

A-346-05  
2007 FCA 265

A-346-05  
2007 CAF 265

**Patti Tomasson** (*Applicant*)

**Patti Tomasson** (*demanderesse*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Le procureur général du Canada** (*défendeur*)

*INDEXED AS: TOMASSON v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(F.C.A.)*

*RÉPERTORIÉ : TOMASSON c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(C.A.F.)*

Federal Court of Appeal, Nadon, Sharlow and Pelletier  
JJ.A.—Vancouver, March, 27; Ottawa, August 9, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Sharlow et  
Pelletier, J.C.A.—Vancouver, 27 mars; Ottawa, 9 août  
2007.

*Employment Insurance — Judicial review of Umpire's decision dismissing applicant's claim for maternity benefits under Employment Insurance Act — Applicant, husband adopting two children — Applicant granted parental benefits but denied maternity benefits — Case law on differential treatment between biological, adoptive mothers, legislative history reviewed — Parliament intending to distinguish between two distinct purposes, mother's recovery from pregnancy, child care by creating two distinct sets of benefits, maternity benefits, parental benefits — Purpose of maternity benefits to protect biological mothers from economic costs of pregnancy, childbirth, not to encourage bonding, attachment — Distinction in favour of pregnant woman legitimate as seeking to accommodate needs in workforce as disadvantaged group — Application dismissed.*

*Assurance-emploi — Contrôle judiciaire d'une décision de la juge-arbitre qui a rejeté la demande de prestations de maternité faite par la demanderesse en application de la Loi sur l'assurance-emploi — La demanderesse et son mari ont adopté deux enfants — La demanderesse a obtenu des prestations parentales, mais s'est vu refuser des prestations de maternité — Examen de la jurisprudence sur la différence de traitement entre mères biologiques et mères adoptives, et de l'historique de la Loi — L'intention du législateur était de faire la distinction entre deux objets, à savoir le rétablissement de la mère à la suite de la grossesse et de l'accouchement et le soin de l'enfant en instituant deux ensembles de prestations, les prestations de maternité et les prestations parentales — L'objet des prestations de maternité est de soulager les mères biologiques des coûts économiques de la grossesse et de l'accouchement, et non d'encourager la création de liens affectifs — La distinction établie en faveur des femmes enceintes est légitime parce qu'elle vise à répondre à leurs besoins dans le milieu de travail en tant que groupe désavantagé — Demande rejetée.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Whether biological, adoptive mothers treated differently under Employment Insurance Act, ss. 12, 22, 23, contrary to Charter, s. 15(1) — Impugned provisions making distinction between biological, adoptive mothers, denying equal treatment to both groups — Review of factors set out by Supreme Court of Canada to determine whether legislation discriminatory — No necessity for legislation to correspond perfectly with social reality in order to comply with Charter, s. 15(1) — Maternity benefits created in favour of biological mothers to accommodate disadvantaged group in workplace — Having ameliorative purpose consistent with Charter, s. 15(1) — Exclusion of adoptive mothers from those benefits not undermining s. 15 equality guarantee — Singling out biological mothers for unique benefits arising from fact of*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Il s'agissait de savoir si les mères biologiques et les mères adoptives sont traitées différemment en vertu des art. 12, 22 et 23 de la Loi sur l'assurance-emploi contrairement à l'art. 15(1) de la Charte — Les dispositions contestées établissent une distinction entre les mères biologiques et les mères adoptives et n'accordent pas l'égalité de traitement aux deux groupes — Examen des facteurs énoncés par la Cour suprême du Canada pour savoir si une loi est discriminatoire — Il n'est pas nécessaire qu'un texte de loi corresponde toujours parfaitement à la réalité sociale pour être conforme à l'art. 15(1) de la Charte — Les prestations de maternité ont été établies en faveur des mères biologiques afin de répondre aux besoins d'un groupe désavantagé sur le marché du travail — Elles ont un effet*

*pregnancy, childbirth not constituting discrimination — Applicant's rights under Charter, s. 15(1) not violated.*

This was an application for judicial review of an umpire's decision concluding that the Board of Referees made no error in dismissing the applicant's claim for maternity benefits pursuant to the *Employment Insurance Act*. The applicant and her husband adopted two children as infants. With respect to each child, the applicant applied for maternity and parental benefits, and on both occasions, was granted parental benefits but was denied maternity benefits. Under section 12 of the Act, a biological mother can combine 15 weeks of maternity benefits with 35 weeks of parental benefits, allowing her to spend a total of 50 weeks with her new-born child while adoptive parents, including the applicant, are limited to 35 weeks of parental benefits. The applicant challenged, under subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the constitutionality of that provision on the ground that it treats biological and adoptive mothers differently. Because of her view that she was bound by the decision of the Ontario Court of Appeal in *Schafer v. Canada (Attorney General)*, which held that the provisions of the Act granting maternity benefits only to biological mothers did not discriminate against adoptive mothers, the Umpire dismissed the applicant's appeals. The main issue herein was whether those provisions discriminate against adoptive mothers and hence violate their rights under subsection 15(1) of the Charter.

*Held*, the application should be dismissed.

First, it was necessary to determine whether the application of the test enunciated by the Supreme Court of Canada in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* led to the conclusion that the applicant's Charter rights were violated. The impugned provisions make a distinction between biological and adoptive mothers. Thus, the *Employment Insurance Act* clearly denies equal treatment to both groups. Because the distinction made between these two groups is apparent on the face of the legislation, an inquiry into the "effects" of the legislation at this stage of the test was not necessary. The legislative history of the Act points to the fact that the maternity benefits were intended for birth mothers, while the parental benefits were intended for mothers or

*d'amélioration qui s'accorde tout à fait avec l'art. 15(1) de la Charte — L'exclusion des mères adoptives de telles prestations ne porte pas atteinte à la garantie d'égalité prévue par l'art. 15 — Le versement de prestations spéciales aux seules mères biologiques pour cause de grossesse et d'accouchement ne saurait constituer une discrimination — Les droits de la demanderesse garantis par l'art. 15(1) de la Charte n'ont pas été enfreints.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la juge-arbitre qui a conclu que le conseil arbitral n'avait pas commis d'erreur en rejetant la demande de prestations de maternité faite par la demanderesse en application de la *Loi sur l'assurance-emploi*. La demanderesse et son mari ont adopté deux enfants peu après leur naissance. Pour chaque enfant, la demanderesse a tenté d'obtenir le versement de prestations de maternité et de prestations parentales et, les deux fois, on lui a accordé des prestations parentales, mais on lui a refusé des prestations de maternité. En vertu de l'article 12 de la Loi, une mère biologique peut combiner 15 semaines de prestations de maternité avec 35 semaines de prestations parentales, ce qui lui permet de passer un total de 50 semaines avec son enfant nouveau-né, alors que les parents adoptifs, dont la demanderesse, sont limités à 35 semaines de prestations parentales. La demanderesse a contesté, en invoquant le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la constitutionnalité de cette disposition au motif qu'elle traite différemment les mères biologiques et les mères adoptives. Estimant qu'elle était liée par l'arrêt *Schafer v. Canada (Attorney General)* de la Cour d'appel de l'Ontario, pour qui les dispositions de la Loi accordant des prestations de maternité aux mères biologiques n'étaient pas discriminatoires envers les mères adoptives, la juge-arbitre a rejeté les appels de la demanderesse. La question litigieuse principale en l'espèce était de savoir si ces dispositions sont discriminatoires envers les mères adoptives et, partant, portent atteinte à leurs droits garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte.

*Arrêt* : la demande doit être rejetée.

Il fallait d'abord déterminer si l'application du critère énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* permettait de conclure qu'il avait été porté atteinte aux droits de la demanderesse garantis par la Charte. Les dispositions contestées établissent une distinction entre mères biologiques et mères adoptives. Ainsi, il est clair que la *Loi sur l'assurance-emploi* n'accorde pas l'égalité de traitement aux deux groupes. Étant donné que la distinction faite entre ces deux groupes est évidente à la lecture du texte de loi, un examen des « effets » du texte à ce stade du critère n'était pas nécessaire. L'historique de la Loi laisse à penser que les prestations de maternité étaient destinées aux mères naturelles,

fathers, either natural or adoptive. It also shows Parliament's intention to distinguish between two distinct purposes, namely, the mother's recovery from pregnancy and childbirth on the one hand, and child care on the other hand, by creating these two distinct sets of benefits. That maternity benefits are also available to birth mothers who give up their children for adoption and that birth mothers may claim up to eight weeks prior to the expected date of birth supports the view that the purpose of maternity benefits provisions is to support the mother's recovery from pregnancy and childbirth. The purpose of the maternity benefits provisions of the Act is not to encourage bonding or attachment, but to replace the income of insured pregnant women and biological mothers while they undergo the health problems and other stress of giving and recovering from birth. The legislation, as a whole, is focussed on circumstances surrounding employment and unemployment.

In *Law*, the Supreme Court of Canada set out four factors which should be examined in order to determine whether legislation is discriminatory. The first factor is the pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability experienced by the individual or group at issue. Consideration was given by Parliament to the particular situation of adoptive mothers in order to ensure that their human dignity was preserved. There was no evidence that adoptive mothers have historically suffered disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability in the past. The second factor is correspondence, or lack thereof, between the needs, capacity or circumstances of the claimant's group and of the comparator group, that is biological mothers. The applicant did not deny that biological mothers are recovering from their pregnancy and childbirth during the maternity benefits period. The distinction made by the legislation between birth and adoptive mothers is based on the actual needs, capacity and circumstances affecting biological mothers, that is, pregnancy, childbirth and recovery. The biological reality is such that the bonding process between mother and child cannot be the same in respect of birth and adoptive mothers. Even in the best of circumstances, it is more difficult for biological mothers to cope with motherhood than for adoptive mothers who do not have to recuperate from pregnancy and childbirth. There is no necessity for legislation to always correspond perfectly with social reality in order to comply with subsection 15(1) of the Charter. It is for Parliament and not for the courts to establish and fine-tune statutory benefits schemes. Pregnancy and childbirth create an undeniable psychological effect that prevents biological mothers from working during portions of the pregnancy and during the post-partum period. It is impossible to set a length of maternity leave that will universally meet the physiological needs of all pregnant

tandis que les prestations parentales étaient destinées aux mères ou aux pères, naturels ou adoptifs. La Loi montre aussi l'intention du législateur de faire la distinction entre deux objets, à savoir le rétablissement de la mère à la suite de la grossesse et de l'accouchement, d'une part, et le soin de l'enfant, d'autre part, en instituant ces deux ensembles de prestations. Le fait que les prestations de maternité peuvent aussi être versées aux mères naturelles qui décident de mettre leurs enfants en adoption et le fait que les mères naturelles peuvent obtenir jusqu'à huit semaines de prestations avant la date prévue de la naissance donnent à penser que l'objet des dispositions relatives aux prestations de maternité est d'aider la mère à se remettre de la grossesse et de l'accouchement. L'objet des dispositions de la Loi qui concernent les prestations de maternité n'est pas d'encourager la création de liens affectifs, mais plutôt de remplacer le revenu des femmes enceintes et mères biologiques durant la période physiquement exigeante de l'accouchement et des suites. La Loi, considérée globalement, s'intéresse aux circonstances entourant l'emploi et le chômage.

Dans l'arrêt *Law*, la Cour suprême du Canada a exposé quatre facteurs qui doivent être examinés pour savoir si une loi est discriminatoire. Le premier facteur est la préexistence d'un désavantage, d'un stéréotype, d'un préjugé ou d'un état vulnérable subis par la personne ou le groupe en cause. Le législateur a tenu compte du cas particulier des mères adoptives et s'est appliqué à préserver leur dignité humaine. Aucun élément de preuve ne démontrait que les mères adoptives ont été par le passé victimes d'un désavantage, d'un stéréotype, d'un préjugé ou d'un état vulnérable. Le deuxième facteur est la correspondance, ou l'absence de correspondance, entre les besoins, les capacités ou les circonstances propres au groupe du demandeur et ceux du groupe de référence, c'est-à-dire les mères biologiques. La demanderesse n'a pas nié que les mères biologiques se remettent de leur grossesse et de leur accouchement durant la période des prestations de maternité. La distinction établie par la Loi entre mères naturelles et mères adoptives repose sur les besoins, capacités et circonstances propres aux mères biologiques, c'est-à-dire la grossesse, l'accouchement et le processus de rétablissement. La réalité biologique est telle que le processus d'attachement entre mère et enfant ne saurait être le même pour les mères naturelles et les mères adoptives. Même dans le meilleur des cas, il est plus difficile pour les mères biologiques de composer avec la maternité que pour les mères adoptives, qui n'ont pas besoin de se remettre d'une grossesse ou d'un accouchement. Il n'est pas nécessaire qu'un texte de loi corresponde toujours parfaitement à la réalité sociale pour être conforme au paragraphe 15(1) de la Charte. C'est au législateur et non aux tribunaux qu'il appartient d'établir et de mettre au point les régimes légaux de prestations. Il ne peut faire de doute que la grossesse et l'accouchement entraînent un état physiologique qui empêche les mères biologiques de

women. Fifteen weeks of maternity leave is in no way unreasonable so as to accommodate the needs of most women.

The third factor is the ameliorative purpose or effects of the benefits program upon a more disadvantaged person or group. Pregnant women have been a disadvantaged group. In fact, the maternity benefits were created in favour of this group in order to ensure that biological mothers were accommodated in the workplace. They have an ameliorative purpose which is entirely consistent with subsection 15(1) of the Charter and the exclusion of adoptive mothers from those benefits does not undermine the equality guarantee of the section. The last factor is the nature of the interest affected. The greater the severity of the consequences of the impugned legislation on the affected group, the likelier the differential treatment will amount to discrimination. In enacting the maternity benefits provisions, Parliament has not demeaned adoptive mothers or cast any doubt on their worthiness as human beings. Not only have adoptive mothers not been excluded from a fundamental social institution, that is motherhood, but their interests were considered and accommodated by Parliament when it enacted the parental benefits provisions. Singling out biological mothers for unique benefits arising from the fact of pregnancy and childbirth cannot constitute discrimination. The applicant's rights under subsection 15(1) of the Charter have not been violated.

travailler durant une partie de la grossesse et durant la période postnatale. Il est impossible de fixer pour le congé de maternité une durée qui répondra dans tous les cas aux besoins physiologiques de toutes les femmes enceintes. Un congé de maternité de 15 semaines n'est en aucune façon déraisonnable pour répondre aux besoins de la plupart des femmes.

Le troisième facteur est l'objet ou l'effet d'amélioration du programme de prestations pour une personne ou un groupe plus défavorisés. Les femmes enceintes ont été un groupe désavantagé. D'ailleurs, le législateur a établi les prestations de maternité en faveur de ce groupe afin de répondre aux besoins des mères biologiques sur le marché du travail. Les prestations de maternité ont un effet d'amélioration qui s'accorde tout à fait avec le paragraphe 15(1) de la Charte et l'exclusion des mères adoptives de telles prestations ne porte en aucune façon atteinte à la garantie d'égalité prévue par ce paragraphe. Le dernier facteur est la nature du droit touché. Plus les conséquences de la loi contestée pour le groupe concerné sont graves, plus il est probable que la différence de traitement équivaudra à de la discrimination. En adoptant les dispositions relatives aux prestations de maternité, le législateur n'a pas déconsidéré les mères adoptives ou jeté le doute sur leur valeur en tant qu'êtres humains. Non seulement les mères adoptives n'ont pas été exclues d'une institution sociale fondamentale, c'est-à-dire la maternité, mais encore leurs intérêts ont été examinés et pris en compte par le législateur lorsqu'il a édicté les dispositions sur les prestations parentales. Le versement de prestations spéciales aux seules mères biologiques pour cause de grossesse et d'accouchement ne saurait constituer une discrimination. Les droits de la demanderesse garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte n'ont pas été enfreints.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.
- Court of Appeal Reference Act*, R.S.Q., c. R-23, s. 1.
- Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 12(1), (2), (3) (as am. by S.C. 2000, c. 14, s. 3; 2003, c. 15, s. 17), (4) (as am. by S.C. 2000, c. 14, s. 3), (a) (as am. *idem*), (b) (as am. *idem*), 22(1),(2)(a),(b),(6), 23.
- Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 13.
- Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 11(3) (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 9).
- Unemployment Insurance Act, 1940 (The)*, S.C. 1940, c. 44.
- Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.
- Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 13.
- Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1940, ch. 44.
- Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48.
- Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 11(3) (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 9).
- Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 12(1), (2), (3) (mod. par L.C. 2000, ch. 14, art. 3; 2003, ch. 15, art. 17), (4) (mod. par L.C. 2000, ch. 14, art. 3), a) (mod., *idem*), b) (mod., *idem*), 22(1),(2)a),b),6), 23.
- Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q., ch. R-23, art. 1.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Schafer v. Canada (Attorney General)* (1997), 35 O.R. (3d) 1; 149 D.L.R. (4th) 705; 45 C.R.R. (2d) 1; 102 O.A.C. 321; 33 O.T.C. 240 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1997] S.C.C.A. No. 516 (QL); *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 60 C.R.R. (2d) 1; 236 N.R. 1; *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations Committee)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 322; [2002] 10 W.W.R. 298; 4 B.C.L.R. (4th) 301; 172 B.C.A.C. 154; 40 C.C.L.I. (3d) 188; 98 C.R.R. (2d) 235; 2002 BCCA 476; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; [1989] 4 W.W.R. 193; 58 Man. R. (2d) 161; 26 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6183; 89 CLLC 17,012; 45 C.R.R. 115; 94 N.R. 373; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429; (2002), 221 D.L.R. (4th) 257; 100 C.R.R. (2d) 1; 298 N.R. 1; 2002 SCC 84; *Krock v. Canada (Attorney General)* (2001), 29 C.C.L.I. (3d) 55; 89 C.R.R. (2d) 170; 273 N.R. 228; 2001 FCA 188; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 75 C.R.R. (2d) 189; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201; 2000 SCC 37.

## CONSIDERED:

*Tomasson (In re)* (2001), CUB 49594A (February 27, 2001); *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, [2005] 2 S.C.R. 669; (2005), 258 D.L.R. (4th) 243; 45 C.C.E.L. (3d) 159; 339 N.R. 279; 2005 SCC 56; revg [2004] R.J.Q. 399; (2004), 245 D.L.R. (4th) 515; 31 C.C.E.L. (3d) 167; 2005 QCCA 483; *Schafer v. Canada (Attorney General)* (1996), 29 O.R. (3d) 496; 135 D.L.R. (4th) 707; 24; C.C.E.L. (2d) 1; 39 C.C.L.I. (2d) 33; 36 C.R.R. (2d) 236; 4 O.T.C. 20 (Gen. Div.); *Schachter v. Canada*, [1988] 3 F.C. 515; (1988), 52 D.L.R. (4th) 525; 20 C.C.E.L. 301; 9 C.H.R.R. D/5320; 88 CLLC 14,021; 18 F.T.R. 199 (T.D.); affd [1990] 2 F.C. 129; (1990), 66 D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90 CLLC 14,005; 34 F.T.R. 80; 108 N.R. 128 (C.A.); revd on other grounds [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Auton (Guardian*

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Schafer v. Canada (Attorney General)* (1997), 35 O.R. (3d) 1; 149 D.L.R. (4th) 705; 45 C.R.R. (2d) 1; 102 O.A.C. 321; 33 O.T.C. 240 (C.A.); autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée [1997] S.C.C.A. n° 516 (QL); *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations Committee)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 322; [2002] 10 W.W.R. 298; 4 B.C.L.R. (4th) 301; 172 B.C.A.C. 154; 40 C.C.L.I. (3d) 188; 98 C.R.R. (2d) 235; 2002 BCCA 476; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429; 2002 CSC 84; *Krock c. Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 188; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950; 2000 CSC 37.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Tomasson (In re)* (2001), CUB 49594A (27 février 2001); *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, [2005] 2 R.C.S. 669; 2005 CSC 56; inf. [2004] R.J.Q. 399; 2005 QCCA 483; *Schafer v. Canada (Attorney General)* (1996), 29 O.R. (3d) 496; 135 D.L.R. (4th) 707; 24 C.C.E.L. (2d) 1; 39 C.C.L.I. (2d) 33; 36 C.R.R. (2d) 236; 4 O.T.C. 20 (Div. gén.); *Schachter c. Canada*, [1988] 3 C.F. 515 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1990] 2 C.F. 129 (C.A.); inf. pour d'autres motifs par [1992] 2 R.C.S. 679; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657; 2004 CSC 78.

*ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657; (2004), 245 D.L.R. (4th) 1; [2005] 2 W.W.R. 189; 2006 B.C.A.C. 1; 34 B.C.L.R. (4th) 24; 124 C.R.R. (2d) 135; 327 N.R. 1; 2004 SCC 78 .

## REFERRED TO:

*Tomasson (In re)* (2001), CUB 49594B (March 28, 2001); *Canada (Attorney General) v. McKenna*, [1999] 1 F.C. 401; (1998), 167 D.L.R. (4th) 488; 47 Imm. L.R. (2d) 21; 233 N.R. 52 (C.A.); *R. v. Hess*; *R. v. Nguyen*, [1990] 2 S.C.R. 906; [1990] 6 W.W.R. 289; 59 C.C.C. (3d) 161; 79 C.R. (3d) 332; 50 C.R.R. 71; 119 N.R. 353; 46 O.A.C. 13; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; (1993), 105 D.L.R. (4th) 210; 83 C.C.C. (3d) 1; 23 C.R. (4th) 1; 16 C.R.R. (2d) 256; 154 N.R. 392; *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social Services)* (2002), 59 O.R. (3d) 481; 212 D.L.R. (4th) 633; 1 Admin. L.R. (4th) 235; 94 C.R.R. (2d) 22; 159 O.A.C. 135 (C.A.); *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703; (2000), 186 D.L.R. (4th) 1; 50 C.C.E.L. (2d) 177; 74 C.R.R. (2d) 1; 253 N.R. 329; 2000 SCC 28.

## AUTHORS CITED

Canadian Human Rights Commission. Special Report to Parliament on Income Replacement Benefits for New Parents. Ottawa: Canadian Human Rights Commission, 1987.

APPLICATION for judicial review of an umpire's decision ((2005), CUB 49594E) concluding that the Board of Referees had made no error in dismissing the applicant's claim for maternity benefits pursuant to the *Employment Insurance Act*. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*William S. Berardino, Q.C.*, and *Andrea N. MacKay* for applicant.  
*Judith A. Morrow Bowers, Q.C.*, and *Robert Danay* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Berardino & Associates*, Vancouver, for applicant.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Tomasson (In re)* (2001), CUB 49594B (28 mars 2001); *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401 (C.A.); *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social Services)* (2002), 59 O.R. (3d) 481; 212 D.L.R. (4th) 633; 1 Admin. L.R. (4th) 235; 94 C.R.R. (2d) 22; 159 O.A.C. 135 (C.A.); *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703; 2000 CSC 28.

## DOCTRINE CITÉE

Commission canadienne des droits de la personne. *Rapport spécial au Parlement sur les prestations de remplacement du revenu pour les nouveaux parents*. Ottawa : Commission canadienne des droits de la personne, 1987.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision ((2005), CUB 49594E) par laquelle la juge-arbitre a conclu que le conseil arbitral n'avait pas commis d'erreur en rejetant la demande de prestations de maternité faite par la demanderesse en application de la *Loi sur l'assurance-emploi*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU :

*William S. Berardino, c.r.*, et *Andrea N. MacKay* pour la demanderesse.  
*Judith A. Morrow Bowers, c.r.*, et *Robert Danay* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Berardino & Associates*, Vancouver, pour la demanderesse.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

[1] NADON J.A.: This is an application for judicial review of the decision of an umpire, Krindle J., dated June 9, 2005 [(2005), CUB 49594E], which dismissed the applicant's appeal from a decision of the Board of Referees (the Board). More particularly, the Umpire concluded that the Board had made no error in dismissing the applicant's claim for maternity benefits pursuant to the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (the Act). In so concluding, the Umpire dismissed the applicant's constitutional challenge that the maternity provisions of the Act contravened section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter).

[1] LE JUGE NADON, J.C.A. : La demanderesse sollicite le contrôle judiciaire de la décision de la juge-arbitre Krindle, en date du 9 juin 2005 [(2005), CUB 49594E], qui a rejeté l'appel formé par la demanderesse contre une décision du conseil arbitral. Plus précisément, la juge-arbitre a conclu que le conseil arbitral n'avait pas commis d'erreur en rejetant la demande de prestations de maternité faite par la demanderesse en application de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (la Loi). La juge-arbitre a aussi rejeté la contestation constitutionnelle de la demanderesse pour qui les dispositions de la Loi touchant les prestations de maternité contrevenaient à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1992, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte).

[2] The main issue in this application is whether those provisions of the Act which grant maternity benefits only to biological mothers (biological mothers or birth mothers) discriminate against adoptive mothers and hence violate their rights under subsection 15(1) of the Charter.

[2] Dans la présente demande, il s'agit principalement de déterminer si les dispositions de la Loi qui accordent des prestations de maternité uniquement aux mères biologiques (ou mères naturelles) ont pour effet d'établir une discrimination contre les mères adoptives, et, partant, portent atteinte à leurs droits garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte.

[3] For the reasons that follow, I conclude that the provisions at issue do not infringe subsection 15(1) of the Charter. In my view, in granting maternity benefits to birth mothers, Parliament rightly recognized that pregnancy and childbirth justified the granting of particular benefits by reason of the physical and psychological consequences of pregnancy.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que les dispositions en cause n'enfreignent pas le paragraphe 15(1) de la Charte. À mon avis, en accordant des prestations de maternité aux mères naturelles, le législateur a reconnu, à juste titre, que la grossesse et l'accouchement justifiaient l'octroi de prestations particulières, compte tenu des conséquences physiques et psychologiques de la maternité.

#### THE FACTS

[4] The applicant and her husband adopted two children, namely, Sara, born on March 12, 1999 and

#### LES FAITS

[4] La demanderesse et son mari ont adopté deux enfants, Sara, née le 12 mars 1999, et Hannah, née le 8

Hannah, born on November 8, 2003. Both children were placed with the applicant shortly after their births.

[5] With respect to each child, the applicant applied to the Employment Insurance Commission (the Commission) for maternity and parental benefits and on both occasions, she was granted parental benefits but was denied maternity benefits. By the time of Hannah's birth, the number of weeks in respect of which parental benefits could be paid for the care of a new-born or adopted child was 35 weeks, up from the 10 weeks which had previously been available. In all other respects, the requirements to obtain parental benefits as well as maternity benefits remained unchanged. Consequently, a biological mother can now combine 15 weeks of maternity benefits with 35 weeks of parental benefits, allowing her to spend a total 50 weeks with her new-born child while adoptive parents, including the applicant, are limited to 35 weeks of parental benefits.

[6] At the end of each of her parental leave periods, the applicant decided to take additional unpaid time off from work, which she claims was influenced by the maternity benefits period, so as to continue the bonding process with her children.

[7] The applicant appealed the Commission's decisions denying her maternity benefits to the Board which upheld the Commission's decisions that she was not entitled to those benefits because she was not the biological mother of the children in respect of whom she claimed benefits.

[8] In the case of her first child, the applicant appealed the Board's decision to the Umpire, challenging the constitutionality of the Act on the ground that it was discriminatory against adoptive mothers. Rouleau J. [(2001), CUB 49594A], the Chief Umpire designate, refused to address the Charter challenge because, in his view, the issue had already been decided by the Ontario Court of Appeal in *Schafer*

novembre 2003. Les deux enfants ont été confiées à la demanderesse peu après leur naissance.

[5] Pour chaque enfant, la demanderesse a tenté d'obtenir de la Commission de l'assurance-emploi (la Commission) le versement de prestations de maternité et de prestations parentales et, les deux fois, la Commission lui a accordé des prestations parentales, mais lui a refusé des prestations de maternité. À l'époque de la naissance d'Hannah, le nombre de semaines pendant lesquelles des prestations parentales pouvaient être versées pour le soin d'un enfant nouveau-né ou adopté était de 35 semaines, contre 10 semaines auparavant. À tous autres égards, les conditions à remplir pour obtenir des prestations parentales ainsi que des prestations de maternité demeuraient inchangées. Une mère biologique peut donc aujourd'hui combiner 15 semaines de prestations de maternité avec 35 semaines de prestations parentales, ce qui lui permet de passer un total de 50 semaines avec son enfant nouveau-né, alors que les parents adoptifs, dont la demanderesse, sont limités à 35 semaines de prestations parentales.

[6] À la fin de chacune de ses périodes de congé parental, la demanderesse a décidé de prendre, afin d'affermir les liens affectifs avec ses enfants, un congé additionnel non rémunéré, qui, affirme-t-elle, fut influencé par la période des prestations de maternité.

[7] La demanderesse a fait appel devant le conseil arbitral des décisions de la Commission lui refusant des prestations de maternité. Le conseil a confirmé les décisions de la Commission selon lesquelles la demanderesse n'avait pas droit à de telles prestations parce qu'elle n'était pas la mère biologique des enfants pour qui elle avait réclamé des prestations.

[8] S'agissant de son premier enfant, la demanderesse a fait appel de la décision du conseil arbitral devant le juge-arbitre, en contestant la constitutionnalité de la Loi au motif que, selon elle, la Loi était discriminatoire envers les mères adoptives. Le juge Rouleau [(2001), CUB 49594A], juge-arbitre en chef désigné, a refusé d'examiner la contestation fondée sur la Charte parce que, selon lui, ce point avait déjà été décidé par la Cour



*v. Canada (Attorney General)* (1997), 35 O.R. (3d) 1, (leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied on January 29, 1998 [[1997] S.C.C.A. No. 516 (QL)]). Accordingly, the applicant was granted a hearing before Umpire W. J. Haddad, Q.C. [(2001), CUB 49594B], but was not allowed by him to put forward her constitutionality argument.

[9] As a result, the applicant commenced a judicial review application of Rouleau J.'s decision before this Court. On June 27, 2002, her application was allowed, the decision of Rouleau J. was set aside and the matter was remitted back to the Chief Umpire designate for him to designate an Umpire, other than himself and Umpire Haddad, to rehear the applicant's appeal, including the constitutionality issue.

[10] With respect to her second child, the applicant also appealed the Commission's decision to the Board which, once again, dismissed her appeal. The applicant appealed the Board's decision and both of her appeals were heard by Krindle J., whose decision of June 9, 2005 disposed of the two appeals.

#### THE ISSUE

[11] The issue in this application is whether the Umpire committed a reviewable error in dismissing the applicant's challenge under section 15 of the Charter.

#### THE RELEVANT LEGISLATION

[12] I reproduce the relevant parts of the impugned provisions of the Act.

**12.** (1) If a benefit period has been established for a claimant, benefits may be paid to the claimant for each week of unemployment that falls in the benefit period, subject to the maximums established by this section.

(2) The maximum number of weeks for which benefits may be paid in a benefit period because of a reason other than those mentioned in subsection (3) shall be determined in accordance with the table in Schedule I by reference to the

d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Schafer v. Canada (Attorney General)* (1997), 35 O.R. (3d) 1, (autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée le 29 janvier 1998 [[1997] S.C.C.A. n° 516 (QL)]). La demanderesse s'est donc vu accorder une audience devant le juge-arbitre W. J. Haddad, c.r. [(2001), CUB 49594B], qui ne l'a pas autorisée à faire valoir son argument touchant la constitutionnalité de la Loi.

[9] La demanderesse a alors déposé une demande de contrôle judiciaire devant la Cour à l'encontre de la décision du juge Rouleau. Le 27 juin 2002, sa demande a été accueillie, la décision du juge Rouleau a été annulée et l'affaire a été renvoyée au juge-arbitre en chef désigné afin qu'il désigne un juge-arbitre, autre que lui-même et le juge-arbitre Haddad, qui instruirait à nouveau l'appel de la demanderesse, notamment la question touchant la constitutionnalité.

[10] S'agissant de son deuxième enfant, la demanderesse a là aussi fait appel de la décision de la Commission devant le conseil arbitral qui, encore une fois, a rejeté son appel. La demanderesse a fait appel de la décision du conseil, et ses deux appels ont été instruits par la juge-arbitre Krindle, dont la décision du 9 juin 2005 portait sur les deux appels.

#### POINT LITIGIEUX

[11] Dans la présente demande, il s'agit de déterminer si la juge-arbitre a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire lorsqu'elle a rejeté la contestation de la demanderesse fondée sur l'article 15 de la Charte.

#### DISPOSITIONS LÉGALES APPLICABLES

[12] Je reproduis ci-après les parties pertinentes des dispositions contestées de la Loi.

**12.** (1) Une fois la période de prestations établie, des prestations peuvent, à concurrence des maximums prévus au présent article, être versées au prestataire pour chaque semaine de chômage comprise dans cette période.

(2) Le nombre maximal de semaines pendant lesquelles des prestations peuvent être versées au cours d'une période de prestations—à l'exception de celles qui peuvent être versées pour l'une des raisons prévues au paragraphe (3)—est

regional rate of unemployment that applies to the claimant and the number of hours of insurable employment of the claimant in their qualifying period.

(3) The maximum number of weeks for which benefits may be paid in a benefit period

(a) because of pregnancy is 15;

(b) because the claimant is caring for one or more new-born children of the claimant or one or more children placed with the claimant for the purpose of adoption is 35;

(c) because of a prescribed illness, injury or quarantine is 15; and

(d) because the claimant is providing care or support to one or more family members described in subsection 23.1(2), is six.

(4) The maximum number of weeks for which benefits may be paid

(a) for a single pregnancy is 15; and

(b) for the care of one or more new-born or adopted children as a result of a single pregnancy or placement is 35.

...

**22.** (1) Notwithstanding section 18, but subject to this section, benefits are payable to a major attachment claimant who proves her pregnancy

(2) Subject to section 12, benefits are payable to a major attachment claimant under this section for each week of unemployment in the period.

(a) that begins the earlier of

(i) eight weeks before the week in which her confinement is expected, and

(ii) the week in which her confinement occurs; and

(b) that ends 17 weeks after the later of

déterminé selon le tableau de l'annexe I en fonction du taux régional de chômage applicable au prestataire et du nombre d'heures pendant lesquelles il a occupé un emploi assurable au cours de sa période de référence.

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

a) dans le cas d'une grossesse, quinze semaines;

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

c) dans le cas d'une maladie, d'une blessure ou d'une mise en quarantaine prévue par règlement, quinze semaines;

d) dans le cas de soins ou de soutien à donner à un ou plusieurs membres de la famille visés au paragraphe 23.1(2), six semaines.

(4) Les prestations ne peuvent être versées pendant plus de 15 semaines, dans le cas d'une seule et même grossesse, ou plus de 35, dans le cas de soins à donner à un ou plusieurs nouveau-nés d'une même grossesse ou du placement de un ou plusieurs enfants chez le prestataire en vue de leur adoption.

[...]

**22.** (1) Malgré l'article 18 mais sous réserve des autres dispositions du présent article, des prestations sont payables à la prestataire de la première catégorie qui fait la preuve de sa grossesse.

(2) Sous réserve de l'article 12, les prestations prévues au présent article sont payables à une prestataire de la première catégorie pour chaque semaine de chômage comprise dans la période qui :

(a) commence :

(i) soit huit semaines avant la semaine présumée de son accouchement,

(ii) soit, si elle est antérieure, la semaine de son accouchement;

(b) se termine dix-sept semaines après :

(i) the week in which her confinement is expected, and

(ii) the week in which her confinement occurs

...

(6) If a child who is born of the claimant's pregnancy is hospitalized, the period during which benefits are payable under subsection (2) shall be extended by the number of weeks during which the child is hospitalized.

...

**23.** (1) Notwithstanding section 18, but subject to this section, benefits are payable to a major attachment claimant to care for one or more new-born children of the claimant or one or more children placed with the claimant for the purpose of adoption under the laws governing adoption in the province in which the claimant resides. [Emphasis added.]

I also reproduce subsection 15(1) of the Charter.

**15.** (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[13] By reasons of the impugned provisions of the Act, biological mothers are entitled to a total of 50 weeks of paid leave, i.e. 15 weeks as a result of the pregnancy and 35 weeks for the care of the new-born child. The maternity benefits can be taken by the biological mother, at any time, 8 weeks before the birth of the child and 17 weeks after the birth. With respect to the 35 additional weeks, they can be used either by the biological mother or the biological father. I should point out that the maternity benefits of 15 weeks are available to the biological mother even in those instances where the child is given up for adoption or is stillborn. With respect to adopted children, the adoptive family, either the mother or the father, is entitled to 35 weeks of paid leave.

[14] The applicant challenges, under subsection 15(1) of the Charter, the constitutionality of those provisions

(i) soit la semaine présumée de son accouchement,

(ii) soit, si elle est postérieure, la semaine de son accouchement

[...]

(6) La période durant laquelle des prestations sont payables en vertu du paragraphe (2) est prolongée du nombre de semaines d'hospitalisation de l'enfant dont la naissance est à l'origine du versement des prestations.

[...]

**23.** (1) Malgré l'article 18 mais sous réserve des autres dispositions du présent article, des prestations sont payables à un prestataire de la première catégorie qui veut prendre soin de son ou de ses nouveau-nés ou d'un ou plusieurs enfants placés chez lui en vue de leur adoption en conformité avec les lois régissant l'adoption dans la province où il réside. [Je souligne.]

Je reproduis également le paragraphe 15(1) de la Charte.

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

[13] En application des dispositions contestées de la Loi, les mères biologiques ont droit à un total de 50 semaines de congé rémunéré, c'est-à-dire 15 semaines pour la grossesse et 35 semaines pour le soin du nouveau-né. Les prestations de maternité peuvent être reçues par la mère biologique, n'importe quand, entre huit semaines avant la naissance et 17 semaines après la naissance. Pour les 35 semaines additionnelles, les prestations peuvent être reçues soit par la mère biologique, soit par le père biologique. Je dois faire observer que les prestations de maternité de 15 semaines sont offertes à la mère biologique même dans les cas où l'enfant est abandonné pour adoption ou est mort-né. S'agissant d'enfants adoptés, la famille adoptive, c'est-à-dire soit la mère, soit le père, a droit à 35 semaines de congé rémunéré.

[14] La demanderesse conteste, en invoquant le paragraphe 15(1) de la Charte, la constitutionnalité de ces

on the ground that they treat biological and adoptive mothers differently. She submits that the purpose and effect of the differential treatment is to give biological mothers more time for bonding and child care than is afforded to adoptive mothers.

#### THE UMPIRE'S DECISION

[15] Because of her view that she was bound by the decision of the Ontario Court of Appeal in *Schafer*, which held that the provisions of the Act granting maternity benefits to biological mothers did not discriminate against adoptive mothers, Krindle J. dismissed the applicant's appeals. However, it can safely be said that had Krindle J. not been of the view that she was bound by *Schafer*, she likely would have decided the issue in favour of the applicant.

[16] I should point out here that, by consent, the respondent filed, as part of the record before the Umpire, affidavit evidence originally filed in the *Schafer* case. In particular, the respondent filed the affidavits of Dr. Murray Enkin, sworn July 14, 1994 and May 21, 1995. At that time, Dr. Enkin was professor *emeritus* with the Department of Obstetrics and Gynecology at the Faculty of Health Sciences, McMaster University, with an associate appointment with the Department of Clinical Epidemiology and Biostatistics.

[17] In addition to the documentary evidence adduced by the parties, the Umpire heard, *inter alia*, the oral evidence of the applicant and of Dr. Lucy Jane LeMare, a developmental psychologist.

#### THE APPLICANT'S SUBMISSIONS

[18] The applicant makes a number of submissions as to why this Court ought to overturn the Umpire's decision.

[19] First, the applicant submits that as the Umpire was not bound by *Schafer*, she ought to have decided the case before her on the basis of the section 15 test enunciated by the Supreme Court in *Law v. Canada*

dispositions au motif qu'elles traitent différemment les mères biologiques et les mères adoptives. Elle dit que la différence de traitement a pour objet et pour effet d'accorder aux mères biologiques davantage de temps qu'aux mères adoptives pour l'établissement des liens affectifs et pour le soin de l'enfant.

#### LA DÉCISION DE LA JUGE-ARBITRE

[15] Estimant qu'elle était liée par l'arrêt *Schafer*, de la Cour d'appel de l'Ontario, pour qui les dispositions de la Loi accordant des prestations de maternité aux mères biologiques n'étaient pas discriminatoires envers les mères adoptives, la juge-arbitre Krindle a rejeté les appels de la demanderesse. Toutefois, on peut dire sans risque que, si elle avait estimé ne pas être liée par l'arrêt *Schafer*, précité, elle aurait sans doute statué en faveur de la demanderesse.

[16] Je dois faire observer ici que, par consentement des parties, le défendeur a déposé, dans le dossier soumis à la juge-arbitre, une preuve par affidavit qui avait été déposée à l'origine dans le dossier *Schafer*. Plus précisément, le défendeur a produit les affidavits du D<sup>r</sup> Murray Enkin, sous serment le 14 juillet 1994 et le 21 mai 1995. À l'époque, le D<sup>r</sup> Enkin était professeur émérite au Département d'obstétrique et de gynécologie de la Faculté des sciences de la santé, à l'université McMaster, et aussi chargé de cours au Département d'épidémiologie clinique et de biostatistique.

[17] Outre la preuve documentaire produite par les parties, la juge-arbitre a entendu notamment le témoignage de la demanderesse et celui de la D<sup>re</sup> Lucy Jane LeMare, spécialiste de la psychologie du développement.

#### PRÉTENTIONS DE LA DEMANDERESSE

[18] La demanderesse présente plusieurs conclusions quant aux raisons pour lesquelles la Cour devrait infirmer la décision de la juge-arbitre.

[19] D'abord, elle dit que, comme la juge-arbitre n'était pas liée par l'arrêt *Schafer*, elle aurait dû statuer sur l'affaire dont elle était saisie d'après le critère qu'avait exposé la Cour suprême du Canada pour

(*Minister of Employment and Immigration*), [1999] 1 S.C.R. 497. As a corollary to that submission, the applicant says that, in any event, *Schafer*, was wrongly decided and that it contains numerous errors.

[20] To begin with, the applicant submits that in concluding that the sole purpose of the maternity benefits was to allow women to recover from pregnancy, the Ontario Court of Appeal ignored subsection 22(6) of the Act, which allows a biological mother to extend the period of maternity benefits by the length of time her child is hospitalized. Hence, according to the applicant, subsection 22(6) is inconsistent with the point of view adopted by the Ontario Court of Appeal in *Schafer*, that there is a sole purpose to the maternity provisions.

[21] In that light, the applicant says, relying on the Supreme Court's decision in *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, [2005] 2 S.C.R. 669, and on subsection 22(6) of the Act, that it is clear that the maternity provisions have a dual purpose, namely, recovery and bonding/attachment, which purposes *Umpire Krindle* was prepared to find had she had not been of the view that she was bound by *Schafer*. Specifically, the applicant refers to paragraphs 67 and 68 of the *Umpire's* decision, where she says:

Recovering from the effects and stresses of pregnancy and giving birth does not require the physical presence of the child with the mother. The mother's recovery from the effects of pregnancy and giving birth will continue whether or not the child is hospitalized. In all probability a mother's physical recovery would be faster if she had only her own needs to consider. What is fostered by the forgoing subsection is the ability of the mother and child to be together, the ability of the mother to be with the child and the child to be with the mother. What is fostered by the forgoing subsection is the crucial process of bonding/attaching.

Subsection 22(6) has always been part of the maternity/pregnancy benefit provisions of the *Act*. It was part of the benefits provisions at the time of the decision in *Schafer*

l'article 15 dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. Parallèlement à cet argument, la demanderesse dit que, en tout état de cause, l'arrêt *Schafer*, contient de nombreuses erreurs.

[20] D'abord, la demanderesse dit que, en concluant que l'unique objet des prestations de maternité était de permettre aux femmes de se remettre d'une grossesse, la Cour d'appel de l'Ontario a laissé de côté le paragraphe 22(6) de la Loi, qui permet à une mère biologique de prolonger la période de versement des prestations de maternité en y ajoutant le nombre de semaines d'hospitalisation de son enfant. Partant, de dire la demanderesse, le paragraphe 22(6) est incompatible avec l'opinion exprimée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Schafer*, selon laquelle les dispositions relatives aux prestations de maternité ont un seul objet.

[21] Selon cette façon de voir les choses, la demanderesse dit, arguant d'un arrêt de la Cour suprême, *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, et du paragraphe 22(6) de la Loi, qu'il est manifeste que les dispositions relatives aux prestations de maternité ont deux objets : permettre à la parturiente de se rétablir et favoriser le développement de liens affectifs avec l'enfant. La juge-arbitre *Krindle* aurait été disposée à reconnaître ces deux objets si elle ne s'était pas crue liée par l'arrêt *Schafer*. Plus précisément, la demanderesse se réfère aux paragraphes 67 et 68 de la décision de la juge-arbitre, où elle écrit ce qui suit :

Pour se rétablir des effets et du stress de la grossesse et de l'accouchement, la mère n'a pas besoin de la présence physique de l'enfant. Son rétablissement se poursuivra peu importe que l'enfant soit hospitalisé ou non. La mère se rétablirait vraisemblablement plus vite si elle avait à répondre seulement à ses propres besoins. Ce que vise le paragraphe susmentionné, c'est aider la mère et l'enfant à demeurer ensemble, c'est aider la mère à être avec son enfant, et aider l'enfant à être avec sa mère. Ce paragraphe favorise en fait le processus crucial d'attachement et de formation de liens affectifs.

Le paragraphe 22(6) a toujours fait partie des dispositions de la *Loi* relatives aux prestations de maternité/grossesse. Il en faisait partie à l'époque de la décision *Schafer* et ne peut

and cannot constitute new law enacted after *Schafer*.

I would find, if the decision were mine to make, that the pregnancy/maternity provisions have a two-fold purpose:

- (a) to permit a birth-mother to heal from a pregnancy; and
- (b) where there is a birth mother and baby, to permit the birth-mother and baby to spend time together following the birth of the baby.

[22] As a second error in *Schafer*, the applicant submits that the Ontario Court of Appeal failed to consider the effect of the maternity provisions and whether that effect was discriminatory on adoptive mothers and their children.

[23] As a third error, the applicant says that, contrary to the Supreme Court's decision in *Law*, the Ontario Court of Appeal failed to consider the needs of adoptive mothers in interpreting the maternity provisions.

[24] The applicant then submits that on the basis of the test enunciated by the Supreme Court in *Law*, the inevitable conclusion is that the provisions at issue discriminate against adoptive mothers and that such discrimination is not justified under section 1 of the Charter.

[25] More particularly, the applicant makes the following submissions based on the test set out in *Law*:

1. The proper comparator group to adoptive mothers and their children is that of biological mothers and their children.
2. The legislation at issue imposes differential treatment between adoptive mothers and biological mothers in that the latter receive an additional benefit of 15 weeks of maternity leave in the first year of their child's life, but adoptive mothers do not.

constituer une nouvelle mesure législative adoptée après *Schafer*.

Si je devais trancher la question, je conclurais que les dispositions concernant les prestations de maternité/grossesse ont un double objet :

- (a) permettre à la mère biologique de se remettre de la grossesse;
- (b) lorsqu'il y a une mère biologique et un bébé, permettre à la mère biologique et au bébé de passer du temps ensemble après la naissance du bébé.

[22] S'agissant de la seconde erreur qu'elle perçoit dans l'arrêt *Schafer*, la demanderesse dit que la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas tenu compte de l'effet des dispositions relatives aux prestations de maternité, ni ne s'est demandé si cet effet était discriminatoire envers les mères adoptives et leurs enfants.

[23] Pour la troisième erreur, la demanderesse dit que, contrairement à l'arrêt *Law*, de la Cour suprême, la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas tenu compte des besoins des mères adoptives dans son interprétation des dispositions touchant les prestations de maternité.

[24] La demanderesse dit ensuite que, eu égard au critère exposé par la Cour suprême dans l'arrêt *Law*, on ne peut que conclure que les dispositions en cause sont discriminatoires envers les mères adoptives et que cette discrimination n'est pas validée par l'article premier de la Charte.

[25] Plus précisément, la demanderesse invoque les arguments suivants compte tenu du critère exposé dans l'arrêt *Law* :

1. Le groupe de référence à retenir pour les mères adoptives et leurs enfants est le groupe des mères biologiques et de leurs enfants.
2. Les dispositions en cause établissent une différence de traitement entre mères adoptives et mères biologiques parce que les mères biologiques, mais non les mères adoptives, bénéficient de 15 semaines supplémentaires de congé de maternité durant la première année de vie de leur enfant.

3. Adoptive mothers are subject to differential treatment based on an analogous ground.

4. The applicant, as an adoptive mother, has faced pre-existing disadvantage. In support of this proposition, the applicant relies on the judgment of this Court in *Canada (Attorney General) v. McKenna*, [1999] 1 F.C. 401. The maternity benefits provisions have a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the Charter. At paragraph 81 of her memorandum of fact and law, the applicant makes the point in the following terms:

81. However, having set out to provide for both birth mothers and their children, and adoptive mothers and their children, the Act does so in a manner that is discriminatory because:

- (a) The bonding and attachment process is critical to the longterm development of an infant.
- (b) The most important time for the bonding and attachment process is in the first 12 months of life.
- (c) Infants are attaching with their mothers and mothers are bonding with their infants during the maternity benefit provision and they are doing so regardless of whether the mother is healing from pregnancy.
- (d) Adopted infants and birth infants require the same amount of time for attachment forming.
- (e) but, “the legislated denial of maternity benefits to adoptive mothers in a significant percentage of cases lessens the time available in the first critical year of a child’s life for an infant to attach to his or her adoptive mother and lessens the time available to an adoptive mother to bond with her adopted child”. [Reasons of the Umpire, para. 39]

5. The discrimination which results from the impugned provisions impacts upon her dignity interests as a mother. At paragraph 85 of her memorandum of fact and law, she makes that point as follows:

The dignity interest at issue in this proceeding is that of motherhood. It relates to the ability of the Claimant to place

3. Les mères adoptives sont victimes d’une discrimination fondée sur un motif analogue.

4. La demanderesse, en tant que mère adoptive, s’est heurtée à un désavantage préexistant. Au soutien de cette proposition, elle se fonde sur un arrêt de la Cour, *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401. Les dispositions relatives aux prestations de maternité ont un objet ou effet qui est discriminatoire au sens de la Charte. Au paragraphe 81 de son exposé des faits et du droit, la demanderesse s’en explique dans les termes suivants :

[TRADUCTION] 81. Cependant, s’étant proposé de répondre aux besoins à la fois des mères naturelles et de leurs enfants, et des mères adoptives et de leurs enfants, la Loi le fait d’une manière qui est discriminatoire, parce que :

- a) le processus d’établissement de liens affectifs est critique pour le développement à long terme du nouveau-né;
- b) la période la plus importante pour le processus d’établissement de liens affectifs se situe dans les 12 premiers mois de la vie;
- c) les nouveau-nés s’attachent à leurs mères, et les mères à leurs nouveau-nés, durant la période de versement des prestations de maternité, et cet attachement a lieu sans égard à la question de savoir si la mère est ou non en période de rétablissement à la suite de l’accouchement;
- d) les nouveau-nés, même s’ils ont été adoptés, ont besoin de la même période de temps pour l’établissement de liens affectifs;
- e) mais, [TRADUCTION] « le refus du législateur de verser des prestations de maternité aux mères adoptives, dans un pourcentage important de cas, réduit, durant la première année de la vie d’un enfant, une année critique, le temps dont celui-ci dispose pour s’attacher à sa mère adoptive et réduit, pour une mère adoptive, le temps dont elle dispose pour s’attacher à son enfant adoptif ». [motifs de la juge-arbitre, paragraphe 39]

5. La discrimination qui résulte des dispositions contestées porte atteinte au sentiment de dignité de la mère. Au paragraphe 85 de son exposé des faits et du droit, la demanderesse s’en explique ainsi :

[TRADUCTION] Le droit à la dignité dont il s’agit dans la présente instance est celui qui résulte de l’état de mère. Il se

herself within that designation with the same force and effect as birth mothers caring for their newborns. It relates to the ability of the Claimant to care for, nurture and bond with her daughters. It is difficult to conceive of a fundamental social institution more important than motherhood. It is equal access to that institution which the Act deprives the Claimant and her children and it cannot be reasonably argued that such a result is not contrary to the dignity interests involved.

6. The discrimination against adoptive mothers is not saved by section 1 of the Charter.

[26] For her submissions regarding the bonding and attachment process, the applicant relies on the evidence of Dr. LeMare. In particular, the applicant relies on the following passages from Dr. LeMare's affidavit of July 6, 2004:

7. Bonding refers to the feelings of affection and protectiveness that parents have towards their babies. . . .

8. Some mothers feel an immediate bond with their children and for others it takes longer. The same is true for adoptive mothers. In some rare instances, which apply to birth mothers and adoptive mothers, a mother never feels a strong bond to her child. Birth mothers often begin preparing to bond before their child is born when they experience fetal movement, see ultrasound images, anticipate the birth, and go through the birthing process. These experiences can engender feelings of "knowing" one's child and affection for the child. In most instances, adoptive mothers do not have the opportunity to participate in these experiences with their unborn child. The preparation to bond can begin when adoptive parents hear that they will be receiving a child, which is typically very shortly before the child actually comes home. Hence, the start of the bonding process typically occurs closer to the time of actual contact with the infant in adoptive families than in birth families.

9. Bonding is extremely important as the affectional ties a mother feels for her baby prime her to behave in a way that will promote the likelihood of the infant forming a secure attachment. Specifically, when a mother experiences strong

rapporte à l'aptitude de la prestataire à revendiquer la qualité de mère dans la même mesure que les mères naturelles qui s'occupent de leurs nouveau-nés. Il se rapporte à la capacité de la prestataire de s'occuper de ses filles, de les nourrir et de s'attacher à elles. Il est difficile de concevoir une institution sociale aussi fondamentale et aussi importante que la maternité. C'est de l'égalité d'accès à cette institution que la Loi prive la prestataire et ses enfants, et l'on ne saurait raisonnablement prétendre qu'un tel résultat ne va pas à l'encontre du droit à la dignité.

6. La discrimination exercée contre les mères adoptives n'est pas validée par l'article premier de la Charte.

[26] Pour ses prétentions touchant le processus d'établissement de liens affectifs, la demanderesse se fonde sur le témoignage de la D<sup>re</sup> LeMare. Plus précisément, elle cite les passages suivants de l'affidavit de la D<sup>re</sup> LeMare en date du 6 juillet 2004 :

[TRADUCTION]

7. L'attachement s'entend de l'affection que des parents portent à leurs nouveau-nés, et du désir qu'ils ont de les protéger [ . . . ]

8. Certaines mères ressentent un attachement immédiat pour leurs enfants, tandis que, chez d'autres, l'attachement est plus tardif. Il en va de même pour les mères adoptives. Dans quelques rares cas, qui s'appliquent aux mères naturelles comme aux mères adoptives, une mère ne ressent jamais un fort attachement pour son enfant. Les mères naturelles commencent souvent à ressentir un attachement avant la naissance de leur enfant lorsqu'elles sentent les mouvements du fœtus, qu'elles voient les échographies, qu'elles préparent la naissance et qu'elle accouchent. Ces expériences peuvent produire chez la mère un sentiment d'intimité avec l'enfant et d'affection pour lui. Dans la plupart des cas, les mères adoptives n'ont pas l'opportunité de connaître ces expériences à l'égard de l'enfant qui n'est pas biologiquement le leur. Les préparatifs de l'attachement peuvent débuter lorsque les parents adoptifs apprennent qu'ils vont accueillir un enfant, ce qui est en général très peu de temps avant l'arrivée de l'enfant chez eux. Partant, le début du processus d'attachement a lieu en général, chez les parents adoptifs, à une date plus proche du contact effectif avec l'enfant que ce n'est le cas chez les parents naturels.

9. L'attachement est extrêmement important car les liens affectifs ressentis par une mère envers son nouveau-né la préparent à se comporter d'une manière qui augmentera les chances pour que le nouveau-né développe envers elle un lien



feelings of affection and protectiveness towards her infant, she takes pleasure in her baby and is motivated to attend to and become proficient at reading and reacting appropriately to her baby's signals. These caregiving behaviours support the development of a secure attachment on the part of the infant. In most instances, bonding occurs and intensifies during the early days, weeks and months of the infant's life during which time mothers and infants are typically in close and continuous proximity to one another. Hence, bonding and recovery from childbirth most often happen contemporaneously.

10. Attachment refers to a very specific kind of relationship that infants form with their caregivers. The attachment process derives from the infant's innate need for safety and security.

11. An infant's disposition to form an attachment is based in her biology and is of evolutionary significance because it maximizes the child's likelihood of survival. All babies are born ready to form attachments.

12. Early attachment behaviours include crying and smiling; both of these are behaviours whose fundamental function is to keep caregivers engaged with and in close proximity to the infant.

...

18. While selective attachment does not occur until an infant is approximately six months of age, all the caregiving that an infant has received in the first six months of life informs the quality of attachment that forms. The early months of the infant's life are a critical time for caregivers to learn about and become proficient at reading and reacting appropriately to the baby's signals. Their success at this contributes to the expectations that the infant develops regarding the availability of care and security. . . .

...

21. If a child is adopted early in infancy there is no difference in the attachment process between adopted and biological children.

22. A secure attachment is the ideal for all children. That is because a secure attachment helps children navigate through the developmental tasks they will encounter as they age. . . . In that sense, I am of the opinion that the quality of the

solide. Plus précisément, lorsqu'une mère éprouve envers son nouveau-né un fort sentiment d'affection et un désir de le protéger, elle prend plaisir à s'occuper de lui et elle est incitée à lui prêter attention et à devenir habile à lire les signaux que lui envoie son nouveau-né, ainsi qu'à y réagir adéquatement. Cette attitude aimante favorise le développement d'un fort attachement de la part du nouveau-né. Dans la plupart des cas, l'attachement se manifeste et s'intensifie durant les premiers jours, semaines et mois de la vie du nouveau-né, période durant laquelle la mère et le nouveau-né sont dans une proximité étroite et constante. Partant, la formation de liens affectifs et le rétablissement de la mère après l'accouchement sont deux phénomènes qui le plus souvent sont simultanés.

10. L'attachement s'entend d'un genre très particulier de relations que les nouveau-nés développent avec ceux qui s'occupent d'eux. Le processus d'attachement découle du besoin inné de sécurité que ressent le nouveau-né.

11. La disposition d'un nouveau-né à manifester un attachement repose sur sa biologie et est importante sur le plan évolutif parce qu'elle maximise les probabilités de survie de l'enfant. Tous les nouveau-nés naissent prédisposés à développer des liens affectifs.

12. Les premiers comportements qui montrent un attachement sont le fait de pleurer ou de sourire; il s'agit là de deux comportements dont la fonction fondamentale est de préserver l'engagement et la proximité de ceux qui s'occupent du nouveau-né.

[. . .]

18. L'attachement sélectif ne se produit que lorsque le nouveau-né atteint l'âge d'environ six mois, mais tous les soins qu'il a reçus au cours des six premiers mois de sa vie déterminent la qualité de l'attachement qui se forme. Les premiers mois de la vie du nouveau-né sont une période critique au cours de laquelle ceux qui s'occupent de lui font un apprentissage et deviennent habiles à lire les signaux du nouveau-né et à y réagir adéquatement. La mesure de leur succès en la matière définit les attentes que développe le nouveau-né quant aux soins et à la sécurité qu'il a à sa disposition [. . .]

[. . .]

21. Si un enfant est adopté peu de temps après sa naissance, il n'y a aucune différence dans le processus d'attachement entre enfant adopté et enfant biologique.

22. Un solide attachement est l'idéal pour tous les enfants. S'il en est ainsi, c'est parce qu'un solide attachement aide les enfants à composer avec les tâches que nécessitera leur développement à mesure qu'ils avanceront en âge [. . .] En ce

attachments adopted children form with their parents as infants can be more important for adopted children as they enter adolescence.

23. Research indicates that 18 months with a particular emphasis on the first 12 months, is the most important time for the formation of the attachment bond. This time frame is not generally different for adopted children if they are adopted early in infancy. [Emphasis added.]

[27] During the course of her oral testimony, Dr. LeMare indicated that there was no difference in the bonding process between father and child and mother and child. At pages 53 and 54 of the transcript of her testimony of March 15, 2005, she gave the following evidence:

Q. . . . And did I understand you to say that there is a difference between father and child and mother and child?

A. I don't think I said that. There often is a difference. In our society typically it is mothers who care for infants; and because of that, typically mothers get to know their infants more quickly and possibly better than fathers do.

Q. But theoretically there should be no difference.

A. Theoretically if it was the father who was caring for the infant in the same way that mothers typically care for infants, we may not expect a difference.

Q. Okay, and that can happen?

A. That can happen, yes.

*Schafer v. Canada (Attorney General)*

[28] Although it goes without saying that we are not bound by *Schafer*, I have concluded, after careful consideration of the reasons given by the Ontario Court of Appeal in that decision, that the conclusion reached by that Court is clearly the right one. Because I agree entirely with the reasons given in *Schafer*, I will first carefully review them, as well as those given by the British Columbia Court of Appeal in *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations Committee)* (2002), 216 D.L.R. (4th) 322, which fully

sens, je suis d'avis que la qualité de l'attachement que les enfants adoptés manifestent comme nouveau-nés envers leurs parents peut avoir plus d'importance chez ces enfants au moment où ils entrent dans l'adolescence.

23. La recherche montre que les 18 premiers mois, et surtout les 12 premiers, sont la période la plus importante pour l'apparition d'un attachement. Cette période n'est pas en général différente pour l'enfant adopté s'il est adopté peu après sa naissance. [Non souligné dans l'original.]

[27] Au cours de son témoignage, la D<sup>re</sup> LeMare a dit qu'il n'y avait aucune différence entre l'apparition du lien père-enfant et l'apparition du lien mère-enfant. Aux pages 53 et 54 de la transcription de son témoignage du 15 mars 2005, on peut lire ce qui suit :

[TRADUCTION]

Q. [. . .] Et, si je ne me trompe, vous avez dit qu'il y a une différence entre le lien père-enfant et le lien mère-enfant?

R. Je ne crois pas avoir dit cela. Souvent, il y a une différence. Dans notre société, en général c'est la mère qui s'occupe du nouveau-né; et, à cause de cela, la mère vient en général à connaître son nouveau-né plus rapidement et sans doute mieux que le père.

Q. Mais, en théorie, il ne devrait y avoir aucune différence.

R. En théorie, si c'était le père qui prenait soin du nouveau-né de la même manière que la mère le fait en général, il n'y aurait probablement pas de différence.

Q. D'accord, et cela peut-il arriver?

R. Cela peut arriver, oui.

*Schafer c. Canada (Procureur général)*

[28] Il va sans dire que nous ne sommes pas liés par l'arrêt *Schafer*, mais, après lecture attentive des motifs rédigés par la Cour d'appel de l'Ontario dans cet arrêt, je suis d'avis que la conclusion à laquelle elle est arrivée est manifestement la bonne. Comme je souscris entièrement aux motifs exposés dans l'arrêt *Schafer*, je commencerai par les examiner attentivement, de même que les motifs exposés par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia (Public Service Employee Relations*

endorsed *Schafer*. Following that review, I will address the applicant's overall submissions, including her submission that *Schafer* is not good law by reason of the Supreme Court of Canada's decisions in *Law*, and *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*.

[29] I should point out that at the time that *Schafer*, was heard by the Ontario Court of Appeal, the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1 (the U.I. Act), provided for 15 weeks of maternity benefits to biological mothers and 10 weeks of parental benefits to either biological or adoptive parents. In addition, five weeks of benefits were provided if the child suffered from a physical, psychological or emotional condition. The U.I. Act also provided for 15 weeks of sickness benefits.

[30] Commencing December 31, 2000, the parental benefits under the Act (the Act came into force on June 20, 1996) were increased from 10 weeks to 35 weeks. Both parents can share these benefits but are limited to one 35-week period.

[31] In *Schafer*, the respondents, two adoptive mothers and their adopted sons, challenged, pursuant to section 15 of the Charter, those provisions of the Act which treat biological and adoptive mothers differently, namely: paragraph 11(3)(a) [as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 9] (now paragraph 12(3)(a)), which provided maternity benefits to biological mothers for a period of up to 15 weeks; and paragraph 11(3)(b) [as am. *idem*] (now paragraph 12(3)(b)), which provided for child care benefits to all parents, whether biological or adoptive, for a period of up to 10 weeks (now 35 weeks).

[32] The respondents argued that these provisions, by allowing a biological family 25 weeks (15 weeks + 10 weeks) of paid leave and 10 weeks only to an adoptive family, were discriminatory and in violation of section 15 of the Charter.

*Committee*) (2002), 216 D.L.R. (4th) 322, qui reprenait totalement à son compte l'arrêt *Schafer*. Après cet examen, j'étudierai les conclusions générales de la demanderesse, notamment celle selon laquelle l'arrêt *Schafer*, est une décision erronée en raison des arrêts *Law*, et *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)* de la Cour suprême du Canada.

[29] Je dois faire observer que, à l'époque où appel fut interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Schafer*, la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1 (la Loi sur l'A-C), prévoyait 15 semaines de prestations de maternité pour les mères biologiques et 10 semaines de prestations parentales pour les parents biologiques comme pour les parents adoptifs. En outre, cinq semaines de prestations étaient offertes si l'enfant souffrait d'une pathologie physique, psychologique ou affective. La Loi sur l'A-C prévoyait aussi 15 semaines de prestations de maladie.

[30] À partir du 31 décembre 2000, la durée des prestations parentales prévue par la Loi (c'est-à-dire la *Loi sur l'assurance-emploi*, entrée en vigueur le 20 juin 1996), est passée de 10 semaines à 35 semaines. Les deux parents peuvent partager ces prestations, qui, au total, ne peuvent pas dépasser 35 semaines.

[31] Dans l'arrêt *Schafer*, les intimés, deux mères adoptives et leurs fils adoptifs, contestaient, en invoquant l'article 15 de la Charte, les dispositions de la Loi sur l'A-C qui traitaient différemment les mères biologiques et les mères adoptives, à savoir l'alinéa 11(3)a [mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 9] (aujourd'hui l'alinéa 12(3)a)), qui prévoyait le versement de prestations de maternité aux mères biologiques pour une période maximale de 15 semaines; et l'alinéa 11(3)b) [mod., *idem*] (aujourd'hui l'alinéa 12(3)b)), qui prévoyait le versement de prestations de soins pour enfant à tous les parents, biologiques ou adoptifs, pour une période maximale de 10 semaines (aujourd'hui 35 semaines).

[32] Les intimés faisaient valoir que ces dispositions, en accordant aux parents biologiques 25 semaines (15 semaines + 10 semaines) de congé rémunéré, et 10 semaines seulement aux parents adoptifs, étaient discriminatoires et contrevenaient à l'article 15 de la Charte.

[33] Cameron J., the trial Judge, in a decision [*Schafer v. Canada (Attorney General)*] reported at (1996), 29 O.R. (3d) 496 (Gen. Div.), declared that those parts of the U.I. Act which provided pregnancy and childbirth benefits were discriminatory against adoptive parents and adopted children contrary to subsection 15(1) of the Charter, and that the provisions were not saved by section 1 of the Charter.

[34] The Ontario Court of Appeal began its analysis by a review of the legislative history of the U.I. Act which came into force in 1940 [*The Unemployment Insurance Act, 1940*, S.C. 1940, c. 44], the purpose of which was to provide benefits to an unemployed person, capable of work and in search of work. Hence, the case law established a presumption that because a pregnant woman was not physically capable of working for a period of six weeks prior to the expected birth and for six weeks after the birth, she was not entitled to benefits unless she could rebut the presumption.

[35] In 1971 [*Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48], because of the increasing role of women in the workforce, the U.I. Act was amended to provide maternity benefits of 15 weeks, which had to commence eight weeks prior to the expected birth and which had to end six weeks after the birth.

[36] In 1976, the U.I. Act was again amended to make the 15 weeks of benefits payable at any time during a 26-week period, beginning eight weeks before the expected birth and terminating 17 weeks after birth.

[37] In 1984, a further amendment came into force so as to provide 15 weeks of parental benefits for the use of either adoptive mothers or fathers. By reason of the coming into force of section 15 of the Charter in April 1985, these provisions were successfully challenged in *Schachter v. Canada*, [1988] 3 F.C. 515 (T.D.). In that case, Mr. Schachter sought a declaration that the parental benefits of 15 weeks were discriminatory in that

[33] Le juge Cameron, qui avait rendu jugement en première instance (*Schafer v. Canada (Attorney General)*) (1996), 29 O.R. (3d) 496 (Div. gén.), avait estimé que les portions de la Loi sur l'A-C qui prévoyaient des prestations pour grossesse et accouchement étaient discriminatoires envers les parents adoptifs et les enfants adoptifs parce qu'elles étaient contraires au paragraphe 15(1) de la Charte, et qu'elles n'étaient pas validées par l'article premier de la Charte.

[34] La Cour d'appel de l'Ontario a commencé son analyse par un examen de l'historique de la Loi sur l'A-C, qui était entrée en vigueur en 1940 [*Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1940, ch. 44], et dont l'objet était d'accorder des prestations à une personne en chômage, capable de travailler et en quête d'un travail. La jurisprudence a donc établi une présomption selon laquelle, parce qu'une femme enceinte n'était pas physiquement capable de travailler durant une période de six semaines avant la date prévue de la naissance et durant six semaines après la naissance, elle n'avait pas droit à des prestations à moins qu'elle ne réfute la présomption.

[35] En 1971 [*Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48], en raison du rôle croissant des femmes sur le marché du travail, le législateur a modifié la Loi sur l'A-C pour prévoir des prestations de maternité de 15 semaines, qui devaient débiter huit semaines avant la date prévue de la naissance et se terminer six semaines après la naissance.

[36] En 1976, la Loi sur l'A-C fut de nouveau modifiée de telle sorte que les 15 semaines de prestations devenaient payables n'importe quand durant une période de 26 semaines, qui débutait huit semaines avant la date prévue de la naissance et prenait fin 17 semaines après la naissance.

[37] En 1984, entré en vigueur une nouvelle modification qui prévoyait 15 semaines de prestations parentales à l'intention des mères adoptives ou des pères adoptifs. Par suite de l'entrée en vigueur de l'article 15 de la Charte en avril 1985, ces dispositions furent invalidées dans le jugement *Schachter c. Canada*, [1988] 3 C.F. 515 (1<sup>re</sup> inst.). Dans cette affaire, M. Schachter avait sollicité un jugement déclaratoire disant

he, as a biological father, was not entitled to them.

[38] Strayer J. (as he then was) concluded that the legislation discriminated against Mr. Schachter on the basis of his sex. He accordingly “read into” the U.I. Act a provision giving biological parents the same child care benefits that adoptive parents were entitled to under the legislation. Strayer J.’s decision was appealed to the Supreme Court of Canada [[1992] 2 S.C.R. 679] but, before the case was heard, the U.I. Act was amended so as to provide for 10 weeks (the benefit was reduced by Parliament from 15 weeks to 10 weeks) of parental benefits available to either biological or adoptive parents.

[39] After carefully reviewing the reasons given by Cameron J. in concluding that the provisions of the U.I. Act which provided for pregnancy and childbirth benefits discriminated against adoptive parents and adopted children, the Ontario Court of Appeal turned to the issues before it.

[40] First, the Court of Appeal enquired into the purpose of the maternity and child care benefits. It had no difficulty concluding that the purpose of these benefits was to protect women who work from the economic costs of pregnancy and childbirth. In the Court’s opinion, the first Judge had erred in concluding that the purpose of the maternity benefits was that of supporting family formation. In the Court’s view, the focus of the U.I. Act was not the formation of families, but the circumstances surrounding employment and unemployment. In that light, Austin J.A., writing for the Court in *Schafer*, said at page 15:

The original maternity benefit in the 1971 legislation was Parliament’s response to what it was as the special needs of birth mothers, including those who give up their children for adoption. Parliament provided a comprehensive arrangement to protect the income, job security and promotion of women

que les prestations parentales de 15 semaines étaient discriminatoires parce que lui, en tant que père biologique, n’y avait pas droit.

[38] Le juge Strayer, alors juge de la Cour fédérale, avait conclu que le texte de loi établissait contre M. Schachter une discrimination fondée sur le sexe. Il avait donc interprété la Loi sur l’A-C comme si elle renfermait une disposition accordant aux parents biologiques les mêmes prestations de soins à l’enfant que celles à laquelle les parents adoptifs avaient droit en vertu de la loi. Appel de la décision du juge Strayer fut interjeté devant la Cour suprême du Canada [[1992] 2 R.C.S. 679], mais, avant que l’affaire ne soit jugée, la Loi sur l’A-C fut modifiée par insertion d’une disposition qui accordait dix semaines (la prestation a été ramenée de 15 semaines à 10 semaines par le législateur) de prestations parentales aux parents biologiques comme aux parents adoptifs.

[39] Après examen approfondi des motifs exposés par le juge Cameron, pour qui les dispositions de la Loi sur l’A-C qui prévoyaient le versement de prestations pour grossesse et accouchement établissaient une discrimination contre les parents adoptifs et les enfants adoptifs, la Cour d’appel de l’Ontario a étudié les questions qui lui étaient soumises.

[40] La Cour d’appel s’est d’abord interrogée sur l’objet des prestations de maternité et des prestations de soins pour enfants. Elle n’a eu aucune difficulté à conclure que les prestations en cause avaient pour objet de soulager les femmes qui travaillent des coûts économiques de la grossesse et de l’accouchement. De l’avis de la Cour, le juge de première instance avait erré en disant que l’objet des prestations de maternité était d’encourager la constitution de familles. Pour la Cour d’appel, la Loi sur l’A-C n’avait pas pour objet la constitution de familles, mais les circonstances entourant l’emploi et le chômage. Considérant les choses sous cet angle, le juge Austin, qui s’exprimait pour la Cour l’arrêt *Schafer*, écrivait ce qui suit, à la page 15 :

[TRADUCTION] La prestation initiale de maternité, dans le texte de 1971, était la réponse du législateur à ce qu’il considérait comme les besoins spéciaux des mères naturelles, y compris de celles qui donnent leurs enfants pour adoption. Le législateur a établi un dispositif détaillé destiné à protéger

in the workplace who become pregnant. The purpose of the 1984 amendment was to do the same for women who adopt children. The specific purpose of both the 1971 and 1984 legislation was to provide partial replacement of income while out of the workplace, either by reason of pregnancy and childbirth or by reason of child care. [Emphasis added.]

[41] Following this conclusion, the Court of Appeal turned to the second issue before it, namely, whether the existing scheme of maternity benefits and child care benefits violated subsection 15(1) of the Charter.

[42] The Ontario Court of Appeal proceeded on the basis of the test enunciated by the Supreme Court of Canada in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418. That test was summarized by the Court of Appeal at page 16 of its reasons as follows:

- (a) Does the Act distinguish between the claimant and others so as to deny the claimant one or more of the equality rights protected by s. 15(1)?
- (b) Is this denial of equality discriminatory? This requires the court to consider whether the distinction is:
  - i. based upon an enumerated or analogous ground; and
  - ii. contrary to the purpose of s. 15(1).

[43] After indicating its agreement with Cameron J. that the discrimination analysis could not be focused on the adoptive family but rather on a comparison between biological and adoptive mothers, the Court then addressed the first leg of the test, i.e. whether a distinction existed between the claimant and others resulting in a denial of equality before or under the law, or equal protection or benefit of the law.

[44] In answer to that question, the Court stated in unequivocal terms that the legislation made a distinction between biological and adoptive mothers and that as a

le revenu, la sécurité d'emploi et les perspectives professionnelles des femmes qui tombent enceintes. L'objet de la modification de 1984 était de faire la même chose pour les femmes qui adoptent des enfants. L'objet précis des textes de 1971 comme de 1984 était de remplacer partiellement le revenu des femmes devant quitter temporairement le marché du travail pour cause de grossesse et d'accouchement ou pour cause d'obligations parentales. [Non souligné dans l'original.]

[41] La Cour d'appel est ensuite passée au second point dont elle était saisie, c'est-à-dire celui de savoir si le régime existant des prestations de maternité et des prestations de soins pour enfants contrevenait au paragraphe 15(1) de la Charte.

[42] La Cour d'appel de l'Ontario a pris pour point de départ le critère exposé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418. Ce critère a été résumé par la Cour d'appel comme il suit, à la page 16 de ses motifs :

[TRADUCTION]

- a) La Loi établit-elle, entre la prestataire et les autres, une distinction qui a pour effet de nier à la prestataire l'un ou plusieurs des droits à l'égalité qui sont protégés par le paragraphe 15(1)?
- b) Ce déni des droits à l'égalité est-il discriminatoire? Il faut pour cela que la Cour se demande si la distinction est :
  - i. fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue; et
  - ii. contraire à l'objet du paragraphe 15(1).

[43] Après s'être déclarée en accord avec le juge Cameron, pour qui l'analyse portant sur la discrimination ne pouvait pas se focaliser sur la famille adoptive, mais plutôt sur une comparaison entre mères biologiques et mères adoptives, la Cour a alors examiné le premier volet du critère, c'est-à-dire le point de savoir si une distinction était faite entre la prestataire et les autres qui avait pour effet de nier à la prestataire l'égalité devant la loi, l'égalité de bénéfice de la loi et la protection égale de la loi.

[44] Répondant à cette question, la Cour a conclu sans équivoque que la Loi sur l'A-C établissait une distinction entre les mères biologiques et les mères

result of that distinction, adoptive mothers were denied the same benefits as those available to biological mothers. Consequently, the claimants had established that they were denied equal benefit of the law.

[45] The Court then turned to the question of whether the distinction was discriminatory. It first asked itself whether the distinction was based upon an enumerated or analogous ground. Although he was not convinced that women who adopted children did so by reason of a personal characteristic that was immutable or changeable only at an unacceptable personal cost, or that adoptive women constituted a minority that was discrete in the sense of separate or discernible, or that adoptive parents had suffered historical and legal disadvantages as a result of their status, Austin J.A. nonetheless assumed, without deciding the question, that the status of adoptive mothers constituted an analogous ground.

[46] The Court of Appeal then dealt with the question of whether the distinction between biological and adoptive mothers violated subsection 15(1) of the Charter. It began its analysis of that question by quoting with approval that part of Cameron J.'s reasons, found at page 528, where he stated:

... does the impugned legislative provision violate the purpose of s. 15(1), namely to prevent the violation of human dignity and freedom through the imposition of limitations, disadvantages or burdens based on the stereotypical application of group characteristics?

[47] The Court noted that Cameron J.'s words correctly reflected what had been said by McIntyre J. at pages 168, 169, 174 and 175 of his reasons in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143:

It is, of course, obvious that legislatures may—and to govern effectively—must treat different individuals and groups in different ways. Indeed, such distinctions are one of the main preoccupations of legislatures. The classifying of individuals and groups, the making of different provisions respecting such groups, the application of different rules, regulations, requirements and qualifications to different persons is necessary for the governance of modern society. As noted

adoptives et que, en conséquence de cette distinction, les mères adoptives se voyaient refuser les prestations dont bénéficiaient les mères biologiques. Les prestataires avaient donc établi que l'égalité de bénéfice de la loi leur était niée.

[45] La Cour est alors passée à la question de savoir si la distinction était discriminatoire. Elle s'est d'abord demandé si elle était fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue. Le juge Austin n'était pas persuadé que les femmes qui adoptaient des enfants agissaient ainsi en raison d'une caractéristique personnelle qui était immuable, ou qui ne pouvait être modifiée qu'à un coût personnel inacceptable, ni que les mères adoptives constituaient une minorité formant un groupe distinct, c'est-à-dire séparé ou visible, ni que les parents adoptifs avaient souffert de handicaps historiques et juridiques en raison de leur qualité de parents adoptifs, mais il a néanmoins présumé, sans trancher la question, que la qualité de mère adoptive constituait un motif analogue.

[46] La Cour d'appel a ensuite examiné le point de savoir si la distinction entre mères biologiques et mères adoptives contrevenait au paragraphe 15(1) de la Charte. Elle a entrepris son analyse de cette question en citant avec approbation le passage suivant des motifs du juge Cameron, à la page 528 du recueil de jurisprudence :

[TRADUCTION] [...] la disposition légale contestée contrevient-elle à l'objet du paragraphe 15(1), qui est d'empêcher que la dignité et la liberté de la personne soient violées par l'imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur l'application stéréotypée de caractéristiques de groupe?

[47] La Cour d'appel a noté que les propos du juge Cameron rendaient compte fidèlement de ce qu'avait écrit le juge McIntyre aux pages 168, 169, 174 et 175 de ses motifs, dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 :

Il est certes évident que les législatures peuvent et, pour gouverner efficacement, doivent traiter des individus ou des groupes différents de façons différentes. En effet, de telles distinctions représentent l'une des principales préoccupations des législatures. La classification des individus et des groupes, la rédaction de différentes dispositions concernant de tels groupes, l'application de règles, de règlements, d'exigences et de qualifications différents à des personnes différentes sont

above, for the accommodation of differences, which is the essence of true equality, it will frequently be necessary to make distinctions.

...

Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed. [Emphasis added.]

and by McLachlin J. (as she then was) at paragraph 140 of her reasons in *Miron*:

... exceptionally it may be concluded that the denial of equality on the enumerated or analogous ground does not violate the purpose of s. 15(1)—to prevent the violation of human dignity and freedom through the imposition of limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics, rather than on the basis of merit, capacity or circumstances. [Emphasis added.]

[48] As an example of the kind of exceptions envisioned in *Miron*, the Court of Appeal referred to the Supreme Court's decisions in *R. v. Hess*; *R. v. Nguyen*, [1990] 2 S.C.R. 906, and *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, where the Supreme Court, notwithstanding a legislative distinction based upon an enumerated ground, held that there was no discrimination contrary to subsection 15(1) of the Charter because the distinction was based on capacity or circumstances rather than upon the stereotypical application of presumed group characteristics.

[49] The Court of Appeal made the point that what these cases showed was that “a biological reality removed the distinction drawn from the ambit of s. 15(1)” (page 22 of the Court of Appeal's reasons). The Court then went on to say that a similar analysis applied in the case before it in that pregnancy and childbirth, which only biological mothers experience, constituted an inescapable biological reality. Thus, in the Court's view, compensating biological mothers for loss of work

nécessaires pour gouverner la société moderne. Comme je l'ai déjà souligné, le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites.

[...]

Les 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. [Non souligné dans l'original.]

Les propos du juge Cameron rendaient compte aussi de ce qu'avait dit la juge McLachlin (son titre à l'époque), au paragraphe 140 de ses motifs, dans l'arrêt *Miron* :

[...] on peut exceptionnellement conclure que la négation de l'égalité fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue ne contrevient pas à l'objet du paragraphe 15(1)—empêcher que la dignité et la liberté de la personne soient violées par l'imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites, les capacités ou les circonstances. [Non souligné dans l'original.]

[48] À titre d'exemple du genre d'exceptions envisagées dans l'arrêt *Miron*, la Cour d'appel de l'Ontario s'est référée à deux arrêts de la Cour suprême du Canada, *R. c. Hess*; *R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906, et *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872. Dans ces précédents, la Cour suprême, nonobstant l'existence d'une distinction légale fondée sur un motif énuméré, a jugé qu'il n'y avait aucune discrimination contraire au paragraphe 15(1) de la Charte, parce que la distinction était fondée sur les capacités ou les circonstances plutôt que sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe.

[49] La Cour d'appel a expliqué que ce que ces précédents montraient, c'était qu' [TRADUCTION] « une réalité biologique enlevait la distinction établie du champ du paragraphe 15(1) » (à la page 22 des motifs de la Cour d'appel). Puis la Cour d'appel poursuivait en disant que la même conclusion s'imposait dans l'affaire qu'elle avait devant elle, en ce sens que la grossesse et l'accouchement, que seules connaissent les mères biologiques, constituaient une réalité biologique incon-



by reason of their pregnancy and childbirth could not constitute discrimination.

[50] The Court then turned to an argument put forward by the respondents (Mr. and Mrs. Schafer) and the intervener, the Adoption Council for Ontario, that a maternity benefit period of 15 weeks exceeded the physiological needs of most biological mothers and that an average of four to six weeks was sufficient for biological mothers to cope with the physical consequences of pregnancy and childbirth and that, as a result, subsection 11(3) (now subsection 12(3)) of the Act went beyond the specific circumstances of biological mothers. Hence, in that light, subsection 11(3) did not fall within the exceptions alluded to by McLachlin J. in *Miron*. On the basis of that submission, the respondents and the Adoption Council for Ontario argued that the purpose and/or effect of those weeks which were not required to meet the physical demands of pregnancy and childbirth gave biological mothers additional time to bond with their children, which time was not afforded to adoptive mothers.

[51] The Court of Appeal dealt with these submissions as follows. First, the Court opined that although pregnancy was not an illness, it had many of its physical characteristics, i.e. nausea, fatigue, vomiting, backache, fluid retention, vaginal discharge, varicose veins and nerve entrapment syndromes. It further said that not only was anxiety concerning the forthcoming labour a source of distress for the biological mother, she faced additional problems in the case of either an abnormal or difficult pregnancy, i.e. multiple pregnancy, diabetes, pre-eclampsia and bleeding. The Court also alluded to the fact that approximately one-fifth of deliveries in Canada were carried out by caesarian section which requires anesthesia and major abdominal surgery. It also pointed out that vaginal birth often requires an episiotomy or perineal laceration, the pain and discomfort of which often lasts for weeks and months.

tournable. Ainsi, de l'avis de la Cour d'appel, le fait d'indemniser les mères biologiques pour la perte d'un travail entraînée par la grossesse ou l'accouchement ne pouvait pas constituer une discrimination.

[50] Puis la Cour d'appel a examiné un argument invoqué par les intimés (M. et M<sup>me</sup> Schafer) et par l'intervenant, le Conseil des adoptions de l'Ontario. Pour ces derniers, une période de 15 semaines de prestations de maternité dépassait les besoins physiologiques de la plupart des mères biologiques, et une moyenne de quatre à six semaines suffisait aux mères biologiques pour composer avec les conséquences physiques de la grossesse et de l'accouchement et, en conséquence, le paragraphe 11(3) (aujourd'hui le paragraphe 12(3)) de la Loi sur l'A-C allait au-delà des circonstances propres aux mères biologiques. Ainsi, vu sous cet angle, le paragraphe 11(3) n'entraîne pas dans les exceptions auxquelles la juge McLachlin faisait allusion dans l'arrêt *Miron*. Se fondant sur cet argument, les intimés et le Conseil des adoptions de l'Ontario ont fait valoir que les semaines qui n'étaient pas requises pour composer avec les contraintes physiques d'une grossesse et d'un accouchement avaient pour but ou pour effet de donner aux mères biologiques un temps supplémentaire pour établir des liens avec leurs enfants, alors que les mères adoptives ne bénéficiaient pas de cet avantage.

[51] La Cour d'appel a répondu de la manière suivante à ces arguments. D'abord, elle a exprimé l'avis que, bien que la grossesse ne fût pas une maladie, elle présentait nombre de ses caractéristiques physiques, par exemple nausées, fatigue, vomissements, maux de reins, rétention hydrique, écoulements vaginaux, varices et syndrome de compression nerveuse. Elle a ajouté que non seulement l'anxiété à propos des couches à venir était une cause de tension pour la mère biologique, mais aussi que cette dernière était exposée à d'autres difficultés en cas de grossesse anormale ou difficile, par exemple grossesse multiple, diabète, éclampsie et saignements. La Cour d'appel a aussi fait allusion au fait qu'environ un accouchement sur cinq au Canada avait lieu par césarienne, opération qui requiert une anesthésie et une chirurgie abdominale importante. Elle a aussi fait observer qu'une naissance vaginale requiert souvent une épisiotomie, ou incision du périnée, dont la douleur et l'inconfort durent souvent plusieurs semaines ou plusieurs mois.

[52] For these findings, it can safely be said that the Court of Appeal relied in great part on the evidence of Dr. Murray Enkin, whose affidavits of July 14, 1994 and May 21, 1995 were before Umpire Krindle. In particular, the following passages from Dr. Enkin's affidavit of July 14, 1994 appear highly relevant:

#### LABOUR AND CHILDBIRTH

29. Labour and childbirth exact their toll to a different degree in different women. Some labours are short and relatively easy. Others are prolonged and exhausting. Approximately one fifth of deliveries in Canada today are carried out by Caesarian section, which adds the additional strain of an anaesthetic and a major abdominal surgical operation. Vaginal birth is often accompanied by an episiotomy or perineal laceration, with subsequent pain and discomfort, which persist for weeks or months. Almost 50% of Ontario births involve an episiotomy, with the rate for different hospitals varying from 1% to 99%. Less than 10% of women giving birth in hospitals escape with an intact perineum.

#### POST-DELIVERY

30. The time after birth is marked by profound physical, hormonal, and psychological changes. The enormous metabolic changes that took place over the months of pregnancy must be reversed in a matter of days or weeks. The uterus must involute, shrink back to its prepregnant size, and all that tissue must be absorbed. The placental site must heal.

31. The traditional six weeks time for a post-partum examination is an arbitrary one, and it cannot be assumed that the woman's body has resumed its non-pregnant state or is fully functional by that time. Many women are still suffering the effects of pregnancy and the trauma of delivery at that time, and for some time after. Prospective studies have shown that breast symptoms, vaginal discomfort, fatigue, haemorrhoids, poor appetite, constipation, dizziness, depression and sexual difficulties may persist for long periods after giving birth.

32. Sleep deprivation and the acceptance of new responsibilities for infant care are among the burdens of new parenting, and are shared by all new parents. It is for this

[52] Dans les conclusions qu'elle a tirées, on peut dire à coup sûr que la Cour d'appel s'est fondée largement sur le témoignage du D<sup>r</sup> Murray Enkin, dont les affidavits datés du 14 juillet 1994 et du 21 mai 1995 ont été présentés à la juge-arbitre Krindle. Plus précisément, les passages suivants de l'affidavit du 14 juillet 1994 semblent tout à fait pertinents :

[TRADUCTION]

#### CONTRACTIONS UTÉRINES ET ACCOUCHEMENT

29. Les contractions utérines et l'accouchement sont difficiles à des degrés divers pour les femmes. Certaines contractions sont brèves et relativement faciles à supporter. D'autres sont prolongées et épuisantes. Environ un accouchement sur cinq au Canada aujourd'hui se fait par césarienne, ce qui ajoute les difficultés associées à une anesthésie et à une importante opération abdominale. La naissance vaginale est souvent accompagnée d'une épisiotomie, ou incision du périnée, avec la douleur et l'inconfort qui s'ensuivent, et qui peuvent persister durant des semaines ou des mois. Près de la moitié des naissances en Ontario font intervenir une épisiotomie, le taux variant selon l'hôpital entre 1 p. 100 et 99 p. 100. Moins de 10 p. 100 des femmes qui donnent naissance dans les hôpitaux en sortent le périnée intact.

#### PÉRIODE POSTNATALE

30. La période qui suit la naissance est marquée par de profonds changements physiques, hormonaux et psychologiques. Les énormes changements métaboliques qui se sont produits durant les mois de grossesse doivent s'inverser en quelques jours ou quelques semaines. L'utérus doit amorcer une involution, revenir à sa taille antérieure à la grossesse, et tout ce tissu doit être absorbé. Le milieu placentaire doit se cicatriser.

31. La traditionnelle période de six semaines qui précède un examen postnatal est une période arbitraire, et l'on ne saurait présumer que le corps de la femme a repris son état antérieur à la grossesse ou qu'il est pleinement fonctionnel à ce moment-là. Nombre de femmes souffrent encore à ce moment-là, et pour quelque temps par la suite, des effets de la grossesse et du traumatisme de l'accouchement. Des études prospectives ont montré que des douleurs mammaires, de l'inconfort vaginal, de l'épuisement, des hémorroïdes, un mauvais appétit, de la constipation, de la somnolence, de la dépression et des troubles sexuels peuvent persister longtemps après l'accouchement.

32. La privation de sommeil et la prise de nouvelles responsabilités pour le soin du nouveau-né comptent parmi les fardeaux de la nouvelle fonction de parent et sont partagées

reason that parental leave from employment responsibilities is required in addition to maternity leave. It is reasonable to assume that for biological mothers the burdens of new parenthood may be all the more difficult to cope with when they are added to the already present burdens of recovery from pregnancy and childbirth.

33. In addition, biological mothers require a period following childbirth to establish and maintain breastfeeding for their newborn child. I have reviewed the affidavit of Karyn Kaufman, and I agree with her assessment with respect to this aspect of post-natal recovery.

[53] These findings led the Court to the view that it was far from obvious that the 15 weeks of maternity benefits were not justified. In the Court's opinion, choosing an appropriate period of recovery was clearly arbitrary and that in fixing the maternity benefits at 15 weeks, it was clearly open to Parliament to include within the scheme the greatest number of women in the workforce. Consequently, in the Court's opinion, the fact that not every single pregnant woman required 15 weeks away from work was not sufficient to render the legislation unconstitutional. In support of this view, the following paragraphs from Dr. Enkin's affidavit of May 23, 1995 are apposite:

#### Post-partum period

10. I agree with Dr. Hannah that recovery from pregnancy is a poorly defined concept, and that the 6 week accepted period for follow-up examination of the mother is arbitrary. I also agree that the 6 week definition is not to be interpreted as an indication of when a woman may resume full activities.

11. I disagree however with Dr. Hannah's interpretation of this as meaning that most women are in physical condition to full activities in less than 6 weeks. On the contrary, even a so-called normal delivery (experienced by very few women today) results in a major metabolic stress, which requires a variable but usually lengthy period of time to fully recover. The extent to which this metabolic stress manifests itself in biologically measurable outcomes will depend on the intensity with which these outcomes are searched for. In any case, I

par tous les nouveaux parents. C'est pour cette raison qu'un congé parental, permettant de mettre en veilleuse les responsabilités professionnelles, est nécessaire en plus du congé de maternité. Il est raisonnable de présumer que, pour les mères biologiques, les charges de la nouvelle fonction de parent peuvent être d'autant plus difficiles à assumer lorsqu'elles s'ajoutent à la difficulté de se remettre d'une grossesse et d'un accouchement.

33. En outre, les mères biologiques ont besoin, après l'accouchement, d'une période leur permettant d'établir et de gérer l'allaitement de leur nouveau-né. J'ai passé en revue l'affidavit de Karyn Kaufman, et je partage la manière dont elle évalue cet aspect du rétablissement postnatal.

[53] Ces conclusions ont conduit la Cour à dire qu'il était loin d'être évident que les 15 semaines de prestations de maternité n'étaient pas justifiées. Selon elle, le choix d'une période adéquate de rétablissement était clairement arbitraire, et il était manifestement loisible au législateur, en fixant à 15 semaines la durée des prestations de maternité, d'inclure dans le régime le plus grand nombre de femmes actives sur le marché du travail. Par conséquent, de l'avis de la Cour d'appel, même si les femmes enceintes n'avaient pas toutes besoin de s'absenter de leur travail durant 15 semaines, cela ne suffisait pas à rendre la loi inconstitutionnelle. À l'appui de cette opinion, il est à propos de citer les paragraphes suivants de l'affidavit du 23 mai 1995 du D<sup>r</sup> Enkin :

[TRADUCTION]

#### Période postnatale

10. Je reconnais avec le D<sup>r</sup> Hannah qu'il est difficile de dire à quoi devrait correspondre la période de rétablissement qui suit une grossesse, et que la période admise de six semaines avant l'examen de suivi de la mère est arbitraire. Je reconnais aussi que la période de six semaines ne doit pas être interprétée comme une indication de la date à laquelle une femme peut reprendre pleinement ses activités.

11. Je ne partage pas cependant l'affirmation du D<sup>r</sup> Hannah pour qui cela signifie que la plupart des femmes sont physiquement en état de reprendre toutes leurs activités en moins de six semaines. Au contraire, même un accouchement dit normal (ce que très peu de femmes connaissent aujourd'hui) entraîne un grand stress métabolique, laquelle requiert pour un plein rétablissement une période qui peut varier, mais qui en général est assez longue. La mesure dans laquelle ce stress métabolique se manifeste par des résultats

would suggest these pathophysiological manifestations are not important in and of themselves. The important consideration is how the woman feels. Some women recover quickly, others will take much longer.

...

14. I agree with Dr. Hannah that it has always been difficult to differentiate, in the case of a woman who has given birth, the role played by the demands of her newborn and the normal recovery process itself. It will always be difficult to do so, because comparisons among women in different situations are biased by the number of confounding factors which render such comparisons invalid. More importantly, however, it would be a futile exercise to even attempt to make such a differentiation. The difficulties experienced by new biologic mothers result from the combinations and interactions of physiological recovery and the demands of caregiving to the new infant.

15. The fact that some women can and do return to outside employment early tells us nothing about what most women can, or should do. The purpose of maternity leave is for the benefit of the mother, to allow her time to recover in accord with her own needs. To be effective, it must be adequate and flexible, because mothers' needs differ. That the baby will also benefit from this is inevitable, but incidental. Dr. Hannah does not advocate the reduction of maternity benefits.

...

17. Dr. Hannah's affidavit in summary shows that it is possible for some women to work right up to labour, and to return to work right after delivery. I do not dispute this. But for the majority of women, who would not describe their pregnancy as "uneventful", who either have symptoms or complications during the pregnancy, or undergo various forms of birth trauma, a period of maternity leave provides major health benefits to the mother, with collateral benefits for the baby. Parental leave, which is the same for biological and adoptive parents, primarily provides benefits for the baby, with collateral benefits to the parents.

[54] At pages 24-25, the Court summarized its rationale for concluding as it did in the following terms:

To summarize, it is not necessarily discriminatory for governments to treat biological mothers differently from other

biologiquement mesurables dépendra de l'intensité mise à rechercher de tels résultats. De toute manière, je dirais que ces manifestations pathophysiologiques ne sont pas en elles-mêmes importantes. Le point important, c'est de savoir comment se sent l'intéressée. Certaines femmes se rétablissent rapidement, d'autres beaucoup plus lentement.

[...]

14. Je reconnais avec le D<sup>r</sup> Hannah qu'il a toujours été difficile de faire la distinction, dans le cas d'une femme qui a donné naissance, entre le rôle joué par les exigences de son nouveau-né, d'une part, et le processus normal de rétablissement, d'autre part. Il sera toujours difficile de faire cette distinction, parce que les comparaisons entre femmes dont la situation varie sont faussées par le nombre de facteurs parasites qui rendent invalides de telles comparaisons. Aspect plus important cependant, ce serait un exercice vain que d'essayer même d'établir une telle distinction. Les difficultés que rencontrent les nouvelles mères biologiques viennent des combinaisons et interactions du rétablissement physiologique de la mère et des soins qu'exige le nouveau-né.

15. Le fait que certaines femmes puissent reprendre rapidement leur emploi, et effectivement le reprennent, ne nous dit rien sur ce que la plupart des femmes peuvent ou devraient faire. Le congé de maternité vise à avantager la mère, pour lui permettre de se rétablir en fonction de ses propres besoins. Pour être efficace, le congé doit être suffisant et flexible, parce que les besoins des mères varient. Le fait que le nouveau-né profitera lui aussi de ce congé est inévitable, mais accidentel. Le D<sup>r</sup> Hannah ne préconise pas la diminution des prestations de maternité.

[...]

17. En bref, l'affidavit du D<sup>r</sup> Hannah montre qu'il est possible pour certaines femmes de travailler jusqu'à leurs couches et de revenir au travail tout de suite après l'accouchement. Je ne le conteste pas. Mais, pour la majorité des femmes, qui ne qualifieraient pas de « sans problèmes » leur grossesse et qui soit présentent des symptômes ou des complications durant la grossesse, soit connaissent divers problèmes à l'accouchement, un congé de maternité confère à la mère d'importants avantages sur le plan de la santé, avec avantages accessoires pour le nouveau-né. Le congé parental, qui est le même pour les parents biologiques et les parents adoptifs, profite surtout aux nouveau-nés et accessoirement aux parents.

[54] Aux pages 24 et 25, la Cour résumait ainsi le raisonnement qui l'amenait à conclure comme elle l'a fait :

[TRADUCTION] En résumé, il n'est pas nécessairement discriminatoire pour des gouvernements de considérer les

parents, including adoptive parents. In order to cope with the physiological changes that occur during childbearing, biological mothers require a flexible period of leave that may be used during pregnancy, labour, birth and the postpartum period. Indeed, such leave provisions may be necessary in order to ensure the equality of women generally, who have historically suffered disadvantage in the workplace due to pregnancy-related discrimination: *see Brooks v. Canada Safeway Ltd.; Allen c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219.

None of this is to deny the respondents' submission that adoptive mothers also face profound challenges in adopting and caring for their children. The decision to adopt often follows unsuccessful and difficult attempts to conceive a child biologically. The adoption process itself is rife with anxiety and stress as prospective parents are subjected to an invasive background check. An agonizing wait follows. The adoptive parents can have as little as 48 hours' notice of their child's arrival. The anxiety does not end with the child's placement. In addition to the universal demands of parenting a new child, adoptive parents may have to endure a 21-day waiting period during which the birth mother may change her mind about placing her child for adoption. Finally, with many placements of adopted children, there is a six-month probationary period during which the adoptive parents are under close scrutiny. International adoptions are at least equally complicated, often involving extended and multiple periods away from home.

However, as severe and distressing as these problems may be, they are not the same problems facing biological mothers. No doubt adoptive parents would put the extra 15 weeks of paid leave to excellent use in preparing and caring for their newly arrived child, but the purpose of the pregnancy leave benefit is not to provide income support to parents who care for their children. It is to provide a flexible system of income support to women who need time away from work because of pregnancy and childbirth. [Emphasis added.]

*British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia*

[55] I now turn to the British Columbia Court of Appeal's decision in *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia*.

mères biologiques différemment des autres parents, y compris des parents adoptifs. Pour composer avec les changements physiologiques qu'entraîne la maternité, les mères biologiques ont besoin d'une période de congé souple qui puisse être utilisée durant la grossesse, durant les couches, à la naissance et après la naissance. Les dispositions qui prévoient le congé peuvent même être nécessaires pour garantir l'égalité des femmes en général, qui ont longtemps été désavantagées dans le milieu de travail en raison d'une discrimination fondée sur la grossesse : voir l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.; Allen v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, 45 C.R.R. 115.

Il n'est pas question ici de réfuter l'argument des intimés selon lequel les mères adoptives doivent relever elles aussi d'importants défis lorsqu'elles adoptent un enfant et s'en occupent. La décision d'adopter suit souvent des tentatives difficiles et infructueuses de concevoir. Le processus d'adoption lui-même est imprégné d'anxiété et de tension, les futurs parents étant soumis à une vérification approfondie de leurs antécédents. Puis il y a l'attente agonisante. Les parents adoptifs peuvent recevoir un préavis de 48 heures de l'arrivée de leur enfant. L'anxiété ne prend pas fin avec le placement de l'enfant. En plus des exigences habituelles qui s'attachent à la qualité de nouveau parent, les parents adoptifs peuvent devoir subir une période d'attente de 21 jours au cours de laquelle la mère naturelle peut changer d'avis et décider de retirer son enfant de l'adoption. Finalement, pour de nombreux placements d'enfants adoptés, il y a une période d'essai de six mois au cours de laquelle les parents adoptifs sont très étroitement scrutés. Les adoptions internationales sont au moins aussi compliquées, car elles requièrent souvent des périodes prolongées et multiples loin du domicile.

Cependant, si graves et troublantes que puissent être ces difficultés, ce ne sont pas les mêmes difficultés que celles que connaissent les mères biologiques. Il ne fait aucun doute que les parents adoptifs pourraient faire un excellent usage des 15 semaines additionnelles de congé rémunéré pour accueillir leur nouvel enfant et s'en occuper, mais l'objet des prestations de maternité n'est pas de procurer un revenu complémentaire aux parents qui s'occupent de leurs enfants. Il est d'établir un système souple de soutien du revenu à l'intention des femmes qui doivent s'absenter de leur travail pour cause de grossesse et d'accouchement. [Non souligné dans l'original.]

*L'arrêt British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia*

[55] Je passe maintenant à l'arrêt rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia*.

[56] Before the Court of Appeal was the question of whether the granting of leave benefits to an adoptive mother for a period that was less than the period she would have been entitled to, had she been a biological mother, infringed an employee's rights under a collective agreement. More particularly, under the collective agreement, as integrated under its terms with the *Employment Insurance Act*, both biological and adoptive mothers were entitled to 29 weeks of leave without pay, but the biological mother received employment insurance benefits and a collective agreement supplement for 27 weeks, while the adoptive mother received such benefits only for ten weeks.

[57] By the time the matter was heard by the British Columbia Court of Appeal, the Supreme Court of Canada had rendered its decision in *Law v. Canada*. As a result, that decision's analytical framework was the one which the Court of Appeal adopted.

[58] In *British Columbia Government and Service Employees' Union*, the employee and her union argued that the differential treatment between biological and adoptive mothers amounted to discrimination. Specifically, a grievance was brought by the Union on behalf of the employee on the ground that the failure to provide her with an allowance equivalent to the maternity leave allowance constituted discrimination on the basis of family status, contrary to subsection 13(1) of the British Columbia *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210.

[59] Although he found the Union's argument attractive, the arbitrator decided to follow the Ontario Court of Appeal's decision in *Schafer* and, as a result, he dismissed the grievance. That decision was appealed by the Union.

[60] Before the Court of Appeal, the Union argued that the arbitrator had erred in not concluding that the distinction made between biological and adoptive mothers was discriminatory and that the arbitrator ought not to have followed *Schafer*, because recent Supreme Court of Canada decisions clearly demonstrated that the

[56] La Cour d'appel était saisie de la question de savoir si l'octroi de prestations à une mère adoptive pour une période inférieure à la période à laquelle elle aurait eu droit si elle avait été mère biologique contrevenait aux droits reconnus à une employée par une convention collective. Plus précisément, selon la convention collective, intégrée d'après ses termes à la *Loi sur l'assurance-emploi*, tant les mères biologiques que les mères adoptives avaient droit à 29 semaines de congé non rémunéré, mais la mère biologique recevait des prestations d'assurance-emploi et un supplément de 27 semaines au titre de la convention collective, tandis que la mère adoptive ne recevait de telles prestations que durant dix semaines.

[57] Lors de l'instruction de cette affaire par la Cour d'appel, la Cour suprême du Canada avait rendu son arrêt *Law c. Canada*. En conséquence, le cadre analytique exposé dans cet arrêt fut celui que la Cour d'appel de la C.-B. a adopté.

[58] Dans l'affaire *British Columbia Government and Service Employees' Union*, l'employée et son syndicat faisaient valoir que la différence de traitement entre mères biologiques et mères adoptives équivalait à une discrimination. Plus précisément, un grief avait été déposé par le Syndicat au nom de l'employée, au motif que le refus de verser à l'employée une allocation correspondant à l'allocation du congé de maternité constituait une discrimination fondée sur la situation de famille, ce qui était contraire au paragraphe 13(1) du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 210.

[59] L'arbitre avait trouvé intéressant l'argument du Syndicat, mais il avait décidé de suivre l'arrêt *Schafer* de la Cour d'appel de l'Ontario et avait donc rejeté le grief. Le Syndicat fit appel de la décision arbitrale.

[60] Devant la Cour d'appel de la C.-B., le Syndicat a fait valoir que l'arbitre avait commis une erreur en ne disant pas que la distinction entre mères biologiques et mères adoptives était discriminatoire et qu'il n'aurait pas dû suivre l'arrêt *Schafer*, parce que des arrêts récents de la Cour suprême du Canada montraient clairement que

*Schafer*, analysis was incomplete. The Union also argued that in any event, the arbitrator, not bound by *Schafer*, ought not to have followed it.

[61] The Court of Appeal dismissed the appeal and its reasons for so concluding can be summarized as follows.

[62] First, the Court of Appeal agreed with the view expressed by Mr. Justice Laskin of the Ontario Court of Appeal in *Falkiner v. Ontario (Minister of Community and Social Services)* (2002), 59 O.R. (3d) 481, that the analytical framework for determining whether a violation of section 15 of the Charter had occurred was the framework enunciated by the Supreme Court in *Law*. In the Court's view, the test enunciated in *Law*, also governed whether a violation of section 13 of the British Columbia *Human Rights Code* had occurred.

[63] In expressing that view, the Court of Appeal referred to the reasons given by Mr. Justice Iacobucci at page 547 of his reasons in *Law*, and pointed out that the analytical framework enunciated in that case did not "consist of a series of strict tests but rather a cluster of points of reference" (paragraph 12 of the Court of Appeal's reasons).

[64] The Court of Appeal then pointed out that on the basis of that cluster of points, counsel for the parties had made different and conflicting submissions. At paragraphs 14 and 15 of his reasons for the Court of Appeal, Lambert J.A. sets out their respective submissions:

Counsel for the Union and Ms. Reaney said that the purpose of the Maternity Leave, the Adoption Leave, the Parenting Leave, the Maternity Allowance, and the Parenting Allowance, was one single purpose, namely, to aid in family formation. He said that if we accepted that purpose for the provisions, then the differential treatment under the Leave and Allowance provisions between biological mothers and adopting mothers amounts to discrimination against adopting mothers in relation to family status affecting family formation.

l'analyse faite dans l'arrêt *Schafer*, était déficiente. Le Syndicat faisait aussi valoir que, en tout état de cause, l'arbitre, n'étant pas lié par l'arrêt *Schafer*, n'aurait pas dû suivre ce précédent.

[61] La Cour d'appel a rejeté l'appel, et ses motifs à l'appui du rejet peuvent être résumés comme il suit.

[62] D'abord, la Cour d'appel a souscrit à l'opinion exprimée par le juge Laskin, de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Falkiner v. Ontario (Minister of Community and Social Services)* (2002), 59 O.R. (3d) 481, opinion selon laquelle le cadre analytique à retenir pour savoir s'il y avait eu violation de l'article 15 de la Charte était celui qu'avait énoncé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law*. De l'avis de la Cour, le critère énoncé dans l'arrêt *Law*, permettait aussi de dire s'il y avait eu violation de l'article 13 du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique.

[63] En même temps qu'elle exprimait cet avis, la Cour d'appel s'est référée aux motifs exposés par le juge Iacobucci à la page 547 de l'arrêt *Law*, et a fait observer que le cadre analytique énoncé par la Cour suprême du Canada dans cet arrêt [TRADUCTION] « ne se résumait pas à une série de critères rigoureux, mais plutôt à un ensemble de points de référence » (paragraphe 12 des motifs de la Cour d'appel).

[64] La Cour d'appel a ensuite fait observer que, au vu de cet ensemble de points de référence, les avocats des parties avaient exposé des conclusions divergentes et contradictoires. Aux paragraphes 14 et 15 de ses motifs, le juge Lambert, de la Cour d'appel, expose ainsi les conclusions respectives des parties :

[TRADUCTION] L'avocat du Syndicat et de M<sup>me</sup> Reaney a dit que le congé de maternité, le congé d'adoption, le congé parental, l'allocation de maternité et l'allocation parentale avaient un objet unique, c'est-à-dire le soutien à la constitution de familles. Il a dit que, si nous admettions que tel était l'objet des dispositions, alors la différence de traitement, dans les dispositions sur les congés et les allocations, entre mères biologiques et mères adoptives équivalait à de la discrimination à l'encontre des mères adoptives au regard de la situation de famille influant sur la constitution de familles.

Counsel for the Crown said that the purpose of the Maternity Leave, Maternity Allowance, Parenting Leave and Parenting Allowance was to protect the health and well-being of biological mothers while they are undergoing the specific processes involved in giving birth and in recovering from giving birth, so that they can leave the work place smoothly and return smoothly. He said that the purpose of the Adoption Leave, Parenting Leave and Parenting Allowance was to protect the health and well-being of adopting parents (not only mothers) as well as birth parents, while undergoing the specific but different processes involved in adopting a child so that the adopting parent may introduce the adopted child to his or her new home and circumstances with a minimum of stress, and to provide for a smooth re-entry by the adopting parent into the work-force.

[65] A reading of these paragraphs makes it quite clear that the submissions before the B.C. Court of Appeal were very similar to the ones made before the Court of Appeal in *Schafer*, and to those made by the applicant in the present matter.

[66] The Court of Appeal then went on to state the question at issue in the appeal, namely, what was the purpose of the maternity leave and maternity allowance provisions found in the collective agreement. At paragraph 17 of his reasons, Lambert J.A. provided the following answer:

In my opinion the purpose of the Maternity Leave and Maternity Allowance provisions, when seen in their context, is not the encouragement of family formation but, rather, protecting the health and well-being of pregnant women and new biological mothers, (not simply new parents), while undergoing the health and other stresses of giving birth and recovering from giving birth, so that they can reasonably effectively return to the workforce. [Emphasis added.]

[67] Lambert J.A. gave a number of reasons in support of his conclusion. First, he made it clear that he agreed entirely with the reasons in *Schafer*, that there was a significant difference between the health and stress problems suffered by biological mothers and those suffered by adoptive mothers. In making that point, he

L'avocat de la Couronne a dit que l'objet du congé de maternité, de l'allocation de maternité, du congé parental et de l'allocation parentale était de protéger la santé et le bien-être des mères biologiques pendant qu'elles traversent les processus particuliers entourant l'accouchement et les suites de l'accouchement, pour qu'elles puissent quitter leur travail et le reprendre dans les meilleures conditions possibles. Il a dit que l'objet du congé d'adoption, du congé parental et de l'allocation parentale était de protéger la santé et le bien-être des parents adoptifs (pas seulement de la mère adoptive), comme pour les parents naturels, pendant qu'ils traversent les processus particuliers, mais différents, qu'entraîne l'adoption d'un enfant, de telle sorte que le parent adoptif puisse accueillir l'enfant dans son nouveau foyer et dans sa nouvelle situation avec un minimum de tension, et puisse reprendre son travail dans les meilleures conditions possibles.

[65] Il ressort clairement de ces paragraphes que les conclusions présentées à la Cour d'appel de la C.-B. étaient très semblables à celles qui avaient été présentées à la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Schafer*, et à celles qu'a présentées la demanderesse dans la présente affaire.

[66] Puis, la Cour d'appel de la C.-B. a énoncé la question posée dans l'appel, à savoir quel était l'objet des dispositions de la convention collective qui portaient sur le congé de maternité et l'allocation de maternité. Au paragraphe 17 de ses motifs, le juge Lambert a donné la réponse suivante :

[TRADUCTION] À mon avis, l'objet des dispositions relatives au congé de maternité et à l'allocation de maternité, considérées dans leur contexte, n'est pas l'encouragement de la constitution de familles, mais plutôt la protection de la santé et du bien-être des femmes enceintes et des nouvelles mères biologiques (pas simplement des nouveaux parents), alors que leur santé est mise à rude épreuve par les contraintes de l'accouchement et qu'elles se relèvent de leur état, et cela afin qu'elles puissent dans les meilleures conditions possibles retourner sur le marché du travail. [Non souligné dans l'original.]

[67] Le juge Lambert a exposé plusieurs motifs à l'appui de sa conclusion. D'abord, il a souligné qu'il souscrivait entièrement aux motifs de l'arrêt *Schafer*, selon lesquels il y avait une notable différence, au point de vue de l'état psychologique et physique, entre les mères biologiques et les mères adoptives. À ce sujet, il



specifically referred to paragraph 61 of the reasons given by Austin J.A. in *Schafer*, which I have summarized at paragraph 51 of these reasons.

[68] Second, he referred to the legislative history of the Act set out in *Schafer*, at paragraphs 9 to 23 thereof, which show that the maternity provisions of the Act were enacted to compensate biological mothers “for the incapacity of pregnancy and childbirth in relation to leaving the workforce and returning again after the process of biological childbirth” (paragraph 18 of the reasons).

[69] Third, as only pregnant women can benefit from the maternity leave provisions, the provisions clearly relate to pregnancy and childbirth. Consequently, if the purpose of the provisions was to encourage or bolster family formation, not only would there be discrimination against adoptive mothers, but also against biological and adoptive fathers.

[70] Fourth, the fact that the maternity leave provisions are also available to mothers who, following the birth of their child, give it up for adoption also supports the view that it is the effect on employment of the pregnancy and the birthing process, and not the effect on employment of the family formation process, which is the purpose of the provisions.

[71] Lastly, the Court points out that children may be adopted at any age, and therefore adoption is distinguishable from the pregnancy and birthing process relating to biological childbirth.

[72] After setting out the reasons for his conclusion, Lambert J.A. again made it clear that he was in full agreement with *Schafer*. He then emphasized that it was important for purposes of judicial comity that the law should be consistent throughout the country and that, as a result, he would not depart from *Schafer*, unless satisfied that it was wrongly decided or that there had been a change in the law following that decision. He

s’est référé expressément au paragraphe 61 des motifs exposés par le juge Austin dans l’arrêt *Schafer*, que j’ai résumés au paragraphe 51 des présents motifs.

[68] Deuxièmement, il s’est référé à l’historique de la Loi exposé aux paragraphes 9 à 23 de l’arrêt *Schafer*, où l’on peut lire que les dispositions de cette Loi touchant les prestations de maternité avaient pour objet de dédommager les mères biologiques [TRADUCTION] « pour l’incapacité résultant d’une grossesse ou d’un accouchement puisqu’elles doivent quitter leur travail et y retourner après la naissance » (paragraphe 18 des motifs).

[69] Troisièmement, puisque seules les femmes enceintes peuvent bénéficier des dispositions relatives au congé de maternité, les dispositions se rapportent clairement à la grossesse et à l’accouchement. Par conséquent, si l’objet des dispositions était d’encourager ou de favoriser la constitution de familles, non seulement y aurait-il discrimination contre les mères adoptives, mais également contre les pères biologiques et les pères adoptifs.

[70] Quatrièmement, le fait que les dispositions relatives au congé de maternité sont également applicables aux mères qui, après la naissance de leur enfant, le mettent en adoption confirme aussi l’idée que ce qui est l’objet des dispositions, c’est l’effet de la grossesse et de l’accouchement sur l’emploi, et non l’effet du processus de constitution de familles sur l’emploi.

[71] Finalement, la Cour fait observer qu’un enfant peut être adopté à tout âge et donc que l’adoption doit être distinguée des événements que sont la grossesse et l’accouchement, c’est-à-dire de la maternité biologique.

[72] Après avoir motivé sa conclusion, le juge Lambert a de nouveau souligné qu’il souscrivait pleinement à l’arrêt *Schafer*. Il a alors ajouté qu’il importait, pour des raisons de courtoisie judiciaire, que la règle soit la même dans tout le pays, précisant que, en conséquence, il ne s’écarterait pas de l’arrêt *Schafer*, à moins d’être persuadé que ce précédent était erroné ou que l’état du droit avait été plus tard modifié. Selon lui,

concluded that *Schafer*, had not been wrongly decided and that no change in the law had occurred since that decision had been rendered.

#### ANALYSIS

[73] In my view, the reasons given by both Courts of Appeal in *Schafer*, and *British Columbia Government and Service Employees' Union*, provide, for the most part, a complete answer to the applicant's submissions. In my opinion, these reasons satisfactorily demonstrate that the provisions at issue do not substantially discriminate against adoptive mothers and that, as a result, the provisions do not infringe section 15 of the Charter.

[74] Notwithstanding this conclusion, I will nonetheless apply the test set out in *Law*, and deal with the applicant's submissions.

[75] Relying on the Supreme Court's decision in *Reference re Employment Insurance Act*, and on subsection 22(6) of the Act, the applicant urges us to conclude that while the primary purpose of the maternity benefits is to provide women with income replacement as they recover from pregnancy and childbirth, the benefits have the further purpose or effect of allowing biological mothers and their children attachment and bonding time. The applicant then says that with those purposes in mind, the application of the section 15 test enunciated by the Supreme Court in *Law*, leads to the conclusion that the impugned provisions clearly discriminate against adoptive mothers, i.e. in that their dignity as mothers is demeaned.

[76] I therefore now turn to the test enunciated by the Supreme Court in *Law*, and whether the application of that test leads to the conclusion that the applicant's Charter rights have been violated. Under that test, the applicant must satisfy the Court that:

(a) the impugned law imposes differential treatment between her and others in purpose or effect;

l'arrêt *Schafer*, était une décision valide, et l'état du droit n'avait pas été modifié par la suite.

#### ANALYSE

[73] À mon avis, les motifs exposés par les deux Cours d'appel provinciales, dans l'arrêt *Schafer* et dans l'arrêt *British Columbia Government and Service Employees' Union*, donnent, pour l'essentiel, une réponse complète aux conclusions de la demanderesse. Selon moi, ces motifs montrent suffisamment que les dispositions en cause n'établissent aucune discrimination véritable envers les mères adoptives et que, par conséquent, elles ne portent pas atteinte à l'article 15 de la Charte.

[74] Nonobstant cette conclusion, j'appliquerai néanmoins le critère exposé dans l'arrêt *Law*, et j'examinerai les conclusions de la demanderesse.

[75] Invoquant l'arrêt rendu par la Cour suprême dans *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi*, ainsi que le paragraphe 22(6) de la Loi, la demanderesse nous incite à conclure que, même si l'objet premier des prestations de maternité est de procurer aux femmes un revenu de substitution pendant qu'elles se rétablissent d'une grossesse et d'un accouchement, les prestations ont également pour objet ou pour effet d'accorder du temps à la mère biologique et à son enfant pour la création de liens affectifs. La demanderesse dit ensuite que, une fois que l'on a ces objets à l'esprit, l'application du critère énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Law*, concernant l'article 15 permet de conclure que les dispositions contestées sont clairement discriminatoires envers les mères adoptives, en ce sens que leur dignité en tant que mère est rabaisée.

[76] Je vais donc maintenant examiner le critère énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Law*, et me demander si l'application de ce critère permet de conclure qu'il a été porté atteinte aux droits de la demanderesse garantis par la Charte. D'après ce critère, la demanderesse doit persuader la Cour que :

a. la loi contestée a pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre elle et d'autres personnes;

(b) the differential treatment is based on an enumerated or analogous ground of discrimination;

(c) the law in question has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee.

[77] In *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657, at paragraphs 22 to 25, the Supreme Court explained the test set out in *Law*, in the following terms:

The dual requirements of *Andrews, supra*, and *Eldridge, supra*, were broken into three requirements in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 88: (1) differential treatment under the law; (2) on the basis of an enumerated or analogous ground; (3) which constitutes discrimination.

There is no magic in a particular statement of the elements that must be established to prove a claim under s. 15(1). It is the words of the provision that must guide. Different cases will raise different issues. In this case, as will be discussed, an issue arises as to whether the benefit claimed is one provided by the law. The important thing is to ensure that all the requirements of s. 15(1), as they apply to the case at hand, are met.

A complicating factor is that however one states the requirements for s. 15(1), they inevitably overlap. For example, the nature of the benefit, the enumerated or analogous ground at issue, and the choice of a correct comparator play a role in all three steps: see *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, [2004] 3 S.C.R. 357, 2004 SCC 65. Frameworks thus do not describe discreet linear steps; rather, they serve as a guide to ensure that the language and purpose of s. 15(1) are respected.

Whatever framework is used, an overly technical approach to s. 15(1) is to be avoided. In *Andrews*, at pp. 168-69, McIntyre J. warned against adopting a narrow, formalistic analytical approach, and stressed the need to look at equality issues substantively and contextually. The Court must look at the reality of the situation and assess whether there has been discriminatory treatment having regard to the purpose of s. 15(1), which is to prevent the perpetuation of pre-existing disadvantage through unequal treatment. [Emphasis added.]

b. la différence de traitement est fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue de discrimination;

c. la loi en cause a un objet ou un effet qui est discriminatoire au sens de la garantie d'égalité.

[77] Dans l'arrêt *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657, aux paragraphes 22 à 25, la Cour suprême expliquait dans les termes suivants le critère énoncé dans l'arrêt *Law* :

De deux qu'elles étaient dans *Andrews* et *Eldridge*, précités, ces exigences sont passées à trois dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 88 : (1) Y a-t-il une différence de traitement sous le régime de la loi; (2) est-elle fondée sur un motif énuméré ou analogue; (3) est-elle discriminatoire?

Il n'y a pas d'énoncé type des éléments à établir à l'appui d'une demande fondée sur le par. 15(1). C'est le libellé de la disposition qui est déterminant. Différentes affaires soulèvent différentes questions. Dans la présente espèce, comme nous le verrons, il s'agit de savoir si l'avantage recherché est prévu par la loi. Il importe de s'assurer du respect de toutes les exigences du par. 15(1) au regard des faits de l'espèce.

Un élément complique cependant les choses. Peu importe la façon dont on les énonce, ces exigences se chevauchent inévitablement. Par exemple, la nature de l'avantage, le motif énuméré ou analogue en cause et le choix du bon élément de comparaison jouent un rôle à chacune des trois étapes : voir *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, [2004] 3 R.C.S. 357, 2004 CSC 65. Les cadres d'analyse ne prévoient donc pas d'étapes distinctes devant être suivies de manière linéaire; ils établissent plutôt des paramètres permettant de s'assurer que le libellé et l'objet du par. 15(1) sont respectés.

Quel que soit le cadre d'analyse, il faut s'abstenir d'interpréter le par. 15(1) de manière trop technique. Dans l'arrêt *Andrews*, précité, p. 168-169, le juge McIntyre a fait une mise en garde contre une interprétation formaliste et restrictive et il a insisté sur la nécessité d'examiner les questions relatives à l'égalité en fonction de la réalité et du contexte. Le tribunal doit se pencher sur la situation réelle et déterminer s'il y a eu traitement discriminatoire au regard de l'objet du par. 15(1), qui est d'empêcher la perpétuation d'un désavantage préexistant par un traitement inégal. [Non souligné dans l'original]

[78] The first leg of the test is to determine whether the legislation imposes a differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect.

#### The Comparator Group

[79] The Court of Appeal in *Schafer*, concluded that the proper comparator groups were those of biological mothers and adoptive mothers. The respondent urges us to conclude that these groups are not proper comparators and that, as a result, “the applicant cannot bring herself within the universe of beneficiaries and her claim must fail from the outset” (paragraph 53 of the respondent’s memorandum of fact and law). In the alternative, the respondent submits that the appropriate group to be compared with biological mothers is the group consisting of “all parents who choose to care for newborn children or children placed for adoption” (paragraph 55 of the respondent’s memorandum). Notwithstanding these submissions, I am prepared to assume for the present purposes that the proper comparison is that between biological mothers and adoptive mothers.

#### Differential Treatment

[80] It is undeniable that the impugned provisions do make a distinction between biological and adoptive mothers. Thus, the Act clearly denies equal treatment to both groups. Because the distinction made between these two groups is apparent on the face of the legislation, I agree entirely with the respondent that an inquiry into the “effects” of the legislation at this stage of the test is not necessary.

#### Enumerated or Analogous Ground

[81] The second leg of the test calls for a determination of whether the status of adoptive mother constitutes an analogous ground to those enumerated in subsection 15(1) of the Charter. Because I conclude, on other grounds, that the applicant’s Charter rights have not been violated, I need not come to a conclusion on this point.

[78] Le premier volet du critère consiste à dire si la loi en cause a pour objet ou pour effet d’imposer une différence de traitement entre la prestataire et d’autres personnes.

#### Le groupe de référence

[79] Dans l’arrêt *Schafer*, la Cour d’appel de l’Ontario avait conclu que les groupes de référence à retenir étaient celui des mères biologiques et celui des mères adoptives. Le défendeur nous invite à conclure que ces groupes ne sont pas les bons groupes de référence et que, en conséquence, [TRADUCTION] « la demanderesse ne saurait prétendre faire partie de l’univers des bénéficiaires, et sa prétention est d’emblée irrecevable » (paragraphe 53 de l’exposé des faits et du droit présenté par le défendeur). Subsidièrement, le défendeur dit que le groupe devant être comparé au groupe des mères biologiques est celui qui comprend [TRADUCTION] « tous les parents qui décident d’élever un enfant nouveau-né ou un enfant placé en adoption » (paragraphe 55 de l’exposé du défendeur). Nonobstant ces conclusions, je suis disposé à présumer, aux fins qui nous intéressent, que la comparaison à faire est une comparaison entre mères biologiques et mères adoptives.

#### Différence de traitement

[80] Il est indéniable que les dispositions contestées établissent une distinction entre mères biologiques et mères adoptives. Ainsi, il est clair que la Loi n’accorde pas l’égalité de traitement aux deux groupes. Étant donné que la distinction faite entre ces deux groupes est évidente à la lecture du texte de loi, je partage tout à fait l’avis du défendeur pour qui un examen des « effets » du texte à ce stade du critère n’est pas nécessaire.

#### Motif énuméré ou motif analogue

[81] Pour ce qui est du deuxième volet du critère, il faut déterminer si la qualité de mère adoptive constitue un motif analogue, c’est-à-dire assimilable aux motifs énumérés dans le paragraphe 15(1) de la Charte. Puisque j’arrive à la conclusion, sur d’autres moyens, qu’il n’a pas été porté atteinte aux droits de la demanderesse garantis par la Charte, il ne m’est pas nécessaire de décider ce point.

### Purpose and Effect

[82] The object of the third leg of the test is to determine whether the differential treatment which results from the impugned provisions has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee. The question is thus whether a reasonable person, in circumstances similar to those of the applicant and taking into account all of the contextual factors relevant to the matter, would conclude that the impugned provisions, either in purpose or effect, demean the applicant's human dignity.

[83] I begin by examining the legislation. In this regard, the parties are in agreement that while the maternity benefits provide income replacement to birth mothers while they are recovering from pregnancy and childbirth, the parental benefits provide for income replacement to all parents in the initial stages of child rearing.

[84] However, to repeat myself, the applicant submits that the maternity benefits scheme is discriminatory of her section 15 rights because it serves a second distinct purpose or effect in allowing birth mothers and baby to spend time together after the birth. For this proposition, the applicant relies on the Supreme Court's decision in *Reference re Employment Insurance Act*, and on subsection 22(6) of the Act, which extends the maternity benefits in those cases where the child born of the mother's pregnancy is hospitalized.

[85] I will address firstly the applicant's submissions based on the Supreme Court's decision in *Reference re Employment Insurance Act*.

[86] Before the Supreme Court in that case was the constitutional validity of sections 22 and 23 of the Act. The Quebec Court of Appeal [[2004] R.J.Q. 399], in answer to an application by the Government of Quebec for an opinion under the *Court of Appeal Reference Act*, R.S.Q., c. R-23, section 1, found sections 22 and 23 to

### Objet et effet

[82] Le troisième volet du critère consiste à dire si la différence de traitement qui résulte des dispositions contestées présente un objet ou un effet qui est discriminatoire au sens de la garantie d'égalité. Il faut donc se demander si une personne raisonnable, se trouvant dans des circonstances semblables à celles de la demanderesse, et compte tenu de tous les facteurs contextuels entourant la question, arriverait à la conclusion que les dispositions contestées, par leur objet ou par leur effet, portent atteinte à la dignité humaine de la demanderesse.

[83] Je commencerai par examiner le texte de loi. Sur ce point, les parties s'accordent à dire que les prestations de maternité procurent un revenu de substitution aux mères naturelles pendant qu'elles se remettent de la grossesse et de l'accouchement, mais que les prestations parentales procurent quant à elles un revenu de substitution à tous les parents aux premiers stades de la vie de l'enfant.

[84] Cependant, au risque de me répéter, la demanderesse dit que le régime des prestations de maternité porte atteinte à ses droits garantis par l'article 15 de la Charte parce qu'il comporte un second objet ou effet distinct, à savoir celui de permettre à la mère naturelle et à l'enfant de passer du temps ensemble après la naissance. La demanderesse invoque sur ce point l'arrêt de la Cour suprême concernant *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi*, ainsi que le paragraphe 22(6) de la Loi, qui prolonge la période de versement des prestations de maternité en cas d'hospitalisation de l'enfant né.

[85] J'examinerai d'abord les conclusions de la demanderesse fondées sur la décision rendue par la Cour suprême dans *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi*.

[86] Dans cette affaire, la Cour suprême devait examiner la validité constitutionnelle des articles 22 et 23 de la Loi. Répondant à une demande d'avis présentée par le gouvernement du Québec en vertu de l'article 1 de la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q., ch. R-23, la Cour d'appel du Québec [[2004] R.J.Q. 399]

be unconstitutional because the matters to which those provisions applied were under provincial jurisdiction.

[87] On appeal to the Supreme Court of Canada, the Quebec Court of Appeal's decision was overturned. First, the Supreme Court found that the primary purpose of the impugned provisions was to provide women who lost their employment income because of pregnancy with income replacement benefits. This, in the Court's view, was clearly ascertainable from the text of the provisions.

[88] The Supreme Court then turned to the effect of the provisions, which it explained at paragraphs 28 and 29 of its reasons in the following terms:

In the instant case, the effect of the provision is to enable insured pregnant women to have access to financial resources at a time when they are not receiving their employment income.

However, these resources also make it possible for them to take time off work for physiological reasons associated with their pregnancies, and to take care of their families for longer periods than if they were compelled to return to work early because they were impecunious. The primary effect is therefore to replace, in part, these women's employment income, but the secondary effect is to enable them to prepare for childbirth, to recover physiologically and to have a period of time to take care of their families. [Emphasis added.]

[89] Thus, in the Court's view, Parliament clearly intended to replace earnings interrupted by pregnancy which, no doubt, was the prime effect of the provisions. This led the Court to reject the argument put forward by the Attorney General of Quebec that the purpose of the maternity benefits was to support families and to enable women to care for their children at the time of their birth. Not only did the Act not grant any leave period, but maternity leave was governed by legislation other than the Act and by private arrangements made between employers and employees. Hence, even though support for families and the ability to care for children may well be one of the effects of the provisions at issue, that was clearly not the pith and substance of the legislation. In the Court's opinion (at paragraph 35):

avait jugé que les articles 22 et 23 étaient inconstitutionnels parce que les sujets auxquels s'appliquaient ces articles étaient de compétence provinciale.

[87] La décision de la Cour d'appel du Québec fut infirmée par la Cour suprême du Canada. D'abord, la Cour suprême a jugé que l'objet premier des dispositions contestées était de procurer un revenu de substitution aux femmes qui perdaient leur revenu d'emploi en raison d'une grossesse. De l'avis de la Cour suprême, cet objet ressortait clairement du texte des dispositions.

[88] La Cour suprême a ensuite examiné l'effet des dispositions, effet qu'elle a expliqué ainsi, aux paragraphes 28 et 29 de ses motifs :

En l'occurrence, l'effet de la disposition est de permettre aux femmes enceintes assurées de bénéficier de ressources pécuniaires à un moment où elles sont privées de leur revenu d'emploi.

Cependant, grâce à ces ressources, elles peuvent aussi s'absenter de leur travail pour des motifs physiologiques liés à la grossesse et pour prendre soin de leur famille pour une période plus longue que si elles étaient astreintes à un retour précoce en raison de leur indigence. L'effet primaire est donc de remplacer partiellement le revenu d'emploi, mais l'effet secondaire est de permettre aux femmes de se préparer à l'accouchement, de se rétablir physiologiquement et de bénéficier d'une période pour prendre soin de leur famille. [Non souligné dans l'original.]

[89] Ainsi, de l'avis de la Cour suprême, le législateur voulait clairement remplacer le revenu qu'une femme perdait en raison de sa grossesse, et c'était là sans aucun doute l'effet premier des dispositions. La Cour suprême a donc rejeté l'argument du procureur général du Québec selon lequel l'objet des prestations de maternité était de venir en aide aux familles et de permettre aux femmes de s'occuper de leurs enfants après leur naissance. Non seulement la Loi n'accordait aucune période de congé, mais le congé de maternité était régi par des textes autres que la Loi et par des ententes privées conclues entre employeurs et employés. Partant, même si l'un des effets des dispositions en cause pouvait fort bien être l'aide aux familles et le soin des enfants, ce n'était pas là manifestement le caractère véritable du texte de loi. De l'avis de la Cour (au paragraphe 35) :

The fundamental objective of the maternity benefits plan is to protect the workers' incomes from the time when they lose or cease to hold their employment to the time when they return to the labour market.

[90] This led the Court to ultimately conclude, at paragraph 68 of its reasons, that the maternity benefits were a mechanism for providing replacement income during a period of interrupted work. This, in the Court's view, was clearly within the pith and substance of Parliament's jurisdiction over employment insurance, the purpose of which was to protect workers' economic security and to ensure their return to the labour market. Consequently, the impugned provisions were not invalid.

[91] Finally, the Court came to a similar conclusion with respect to the parental benefits provided under the Act. At paragraphs 74 and 75, the Court stated:

As in the case of maternity benefits, the right of claimants to take time off work is governed not by the EIA, but by provincial legislation: *Act respecting labour standards*, s. 81.10.

I therefore find that parental benefits, like maternity benefits, are in pith and substance a mechanism for providing replacement income when an interruption of employment occurs as a result of the birth or arrival of a child, and that it can be concluded from their pith and substance that Parliament may rely on the jurisdiction assigned to it under s. 91(2A) of the *Constitution Act, 1867*.

[92] I agree entirely with the respondent's submission that the Supreme Court's decision in *Reference re Employment Insurance Act*, is of no help to the applicant in respect of her section 15 arguments. The primary and secondary effects which are discussed by the Supreme Court in that case are obviously of significance with respect to the issue of whether the legislation was "in pith and substance" within Parliament's jurisdiction over employment insurance. However, the same cannot be said with regard to the issue before us, i.e. the distinction made by the legislation between biological and adoptive mothers and, for that matter, adoptive fathers.

L'objectif fondamental du régime des prestations de maternité est de protéger le revenu des travailleuses entre le moment où elles perdent leur emploi ou cessent de l'occuper et celui où elles retournent sur le marché du travail.

[90] La Cour suprême a donc finalement conclu, au paragraphe 68 de ses motifs, que les prestations de maternité étaient un mécanisme grâce auquel un revenu de substitution pouvait être versé au cours d'une interruption d'emploi. De l'avis de la Cour suprême, cela relevait manifestement du caractère véritable de la compétence du législateur fédéral sur l'assurance-emploi, dont l'objet était de préserver la sécurité économique des travailleuses et de garantir leur retour sur le marché du travail. Par conséquent, les dispositions contestées n'étaient pas invalides.

[91] Finalement, la Cour suprême est arrivée à la même conclusion à propos des prestations parentales prévues par la Loi. Aux paragraphes 74 et 75, elle écrivait ce qui suit :

Tout comme pour les prestations de maternité, le droit des prestataires de s'absenter de leur travail n'est pas régi par la LAE, mais par des dispositions provinciales : *Loi sur les normes du travail*, art. 81.10.

J'estime donc que les prestations parentales, tout comme les prestations de maternité, ont comme caractère véritable de pourvoir au remplacement du revenu à l'occasion d'une interruption d'emploi due à la naissance ou à l'arrivée d'un enfant et que ce caractère véritable permet de conclure que le Parlement peut se fonder sur la compétence qui lui est conférée par le par. 91(2A) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[92] Je souscris totalement à la conclusion du défendeur pour qui l'arrêt *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi*, n'est d'aucune aide à la demanderesse en ce qui concerne ses arguments fondés sur l'article 15. L'effet primaire et l'effet secondaire qui sont évoqués dans cette affaire par la Cour suprême ont évidemment leur importance pour ce qui est de savoir si la loi relevait véritablement de la compétence du Parlement en matière d'assurance-emploi. Cependant, on ne saurait dire la même chose de la question dont nous sommes saisis, à savoir la distinction établie par la loi entre mères biologiques et mères adoptives, auxquelles on peut d'ailleurs ajouter les pères adoptifs.

[93] The “effects” which Deschamps J. discusses in her reasons in *Reference re Employment Insurance Act*, are unrelated to the section 15 equality analysis, the purpose of which is to determine whether the impugned provisions, in making a distinction on an enumerated or analogous ground, violate in purpose or effect the dignity of a claimant. The fact that the provisions at issue have “effects” that fall outside the legislation’s “pith and substance” is, in my respectful view, of no relevance to the section 15 issue.

[94] With respect to subsection 22(6), the applicant contends that the biological mother’s recovery from pregnancy and childbirth will continue, regardless of whether the child is hospitalized, and that recovery would be faster if she only had to take care of herself. This was the view put forward by Umpire Krindle in her decision.

[95] It is far from obvious to me what Parliament’s intention was in enacting subsection 22(6). However, one possible interpretation and, in my view, probably the better one, is that Parliament wished to recognize the fact that the recovery process of birth mothers was affected when their new-born children were hospitalized, possibly because of the stress and anxiety which the hospitalization might cause. That interpretation is the one which flows from reading subsection 22(6) in the context of the Act as a whole.

[96] In a *Special Report to Parliament on Income Replacement Benefits for New Parents* (Ottawa: Canadian Human Rights Commission, 1987), the Canadian Human Rights Commission described the purpose of the maternity benefits under the Act as a way to “provide income replacement for the period surrounding childbirth when, because of her [the mother] physiological condition, she must stay away from her [the mother] job” (page 3 of the Special Report). The Human Rights Commission, which dealt specifically with concerns with regard to the nature of unemployment insurance maternity and adoption

[93] Les « effets » dont parle le juge Deschamps dans ses motifs, dans l’arrêt *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi*, sont sans rapport avec l’analyse des droits à l’égalité garantis par l’article 15, analyse dont l’objet est de dire si les dispositions contestées, qui établissent une distinction fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue, portent atteinte, dans leur objet ou leur effet, à la dignité d’une prestataire. Le fait que les dispositions en cause ont des « effets » qui ne s’inscrivent pas dans le « caractère véritable » de la loi ne concerne aucunement, à mon humble avis, par l’article 15.

[94] S’agissant du paragraphe 22(6) de la Loi, la demanderesse dit que le rétablissement de la mère biologique après la grossesse et l’accouchement se poursuivra, que l’enfant soit hospitalisé ou non, et que le rétablissement serait plus rapide si elle ne devait s’occuper que d’elle-même. C’était là l’opinion exprimée par le juge-arbitre Krindle dans sa décision.

[95] L’intention du législateur lorsqu’il a adopté le paragraphe 22(6) ne me semble nullement aller de soi. Cependant, une interprétation possible, et à mon avis probablement la meilleure, est que le législateur voulait proclamer que le processus de rétablissement des mères naturelles devenait plus lent quand leur enfant nouveau-né était hospitalisé, sans doute à cause de la tension et de l’anxiété entraînées par l’hospitalisation. Cette interprétation est celle qui découle d’une lecture du paragraphe 22(6) dans le contexte de la Loi tout entière.

[96] Dans le document intitulé *Rapport spécial au Parlement sur les prestations de remplacement du revenu pour les nouveaux parents* (Ottawa : Commission canadienne des droits de la personne, 1987), la Commission canadienne des droits de la personne décrivait l’objet des prestations de maternité prévues par la Loi comme un « revenu de remplacement pour la période entourant l’accouchement où, du fait de son état physiologique, [la mère] doit s’absenter de son travail » (page 4 du Rapport spécial). La Commission des droits de la personne, qui examinait précisément les aspects se rapportant à la nature des prestations de



benefits (as they were then named), further stated at pages 6 and 7:

Maternity benefits are payable exclusively to the biological mother as they represent income replacement for her unique physiological needs resulting from pregnancy and childbirth.

...

Clearly, adoptive parents do not require income support for circumstances relating to pregnancy or childbirth. They do share with biological parents, however, an undeniable need for income replacement for the period during which intensive care and nurturing must be provided to a new child.

[97] The legislative history of the Act also points to the fact that the maternity benefits were intended for birth mothers, while the parental benefits were intended for mothers or fathers, either natural or adoptive. In fact, before the enactment of the adoption benefits in 1983, maternity benefits had been introduced exclusively to protect birth mothers from an earning interruption due to their physical incapacity to work after childbirth. In 1983, with the enactment of the adoption benefits, Parliament recognized the need for adoptive parents to care for their newly arrived child. In 1988, those benefits were extended to all biological parents and were renamed parental benefits (see *Schachter*).

[98] This, in my view, clearly shows Parliament's intention to distinguish between two distinct purposes, namely, recovery and child care, by creating two distinct sets of benefits. Had the maternity benefits been intended for caring and bonding, there would have been no need to include birth mothers in the scope of parental benefits.

[99] Another persuasive indication that the purpose of the maternity benefits provisions is to support the mother's recovery from pregnancy and childbirth is the fact that the benefits are also available to birth mothers who give up their children for adoption. Consistent with

maternité et d'adoption (comme on les appelait alors) prévues par l'assurance-chômage, écrivait aussi, aux pages 6 et 7 :

Il n'est que juste de réserver les prestations de maternité à la seule mère biologique, car elles représentent un revenu de remplacement répondant aux besoins physiologiques uniques qui découlent de sa grossesse et de son accouchement.

[. . .]

Manifestement, les parents adoptifs n'ont pas besoin d'un soutien du revenu pour des circonstances liées à la grossesse ou à l'accouchement. Ils partagent cependant avec les parents biologiques un besoin incontestable de remplacement du revenu pour la période durant laquelle des soins intensifs doivent être prodigués à un nouvel enfant.

[97] L'historique de la Loi laisse aussi à penser que les prestations de maternité étaient destinées aux mères naturelles, tandis que les prestations parentales étaient destinées aux mères ou aux pères, naturels ou adoptifs. En fait, avant la prise d'effet des prestations d'adoption en 1983, les prestations de maternité avaient été instituées exclusivement pour protéger les mères naturelles contre une interruption de revenu causée par leur incapacité physique de travailler après un accouchement. En 1983, le législateur reconnaissait, en instituant les prestations d'adoption, la nécessité pour des parents adoptifs de s'occuper de leur enfant nouvellement arrivé. En 1988, ces prestations furent élargies à tous les parents biologiques, et rebaptisées prestations parentales (voir la décision *Schachter*).

[98] Cela montre clairement, selon moi, l'intention du législateur de faire la distinction entre deux objets, à savoir le rétablissement de la mère et le soin de l'enfant, et cela en instituant deux ensembles de prestations. Si les prestations de maternité avaient été destinées au soin de l'enfant et à la création de liens, il n'aurait pas été nécessaire d'inclure les mères naturelles dans le champ des prestations parentales.

[99] Un autre indice donne à penser que l'objet des dispositions relatives aux prestations de maternité est d'aider la mère à se remettre de la grossesse et de l'accouchement : c'est le fait que les prestations peuvent aussi être versées aux mères naturelles qui décident de

the view that maternity benefits are intended to alleviate the physiological and psychological limitations resulting from pregnancy and childbirth is the fact that birth mothers may claim up to eight weeks prior to the expected date of birth.

[100] I conclude on this point that the purpose of the maternity benefits provisions of the Act is to replace the income of insured pregnant women and biological mothers while they undergo the health and other stress of giving and recovering from birth. As a result, these women suffer no disadvantage when they return to the workforce. Hence, the purpose of the provisions is clearly not the encouragement of bonding or attachment. The focus of the legislation, taken as a whole, concerns the circumstances surrounding employment and unemployment.

[101] Having identified the specific and exclusive purpose of the maternity benefits, namely, the protection of women from the economic costs of pregnancy and childbirth, the next issue is to determine whether the distinction between birth and adoptive mothers amounts to a violation of the latter's human dignity by imposing restrictions or disadvantages on the basis of the stereotypical application of presumed group characteristics, rather than on merit or circumstances (see: *Miron*, at paragraphs 139-140).

[102] In *Law*, the Supreme Court sets out four factors which should be examined in order to determine whether legislation is discriminatory, namely: (i) pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability experienced by the individual or group at issue; (ii) correspondence, or lack thereof, between the ground or grounds on which the claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others; (iii) ameliorative purpose or effects of the impugned law upon a more disadvantaged person or group in society; and (iv) nature and scope of the interest affected by the impugned law.

mettre leurs enfants en adoption. Le fait que les mères naturelles peuvent obtenir jusqu'à huit semaines de prestations avant la date prévue de la naissance s'accorde avec l'idée selon laquelle les prestations de maternité ont pour objet d'alléger les contraintes physiologiques et psychologiques résultant de la grossesse et de l'accouchement.

[100] Ma conclusion sur le sujet, c'est que l'objet des dispositions de la Loi qui concernent les prestations de maternité est de remplacer le revenu des femmes enceintes et mères biologiques assurées, et cela durant la période physiquement exigeante de l'accouchement et de ses suites. Grâce aux prestations, ces femmes ne subissent aucun désavantage lorsqu'elles retournent sur le marché du travail. L'objet des dispositions n'est donc manifestement pas d'encourager la création de liens affectifs. La Loi, considérée globalement, s'intéresse aux circonstances entourant l'emploi et le chômage.

[101] Maintenant que l'objet précis et exclusif des prestations de maternité est défini, à savoir la protection des femmes contre le coût économique d'une grossesse et d'un accouchement, il faut maintenant se demander si la distinction entre mères naturelles et mères adoptives a pour résultat de porter atteinte à la dignité de ces dernières en leur imposant des restrictions ou des désavantages fondés sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites ou les circonstances (voir l'arrêt *Miron*, aux paragraphes 139 et 140).

[102] Dans l'arrêt *Law*, la Cour suprême expose quatre facteurs que l'on doit examiner pour savoir si une loi est discriminatoire, à savoir : i) la préexistence d'un désavantage, d'un stéréotype, d'un préjugé ou d'une vulnérabilité subis par la personne ou le groupe en cause; ii) la correspondance, ou l'absence de correspondance, entre le ou les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou les circonstances propres au demandeur ou à d'autres personnes; iii) l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou un groupe davantage défavorisés dans la société; et iv) la nature et l'étendue du droit touché par la loi contestée.

[103] At paragraph 29 of its reasons in *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, the Supreme Court made the following comments regarding these factors:

To answer this question, we must consider the four factors set out in *Law*. None of these factors is a prerequisite for finding discrimination, and not all factors will apply in every case. The list of factors is neither absolute nor exhaustive. In addition, the factors may overlap, since they are all designed to illuminate the relevant contextual considerations surrounding a challenged distinction. Nonetheless, the four factors provide a useful guide to evaluating an allegation of discrimination, . . . .

[104] I now turn to the first factor.

#### 1. Pre-existing Disadvantage

[105] This factor involves a consideration of whether the claimant group has experienced pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability.

[106] The evidence before us has not convinced me that adoptive mothers have historically suffered disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability in the past. In fact, no evidence has been put forward to support that point of view. Further, the applicant has not shown that the legislation at issue is itself functioning by device of stereotypes (see: *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, at paragraph 73).

[107] To the contrary, the legislative amendments of 1983, pursuant to which the then adoptive benefits were enacted, gave adoptive mothers (or adoptive fathers) 15 weeks of benefits, i.e. the equivalent of those weeks of paid leave which, until then, had only been available to biological mothers. While it is true that in 1988, as a result of Mr. Justice Strayer's decision in *Schachter*, and by reason of the concerns submitted to Parliament by the Canadian Human Rights Commission, biological mothers (or fathers) were given benefits equivalent to those given to adoptive mothers, it cannot be said that the situation of adoptive mothers and their important

[103] Au paragraphe 29 de ses motifs, dans l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, la Cour suprême s'exprimait ainsi à propos des facteurs en question :

Pour répondre à cette question, nous devons examiner les quatre facteurs énoncés dans *Law*. Aucun de ces facteurs ne constitue un préalable à une conclusion de discrimination, et ils ne s'appliquent pas tous dans chaque cas. Cette liste de facteurs n'est ni absolue ni exhaustive. En outre, il peut exister un chevauchement entre les facteurs puisqu'ils sont tous conçus pour éclaircir les considérations contextuelles pertinentes entourant une distinction contestée. Néanmoins, ces quatre facteurs offrent un guide utile pour l'évaluation d'une allégation de discrimination, [. . .]

[104] J'examinerai maintenant le premier facteur.

#### 1. Préexistence d'un désavantage

[105] Ce facteur requiert de se demander si le groupe concerné était auparavant victime d'un désavantage, d'un stéréotype ou d'un préjugé ou s'il était généralement vulnérable.

[106] La preuve que nous avons devant nous ne m'a pas convaincu que les mères adoptives ont été par le passé victimes d'un désavantage, d'un stéréotype, d'un préjugé ou d'un autre état vulnérable. En fait, aucune preuve n'a été produite au soutien d'une telle idée. La demanderesse n'a pas non plus prouvé que la Loi fonctionne par l'application de stéréotypes (voir l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, paragraphe 73).

[107] Au contraire, les modifications législatives de 1983, qui établissaient les prestations d'adoption, accordaient aux mères adoptives (ou aux pères adoptifs) 15 semaines de prestations, c'est-à-dire l'équivalent des semaines de congé rémunéré qui, jusqu'alors, n'avaient été offertes qu'aux mères biologiques. Il est vrai que, en 1988, à la suite de la décision *Schachter*, rendue par le juge Strayer, et en raison des préoccupations portées à l'attention du Parlement par la Commission canadienne des droits de la personne, les mères (ou pères) biologiques se sont vu accorder des prestations correspondant aux prestations versées aux mères

role in caring for their adopted children has not been an important concern on the part of Parliament.

[108] In that regard, it is worth emphasizing what the Human Rights Commission said in its 1987 Special Report to Parliament at pages 6-7:

Unemployment Insurance Benefits (as they were then called) have always been paid only to the biological mother, and were clearly introduced to respond to her special needs. Had they been intended, even in part, for the child care purposes they would have been available, at least in part, to either parents.

Lately, the government itself continues to support this interpretation. After close scrutiny to ensure compliance with the Charter, the government affirmed that maternity benefits are exclusively for the mother.

[109] In light of this Report and the legislative history of the U.I. Act, there can be no doubt that consideration was given by Parliament to the particular situation of adoptive mothers in order to ensure that their human dignity was preserved.

[110] Consequently, I conclude that there is no evidence of stereotypes or pre-existing disadvantages as concerns adoptive mothers.

## 2. Correspondence Between the Ground on Which the Claim is Based and the Actual Needs, Capacity or Circumstances of the Applicant or Others

[111] With respect to this factor, the Court must consider the needs, capacity and circumstances of the applicant's group, but also the needs, capacity and circumstances of the comparator group, i.e. biological mothers. On this count, legislation which considers the actual needs, capacity or circumstances of the applicant and her group in a manner that respects their value as human beings and members of Canadian society will not likely have a demeaning effect on their human dignity.

adoptives, mais l'on ne saurait dire que le législateur s'est désintéressé de la situation des mères adoptives, et du rôle important qu'elles jouent dans l'éducation de leurs enfants adoptifs.

[108] Sur ce point, il vaut la peine de souligner ce que disait la Commission des droits de la personne dans son Rapport spécial de 1987 au Parlement, aux pages 6 et 7 :

Les prestations d'assurance-chômage (comme on les appelait alors) ont toujours été versées uniquement à la mère biologique et ont été manifestement adoptées pour répondre à ses besoins particuliers. Si elles avaient été destinées, même en partie, aux soins de l'enfant, elles auraient été versées, du moins en partie, à l'un ou l'autre des parents.

Dernièrement, le gouvernement lui-même continue d'appuyer cette interprétation. Après examen attentif afin d'assurer la conformité avec la Charte, le gouvernement a confirmé que les prestations de maternité sont réservées uniquement à la mère.

[109] Eu égard à ce rapport, et à l'historique de la Loi sur l'A-C, il ne fait aucun doute que le législateur fédéral a tenu compte du cas particulier des mères adoptives et s'est appliqué à préserver leur dignité humaine.

[110] En conséquence, je suis d'avis que, s'agissant des mères adoptives, il n'a pas été prouvé qu'elles étaient auparavant victimes de stéréotypes ou de désavantages.

## 2. Correspondance entre le moyen sur lequel l'allégation est fondée et les besoins, capacités ou circonstances propres à la demanderesse ou à d'autres personnes

[111] S'agissant de ce facteur, la Cour doit considérer les besoins, capacités et circonstances du groupe de la demanderesse, mais également les besoins, capacités et circonstances du groupe de référence, c'est-à-dire les mères biologiques. Sur ce point, une loi qui considère les besoins, capacités ou circonstances de la demanderesse et de son groupe d'une manière qui respecte leur valeur en tant qu'êtres humains et membres de la société canadienne n'aura vraisemblablement pas pour effet de les déconsidérer dans leur dignité.

[112] The applicant does not and, in my view, cannot deny that biological mothers are recovering from their pregnancy and childbirth during the maternity benefits period. However, she argues that they are also using that time to bond with their new-born children, and thus, denying adoptive mothers that bonding time affects their human dignity and amounts to discrimination.

[113] Inevitably, the attachment and bonding process will occur by reason of close contact between the mother and her child from the moment of birth. I am also prepared to accept that biological mothers will wish to devote the little energy they have to care for their new-born child immediately after birth. However, should adoptive mothers be entitled to a maternity benefits period, they will employ all of their time, efforts and energy to care for their child, while birth mothers will not have the same energy and time to care for their children by reason of low energy levels and specific health and stress problems (see: affidavit of Dr. Murray Enkin, sworn July 14, 1994, at paragraphs 31 and 32).

[114] This reinforces my view that the distinction made by the legislation between birth and adoptive mothers is based on the actual needs, capacity and circumstances affecting biological mothers, that is, pregnancy, childbirth and recovery. The biological reality is such that the bonding process between mother and child cannot be the same in respect of birth and adoptive mothers. As Dr. LeMare states in her affidavit, birth mothers often begin to bond before their child is born. They react to the fetus, signals and movements, watch ultrasounds and go through the birthing process. Although some adoptive parents may have the opportunity to closely participate in these experiences with the unborn child, most of them will only begin bonding when the child is actually adopted.

[112] La demanderesse ne nie pas et, à mon avis, ne saurait nier que les mères biologiques se remettent de leur grossesse et de leur accouchement durant la période des prestations de maternité. Cependant, elle fait valoir qu'elles utilisent également cette période pour établir des liens avec leurs nouveau-nés, et le fait de refuser aux mères adoptives cette période de création d'un attachement porte donc atteinte à leur dignité humaine et équivaut à de la discrimination.

[113] Inévitablement, le processus de création d'un attachement se produira par l'effet d'un contact étroit entre la mère et son enfant dès le moment de la naissance. Je suis également disposé à admettre que les mères biologiques voudront consacrer le peu d'énergie qu'il leur reste aux soins de leur nouveau-né immédiatement après la naissance. Cependant, si les mères adoptives devaient avoir droit à des prestations de maternité, elles emploieraient tout leur temps, tous leurs efforts et toute leur énergie à s'occuper de leur enfant, tandis que les mères naturelles n'auraient pas autant de force ni autant de temps pour s'occuper de leurs enfants, en raison d'un faible niveau d'énergie et d'un état physique et émotif plus fragile (voir l'affidavit du D<sup>r</sup> Murray Enkin, rédigé sous serment le 14 juillet 1994, paragraphes 31 et 32).

[114] Cela me conforte dans l'idée que la distinction établie par la Loi entre mères naturelles et mères adoptives repose sur les besoins, capacités et circonstances propres aux mères biologiques, c'est-à-dire la grossesse, l'accouchement et le processus de rétablissement. La réalité biologique est telle que le processus d'attachement entre mère et enfant ne saurait être le même pour les mères naturelles et les mères adoptives. Ainsi que l'écrit la D<sup>re</sup> LeMare dans son affidavit, les mères naturelles commencent souvent le processus d'attachement avant la naissance de leur enfant. Elles réagissent aux signaux et mouvements du fœtus, elles regardent les échographies et franchissent les étapes de la maternité. Certains parents adoptifs auront parfois la possibilité de participer étroitement à ces expériences avec l'enfant à naître, mais la plupart d'entre eux ne commenceront le processus d'attachement que lorsque l'enfant sera effectivement adopté.

[115] This does not mean that adoptive mothers and fathers do not undergo considerable stress and difficulties in the adoption process and in caring for their newly arrived child. This is not a situation comparable to that experienced by biological mothers. The particular needs of all parents who do not give birth have been provided for in the form of parental benefits. Nevertheless, the adoption of a child does not render adoptive parents, or biological fathers for that matter, physiologically unable to work for a certain period of time before or after the arrival of a child. As the Ontario Court of Appeal said in *Schafer*, at page 25:

However, as severe and distressing as these problems may be, they are not the same problems facing biological mothers. No doubt adoptive parents would put the extra 15 weeks of paid leave to excellent use in preparing and caring for their newly arrived child, but the purpose of the pregnancy leave benefit is not to provide income support to parents who care for their children. It is to provide a flexible system of income support to women who need time away from work because of pregnancy and childbirth.

[116] Although the applicant concedes that birth mothers have physical needs which differ from those of adoptive mothers, she nonetheless argues implicitly, as was argued in *Schafer*, that the 15 weeks of maternity benefits exceed the actual time required for biological mothers to recover. On that premise, the applicant argues that the effect of section 12 of the Act is to allow biological mothers to take advantage of maternity benefits to bond with their children.

[117] In my opinion, this submission fails to consider the unpredictable and unique circumstances surrounding pregnancy and childbirth. The fact that some women recover fully in less than 15 weeks does not counter the fact that other women require much longer time to recover because of conditions such as diabetes or postpartum depression. Abnormal or multiple pregnancies, for instance, may result in complications before and after birth. Thus, biological mothers require

[115] Cela ne veut pas dire que les mères et pères adoptifs ne connaissent pas une tension considérable et de grandes difficultés dans le processus d'adoption et dans les soins qu'ils prodiguent à leur enfant nouvellement arrivé. Ce n'est pas une situation qui puisse se comparer à celle des mères biologiques. On a répondu sous la forme de prestations parentales aux besoins particuliers de tous les parents qui ne donnent pas naissance. Néanmoins, l'adoption d'un enfant ne rend pas les parents adoptifs, ni d'ailleurs les pères biologiques, physiologiquement incapables de travailler durant une certaine période avant ou après l'arrivée de l'enfant. Ainsi que l'écrivait la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Schafer*, à la page 25 :

[TRADUCTION] Cependant, si graves et troublantes que puissent être ces difficultés, ce ne sont pas les mêmes difficultés que celles que connaissent les mères biologiques. Il ne fait aucun doute que les parents adoptifs pourraient faire un excellent usage des 15 semaines additionnelles de congé rémunéré pour accueillir leur nouvel enfant et s'en occuper, mais l'objet des prestations de maternité n'est pas de procurer un revenu complémentaire aux parents qui s'occupent de leurs enfants. Il est d'établir un système souple de soutien du revenu à l'intention des femmes qui doivent s'absenter de leur travail pour cause de grossesse et d'accouchement.

[116] La demanderesse admet que les mères biologiques ont des besoins physiques qui ne sont pas ceux des mères adoptives, mais elle fait néanmoins valoir implicitement, comme on l'avait fait valoir dans l'arrêt *Schafer*, que les 15 semaines de prestations de maternité dépassent le temps dont les mères biologiques ont vraiment besoin pour se rétablir. La demanderesse affirme donc que l'article 12 de la Loi a pour effet de permettre aux mères biologiques de tirer parti des prestations de maternité pour établir un lien affectif avec leur enfant.

[117] À mon avis, cet argument ne tient pas compte des circonstances imprévisibles et sans parallèle qui entourent la grossesse et l'accouchement. Sans doute certaines femmes récupèrent-elles pleinement en moins de 15 semaines, mais il n'en demeure pas moins que d'autres ont besoin d'une période beaucoup plus longue pour récupérer, en raison d'états pathologiques tels que le diabète ou la dépression post-natale. Une grossesse anormale ou multiple peut par exemple entraîner des

a flexible period of leave that may be used during pregnancy, labour, birth and the postpartum period.

[118] Even in the best of circumstances, i.e. healthy pregnancies and deliveries, it seems clear to me that it is more difficult for biological mothers to cope with motherhood than for adoptive mothers who do not have to recuperate from pregnancy and childbirth. In fact, “no woman . . . was at full functional status at 6 weeks postpartum and several had not yet resumed all usual activities by 6 months after the birth of their infants”. (See the affidavit of Cassandra Kirewskie, at paragraph 39).

[119] In my view, the maternity benefits period must be considered as establishing a range so as to include the situation of women who recover faster and of those who must take the full 15 weeks to recover (see: *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Schafer*).

[120] As the Supreme Court stated in both *Law*, at paragraph 106, and in *Gosselin*, at paragraph 55, there is no necessity for legislation to always correspond perfectly with social reality in order to comply with subsection 15(1) of the Charter:

Law:

Under these circumstances, the fact that the legislation is premised upon informed statistical generalizations which may not correspond perfectly with the long-term financial need of all survival spouses does not affect the ultimate conclusion that the legislation is consonant with the human dignity and freedom of the appellant. Parliament is entitled, under these limited circumstances at least, to premise remedial legislation upon informed generalizations without running afoul of s. 15(1) of the *Charter* and being required to justify its position under s. 1. I emphasize, though, that under other circumstances a more precise correspondence will undoubtedly be required in order to comply with s. 15(1). In particular, a more

complications avant et après la naissance. Les mères biologiques requièrent donc une période de congé flexible qui puisse être utilisée durant la grossesse, durant l'accouchement, à la naissance et durant la période postnatale.

[118] Même dans le meilleur des cas, c'est-à-dire grossesse et parturition parfaitement normales, il m'apparaît clair qu'il est plus difficile pour les mères biologiques de composer avec la maternité que pour les mères adoptives, qui n'ont pas besoin de se remettre d'une grossesse et d'un accouchement. En fait, [TRADUCTION] « aucune femme [. . .] ne se retrouvait dans un état pleinement fonctionnel six semaines après l'accouchement, et plusieurs n'avaient pas encore repris toutes leurs activités habituelles six mois après la naissance » (voir l'affidavit de Cassandra Kirewskie, paragraphe 39).

[119] À mon avis, la période des prestations de maternité doit être vue comme une période tenant compte d'une gamme de situations, de manière à englober le cas des femmes qui récupèrent rapidement et celui des femmes qui ont besoin de la totalité des 15 semaines pour récupérer (voir *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Schafer*).

[120] Ainsi que l'écrivait la Cour suprême dans l'arrêt *Law*, au paragraphe 106, et dans l'arrêt *Gosselin*, au paragraphe 55, il n'est pas nécessaire qu'un texte de loi corresponde toujours parfaitement à la réalité sociale pour être conforme au paragraphe 15(1) de la Charte :

Arrêt Law :

Dans les circonstances, le fait que les dispositions de la loi s'appuient sur des généralisations statistiques documentées qui peuvent ne pas correspondre parfaitement aux besoins financiers à long terme de tous les conjoints survivants ne compromet pas la conclusion ultime, soit qu'elles sont compatibles avec la dignité et la liberté de l'appelante. Dans ces circonstances particulières à tout le moins, le législateur peut légitimement s'appuyer sur des généralisations documentées pour édicter des dispositions réparatrices sans contrevenir au par. 15(1) de la *Charte* et sans avoir à les justifier au sens de l'article premier. Je souligne toutefois que, dans d'autres circonstances, le respect du par. 15(1) exigera à

precise correspondence will likely be important where the individual or group which is excluded by the legislation is already disadvantaged or vulnerable within Canadian society.

### Gosselin

I add two comments. Perfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant group is not required to find that a challenged provision does not violate the *Canadian Charter*. The situation of those who, for whatever reason, may have been incapable of participating in the programs attracts sympathy. Yet the inability of a given social program to meet the needs of each and every individual does not permit us to conclude that the program failed to correspond to the actual needs and circumstances of the affected group. . . . Crafting a social assistance plan to meet the needs of young adults is a complex problem, for which there is no perfect solution. No matter what measures the government adopts, there will always be some individuals for whom a different set of measures might have been preferable. The fact that some people may fall through a program's cracks does not show that the law fails to consider the overall needs and circumstances of the group of individuals affected, or that distinctions contained in the law amount to discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).

[121] Further, as my colleague Evans J.A. stated in *Krock v. Canada (Attorney General)* (2001), 29 C.C.L.I. (3d) 55 (F.C.A.), at paragraph 11, it is for Parliament and not for the courts to establish and fine-tune statutory benefits schemes:

When presented with an argument that a complex statutory benefits scheme, such as unemployment insurance, has a differential adverse effect on some claimants contrary to section 15, the Court is not concerned with the desirability of extending the benefits in the manner sought. In the design of social benefit programs, priorities must be set, a task for which Parliament is better suited than the courts, and the Constitution should not be regarded as requiring judicial fine-tuning of the legislative scheme.

[122] There can be no doubt, in my view, that pregnancy and childbirth create an undeniable physiological effect that prevents biological mothers

n'en pas douter une correspondance plus précise. En particulier, une correspondance plus précise sera vraisemblablement importante dans le cas où la personne ou le groupe exclu de la loi est déjà défavorisé ou vulnérable dans la société canadienne.

### Arrêt Gosselin :

J'ajouterai deux commentaires. Premièrement, il est possible de conclure qu'une disposition contestée ne viole pas la *Charte canadienne* même en l'absence de correspondance parfaite entre un régime de prestations et les besoins ou la situation du groupe demandeur. On peut éprouver de la sympathie pour les personnes qui, pour une raison ou une autre, n'ont peut-être pas pu participer aux programmes. Cependant, le fait qu'un programme social donné ne réponde pas aux besoins de tous, sans exception, ne nous permet pas de conclure que ce programme ne correspond pas aux besoins et à la situation véritables du groupe concerné. [ . . . ] L'élaboration d'un régime d'aide sociale destiné à répondre aux besoins des jeunes adultes est un problème complexe, auquel il n'existe pas de solution parfaite. Quelles que soient les mesures adoptées par le gouvernement, il existera toujours un certain nombre de personnes auxquelles un autre ensemble de mesures aurait mieux convenu. Le fait que certaines personnes soient victimes des lacunes d'un programme ne prouve pas que la mesure législative en cause ne tient pas compte de l'ensemble des besoins et de la situation du groupe de personnes touché, ni que la distinction établie par cette mesure crée une discrimination réelle au sens du par. 15(1).

[121] En outre, comme l'écrivait mon collègue le juge Evans dans l'arrêt *Krock c. Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 188, au paragraphe 11, c'est au législateur et non aux tribunaux qu'il appartient d'établir et de mettre au point les régimes légaux de prestations :

Lorsque la Cour examine un argument qui veut qu'un régime complexe de prestations prévu par la loi, comme celui de l'assurance-chômage, a un effet négatif différentiel sur certains demandeurs contrairement à l'article 15, elle ne peut se préoccuper de la question de savoir s'il serait désirable d'accorder des prestations étendues comme on le recherche. Dans la création des programmes sociaux, il faut établir des priorités. Le législateur est mieux équipé pour cette tâche que les tribunaux et la Constitution n'exige pas que les tribunaux procèdent à un réglage minutieux des régimes législatifs.

[122] Il ne peut faire de doute, à mon avis, que la grossesse et l'accouchement entraînent un état physiologique qui empêche les mères biologiques de



from working during portions of the pregnancy and during the postpartum period. Thus, there are distinct purposes for each of the two income-replacement benefits: one is to provide income while a woman is incapacitated from work due to pregnancy or recuperation; the other is to provide income while parents are caring for and bonding with their children.

[123] In my view, it is impossible to set a length of maternity leave that will universally meet the physiological needs of all pregnant women. As the evidence of Dr. Enkin eminently demonstrates, 15 weeks of maternity leave is in no way unreasonable so as to accommodate the needs of most women.

### 3. Ameliorative Purpose or Effects of the Benefits Program Upon a More Disadvantaged Person or Group

[124] In *Law*, the Supreme Court, at paragraph 72 of its reasons, opined that an ameliorative purpose or effect which accords with the goals of subsection 15(1) of the Charter, i.e. the granting of benefits to biological mothers so as to allow them to recover from pregnancy and childbirth, will be unlikely to violate the human dignity of more advantaged individuals “where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater needs or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation.”

[125] In the present matter, there can be no doubt that pregnant women have been a disadvantaged group. In fact, the maternity benefits were created in favour of this group in order to ensure that biological mothers were accommodated in the workplace. In this regard, the words of Dickson C.J. in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, at pages 1237 and 1238, are entirely apposite:

The first two claims, that pregnancy is neither an accident nor an illness and that it is voluntary, are closely related. I agree entirely that pregnancy is not characterized properly as a sickness or an accident. It is, however, a valid health-related reason for absence from the workplace and as such should not have been excluded from the Safeway plan. That the exclusion

travailler durant une partie de la grossesse et durant la période postnatale. Chacun des types de prestations censés remplacer le revenu a donc un objet propre : le premier vise à procurer un revenu à la femme qui est empêchée de travailler pour cause de grossesse ou de remise en forme; l'autre vise à procurer un revenu aux parents pendant qu'ils s'occupent de leur enfant et nouent des liens affectifs avec lui.

[123] Selon moi, il est impossible de fixer pour le congé de maternité une durée qui répondra dans tous les cas aux besoins physiologiques de toutes les femmes enceintes. Comme le montre si bien le témoignage du D<sup>r</sup> Enkin, un congé de maternité de 15 semaines n'est en aucune façon déraisonnable pour répondre aux besoins de la plupart des femmes.

### 3. Objet ou effet d'amélioration du programme de prestations pour une personne ou un groupe plus défavorisés

[124] Dans l'arrêt *Law*, la Cour suprême, au paragraphe 72 de ses motifs, exprimait l'avis qu'un objet ou effet d'amélioration qui s'accorde avec les buts du paragraphe 15(1) de la Charte, c'est-à-dire le versement de prestations aux mères biologiques pour leur permettre de se remettre d'une grossesse et d'un accouchement, sera peu susceptible de déconsidérer la dignité de personnes plus favorisées « si l'exclusion de ces personnes concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé visé par les dispositions législatives ».

[125] En l'espèce, il ne peut faire de doute que les femmes enceintes ont été un groupe désavantagé. D'ailleurs, le législateur a établi les prestations de maternité en faveur de ce groupe afin de répondre aux besoins des mères biologiques sur le marché du travail. Sur ce point, les propos tenus par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, aux pages 1237 et 1238, sont tout à fait pertinents :

Les deux premières prétentions, savoir que la grossesse n'est ni un accident, ni une maladie et celle qu'il s'agit d'un état voulu sont assez semblables. Je suis tout à fait d'accord qu'on ne saurait, à proprement parler, qualifier la grossesse de maladie ou d'accident. C'est cependant un motif de santé suffisant pour ne pas se présenter au travail et, à ce titre, il

is discriminatory is evident when the true character, or underlying rationale, of the Safeway benefits plan is appreciated. The underlying rationale of this plan is the laudable desire to compensate persons who are unable to work for valid health-related reasons. Pregnancy is clearly such a reason. By distinguishing “accidents and illness” from pregnancy, Safeway is attempting to disguise an untenable distinction. It seems indisputable that in our society pregnancy is a valid health-related reason for being absent from work. It is to state the obvious to say that pregnancy is of fundamental importance in our society. Indeed, its importance makes description difficult. To equate pregnancy with, for instance, a decision to undergo medical treatment for cosmetic surgery—which sort of comparison the respondent’s argument implicitly makes—is fallacious. If the medical condition associated with procreation does not provide a legitimate reason for absence from the workplace, it is hard to imagine what would provide such a reason. Viewed in its social context pregnancy provides a perfectly legitimate health-related reason for not working and as such it should be compensated by the Safeway plan. In terms of the economic consequences to the employee resulting from the inability to perform employment duties, pregnancy is no different from any other health-related reason for absence from the workplace.

Furthermore, to not view pregnancy in this way goes against one of the purposes of anti-discrimination legislation. This purpose, which was noted earlier in the quotation from *Andrews*, is the removal of unfair disadvantages which have been imposed on individuals or groups in society. Such an unfair disadvantage may result when the costs of an activity from which all of society benefits are placed upon a single group of persons. This is the effect of the Safeway plan. It cannot be disputed that everyone in society benefits from procreation. The Safeway plan, however, places one of the major costs of procreation entirely upon one group in society: pregnant women. Thus in distinguishing pregnancy from all other health-related reasons for not working, the plan imposes unfair disadvantages on pregnant women. In the second part of this judgment I state that this disadvantage can be viewed as a disadvantage suffered by women generally. That argument further emphasizes how a refusal to find the Safeway plan discriminatory would undermine one of the purposes of anti-discrimination legislation. It would do so by sanctioning one of the most significant ways in which women have been disadvantaged in our society. It would sanction imposing a disproportionate amount of the costs of pregnancy upon women. Removal of such unfair impositions upon women and other groups in society is a key purpose of anti-discrimination legislation. Finding that the Safeway plan is discriminatory

n’aurait pas dû être exclu du régime de Safeway. Le caractère discriminatoire de cette exclusion ressort clairement quand on considère la nature véritable, ou la raison d’être sous-jacente du régime de prestations de Safeway. La raison d’être sous-jacente de ce régime est le désir louable d’indemniser les personnes incapables de travailler pour des motifs réels de santé. La grossesse appartient manifestement à ces motifs. En établissant une distinction entre la maladie et les accidents d’une part et la grossesse d’autre part, Safeway cherche à camoufler une distinction indéfendable. Il semble incontestable que dans notre société la grossesse est un motif de santé valable de s’absenter du travail. Il va sans dire que la grossesse a une importance primordiale dans notre société. De fait, son importance en rend la description difficile. Il est fallacieux d’établir un parallèle entre la grossesse et, par exemple, la décision de subir une opération de chirurgie esthétique, comparaison que l’intimée fait implicitement dans son argumentation. Si l’état de santé lié à la procréation ne constitue pas un motif légitime de s’absenter du travail, il est difficile d’en imaginer un autre. Considérée dans son contexte social, la grossesse constitue un motif de santé parfaitement légitime de ne pas se présenter au travail et, à ce titre, elle devrait donner droit aux prestations prévues par le régime de Safeway. Pour l’employée, les conséquences économiques de l’incapacité d’exécuter les tâches que son travail comporte sont les mêmes que cette incapacité résulte d’une grossesse ou d’un autre motif de santé entraînant l’absence du travail.

De plus, ne pas considérer la grossesse de cette façon va à l’encontre de l’un des objets des lois anti-discrimination. Comme il ressort de l’extrait précité de l’arrêt *Andrews*, cet objet est la suppression des désavantages injustes imposés à des personnes ou à des groupes dans la société. Il peut y avoir un désavantage injuste lorsqu’on laisse porter à un seul groupe de personnes les coûts d’activités qui profitent à l’ensemble de la société. C’est l’effet du régime de Safeway. Il est incontestable que tous les membres de la société profitent de la procréation. Le régime de Safeway fait cependant porter un des principaux coûts de la procréation à un seul groupe dans la société : les femmes enceintes. Donc, en faisant une distinction entre la grossesse et toutes les autres raisons de santé pour ne pas travailler, le régime impose un désavantage injuste aux femmes enceintes. Dans la deuxième partie des présents motifs, je dis qu’il est possible de considérer ce désavantage comme un désavantage imposé à l’ensemble des femmes. Il ressort en outre de cet argument qu’en ne concluant pas que le régime de Safeway est discriminatoire, on saperait un des objectifs des lois anti-discrimination. On le ferait en avalisant une des façons les plus marquées de désavantager les femmes dans notre société. Ce serait avaliser l’imposition aux femmes d’une part disproportionnée des coûts de la grossesse. La suppression des fardeaux injustes imposés aux femmes et aux autres groupes dans la société constitue un objet clef des

further this purpose. [Emphasis added.]

[126] I also note that the Canadian Human Rights Commission has given its wholehearted support to the co-existence of maternity and parental benefits. I therefore have no hesitation in concluding that the maternity benefits have an ameliorative purpose which is entirely consistent with subsection 15(1) of the Charter and that the exclusion of adoptive mothers from those benefits does not, in any way, undermine the equality guarantee of the section.

#### 4. Nature of the Interest Affected

[127] As the Supreme Court said at paragraph 88, No. 9(D) of its reasons in *Law*, “[t]he more severe and localized the consequences of the legislation for the affected group, the more likely that the differential treatment responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15(1).” In other words, the greater the severity of the consequences of the impugned legislation on the affected group, the likelier the differential treatment will amount to discrimination.

[128] Thus, in the present matter, does the fact that the maternity benefits are not available to adoptive mothers promote the view that adoptive mothers are less capable or less worthy of recognition or value as human beings or members of Canadian society? (See: *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, at paragraph 58.)

[129] In my view, when the legislation is considered in its entire context, it becomes impossible to argue that in enacting the maternity benefits provisions, Parliament has demeaned adoptive mothers or cast any doubt on their worthiness as human beings. Not only have adoptive mothers not been excluded from a fundamental social institution, i.e. motherhood, but their interests were considered and accommodated by Parliament when it enacted the parental benefits provisions.

lois anti-discrimination. Conclure que le régime de Safeway est discriminatoire sert cet objet. [Non souligné dans l’original.]

[126] Je relève aussi que la Commission canadienne des droits de la personne a apporté son appui sans réserve à la coexistence des prestations de maternité et des prestations parentales. Je n’ai donc aucune hésitation à conclure que les prestations de maternité ont un effet d’amélioration qui s’accorde tout à fait avec le paragraphe 15(1) de la Charte, et que l’exclusion des mères adoptives de telles prestations ne porte en aucune façon atteinte à la garantie d’égalité prévue par ce paragraphe.

#### 4. Nature du droit touché

[127] Ainsi que le disait la Cour suprême au paragraphe 88, n° 9(D) de ses motifs dans l’arrêt *Law*, « [p]lus les effets des dispositions législatives sont graves et localisés pour le groupe touché, plus il est probable que la différence de traitement à la source de ces effets soit discriminatoire au sens du par. 15(1) ». Autrement dit, plus les conséquences de la loi contestée pour le groupe concerné sont graves, plus il est probable que la différence de traitement équivaudra à de la discrimination.

[128] Ainsi, dans la présente affaire, le fait que les prestations de maternité ne sont pas offertes aux mères adoptives favorise-t-il l’idée selon laquelle les mères adoptives sont moins dignes d’être reconnues ou valorisées en tant qu’êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne? (Voir l’arrêt *Granovsky c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, au paragraphe 58.)

[129] À mon avis, si l’on considère la Loi dans sa globalité, il devient impossible de prétendre que, en adoptant les dispositions relatives aux prestations de maternité, le législateur a déconsidéré les mères adoptives ou jeté le doute sur leur valeur en tant qu’êtres humains. Non seulement les mères adoptives n’ont pas été exclues d’une institution sociale fondamentale, c’est-à-dire la maternité, mais encore leurs intérêts ont été examinés et pris en compte par le législateur lorsqu’il a édicté les dispositions sur les prestations parentales.

## CONCLUSION AND DISPOSITION

[130] Exact parity between biological and adoptive mother would result, in my view, in discrimination against biological mothers. In fact, maternity leave provisions are indispensable to ensure the equality of women in general, who suffer disadvantage in the workplace due to pregnancy-related matters. The distinction created in favour of pregnant women is legitimate because it seeks to accommodate their needs in the workforce as a disadvantaged group. (See: *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at page 1238; Canadian Human Rights Commission, *Special Report to Parliament on Income Replacement Benefits for New Parents.*) As the Supreme Court held in *Lovelace v. Ontario*, at paragraphs 85-86, the exclusion from a targeted program does not militate in favour of discrimination against the excluded group:

Here, the focus of analysis is not the fact that the appellant and respondent groups are equally disadvantaged, but that the program in question was targeted at ameliorating the conditions of a specific disadvantaged group rather than at disadvantage potentially experienced by any member of society. In other words, we are dealing here with a targeted ameliorative program which is alleged to be underinclusive, rather than a more comprehensive ameliorative program alleged to be underinclusive.

Having said this, one must recognize that exclusion from a targeted or partnership program is less likely to be associated with stereotyping or stigmatization or conveying the message that the excluded group is less worthy of recognition and participation in the larger society.

[131] If this Court was to conclude that adoptive mothers are entitled to maternity benefits, this would implicitly constitute a finding that birth mothers deserve no more time off from work than adoptive mothers, even if they must go through the burden of pregnancy and childbirth. This would take us back to the situation which the 1984 amendment to the U.I. Act sought to solve, i.e. compensation for birth mothers who were incapable of working because they were recovering, by extending the adoption benefits (now the parental benefits) to biological parents.

## CONCLUSION ET DISPOSITIF

[130] Une exacte égalité entre mères biologiques et mères adoptives conduirait selon moi à une discrimination à l'encontre des mères biologiques. En fait, les dispositions relatives au congé de maternité sont indispensables pour assurer l'égalité des femmes en général, qui subissent un désavantage dans le milieu de travail dès lors qu'elles tombent enceintes. La distinction établie en faveur des femmes enceintes est légitime parce qu'elle vise à répondre à leurs besoins dans le milieu de travail en tant que groupe désavantagé. (Voir l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, à la page 1238; Commission canadienne des droits de la personne, *Rapport spécial au Parlement sur le versement d'un revenu de substitution aux nouveaux parents.*) Comme l'écrivait la Cour suprême dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, aux paragraphes 85 et 86, le fait d'être exclu d'un programme ciblé ne veut pas dire discrimination envers le groupe exclu :

En l'espèce, l'aspect central de l'analyse n'est pas le fait que les groupes appelants et intimés sont également défavorisés, mais que le programme en question vise à améliorer la situation d'un groupe défavorisé précis plutôt qu'à remédier à un désavantage dont pourrait souffrir tout membre de la société. En d'autres mots, nous sommes en présence d'un programme améliorateur ciblé auquel on reproche d'avoir un caractère trop limitatif, et non d'un programme améliorateur plus complet auquel on reproche d'avoir un caractère trop limitatif.

Cela dit, il faut reconnaître qu'il est peu probable que le fait d'exclure un groupe d'un programme ciblé ou établi en partenariat ait pour effet d'associer à ce groupe des stéréotypes ou des stigmates ou encore de communiquer le message qu'il est moins digne de reconnaissance et d'intégration au sein de la société dans son ensemble.

[131] Si la Cour devait conclure que les mères adoptives ont droit à des prestations de maternité, ce serait dire implicitement que les mères naturelles ne méritent pas de s'absenter du travail plus que les mères adoptives, alors même qu'elles doivent supporter le fardeau d'une grossesse et d'une naissance. Cela nous ramènerait à la situation que les modifications apportées en 1984 à la Loi sur l'A-C visaient à corriger, c'est-à-dire le dédommagement des mères naturelles qui étaient incapables de travailler parce qu'elles se remettaient d'un accouchement, modifications qui

élargissaient aux parents biologiques les prestations d'adoption (aujourd'hui les prestations parentales).

[132] I also wish to emphasize the fact that if maternity benefits are made available to adoptive mothers, I see no reason why adoptive fathers or, for that matter, biological fathers, should not be entitled to claim those benefits as well. In fact, as the evidence of Dr. LeMare shows, there is, in principle, no difference between mothers and fathers in so far as the bonding process is concerned. This view is supported by the legislation, which makes the parental benefits available to both fathers and mothers. Should maternity benefits be available to adoptive mothers only, fathers, both biological and adoptive, would be denied the benefit.

[133] As the Ontario Court of Appeal said in *Schafer*, at page 22 of its reasons, singling out biological mothers for unique benefits arising from the fact of pregnancy and childbirth cannot constitute discrimination:

Here, the inescapable biological reality is the fact of pregnancy and childbirth, which only biological mothers experience. Compensating only biological mothers for work lost because of pregnancy and childbirth cannot constitute discrimination because only biological mothers undergo the physiological demands of pregnancy and childbirth.

[134] I therefore conclude, as the Ontario Court of Appeal concluded in *Schafer*, that the applicant's rights under subsection 15(1) of the Charter have not been violated. The reasonable adoptive mother would no doubt recognize that by reason of the physiological and psychological experience resulting from pregnancy and childbirth, biological mothers are deserving of special benefits so as to accommodate their particular needs. The reasonable adoptive mother would also no doubt recognize that the maternity benefits are essential to protecting the well-being of these mothers so that they can, in due course, effectively return to their employment. The reasonable adoptive mother would also recognize that Parliament has considered and recognized her own needs by the enactment of the parental benefits provisions and that she has in no way

[132] Je voudrais aussi souligner le fait que, si des prestations de maternité devaient être versées aux mères adoptives, alors je ne vois pas pourquoi les pères adoptifs, et même les pères biologiques, n'auraient pas droit eux aussi aux dites prestations. En réalité, comme le montre le témoignage de la D<sup>re</sup> LeMare, il n'y a en principe aucune différence entre mères et pères pour ce qui est du processus d'attachement. Ce point est confirmé par la Loi, qui prévoit des prestations parentales à la fois pour les pères et pour les mères. Si des prestations de maternité devaient être versées aux mères adoptives uniquement, alors les pères, biologiques ou adoptifs, se verraient refuser ces prestations.

[133] Ainsi que le disait la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Schafer*, à la page 22 de ses motifs, le versement de prestations spéciales aux seules mères biologiques pour cause de grossesse et d'accouchement ne saurait constituer une discrimination :

[TRADUCTION] Ici, la réalité biologique incontournable est le fait de la grossesse et de l'accouchement, que seules les mères biologiques connaissent. Le fait de dédommager uniquement les mères biologiques pour la perte de leur revenu entraînée par une grossesse et un accouchement ne saurait constituer une discrimination, et cela parce que seules les mères biologiques connaissent les contraintes physiologiques de la grossesse et de l'accouchement.

[134] J'arrive donc à la conclusion, comme l'a fait la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Schafer*, que les droits de la demanderesse garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte n'ont pas été enfreints. La mère adoptive douée de raison admettrait sans aucun doute que, à cause de l'expérience physiologique et psychologique qui résulte de la grossesse et de l'accouchement, les mères biologiques méritent des prestations spéciales afin que leurs besoins particuliers soient pris en compte. La mère adoptive douée de raison admettrait aussi sans aucun doute que les prestations de maternité sont essentielles pour assurer le bien-être de ces mères afin qu'elles puissent, le moment venu, reprendre leur emploi. La mère adoptive douée de raison admettrait aussi que le législateur a considéré et reconnu ses besoins à elle en promulguant les dispositions

been excluded from Canadian society. Hence, the reasonable adoptive mother would not feel demeaned by the granting of the maternity benefits to biological mothers.

[135] For these reasons, I would dismiss this application with costs.

SHARLOW J.A.: I agree.

PELLETIER J.A.: I agree.

relatives aux prestations parentales et qu'elle n'a nullement été exclue de la société canadienne. Partant, la mère adoptive douée de raison ne se sentirait pas déconsidérée par l'octroi de prestations de maternité aux seules mères biologiques.

[135] Pour ces motifs, je rejetterais la demande, avec dépens.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je suis d'accord.