LSGEE* n'identifie « clairement » le titulaire de l'éventuel pouvoir réglementaire du paragraphe 4 de l'article 42 – rappelons que l'existence même de ce pouvoir est en doute, comme l'explique la doctrine.

96. Le procureur général plaide qu'il faudrait en quelque sorte présumer que le pouvoir dont il est ici question doit échoir au gouvernement et affirme que toute autre possibilité serait « invraisemblable »²⁸.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Argumentation de l'appelant, para. 56, **M.A.**, vol. 1, p. 17.

97. Avec respect, l'exercice auquel le procureur général convie cette Cour consiste à pallier une carence législative par un raisonnement fondé sur des suppositions, tout aussi plausibles soient-elles.

98. D'abord, soulignons qu'il n'y a rien d'« incohérent »²⁹ à l'hypothèse où l'on aurait confié le pouvoir réglementaire de déterminer les conditions d'admissibilité à la contribution réduite au ministre et le pouvoir réglementaire de déterminer les cas d'exemption de la contribution au gouvernement. L'un et l'autre pourraient chacun exercer leur pouvoir réglementaire sans difficulté.

99. Il est tout à fait usuel que le pouvoir de régler différentes facettes d'une même question soit distribué à des titulaires différents. Pour ne citer qu'un autre exemple, notons le cas de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*³⁰, où le législateur a confié à la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail le pouvoir réglementaire de « déterminer les renseignements qui peuvent faire l'objet d'une demande d'exemption »³¹ en vertu des articles 62.7 et 62.8 de cette loi alors que le gouvernement se voit confier, entre autres, le pouvoir réglementaire de « fixer les critères d'appréciation d'une [telle] demande d'exemption »³².

100. On constate rapidement à la lumière de cet exemple à quel point il est fort hasardeux de s'investir, à la place du législateur, dans le rôle de celui qui devrait décider qui sera titulaire du pouvoir réglementaire sur telle ou telle autre facette d'un objet donné.

101. C'est ainsi à juste titre que le juge de première instance soulignait qu'il revient au législateur et non au tribunal d'identifier – clairement – le titulaire du pouvoir réglementaire³³.

102. L'historique de la *LSGEE* quant au pouvoir réglementaire relatif au programme éducatif démontre bien la possibilité bien réelle de transférer un pouvoir d'un titulaire à un autre, autre illustration du fait que la répartition des pouvoirs réglementaires ne relève pas de l'évidence et est sujette à changement. Rappelons en effet que le pouvoir d'adopter

²⁹ *Ibid.*, para. 57, **M.A.**, vol. 1, p. 17.

³⁰ RLRQ, c. S-2.1, **M.I.A.I.**, vol. 5, p. 1709 et s.

³¹ *Ibid.*, art. 223, 1^{er} alinéa, para. 21.6.1, **M.I.A.I.**, vol. 5, p. 1710 et 1712.

³² *Ibid.*, art. 223.1, para. 2, **M.I.A.I.**, vol. 5, p. 1713.

³³ Jugement de la Cour supérieure, para. 34, **M.A.**, vol. 1, p. 30.

des règlements quant aux éléments et services que doit inclure le programme éducatif d'un prestataire de services de garde a d'abord été confié au ministre³⁴, mais a par la suite été transféré au gouvernement, qui s'est par ailleurs vu confier l'ensemble des pouvoirs réglementaires portant sur le programme éducatif³⁵. Notons ainsi sur cette dernière question que le simple fait que l'ensemble des pouvoirs réglementaires³⁶ sur une matière donnée soit attribué à un titulaire ne signifie pas qu'il est invraisemblable qu'un autre titulaire ait pu se voir attribuer ces mêmes pouvoirs ou d'autres pouvoirs connexes – l'exemple des règlements relatifs au programme éducatif le démontre bien.

103. De plus, il faut bien prendre ici la mesure du fait que lorsque le législateur a usé d'habilitations indirectes dans la *LSGEE*, il a clairement identifié le titulaire du pouvoir réglementaire en confirmant l'habilitation indirecte par une habilitation directe attribuée au gouvernement à l'article 106. Or, il ne l'a justement pas fait dans le – seul – cas présent.

104. En somme, le titulaire de l'éventuel pouvoir réglementaire évoqué au paragraphe 4 de l'article 42 n'est pas « clairement identifiable » et il ne revient pas aux tribunaux de supputer son identité pour pallier une carence ou erreur du législateur.

B. La *LSGEE* n'autorise pas l'établissement par règlement de différentes catégories de personnes eu égard à l'admissibilité au paiement de la contribution réduite et est donc discriminatoire au sens du droit administratif et par conséquent illégal

105. Le pouvoir de faire des règlements ne permet pas d'adopter des dispositions discriminatoires. Comme l'écrivait la Cour suprême dans l'arrêt de référence sur cette question *Arcade Amusements*³⁷ et réitéré dans l'arrêt plus récent *Spraytech*³⁸, « il ne saurait y avoir de discrimination que si la loi habilitante le prévoit précisément ou si la discrimination est nécessairement accessoire à l'exercice du pouvoir délégué par la province » (soulignement dans l'original).

³⁴ *LSGEE*, art. 107, para. 1 (maintenant abrogé), **M.I.A.I., vol. 5, p. 1576.**

³⁵ *Loi visant à améliorer la qualité éducative et à favoriser le développement harmonieux des services de garde éducatifs à l'enfance*, LQ 2017, c. 31, art. 2, **M.I.A.I., vol. 5, p. 1681.**

³⁶ Cf. Argumentation de l'appelant, para. 55, **M.A., vol. 1, p. 17.**

³⁷ *Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 RCS 368 [« **Arcade Amusements** »].

³⁸ *Spraytech*, *supra* note 19.

106. Ce principe de droit administratif interdisant les règlements discriminatoires n'est pas limité aux cas d'interdiction de discrimination en vertu du droit constitutionnel.

107. Le procureur général plaide que seule la discrimination « injuste et arbitraire »³⁹ serait visée par ce principe.

108. Or, la Cour suprême a explicitement rejeté cette approche dans l'arrêt *Arcade Amusements*. En effet, la Cour y conclut que la prohibition des règlements discriminatoires non autorisés par la loi habilitante ne vise pas uniquement les cas où la discrimination est déraisonnable. Ainsi, le fait que la catégorisation (ou discrimination) établie par le règlement soit « raisonnable » ou ait été adoptée de bonne foi n'est pas pertinent dans l'analyse du caractère discriminatoire en vertu du droit administratif⁴⁰.

109. Cette position a notamment été réitérée dans les arrêts subséquents *Greenbaum*⁴¹, *Sharma*⁴² – où la Cour écrit que « le caractère raisonnable ou rationnel général de la distinction n'est pas en cause »⁴³ quant à savoir si la discrimination est autorisée par la loi habilitante – et *Spraytech*⁴⁴.

110. Notons que dans *Arcade Amusements*, la Cour suprême note, à titre d'exemple de règlements ayant été invalidés dans la jurisprudence en raison de leur caractère discriminatoire, « la distinction, en matière de permis, entre résidents et non-résidents »⁴⁵ (soulignement ajouté). Dans une des affaires de cette catégorie citée par la Cour suprême, *Jonas v. Gilbert*⁴⁶, la Cour invalidait un règlement en raison de la discrimination qu'il établissait en matière d'octroi de permis entre les résidents et non-résidents, alors que la loi habilitante n'octroyait pas le pouvoir d'établir une distinction de cet ordre.

³⁹ Argumentation de l'appelant, para. 64, **M.A., vol. 1, p. 18.**

⁴⁰ *Arcade Amusements*, *supra* note 37, pp. 406 et 418.

⁴¹ *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 RCS 674.

⁴² *R. c. Sharma*, [1993] 1 RCS 650.

⁴³ *Ibid.*, p. 668.

⁴⁴ *Spraytech*, *supra* note 19, para. 28.

⁴⁵ *Arcade Amusements*, *supra* note 37, p. 407.

⁴⁶ (1881) 5 SCR 356.

111. Outre les arrêts de la Cour suprême déjà cités, voir notamment les affaires *Québec (Procureur général) c. Plantation de fruits Levy Inc.*⁴⁷; *Laval (Ville) c. 9103-0445 Québec Inc.*⁴⁸ à titre d'exemple de règlements ayant été jugés discriminatoires.

112. Étant donné l'absence de disposition habilitante dans la *LSGEE* qui conférerait au gouvernement un pouvoir réglementaire de fixer des conditions d'admissibilité au paiement de la contribution réduite, il s'ensuit que la *LSGEE* n'autorise pas ou n'implique pas nécessairement l'établissement de distinctions entre différentes catégories de personnes.

113. Même si l'on jugeait que l'article 3 du *RCR* est autorisé par une disposition habilitante attribuant au gouvernement un pouvoir réglementaire de fixer les conditions d'admissibilité à la contribution réduite – ce qui est vigoureusement nié, comme expliqué à la section précédente –, la *LSGEE* n'autorise pas l'établissement par règlement de différentes catégories de personnes eu égard à l'admissibilité à la contribution réduite comme le fait pourtant l'article 3 du *RCR*.

114. Encore une fois, l'examen d'autres dispositions habilitantes de la *LSGEE* montre que cette autorisation a été faite dans certains cas, au contraire du cas des conditions d'admissibilité à la contribution réduite.

115. À titre d'exemple de telles autorisations, citons le paragraphe 2 de l'article 106, qui autorise clairement des distinctions selon les « classes eu égard à l'âge des enfants reçus »; le paragraphe 3 de l'article 106, qui autorise clairement des distinctions selon « la classe d'âge des enfants »; le paragraphe 27 de l'article 106, qui, en autorisant le gouvernement à déterminer « les personnes autre que le parent de qui peut être exigé le montant de la contribution de base », suppose nécessairement l'établissement de distinctions entre différentes catégories de personnes (notons que ce paragraphe n'est nullement en cause en ce qui concerne l'art. 3 du *RCR*, puisque cet article concerne des catégories de personnes qui *sont* un parent); le paragraphe 28 de l'article 106, qui autorise clairement des distinctions selon « la classe d'âge ».

⁴⁷ JE 89-1579.

⁴⁸ 2005 CanLII 58926 (QC CM).

116. Ainsi, ces paragraphes de l'article 106 montrent bien que le législateur a pris acte de la nécessité d'autoriser l'établissement de distinctions entre des catégories de personnes afin de ne pas violer les principes de droit administratif applicables en matière de règlement discriminatoire. Il ne l'a toutefois pas fait pour ce qui est des conditions d'admissibilité à la contribution réduite – ce qui ne saurait surprendre étant donné l'absence de disposition habilitante.

117. Ajoutons que la discrimination n'est d'aucune façon « nécessairement accessoire » à l'exercice du pouvoir délégué d'établir des conditions d'admissibilité à la contribution réduite – si un tel pouvoir existait.

118. En effet, on peut fort bien imaginer – et c'est en fait précisément ce que les articles 15 à 18 du *RCR* visent – que l'admissibilité à la contribution réduite puisse dépendre du fait qu'un parent ait rempli une demande à cette fin, qu'il ait utilisé le formulaire prescrit et qu'il ait fourni les renseignements et documents exigés. Nulle distinction entre catégories de personnes n'est ainsi « nécessairement » requise pour qu'on puisse mettre en œuvre la notion d'admissibilité à la contribution réduite.

119. Étant donné l'absence d'autorisation législative, qu'elle soit expresse ou par inférence *nécessaire*, dans la loi habilitante d'un pouvoir d'adopter une disposition réglementaire discriminatoire concernant des conditions d'admissibilité à la contribution réduite, l'article 3 du *RCR* est discriminatoire au sens du droit administratif et est donc illégal.

PARTIE IV – LES CONCLUSIONS

Pour tous ces motifs, l'intimée demande à cette honorable Cour de :

REJETER l'appel principal;

CONFIRMER le jugement de la Cour supérieure en ce qui concerne les conclusions énoncées aux paragraphes 82 et 83;

LE TOUT avec frais de justice tant devant la Cour supérieure que devant la présente Cour.

Montréal, le 29 novembre 2022

MMGC

MMGC
(M^e Sibel Ataogul)
(M^e Guillaume Grenier)
Avocats de l'intimée / appelante incidente

PARTIE V – LES SOURCES

<u>Jurisprudence</u>	<u>Paragraphe(s)</u>
<i>CKOY Ltd. c. R.</i> , [1979] 1 RCS 2 49
<i>114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)</i> , 2001 CSC 40 49,105,109
<i>Montréal c. Arcade Amusements Inc.</i> , [1985] 1 RCS 368 105,108,110
<i>R. c. Greenbaum</i> , [1993] 1 RCS 674 109
<i>R. c. Sharma</i> , [1993] 1 RCS 650 109
<i>Jonas v. Gilbert</i> , (1881) 5 SCR 356 110
<i>Québec (Procureur général) c. Plantation de fruits Levy Inc.</i> , JE 89-1579 111
<i>Laval (Ville) c. 9103-0445 Québec Inc.</i> , 2005 CanLII 58926 (QC CM) 111
 <u>Doctrine</u>	
Garant, Patrice, <i>Droit administratif</i> , 7 ^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2017 44,49,52,83,84,85
Issalys, Pierre et Denis Lemieux, <i>L'action gouvernementale : précis de droit des institutions administratives</i> , 4 ^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2020 44,86,88,91
Lagacé, Jacques et Richard Tremblay, « Les habilitations réglementaires », dans Richard Tremblay, dir., <i>Éléments de légistique : comment rédiger les lois et règlements</i> , Cowansville, Yvon Blais, 2010 51

TITRE II – SUR L'APPEL INCIDENT

PARTIE I – LES FAITS

120. L'intimée / appelante incidente (que nous désignerons ici comme « l'appelante incidente ») renvoie à la recension des faits et à l'exposé du cadre légal et réglementaire contenus dans l'argumentation portant sur l'appel principal.

Le jugement de première instance (volet sur la discrimination prohibée par l'article 15 de la *Charte canadienne*)

121. Le juge de première instance a rejeté l'argument de l'appelante incidente selon lequel l'exclusion des personnes demandant l'asile séjournant au Québec et titulaires d'un permis de travail qui résulterait de l'article 3 du *RCR* porte atteinte au droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la *Charte canadienne*.

122. Le juge conclut qu'il n'y a pas de distinction fondée sur le motif analogue de citoyenneté en raison du fait que certaines des catégories de personnes apparaissant à l'article 3 du *RCR* ne sont pas des citoyens⁴⁹.

123. En ce qui concerne le motif de statut d'immigration proposé par l'appelante incidente à titre de motif analogue, le juge de première instance semble l'écarter sans le dire expressément, affirmant que « le statut migratoire est temporaire alors que tel n'est pas le cas pour la religion »⁵⁰.

124. En ce qui concerne la distinction discriminatoire fondée sur le motif énuméré du sexe, l'appelante incidente comprend des motifs du juge de première instance qu'il conclut à l'absence de distinction fondée sur le sexe en raison du fait que « rien ne permet de déterminer dans quelle proportion l'homme et la femme demandeurs-esses d'asile assumeraient les frais supplémentaires de garde de leurs enfants »⁵¹.

⁴⁹ Jugement de la Cour supérieure, para. 46, **M.A., vol. 1, p. 32.**

⁵⁰ *Ibid.*, para. 50, **M.A., vol. 1, p. 32.**

⁵¹ *Ibid.*, para. 44, **M.A., vol. 1, p. 31.**

PARTIE II – LES QUESTIONS EN LITIGE

125. L'intimée estime que l'appel incident soulève les questions suivantes :

- a) Le juge de première instance pouvait-il se pencher sur la constitutionnalité de l'article 3 du *RCR* même s'il parvenait à la conclusion que celui-ci est *ultra vires* en raison de l'absence d'habilitation législative valide?
- b) Le juge de première instance a-t-il erré en concluant que l'article 3 du *RCR* n'a pas d'effet négatif disproportionné sur les femmes?
- c) Le juge de première instance a-t-il erré en concluant que l'article 3 du *RCR* n'établit pas de distinction discriminatoire sur la base de la citoyenneté?
- d) Le juge de première instance a-t-il erré en concluant que le statut d'immigration n'est pas un motif analogue prohibé de discrimination et donc que l'article 3 du *RCR* n'établit pas de distinction discriminatoire sur cette base?
- e) L'appelant a-t-il fait la démonstration que l'atteinte portée à l'article 15 de la *Charte canadienne* est justifiée en vertu de l'article premier de celle-ci?
- f) Quelle est la réparation constitutionnelle appropriée à l'atteinte que porte l'article 3 du *RCR* à l'article 15 de la *Charte canadienne*?

PARTIE III – LES MOYENS

A. Le juge de première instance pouvait se pencher sur la constitutionnalité de l'article 3 du *RCR* même s'il parvenait à la conclusion que celui-ci est *ultra vires* en raison de l'absence d'habilitation législative valide

126. Devant la Cour supérieure, le procureur général a plaidé que si le tribunal accueillait le moyen de l'appelante incidente portant sur l'absence d'habilitation législative valide pour adopter l'article 3 du *RCR*, il devrait s'abstenir d'examiner et de trancher les arguments constitutionnels.

127. Le juge de première instance a rejeté cette proposition, estimant important dans les circonstances de trancher les volets constitutionnels – malgré son rejet de ceux-ci.

128. Dans l'hypothèse où le procureur général maintiendrait cet argument dans le cadre de l'appel incident, l'appelante incidente soutient que le juge de première instance possédait toute la discrétion requise pour décider de trancher les questions constitutionnelles et qu'il n'y a pas lieu d'interférer en appel avec l'exercice de cette discrétion judiciaire.

129. Il est vrai que les tribunaux font parfois preuve d'une certaine retenue judiciaire en déclinant de trancher une question constitutionnelle lorsqu'il est possible de disposer entièrement de l'affaire sur une autre base.

130. Il est par ailleurs tout aussi vrai que « [s]i un tribunal juge souhaitable pour des raisons d'intérêt public qu'il se prononce sur une question constitutionnelle et si cette question a été pleinement débattue, il pourra évidemment le faire. »⁵²

131. Dans l'ouvrage *Constitutional Law of Canada*, les auteurs Hogg et Wright présentent la question en ces termes :

If a constitutional issue has in fact been fully argued on the basis of an adequate factual record, and if the issue is likely to recur, there is much to be said for deciding the issue then and there, even if the case could be disposed of on a non-constitutional or narrower constitutional basis. A decision takes advantage of argument and evidence that would otherwise be wasted, in the sense that fresh argument and fresh evidence would be needed in a later case where the issue recurred. And a decision settles the issue, providing certainty and rendering relitigation unnecessary. Therefore, in the appropriate case, a court is not to be faulted for basing its decision on reasons that are more expansive than are strictly required to give judgment.⁵³

132. Dans l'affaire *Guindon c. Canada*⁵⁴, les juges de la majorité de la Cour suprême concluaient qu'il était opportun que la Cour tranche la question constitutionnelle concernant l'application de l'article 11 de la *Charte canadienne* dans le cadre d'un recours de nature fiscale malgré que cette question n'eût pas fait l'objet d'un avis de question constitutionnel devant les instances inférieures.

⁵² Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2014, para. IV.30, EYB2014DCO22.

⁵³ Peter W. Hogg et Wade Wright, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2022, para. 59.11

⁵⁴ 2015 CSC 41.

133. La majorité fait reposer sa position sur des considérations qui sont tout aussi applicables à la présente question. Elle retient à titre de considérations justifiant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de trancher la question constitutionnelle l'importance pour le public que la question soit tranchée, l'absence de préjudice pour les procureurs généraux – en particulier le fait de ne pas avoir « été privé de la possibilité de produire des éléments de preuve »⁵⁵ et la possibilité qu'ils ont eue de s'exprimer « sur le bien-fondé de l'argument constitutionnel »⁵⁶ –, le fait que les instances inférieures se soient penchées sur la question constitutionnelle et « [l]'ampleur du gaspillage de ressources judiciaires qui résulterait du refus de la Cour de se prononcer »⁵⁷ sur la question constitutionnelle.

134. En l'espèce, toutes ces considérations militent en faveur de trancher la question constitutionnelle même dans le scénario où l'on conclut que l'article 3 du *RCR* est *ultra vires* en raison de l'absence d'une habilitation législative valide.

135. D'abord, les questions constitutionnelles en cause font partie de la demande depuis le tout début de l'instance.

136. Le procureur général était pleinement au fait des questions constitutionnelles depuis le début. Il a pu faire toutes les représentations qu'il estimait opportunes sur ces questions et administrer toute preuve qu'il estimait utile devant la Cour supérieure.

137. La question de la validité constitutionnelle de l'admissibilité à la contribution réduite est une question importante qu'il convient de trancher alors qu'elle est présentée devant les tribunaux, avec une partie qui a qualité pour agir, un substrat factuel approprié, des représentations complètes des parties sur les moyens de droit et un jugement motivé – quoique de façon lacunaire du point de vue de l'appelante incidente – en première instance.

138. De plus, trancher la demande sur la seule base de l'absence d'habilitation législative, si ce moyen est maintenu en appel, fait courir le risque substantiel que le débat judiciaire doive être repris. En effet, le vice de l'absence d'habilitation législative valide est

⁵⁵ *Ibid.*, para. 35.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*, para. 36.

susceptible d'être corrigé de façon relativement aisée par le législateur, qui, si tel était son désir, pourrait ajouter à la *LSGEE* une habilitation législative valide. La constitutionnalité de l'exclusion des personnes demandant l'asile, séjournant au Québec et titulaires d'un permis de travail du droit à la contribution réduite demeurerait entière, et le débat judiciaire devrait être repris depuis le début. Cela représenterait un important gaspillage des ressources judiciaires déjà déployées dans le cadre du présent dossier.

139. Pour tous ces motifs, il convient de trancher les questions constitutionnelles faisant l'objet du présent appel incident même si le moyen relatif à l'absence d'habilitation législative de l'article 3 du *RCR* était maintenu en appel.

Note préliminaire à l'analyse portant sur la discrimination

140. Les moyens relatifs à la discrimination dans le présent dossier font valoir que le bénéficiaire du paiement d'une contribution réduite pour avoir accès à des services de garde subventionnés est nié de façon discriminatoire à certaines catégories de personnes.

141. Ce type d'obligation découlant du droit à l'égalité – à distinguer d'une obligation positive pour l'État de créer de *nouveaux* régimes ou bénéfiques⁵⁸ – est bien reconnu par la jurisprudence de la Cour suprême, qui en a notamment rappelé les contours dans l'arrêt *Eldridge* :

Notre Cour a statué à maintes reprises que, à partir du moment où l'État accorde effectivement un avantage, il est obligé de le faire sans discrimination; voir *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995, aux pp. 1041 et 1042, *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, à la p. 655, et *Miron*, précité. Dans bon nombre de cas, les gouvernements auront à prendre des mesures concrètes, par exemple en étendant le champ d'application d'un avantage pour en faire bénéficier une catégorie de personnes jusque-là exclues; voir *Miron*, *Tétreault-Gadoury*, et *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679. De plus, il a été dit que le gouvernement, lorsqu'il prend de telles mesures concrètes, ne devrait pas être la source d'une plus grande inégalité; *Thibaudeau*, au par. 38 (le juge L'Heureux-Dubé).⁵⁹

⁵⁸ *R. c. Sharma*, 2022 CSC 39 [« **Sharma** »], para. 63; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 RCS 624 [« **Eldridge** »], para. 73.

⁵⁹ *Eldridge*, *supra* note 58, para. 73. Voir aussi *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, para. 42.

B. Le juge de première instance a erré en concluant que l'article 3 du RCR n'a pas d'effet négatif disproportionné sur les femmes

i) La discrimination par suite d'un effet préjudiciable et la discrimination visant les sous-groupes

142. Dès les premiers temps de la jurisprudence portant sur l'article 15 de la *Charte canadienne*, soit depuis au moins 1985, dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*⁶⁰, la Cour suprême et les autres tribunaux à leur suite ont reconnu que cette disposition interdit autant la discrimination directe que la discrimination indirecte – aussi appelée discrimination par effet préjudiciable.

143. Ainsi, sera discriminatoire une disposition « en apparence neutre [qui] a une incidence disproportionnée sur des membres de groupes bénéficiant d'une protection contre la discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue »⁶¹.

144. L'article 3 du RCR ne vise pas les femmes directement – elle est à première vue neutre quant au fait que les parents soient des hommes ou des femmes – et n'établit donc pas de discrimination *directe* sur la base du sexe.

145. Toutefois, cet article, en excluant les personnes demandant l'asile, a une incidence négative disproportionnée à l'égard des femmes, de sorte qu'elle est discriminatoire par suite d'un effet préjudiciable.

146. Les femmes – et notamment les femmes qui demandent l'asile – assument de façon disproportionnée, seules ou en couple, les obligations relatives à la garde et au soin des enfants.

147. La privation résultant de l'article 3 du RCR constitue un obstacle à l'intégration au marché du travail, à la francisation et plus largement à l'intégration à la société québécoise qui se pose de façon disproportionnée pour les femmes – et notamment les femmes qui demandent l'asile.

⁶⁰ [1985] 2 RCS 536.

⁶¹ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28 [« *Fraser* »], para. 30.

148. À ce stade, nous insistons sur le fait que la discrimination peut exister – elle se présente en fait le plus souvent sous ce jour – même si une mesure ne touche qu'une partie d'un groupe associé à un motif prohibé ou si elle touche un sous-groupe.

149. Dans l'arrêt *Symes c. Canada*⁶², sur lequel nous reviendrons ci-dessous, la Cour suprême écrivait ce qui suit :

L'appelante appartient à un sous-groupe particulier de femmes, celui des femmes mariées entrepreneures. Il est important de comprendre que c'est sur cet aspect qu'elle a axé ses éléments de preuve.⁶³

[...]

Dans un autre contexte, un sous-groupe différent de femmes, qui présenterait des éléments de preuve différents relativement à l'art. 63, pourrait bien arriver à démontrer les effets préjudiciables exigés par le par. 15(1). Par exemple, bien que je ne désire pas exprimer d'opinion sur ce sujet, je remarque que l'on ne s'est pas efforcé en l'espèce de faire ressortir la situation des mères célibataires.⁶⁴ [...]

Mon examen de la jurisprudence montre clairement qu'un effet préjudiciable subi par un sous-groupe de femmes peut quand même constituer une discrimination : *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, précité; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252⁶⁵ [...]

[Soulignements ajoutés.]

150. La Cour suprême rappelait cette même notion dans l'arrêt clé sur la discrimination par suite d'un effet préjudiciable rendu dans l'affaire *Fraser c. Canada (Procureur général)* :

[72] Troisièmement, les demandeurs n'ont pas à démontrer que les critères, les caractéristiques ou les autres facteurs utilisés dans la loi contestée affectent tous les membres d'un groupe protégé de la même manière. Notre Cour considère depuis longtemps que le fait « [q]ue la discrimination ne soit que partielle n'en change pas la nature » (*Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, p. 1248, citant James MacPherson, « Sex Discrimination in Canada: Taking Stock at the Start of a New Decade » (1980), 1 *C.H.R.R.* C/7, p. C/11). Dans l'arrêt *Brooks*, la Cour a jugé que le fait que le régime établi par une entreprise refusait des prestations aux employées durant leur grossesse constituait de la discrimination fondée sur le sexe. L'employeur avait fait valoir

⁶² [1993] 4 R.C.S. 695 [« *Symes* »].

⁶³ *Ibid.*, pp. 765-766.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 766.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 769.

que le régime ne refusait pas de prestations aux « femmes », mais seulement aux « femmes enceintes » (p. 1248, citant MacPherson, p. C/11). S'exprimant au nom de la Cour, le juge en chef Dickson a expliqué que les pratiques « partiellement discriminatoires » ne sont pas moins discriminatoires que celles qui défavorisent tous les membres d'un groupe protégé (p. 1247-1248).

[73] La Cour a réitéré ce principe dans l'arrêt *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, où elle a conclu que le harcèlement sexuel dont avait fait l'objet deux employées constituait de la discrimination fondée sur le sexe. Elle a rejeté l'argument de l'employeur selon lequel il n'y avait eu aucune discrimination fondée sur le sexe, parce que certaines des employées du magasin avaient été harcelées sexuellement. Le juge en chef Dickson a réitéré l'approche relative à la discrimination partielle qu'il avait précédemment exposée dans l'arrêt *Brooks* :

27 S'il fallait, pour conclure à la discrimination, que tous les membres du groupe visé soient traités de façon identique, la protection législative contre la discrimination aurait peu ou pas de valeur. En effet, il arrive rarement qu'une mesure discriminatoire soit si nettement exprimée qu'elle s'applique de façon identique à tous les membres du groupe-cible. Dans presque tous les cas de discrimination, la mesure discriminatoire comporte divers éléments de sorte que certains membres du groupe concerné ne sont pas atteints, tout au moins de façon directe, par la mesure discriminatoire. Refuser de conclure à la discrimination dans les circonstances de ce pourvoi équivaut à nier l'existence de la discrimination chaque fois que les pratiques discriminatoires ne touchent pas l'ensemble du groupe-cible. C'est affirmer, par exemple, que l'employeur qui n'engage une femme que si elle a deux fois plus de diplômes qu'un homme n'est pas coupable de discrimination sexuelle si, en dépit de cette politique, il engage tout de même quelques femmes.⁶⁶

[Italiques dans l'original; soulignements ajoutés.]

151. Dans le cas présent, le sous-groupe de femmes visé est celui des femmes demandant l'asile.

152. Dans le récent arrêt de la Cour suprême *R. c. Sharma*, où les juges de la majorité offrent certaines précisions méthodologiques en matière de discrimination par suite d'un effet préjudiciable tout en prenant soin de souligner qu'ils ne modifiaient pas ce faisant le critère applicable en matière de droit à l'égalité⁶⁷ ni ne répudiaient ou modifiaient les

⁶⁶ *Fraser*, supra note 61, para. 72-73. Voir aussi *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, para. 76-80.

⁶⁷ *Sharma*, supra note 58, para. 33.

principes recensés dans l'arrêt *Fraser*⁶⁸, on dit de la première étape du critère de l'article 15, dans un contexte de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, qu'elle « consiste à se demander si la loi contestée a créé un *effet disproportionné* sur le groupe demandeur pour un motif protégé ou a contribué à cet effet »⁶⁹ (italiques dans l'original).

153. En l'espèce, la question est de savoir si l'exclusion des personnes demandant l'asile résultant de l'article 3 du *RCR* crée ou contribue à un effet disproportionné sur le groupe demandeur – en l'espèce, dans le cadre du présent moyen, les femmes demandant l'asile – pour un motif protégé (le sexe, en l'occurrence).

154. La réponse à cette question est affirmative et on peut y arriver par deux chemins potentiels.

155. On peut d'abord tout simplement constater l'effet disproportionné de l'exclusion résultant de l'article 3 du *RCR* sur les *femmes demandant l'asile*. Nous examinerons les éléments de preuve à cet effet ci-dessous. Dans ce chemin, on examine l'effet disproportionné directement dans le sous-groupe concerné des femmes.

156. Alternativement – ou cumulativement –, on peut examiner la preuve démontrant que l'absence d'accès à des services de garde subventionnés (qui résulte de la privation du bénéfice de la contribution réduite) a un effet disproportionné sur les femmes, constater que l'article 3 du *RCR* prive toutes les personnes demandant l'asile d'un tel accès, incluant *toutes les femmes* qui demandent l'asile et tirer la conclusion qui s'impose face à ces deux états de fait, soit que l'article 3 du *RCR* a un effet disproportionné sur les femmes. Dans ce chemin, on s'intéresse à l'effet disproportionné de la négation du bénéfice au sein du groupe des femmes dans sa globalité, puis on constate que le sous-groupe des femmes demandant l'asile subit concrètement cet effet disproportionné en raison de l'article 3 du *RCR*.

ii) L'arrêt Symes

157. Avant d'examiner la question de l'effet disproportionné, il convient de dire quelques mots sur l'arrêt *Symes*, sur lequel le procureur général a lourdement insisté en première

⁶⁸ *Ibid.*, para. 28-30, 37, 38, 41, 42, 46-49, 52-55, 71.

⁶⁹ *Ibid.*, para. 31.

instance et qui constitue en définitive la raison pour laquelle le juge de première instance a rejeté l'allégation de discrimination fondée sur le sexe, en affirmant que « rien ne permet de déterminer dans quelle proportion l'homme et la femme demandeurs-esses d'asile assumeraient les frais supplémentaires de garde de leurs enfants »⁷⁰.

158. Le juge de première instance a commis une erreur de droit en traitant l'affaire *Symes* comme un précédent applicable, pertinent et exhaustif pour l'analyse de la discrimination fondée sur le sexe alléguée par l'appelante incidente.

159. La réclamation dans l'affaire *Symes* était d'une nature fort différente du présent recours. Dans l'affaire *Symes*, la demanderesse alléguait qu'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* retenue pour lui refuser des déductions à titre de dépense d'entreprise qu'elle avait demandées pour le salaire qu'elle avait versé à une gardienne pour s'occuper de ses enfants portait atteinte à l'article 15 de la *Charte*. Les arguments de la demanderesse fondés sur l'article 15 reposaient exclusivement sur le préjudice allégué pour un sous-groupe particulier de femmes, les femmes mariées entrepreneures, du fait que la déduction fiscale de frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise leur était refusée.

160. Il s'agissait donc d'une réclamation d'une nature bien différente du recours de l'appelante incidente.

161. La raison pour laquelle il était crucial dans cette affaire de « démontrer que les femmes paient une part disproportionnée des frais de garde d'enfants »⁷¹ est exposée de façon claire dans ce passage des motifs du juge Iacobucci, écrivant pour la majorité :

C'est seulement si les femmes paient une part disproportionnée de ces frais que l'art. 63 peut avoir un effet quelconque, puisque le seul effet de cette disposition est de limiter le montant de la déduction fiscale à cette fin.⁷²

[Soulignement ajouté.]

162. Dans le présent dossier, tant la disposition contestée que la nature des effets disproportionnés allégués sont bien différentes.

⁷⁰ Jugement de la Cour supérieure, para. 44, **M.A., vol. 1, p. 31.**

⁷¹ *Symes*, *supra* note 62, p. 763.

⁷² *Ibid.*

163. Ce qui est allégué ici, c'est que la privation résultant de l'article 3 du *RCR* constitue un obstacle à l'intégration au marché du travail, à la francisation et plus largement à l'intégration à la société québécoise qui se pose de façon disproportionnée pour les femmes. Il s'agit ainsi d'un recours se posant dans des termes complètement différents de ceux mis de l'avant dans *Symes*.

164. En partant de la prémisse que la démonstration d'effets disproportionnés sur les femmes passait nécessairement par – et se réduisait à – la détermination de la part respective des hommes et des femmes dans le paiement des frais de garde, le juge de première instance a complètement déformé la question qu'il avait à trancher en ce qui concerne la discrimination fondée sur le sexe.

165. Notons de plus, bien que ce point ne soit pas déterminant quant à l'impact de l'arrêt *Symes* dans le présent dossier, puisque ce qui précède suffit à disposer de cette question, que cet arrêt de 1993 n'est pas conforme en tous points à la jurisprudence contemporaine en matière de droit à l'égalité.

166. Certes, dans le récent arrêt *Sharma*, les juges de la majorité citent *Symes* pour souligner que dans cet arrêt, « la Cour a insisté sur l'importance d'établir une distinction entre les effets préjudiciables « causés en totalité ou en partie » par la loi contestée et les effets qui « existent indépendamment de » la disposition ou de la mesure de l'État contestée (p. 765) »⁷³, tout en rappelant, notamment en s'appuyant sur *Fraser*, qu'il faut, en matière de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, faire la démonstration que « la loi contestée crée un effet disproportionné en raison d'une distinction fondée sur un motif protégé ou contribue à cet effet »⁷⁴.

167. Cela ne revient toutefois pas à dire qu'on ne peut faire la preuve de discrimination par suite d'un effet préjudiciable lorsqu'il existe dans une situation donnée des obstacles sociaux qui ne sont pas créés par la loi, comme le rappelait la Cour dans *Fraser* :

[71] Il n'est pas non plus nécessaire de se demander si la loi a en soi pour effet de créer des obstacles sociaux ou physiques de fond qui ont rendu une règle, une exigence ou un critère particulier désavantageux pour le groupe de

⁷³ *Sharma*, supra note 58, para. 44.

⁷⁴ *Ibid.*, para. 45.

demandeurs. Si l'on revient à l'affaire *Griggs*, cela reviendrait à se demander si Duke Power Co. était responsable du pourcentage peu élevé d'Afro-Américains détenant un diplôme d'études secondaires. Visiblement, ce n'était pas le cas — mais cette question n'était absolument pas pertinente pour décider si un effet disproportionné avait été établi. Il a toujours été nécessaire dans l'examen requis par le par. 15(1) de porter attention aux désavantages systémiques touchant les membres des groupes protégés, même si ces désavantages ne sont pas créés par l'État (*Alliance*, par. 41; *Centrale*, par. 32; *Vriend*, par. 84 et 97; *Eldridge*, par. 64-66; *Eaton*, par. 67; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1331-1332).

168. En d'autres termes, il faut distinguer les obstacles sociaux que l'on pourrait qualifier de préexistants, qui ne sont pas nécessairement imputables à l'État et n'ont pas à l'être, et l'effet disproportionné créé par la disposition contestée sur le groupe protégé (ou auquel elle contribue). Dans la mesure où l'on estime que l'arrêt *Symes* ne fait pas cette distinction, cet aspect du jugement doit être écarté.

169. Rappelons que l'essence même du deuxième volet du critère de l'article 15 consiste à se demander si la disposition contestée « nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage subi par le groupe touché »⁷⁵ (soulignements ajoutés).

170. En somme, ce qui importe, rappellent les juges de la majorité dans *Sharma*, c'est qu'on ne peut faire l'économie de la démonstration que la mesure contestée crée un effet disproportionné ou y contribue. Cela n'implique nullement que la mesure contestée est responsable des désavantages préexistants.

171. Soulignons de plus que « [l]e demandeur n'a pas à démontrer que la loi ou la mesure de l'État contestée était la *seule* ou la *principale* cause de l'effet disproportionné; il lui suffit de démontrer que la loi était *une* cause »⁷⁶.

172. Dans le présent dossier, le fait que la disposition contestée – l'article 3 du *RCR* – crée un obstacle à l'intégration au marché du travail, à la francisation et plus largement à l'intégration à la société québécoise qui se pose de façon disproportionnée pour les femmes ou contribue à cet obstacle s'impose à l'évidence : si l'article 3 du *RCR* n'excluait

⁷⁵ *Ibid.*, para. 51-55.

⁷⁶ *Ibid.*, para. 49, sous-para. b).

pas les personnes demandant l'asile, et en particulier les femmes qui demandent l'asile, de l'admissibilité à la contribution réduite, cet obstacle serait levé.

iii) L'article 3 du RCR a un effet disproportionné sur les femmes et perpétue leur désavantage historique

173. Dans les arrêts *Fraser* et *Sharma*, la Cour suprême a établi les balises suivantes quant aux exigences en matière de preuve susceptible de démontrer qu'une disposition a un effet disproportionné : aucune forme particulière de preuve n'est requise; deux principaux types de preuve peuvent être utiles pour faire cette démonstration, soit la preuve sur la situation du groupe de demandeurs et la preuve sur les conséquences de la loi; idéalement, des éléments de preuve des deux catégories seraient présentés, mais cela n'est pas un absolu, car « [t]ant une preuve de disparité statistique qu'une preuve de désavantage sur le groupe dans son ensemble peuvent démontrer un effet disproportionné, mais aucune n'est obligatoire et leur importance variera selon l'affaire »⁷⁷; dans certains cas, le lien de causalité entre la mesure contestée et l'effet disproportionné peut être évident et ne nécessiter aucune preuve; certaines questions peuvent être sous-documentées et sur certains aspects, il n'existe pas nécessairement de statistiques; « [p]our réaliser concrètement la promesse du par. 15(1), [...] il ne devrait pas être indûment difficile pour le demandeur de s'acquitter de son fardeau de preuve »⁷⁸; les tribunaux doivent demeurer « conscients des obstacles en matière de preuve ainsi que de ceux relatifs à l'asymétrie des connaissances (par rapport à l'État) auxquels font face de nombreux demandeurs⁷⁹ »⁸⁰.

174. Outre les faits relatés quant à sa situation personnelle, l'appelante incidente a produit deux expertises, dont celle de la D^{re} Jill Hanley, intitulée *The labour implications of the exclusion of refugee claimants from Quebec's subsidized childcare program*⁸¹, est plus particulièrement pertinente quant à la question de l'effet disproportionné sur les femmes – et notamment les femmes demandant l'asile – de la privation d'accès aux

⁷⁷ *Fraser*, supra note 61, para. 67.

⁷⁸ *Sharma*, supra note 58, para. 49.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*; *Fraser*, supra note 61, para. 55-67.

⁸¹ **M.A., vol. 1, pp. 138 et s.**

services de garde subventionnés résultant de l'inadmissibilité à la contribution réduite ainsi que toutes les sources au soutien de cette expertise, à savoir, des articles scientifiques étayant les conclusions de l'expertise⁸².

175. Au terme d'une enquête menée auprès de 325 personnes ayant demandé l'asile au Québec, la D^{re} Hanley a pu relever les données suivantes :

- I. parmi les personnes sans emploi chez les répondants, la plupart (54,5 %) avait des enfants d'un âge inférieur à 6 ans;
- II. de ce lot, 25 % affirmait que la raison pour laquelle ils étaient sans emploi était le caractère inabordable des services de garde;
- III. **toutes ces personnes** (les 25 % affirmant qu'elles étaient sans emploi parce qu'elles n'étaient pas en mesure de payer pour les services de garde) **étaient des femmes**⁸³.

176. La D^{re} Hanley reproduit aussi certains témoignages recueillis auprès de femmes ayant demandé l'asile, qui, comme l'appelante incidente, sont incapables de travailler en raison de leur inadmissibilité aux services de garde subventionnés. L'une des femmes interviewées relatait ce qui suit :

I did not have a daycare, not even for my son because refugees don't get daycares, like the subsidized daycares. They no longer give it to refugees, so all refugee children are home. So most refugee moms cannot work... That's the only thing that makes me sad, because I feel – I don't know if this is right, but I feel useless. I can't work. I can't even help them, like, some things I want to do for them, I can't afford it because I don't have a job, you know? And I'm on welfare. I'm not used to being on welfare. I'm used to working hard to... make ends meet. I'm not used to sitting at home and someone giving me money to take care of my children... I'm grateful that I have welfare, but I wish I could work... Let me pay. I want to pay taxes. Let me give back to the society. I'm tired of sitting at home. I wish I could be a volunteer somewhere, but what's going to happen to the kids? There's nothing I can do right now, 'cause I don't have family here, I don't have daycare...⁸⁴

⁸² M.I.A.I., vol. 1-4, p. 124 et s.

⁸³ Jill Hanley, *The labour implications of the exclusion of refugee claimants from Quebec's subsidized childcare program* ["Hanley"], para. 44, M.I.A.I., vol. 1, p. 116.

⁸⁴ *Ibid.*, para. 50, M.I.A.I., vol. 1, p. 117-118.

177. La D^{re} Hanley relate également les obstacles auxquels les femmes demandant l'asile exclues des services de garde subventionnés font face en matière de francisation et d'intégration sociale⁸⁵.

178. Dans une publication scientifique citée dans l'expertise de la D^{re} Hanley intitulée *Resettlement challenges faced by refugee claimant families in Montreal: lack of access to child care*⁸⁶, les auteures, qui ont mené des entrevues auprès de 75 personnes dans des familles avec enfants arrivées au Québec en tant que demandeurs d'asile, notent les obstacles relatés par les mères :

One-third of all adult participants, representing 11 out of 29 mothers, were engaged in full-time child care. Mothers of young children explain that they are unable to access formal child care services because they cannot afford them and are not eligible for reduced fees because of their immigration status. According to them, this lack of child care services renders it more difficult to work outside home, to learn French and to run errands. Mothers report reduced family income, poor language acquisition and decreased opportunity for social integration. Several mothers describe symptoms of depression as a result of social isolation. Single mothers appear to be the most affected.⁸⁷

179. Par ailleurs, l'expertise de la D^{re} Hanley et les sources à son soutien établissent l'effet négatif disproportionné sur les femmes en tant que groupe général de la privation d'accès aux services de garde subventionnés⁸⁸.

180. Elle rappelle que les femmes assument de façon disproportionnée les obligations relatives à la garde et au soin des enfants, notant entre autres que les femmes dans les couples hétérosexuels sont substantiellement plus susceptibles de décider que la mère restera à la maison pour s'occuper des enfants si le coût ou la disponibilité des services de garde fait obstacle à l'occupation d'un emploi⁸⁹.

181. Elle constate le haut degré de consensus dans la littérature scientifique quant au fait que « access to affordable childcare increases women's (i.e. mothers') participation in the

⁸⁵ *Ibid.*, para. 55-57, **M.I.A.I.**, vol. 1, p. 119-120.

⁸⁶ Gillian Morantz, Cécile Rousseau, Anna Banerji, Carolina Martin et Jody Heymann, *Resettlement challenges faced by refugee claimant families in Montreal: lack of access to child care*, *Child and Family Social Work* 2013, 18, pp. 318-328 [“Morantz et al.”], **M.I.A.I.**, vol. 4, p. 1322-1332.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 322, **M.I.A.I.**, vol. 4, p. 1326.

⁸⁸ Hanley, *supra* note 83, para. 23-29, **M.I.A.I.**, vol. 1, p. 108-112.

⁸⁹ *Ibid.*, para. 25, **M.I.A.I.**, vol. 1, p. 110-11.

labour force and, conversely, that high costs of childcare discourage women's employment. »⁹⁰

182. Elle note également que les disparités salariales qui continuent de sévir au désavantage des femmes peuvent faire en sorte que l'accès à l'emploi améliore peu la situation financière des femmes, voire la détériore, en l'absence de services de garde subventionnés⁹¹.

183. Ces conclusions sont toutes appuyées par plusieurs publications scientifiques, jointes au soutien de l'expertise.

184. Nous relevons aussi au passage que les personnes demandant l'asile ne sont pas admissibles aux versements anticipés du crédit d'impôt pour frais de garde⁹² (qui permettent d'obtenir un montant en plusieurs versements au fil de l'année plutôt qu'après la production d'une déclaration de revenus).

185. En résumé, la preuve au dossier établit clairement que l'absence d'accès à des services de garde subventionnés – prenant ici la forme de l'admissibilité à la contribution réduite – a un effet disproportionné sur le sous-groupe des femmes demandant l'asile ainsi que sur les femmes en tant que groupe général.

186. L'article 3 du *RCR* crée donc un effet disproportionné sur les femmes, que l'on emprunte l'une ou l'autre des deux voies de démonstration de cet effet disproportionné évoquées plus haut. La première étape du critère de l'article 15 est ainsi satisfaite.

187. La deuxième étape du critère de l'article 15 consiste à déterminer si la mesure contestée « impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage »⁹³.

188. Il est manifeste que ce volet est aussi rempli en l'espèce.

189. Le désavantage historique vécu par les femmes est mis en évidence par la preuve dont les éléments clés sont rapportés ci-dessus.

⁹⁰ *Ibid.*, para. 24, **M.I.A.I., vol. 1, p. 109-110.**

⁹¹ *Ibid.*, para. 27, **M.I.A.I., vol. 1, p. 111.**

⁹² *Loi sur les impôts*, RLRQ, c. I-3, art. 1029.8.80.2, **M.I.A.I., vol. 5, p. 1723.**

⁹³ *Fraser, supra* note 61, para. 27; *Sharma, supra* note 58, para. 28.

190. Les femmes assument de façon disproportionnée les obligations relatives à la garde et au soin des enfants.

191. Cet état de fait entraîne une participation moindre au marché du travail que chez les hommes.

192. Elles font également les frais de disparités salariales persistantes fondées sur le sexe.

193. En niant aux femmes demandant l'asile le bénéfice de la contribution réduite et donc de l'accès aux services de garde subventionnés, l'article 3 du *RCR* renforce et perpétue le désavantage historique vécu par ces femmes.

194. La distinction créée par l'exclusion résultant de l'article 3 constitue donc de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable fondée sur le sexe.

C. Le juge de première instance a erré en concluant que l'article 3 du *RCR* n'établit pas de distinction discriminatoire sur la base de la citoyenneté

195. La citoyenneté constitue un motif analogue en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne* reconnu depuis l'arrêt *Andrews*⁹⁴ de la Cour suprême.

196. Le juge de première instance a conclu que l'article 3 du *RCR* n'établit pas de distinction fondée sur le motif de citoyenneté en raison du fait que certaines des catégories de personnes apparaissant à l'article 3 du *RCR* ne sont pas des citoyens.

197. Les personnes qui demandent l'asile partagent toute la même caractéristique de ne pas être titulaire de la citoyenneté canadienne.

198. Le fait que l'article 3 du *RCR* ne défavorise pas *tous* les non-citoyens n'entraîne pas comme conséquence qu'il ne peut y avoir de discrimination fondée sur la citoyenneté.

199. En effet, comme nous l'avons expliqué dans la section précédente, il est bien établi qu'une mesure peut être discriminatoire même si elle ne vise qu'une partie d'un groupe.

200. En d'autres termes, il arrive fréquemment que l'on conclue à l'existence de discrimination quant à un sous-groupe d'un groupe associé à un motif de discrimination prohibé. Ainsi, on a conclu que la discrimination à l'égard du sous-groupe des femmes

⁹⁴ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143 [« **Andrews** »].

enceintes constitue de la discrimination fondée sur le sexe⁹⁵. De la même façon, et comme nous l'expliquions dans la section précédente, la discrimination à l'égard du sous-groupe des femmes demandant l'asile constitue de la discrimination fondée sur le sexe.

201. Ici, la discrimination à l'égard du sous-groupe des non-citoyens constitué des personnes demandant l'asile constitue de la discrimination fondée sur la citoyenneté.

202. Rappelons qu'à la première étape de l'analyse en vertu de l'article 15, il s'agit de démontrer que la disposition contestée « crée, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue »⁹⁶.

203. L'article 3 du *RCR* exclut de l'admissibilité à la contribution réduite *tous* les membres du sous-groupe des non-citoyens demandeurs d'asile, sur la seule base de leur appartenance à ce groupe.

204. Cet article établit donc une distinction fondée sur le motif analogue de la citoyenneté, puisqu'il prive tous les membres du sous-groupe des non-citoyens demandeurs d'asile du bénéfice de la contribution réduite.

205. Le fait de ne pas détenir la citoyenneté, loin d'être une considération lointaine, indirecte ou arbitraire dans la distinction opérée par l'article 3, a plutôt pour les membres du sous-groupe en cause « un rapport direct avec leur incapacité de bénéficier d'une manière égale des services fournis par le gouvernement »⁹⁷, comme c'était précisément le cas par exemple des personnes atteintes de surdité dans l'affaire *Eldridge* ou encore des accidentés du travail souffrant de douleur chronique dans l'affaire *Martin*.

206. La distinction est donc fondée sur un motif prohibé, de sorte que le premier volet du critère de l'article 15 est rempli.

207. En ce qui concerne le deuxième volet portant sur le caractère discriminatoire de la distinction, nous référons cette Cour à la section suivante du mémoire, puisque l'analyse est la même pour les arguments invoquant le motif de citoyenneté et le motif de statut d'immigration.

⁹⁵ *Fraser, supra* note 61, para. 72.

⁹⁶ *Sharma, supra* note 58, para. 28.

⁹⁷ *Eldridge, supra* note 58, para. 76.

D. Le juge de première instance a erré en concluant que le statut d'immigration n'est pas un motif analogue prohibé de discrimination et donc que l'article 3 du RCR n'établit pas de distinction discriminatoire sur cette base

i) Le statut d'immigration est un motif analogue visé par l'article 15

208. Sans se prononcer explicitement sur la question, le juge de première instance semble écarter le statut d'immigration à titre de motif analogue prohibé de discrimination en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne*. En tout état de cause, le juge de première instance ne procède à aucune analyse de la discrimination en lien avec ce motif.

209. Le juge écrit que « le statut migratoire est temporaire alors que tel n'est pas le cas pour la religion »⁹⁸ et note que certaines décisions ont conclu que le statut d'immigration n'était pas un motif analogue au sens de l'article 15 de la *Charte*.

210. En concluant ainsi, le juge a erré en droit, puisqu'il n'a pas respecté les balises tracées par la Cour suprême en ce qui concerne la reconnaissance d'un motif analogue en vertu de l'article 15.

211. Notons tout de suite au sujet de la jurisprudence sur la question de la reconnaissance du statut d'immigration à titre de motif analogue qu'elle est partagée.

212. Si certaines décisions concluent que le statut d'immigration ne se qualifie pas à titre de motif analogue, d'autres décisions l'ont au contraire reconnu comme un motif analogue.

213. Dans l'affaire *Jaballah*⁹⁹, la Cour fédérale concluait que la détention du demandeur sans possibilité d'un contrôle judiciaire de celle-ci constituait de la discrimination fondée sur son statut d'immigration :

[80] Il y a un autre groupe de référence, celui des résidents permanents détenus en vertu d'un certificat de sécurité qui, selon l'article 83 de la LIPR, bénéficient de droits procéduraux que n'ont pas les étrangers. Lorsqu'un mandat est délivré, le résident permanent visé par un certificat de sécurité délivré par les ministres est sujet à détention obligatoire, mais cette détention se poursuit sous réserve du contrôle exercé par un juge dans un délai de 48 heures après le début de la détention, et elle se poursuit sous réserve d'un contrôle additionnel périodique exercé au moins une fois tous les six mois par la suite. Ce contrôle n'est pas

⁹⁸ Jugement de la Cour supérieure, para. 50, **M.A., vol. 1, p. 32.**

⁹⁹ *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Jaballah*, 2006 CF 115.

offert à l'étranger détenu en vertu du paragraphe 82(2) de la LIPR. S'agissant de l'admission au barreau d'une province, la nationalité est considérée comme un motif de discrimination analogue à ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1) (*Andrews c. Law Society of B.C.*, [1989] 1 R.C.S. 143). Selon moi, le fait de traiter un étranger différemment d'une autre personne qui a été admise comme résident permanent, et qui n'a qu'un droit limité de rester au Canada, ne peut être considéré comme un traitement offrant l'égalité devant la loi et le droit au même bénéfice de la loi.

[81] À mon avis, le maintien en détention sans contrôle judiciaire, en application du paragraphe 82(2), entraîne une perte du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi pour un étranger, et cela uniquement à cause de son statut au regard de l'immigration. Ce traitement constitue une discrimination fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte, et cela sans aucune raison aisément discernable, du moins aucune qui puisse intéresser les impératifs de sécurité nationale, l'objet de la détention selon le paragraphe 82(2) et l'article 83 de la LIPR.

[...]

[93] [...]

ii) eu égard aux circonstances de la présente affaire, la longue détention de M. Jaballah en application du paragraphe 82(2) de la LIPR, en tant qu'étranger, sans la possibilité d'un contrôle judiciaire de cette détention jusqu'à ce qu'il soit statué sur le caractère raisonnable du certificat des ministres, conduit à le priver de son droit à l'égalité devant la loi et de son droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, et cela en raison d'une discrimination fondée sur son statut en matière d'immigration, en violation du paragraphe 15(1) de la Charte, si l'on compare la situation de M. Jaballah à celle d'un résident permanent qui serait pareillement détenu en vertu d'un certificat de sécurité selon l'article 83 de la Loi;

[Soulignements ajoutés.]

214. La Cour d'appel de l'Ontario a également accepté le statut d'immigration à titre de motif analogue en vertu de l'article 15 de la *Charte* dans l'affaire *R. v. Church of Scientology of Toronto*¹⁰⁰, même si elle a conclu à l'absence de discrimination dans le cas dont elle était saisie.

215. Dans l'affaire *Fraser v. Canada (Attorney General)*¹⁰¹, décidée avant l'affaire *Jaballah*, la Cour supérieure de l'Ontario décidait dans le cadre d'une requête en radiation qu'il n'était pas manifeste (« plain and obvious ») que le statut d'immigration ne pouvait être un motif analogue en vertu de l'article 15 de la *Charte*.

¹⁰⁰ 1997 CanLII 16226 (ON CA), pp. 41-42.

¹⁰¹ 2005 CanLII 47783 (ON SC).

216. Notons de plus que les décisions qui parviennent à la conclusion qu'il ne s'agit pas d'un motif analogue reposent toutes sur le fait que le statut d'immigration n'est pas une caractéristique immuable – ou, pour reprendre les termes du juge de première instance, une caractéristique temporaire¹⁰².

217. Or, la jurisprudence de la Cour suprême a souligné de façon constante « qu'une différence de traitement pouvait être discriminatoire même si elle est fondée sur des choix faits par l'individu ou le groupe touché. »¹⁰³

218. Plus encore, la jurisprudence de la Cour suprême précise en toutes lettres que le fait qu'une caractéristique personnelle ne soit pas immuable ou soit temporaire n'empêche nullement sa reconnaissance comme motif analogue :

148 Parmi les qualificatifs que les juges ont associés aux motifs analogues, on note le thème de la violation de la dignité et de la liberté de la personne lorsque sont imposés des restrictions et des désavantages fondés sur une attribution stéréotypée de caractéristiques de groupe plutôt que sur les capacités ou les mérites d'un individu ou encore sur les circonstances qui lui sont propres. Un indice de motif analogue pourrait être le fait que le groupe visé a subi un désavantage historique, indépendamment de la distinction contestée : *Andrews*, précité, à la p. 152, le juge Wilson, et *Turpin*, précité, aux pp. 1331 et 1332. Un autre pourrait être que le groupe constitue une « minorité discrète et isolée » : *Andrews*, précité, à la p. 152, le juge Wilson, et à la p. 183, le juge McIntyre; *Turpin*, précité, à la p. 1333. Un autre indice serait le cas où une distinction est fondée sur une caractéristique personnelle; comme l'affirme le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, « [[]es distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement » (pp. 174 et 175). Par extension, on a soutenu que des distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles et immuables¹⁰⁴ doivent être discriminatoires au sens du par. 15(1) : *Andrews*, précité, à la p. 195, le juge La Forest. Une comparaison entre le motif soulevé et les motifs énumérés peut également être utile, de même que la reconnaissance que les législateurs et les juristes considèrent que le motif en question est discriminatoire : voir *Egan c. Canada*, précité, le juge Cory.

149 Tous ces éléments peuvent être des indices valides au sens où leur présence peut constituer un signe de l'existence d'un motif analogue. Cependant, n'est pas valide la proposition contraire -- selon laquelle un ou

¹⁰² À titre d'exemple : *Toussaint c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 213, para. 99; *Almadhoun c. Canada*, 2018 CAF 112, para. 28.

¹⁰³ *Fraser*, *supra* note 61, para. 86.

¹⁰⁴ Soulignement dans l'original.

l'ensemble de ces éléments doivent être présents si l'on veut conclure à l'existence d'un motif analogue. Comme l'a reconnu le juge Wilson dans l'arrêt *Turpin* (à la p. 1333), ils ne sont qu'« un moyen analytique » utilisé pour « déterminer » une question. Par exemple, on ne peut limiter les motifs analogues aux groupes historiquement défavorisés; pour que la *Charte* demeure pertinente pour les générations futures, elle doit permettre de reconnaître de nouveaux motifs de discrimination. Il n'est pas non plus essentiel que le motif analogue vise une minorité discrète et isolée; cela est confirmé par l'inclusion du motif fondé sur le sexe parmi ceux énumérés au par. 15(1). De plus, bien que des repères de groupe discriminatoires comportent souvent des caractéristiques immuables, ce n'est pas nécessairement toujours le cas. Par exemple, la religion, un motif énuméré, n'est pas un motif immuable, ni d'ailleurs la citoyenneté, reconnue dans l'arrêt *Andrews*, pas plus que la province de résidence, examinée dans l'arrêt *Turpin*. Ces éléments peuvent parmi d'autres constituer des indices de motifs analogues; cependant, le principe unificateur est plus général : il faut éviter les raisonnements stéréotypés et la création de distinctions juridiques qui violent la dignité et la liberté de la personne pour un motif fondé sur une idée préconçue des caractéristiques attribuées à un groupe plutôt que sur les capacités ou les mérites d'un individu ou sur les circonstances qui lui sont propres.¹⁰⁵

[Italiques dans l'original, soulignements ajoutés, sauf lorsqu'indiqué.]

219. La Cour n'a nullement désavoué cette perspective dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*¹⁰⁶, qui cite avec approbation l'arrêt *Miron c. Trudel* précité.

220. La Cour a d'ailleurs continué, après l'arrêt *Corbiere*, de reconnaître les motifs analogues de la citoyenneté et de l'état matrimonial, bien que ceux-ci ne constituent pas des caractéristiques immuables. Soulignons ainsi que dans les affaires *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*¹⁰⁷ et *Québec (Procureur général) c. A*¹⁰⁸, toutes deux postérieures à *Corbiere*, la Cour a continué de reconnaître l'état matrimonial à titre de motif analogue alors que certaines des instances inférieures avaient justement refusé de le faire en invoquant précisément le fait qu'il ne s'agissait pas d'une caractéristique immuable, comme l'a fait le juge de première instance en l'espèce.

¹⁰⁵ *Miron c. Trudel*, [1995] 2 RCS 418, para. 148-149.

¹⁰⁶ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 RCS 203.

¹⁰⁷ 2002 CSC 83.

¹⁰⁸ 2013 CSC 5.

221. La Cour suprême a de la même façon reconnu que la citoyenneté était un motif analogue au sens de l'article 15 de la *Charte* bien que ce statut ne soit pas immuable. Elle l'a reconnu notamment en pointant que les membres de ce groupe constituent une « minorité discrète et isolée »¹⁰⁹ visée par la protection de l'article 15. La Cour a aussi noté le fait que les personnes membres de ce groupe sont « relativement dépourvues de pouvoir politique »¹¹⁰ et que leurs « intérêts risquent d'être compromis par des décisions législatives »¹¹¹.

222. Ces commentaires s'appliquent tout à fait au statut d'immigration. Les personnes qui demandent l'asile sont en fait peut-être l'illustration la plus archétypale que l'on puisse imaginer de la catégorie des motifs analogues dépeinte dans la jurisprudence de la Cour suprême précitée : ces personnes appartiennent à une minorité discrète et isolée, elles sont relativement dépourvues de pouvoir politique, leurs intérêts risquent d'être compromis par des décisions du gouvernement et, globalement, elles font partie d'un groupe qui a subi un désavantage historique.

223. Pour ces motifs, le statut d'immigration fait manifestement partie des motifs analogues visés par la protection de l'article 15 de la *Charte canadienne*, au même titre que, par exemple, la citoyenneté ou l'état matrimonial.

ii) L'article 3 du RCR établit une distinction discriminatoire fondée sur le statut d'immigration

224. L'article 3 du *RCR* nie un avantage – la contribution réduite – aux personnes appartenant à la catégorie des demandeurs d'asile. En d'autres termes, l'article 3 crée une distinction – la non-admissibilité à la contribution réduite – qui est fondée sur le motif analogue du statut d'immigration, puisque cet article, tel qu'interprété par la Cour, exclut précisément les personnes dont le statut d'immigration est celui de demandeur d'asile. Lorsque le statut d'immigration de ces personnes change de sorte qu'elles deviennent des réfugiés ou personnes à protéger au sens de la *LIPR*, elles deviennent admissibles à

¹⁰⁹ *Andrews, supra* note 94, pp. 152-153, 183.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 195 (voir aussi p. 152).

¹¹¹ *Ibid.*

la contribution réduite. Ainsi, leur exclusion est manifestement fondée sur leur statut d'immigration. Le premier volet du critère de l'article 15 est ainsi rempli, puisque la disposition contestée crée une distinction fondée sur un motif analogue.

225. À la seconde étape du critère de l'article 15, il s'agit de déterminer si la mesure « impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage »¹¹².

226. Nous examinerons cette question quant aux motifs analogues de citoyenneté et de statut d'immigration de façon combinée, l'analyse étant la même quant à ce volet dans un cas comme dans l'autre.

227. Les personnes qui demandent l'asile constituent un groupe historiquement défavorisé faisant face à des difficultés très importantes à leur arrivée au pays. Certains aspects de cette réalité – qui relève de la connaissance d'office du tribunal – sont résumés par les auteures Morantz et al. en ces termes :

In addition to pre-migratory traumas, many refugee claimants face significant post-migratory challenges: poverty, discrimination, social isolation, language barriers, difficulty accessing work, limited healthcare and precarious immigration status (Renaud *et al.* 2003; Gerritsen *et al.* 2006; Momartin *et al.* 2006; ter Kuile *et al.* 2007; Rousseau *et al.* 2008; Toar *et al.* 2009).

[...]

While waiting for their refugee hearings, refugee claimants in Canada are eligible for minimal social assistance and are usually permitted to work and attend school. However, they encounter many barriers to employment: language barriers, discrimination and their temporary status (Renaud *et al.* 2003).

Refugee claimants with young children may also face the additional barrier of child care. Because refugee claimants usually arrive without a social support system, it may be difficult for them to access informal child care (Kindon & Broome 2009; Dolan & Sherlock 2010; Tyler 2010). Many experience social isolation and prolonged separation from family; their claim must be approved before they can apply for family reunification (Silove *et al.* 1998; Rousseau *et al.* 2001; Gerritsen *et al.* 2006; Momartin *et al.* 2006; Citizenship and Immigration Canada 2010)¹¹³

¹¹² *Sharma, supra* note 58, para. 28.

¹¹³ Morantz *et al.*, *supra* note 86, p. 319, **M.I.A.I., vol. 4, p. 1323.**

228. L'expertise de la D^{re} Hanley et les sources à son soutien, incluant l'article des auteures Morantz et al. précité, montrent de façon éloquente que la négation du bénéfice des services de garde subventionnés perpétue et renforce le désavantage vécu par les personnes demandant l'asile.

229. À la lumière de la littérature scientifique qu'elle a consultée et de ses enquêtes, la D^{re} Hanley tire les conclusions suivantes quant à différents effets de l'exclusion des personnes demandant l'asile des services de garde subventionnés :

We can be very confident that the exclusion of refugee claimants – a highly racialized population – from Quebec's subsidized childcare program results in the following effects:

A. Many parents – particularly mothers, and even more so single mothers – of young children are unable to access the labour market in the absence of affordable childcare.

B. Parents denied access to the labour market find themselves dependent on Last Resort Financial Assistance, at high cost both for the state and in terms of parents' financial and social wellbeing.

C. Other parents enter the work force while either paying an unreasonably high proportion of their income on childcare (introducing other budgetary problems) or relying on informal, unregulated childcare (introducing instability into their job tenure).

D. Refugee claimants who are unable to work while their children are preschool age (the claims process takes years to complete) face lifelong employment effects related to deskilling, earning potential and career trajectories that will follow many of them into their lives as Permanent Residents and, eventually, Canadian citizens.

E. Denial of subsidized childcare to refugee claimants creates social exclusion. Refugee claimants may feel unable to contribute socially while experiencing reinforced dependence on social assistance and many parents feel acutely that their children are being denied opportunities for development and social connection.¹¹⁴

230. L'appelante incidente souligne que le procureur général n'a administré aucune preuve visant à réfuter ou contrer cette preuve.

¹¹⁴ Hanley, *supra* note 83, para. 58, **M.I.A.I., vol. 1, p. 120.**

231. Il est ainsi manifeste qu'en niant aux personnes demandant l'asile le bénéfice de la contribution réduite et donc de l'accès aux services de garde subventionnés, l'article 3 du *RCR* renforce et perpétue le désavantage historique vécu par ces personnes.

232. La distinction créée par l'exclusion résultant de l'article 3 constitue donc de la discrimination fondée sur la citoyenneté ou le statut d'immigration.

E. L'appelant n'a pas fait la démonstration que l'atteinte portée à l'article 15 de la Charte canadienne est justifiée en vertu de l'article premier de celle-ci

233. Devant la Cour supérieure, le procureur général s'est contenté d'affirmer que « les catégories de personnes admissibles à la contribution réduite en vertu de l'article 3 du *RCR* témoignent de l'objectif du Gouvernement du Québec de donner une aide financière aux personnes qui présentent un lien suffisant avec le Québec »¹¹⁵ et de déclarer, sans étayer cette proposition de quelque façon que ce soit, que l'exclusion des personnes demandant l'asile résultant de l'article 3 « présente un lien rationnel avec cet objectif et constitue une atteinte minimale et proportionnée »¹¹⁶.

234. Le procureur général ne s'est pas déchargé du fardeau qui lui incombe de démontrer que l'atteinte à l'article 15 de la *Charte* est justifiée en vertu de l'article premier.

235. D'abord, nous soulignons que le procureur général n'a pas identifié un objectif urgent et réel d'une façon conforme aux enseignements de la Cour suprême.

236. Rappelons que la Cour suprême a à maintes reprises souligné que l'objectif à considérer à la première étape du critère établi dans l'arrêt *Oakes* quant à l'analyse de la justification en vertu de l'article premier « est celui de la mesure attentatoire, et non, de façon plus générale, celui de la disposition »¹¹⁷.

237. Or, le procureur général a fait défaut d'identifier l'objectif de la mesure attentatoire, à savoir l'exclusion spécifique des personnes demandant l'asile à la contribution réduite, et a plutôt énoncé un objectif général que poursuivrait l'article 3 du *RCR*.

¹¹⁵ Mémoire du Procureur général du Québec, para. 80, *M.I.A.I.*, vol. 1, p. 87.

¹¹⁶ *Ibid.*, para. 81, *M.I.A.I.*, vol. 1, p. 87.

¹¹⁷ *Frank c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 1 [« *Frank* »], para. 46.

238. De plus, le fait d'avoir explicitement permis pendant plusieurs années aux personnes demandant l'asile et titulaires d'un permis de travail de bénéficier de l'admissibilité à la contribution réduite, comme en fait notamment foi le courriel d'août 2015 émanant du ministère¹¹⁸ rend particulièrement ardue la démonstration d'un objectif urgent et réel spécifiquement lié à la mesure attentatoire.

239. La règle posée par l'article premier de la *Charte canadienne* impose à la partie qui tente de justifier une atteinte à un droit protégé par la *Charte* un fardeau de *démonstration* raisonnée (« [...] dont la justification puisse se démontrer [...] »). Il ne suffit donc pas de s'en tenir, pour satisfaire ce fardeau, à des affirmations non étayées.

240. Le procureur général devait d'abord faire la démonstration d'un lien rationnel entre la mesure attentatoire et l'objectif urgent et réel, ce qui exige de démontrer « que la mesure ne soit « ni arbitrair[e], ni inéquitable, ni fondé[e] sur des considérations irrationnelles » »¹¹⁹.

241. En ce qui concerne le critère de l'atteinte minimale, le procureur général devait démontrer que « la mesure en cause restreint le droit aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l'objectif législatif »¹²⁰, ce qui suppose que la mesure soit « soigneusement adaptée » pour faire en sorte que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est raisonnablement nécessaire »¹²¹.

242. Enfin, à la dernière étape de l'analyse concernant la proportionnalité entre les effets et les objectifs, il faut se demander « s'il y a proportionnalité entre les effets globaux de la mesure qui porte atteinte à la *Charte* et les objectifs législatifs »¹²², ce qui suppose de « procéder à l'évaluation la plus vaste possible des avantages »¹²³ de la disposition ou mesure contestée « pour la société, en les mettant en balance avec le prix à payer pour les restrictions apportées »¹²⁴ au droit garanti par la *Charte*.

¹¹⁸ Pièce P-2, **M.A., vol. 2, pp. 171-172.**

¹¹⁹ *Frank*, *supra* note 117, para. 59.

¹²⁰ *Ibid.*, para. 66.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *R. c. Brown*, 2022 CSC 18, para. 143.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*

243. Le procureur général ne s'est déchargé de son fardeau à l'égard d'aucun de ces critères.

244. Il est à tout événement difficile de voir comment le procureur général pourrait faire la démonstration d'une justification en vertu de l'article premier sur la base du « lien suffisant avec le Québec » qu'il a mise de l'avant vu le contenu de l'article 3 du *RCR*.

245. En effet, plusieurs des catégories établies à l'article 3 sont *par nature* des catégories de personnes séjournant au Québec *de façon temporaire* : c'est le cas notamment de la personne qui séjourne de façon temporaire au Québec pour y travailler en vertu d'un permis de travail d'une durée déterminée (paragraphe 3), de l'étudiant étranger titulaire d'un certificat d'acceptation délivré par le gouvernement québécois¹²⁵ (paragraphe 4) et du titulaire d'un permis de séjour temporaire délivré en vertu de l'article 24 de la *LIPR* (paragraphe 7).

246. Ce dernier cas de figure est particulièrement frappant : le permis prévu à l'article 24 de la *LIPR* est octroyé dans des circonstances exceptionnelles pour permettre à un étranger d'être au Canada *malgré une interdiction de territoire ou l'inobservation de la LIPR*, est évidemment temporaire et est de surcroît révoquant en tout temps¹²⁶.

247. Les personnes demandant l'asile au Canada souhaitent pour leur part s'établir au pays. De plus, le cadre du présent recours et la réparation sollicitée font en sorte de viser de façon circonscrite les personnes demandant l'asile qui séjournent au Québec et sont titulaires d'un permis de travail, ce qui ajoute à la connexion substantielle que ces personnes ont avec le Québec.

248. Le gouvernement ne peut du même souffle prétendre vouloir exclure les personnes demandant l'asile de l'admissibilité à la contribution réduite au motif qu'elles n'ont pas un lien suffisant avec le Québec et d'autre part rendre admissibles des personnes qui sont au Québec de façon *nécessairement temporaire*, voire dont le statut peut être révoquant en tout temps.

¹²⁵ Voir les articles 2 et 3 du *Règlement sur l'immigration au Québec*, RLRQ, c. I-0.2.1, r. 3, **M.I.A.I., vol. 5, p. 1735.**

¹²⁶ *LIPR*, art. 24(1), **M.I.A.I., vol. 5, p. 1731.**

F. La réparation constitutionnelle appropriée à l'atteinte que porte l'article 3 du RCR à l'article 15 de la *Charte canadienne* est la méthode de l'interprétation large

249. La réparation la plus appropriée dans le cas présent pour rectifier les violations de la *Charte* consiste en l'application de la méthode de l'interprétation large (*reading in*).

250. Les trois conditions établies par la jurisprudence¹²⁷ pour que cette méthode soit appliquée sont remplies : a) l'interprétation large favoriserait l'atteinte de l'objectif du gouvernement de fournir des services de garde éducatifs abordables et de qualité et constituerait un empiètement moindre sur cet objectif que l'annulation de l'article 3; b) le choix des moyens utilisés par le législateur pour atteindre cet objectif n'est pas assez incontestable pour que l'interprétation large constitue un empiètement inacceptable sur le domaine législatif; c) l'interprétation large ne comporterait pas un empiètement si important sur les décisions financières du législateur qu'elle modifierait la nature du régime des services de garde subventionnés.

251. Il convient donc de déclarer à titre de réparation de l'atteinte que porte l'article 3 du RCR au droit à l'égalité que garantit la *Charte* la réparation suivante : l'article 3 doit désormais se lire comme visant aussi le cas suivant : « il est un demandeur d'asile au sens de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LC 2001, c. 27), séjourne au Québec et est titulaire d'un permis de travail ».

¹²⁷ *Schachter c. Canada*, [1992] 2 RCS 679, pp. 695-696, 700-702, 707 et 711-715; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 RCS 493, para. 150, 153, 155 et 160-171.

PARTIE IV – LES CONCLUSIONS

Pour tous ces motifs, l'appelante incidente demande à cette honorable Cour de :

ACCUEILLIR l'appel incident;

INFIRMER le jugement de première instance en ce qui concerne le rejet des conclusions cherchant à faire déclarer que l'exclusion des personnes demandant l'asile séjournant au Québec et titulaires d'un permis de travail à l'article 3 du *Règlement sur la contribution réduite*, RLRQ, c. S-4.1.1, r. 1 porte atteinte à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que cette atteinte n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*;

ET, PROCÉDANT À RENDRE LE JUGEMENT QUI AURAIT DÛ ÊTRE RENDU :

DÉCLARER que l'exclusion des personnes demandant l'asile séjournant au Québec et titulaires d'un permis de travail à l'article 3 du *Règlement sur la contribution réduite*, RLRQ, c. S-4.1.1, r. 1 porte atteinte à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que cette atteinte n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*;

DÉCLARER à titre de réparation de cette atteinte que l'article 3 du *Règlement sur la contribution réduite*, RLRQ, c. S-4.1.1, r. 1 doit désormais se lire comme visant aussi le cas suivant : « il est un demandeur d'asile au sens de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LC 2001, c. 27), séjourne au Québec et est titulaire d'un permis de travail; »;

RENDRE toute autre ordonnance que la Cour jugera appropriée;

LE TOUT avec frais de justice tant devant la Cour supérieure qu'en appel.

Montréal, le 29 novembre 2022

MMGC

MMGC
(M^e Sibel Ataogul)
(M^e Guillaume Grenier)
Avocats de l'intimée / appelante incidente

PARTIE V – LES SOURCES

<u>Jurisprudence</u>	<u>Paragraphe(s)</u>
<i>Guindon c. Canada</i> , 2015 CSC 41 132,133
<i>R. c. Sharma</i> , 2022 CSC 39	141,152,166,169,170,171,173, 187,202,225
<i>Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)</i> , [1997] 3 RCS 624 141,205
<i>Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux</i> , 2018 CSC 17 141
<i>Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears</i> , [1985] 2 RCS 536 142
<i>Fraser c. Canada (Procureur général)</i> , 2020 CSC 28	143,150,152,166,167,173,187, 200,217
<i>Symes c. Canada</i> , [1993] 4 RCS 695	149,157,158,159,161,163,165, 166,168
<i>Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur</i> , 2003 CSC 54 150,205
<i>Andrews c. Law Society of British Columbia</i> , [1989] 1 RCS 143 195,221
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Jaballah</i> , 2006 CF 115 213,215
<i>R. v. Church of Scientology of Toronto</i> , 1997 CanLII 16226 (ON CA), 214
<i>Fraser v. Canada (Attorney General)</i> , 2005 CanLII 47783 (ON SC) 215
<i>Toussaint c. Canada (Procureur général)</i> , 2011 CAF 213 216
<i>Almadhoun c. Canada</i> , 2018 CAF 112 216

Jurisprudence (suite)**Paragraphe(s)**

<i>Miron c. Trudel</i> , [1995] 2 RCS 418 218,219
<i>Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)</i> , [1999] 2 RCS 203 219,220
<i>Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh</i> , 2002 CSC 83 220
<i>Québec (Procureur général) c. A</i> , 2013 CSC 5 220
<i>R. c. Oakes</i> , [1986] 1 RCS 103 236
<i>Frank c. Canada (Procureur général)</i> , 2019 CSC 1 236,240,241
<i>R. c. Brown</i> , 2022 CSC 18 242
<i>Schachter c. Canada</i> , [1992] 2 RCS 679 250
<i>Vriend c. Alberta</i> , [1998] 1 RCS 493 250

Doctrine

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, <i>Droit constitutionnel</i> , 6 ^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2014 130
Hogg, Peter W. et Wade Wright, <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5 ^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2022 131
