

Date: 20230907

Dossier: 566-02-12132

Référence: 2023 CRTESPF 81

*Loi sur la Commission
des relations de travail et de l'emploi
dans le secteur public fédéral et
Loi sur les relations de travail
dans le secteur public fédéral*



Devant une formation de la
Commission des relations
de travail et de l'emploi
dans le secteur public fédéral

ENTRE

NAFISSA DIOP

fonctionnaire s'estimant lésée

et

CONSEIL DU TRÉSOR

(ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux)

employeur

Répertorié

*Diop c. Conseil du Trésor (ministère des Travaux publics et des Services
gouvernementaux)*

Affaire concernant un grief individuel renvoyé à l'arbitrage

Devant : David Orfald, une formation de la Commission des relations de travail
et de l'emploi dans le secteur public fédéral

Pour la fonctionnaire s'estimant lésée : Geoff Dunlop, avocat

Pour l'employeur : Véronique Newman, avocate

Affaire entendue par vidéoconférence
les 29 et 30 novembre 2022.
(Traduction de la CRTESPF)

MOTIFS DE DÉCISION**(TRADUCTION DE LA CRTESPF)**

I. Introduction

[1] Le présent grief porte sur le remboursement obligatoire des indemnités de congé de maternité et de congé parental dans une situation où la fonctionnaire s'estimant lésée a quitté l'administration publique centrale pour travailler pour un organisme distinct avant de terminer sa période de retour au travail.

[2] La fonctionnaire s'estimant lésée (la « fonctionnaire ») est Nafissa Diop. En 2008, elle a commencé à travailler à Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (TPSGC), maintenant connu sous le nom de Services publics et Approvisionnement Canada (SPAC). TPSGC fait partie de l'administration publique centrale du gouvernement fédéral. Par conséquent, l'employeur légal de la fonctionnaire pendant qu'elle travaillait à TPSGC était le Conseil du Trésor. Employée au groupe et au niveau CR-04, elle faisait partie de l'unité de négociation du groupe Services des programmes et de l'administration (PA), représentée par l'Alliance de la Fonction publique du Canada (AFPC ou le « syndicat »).

[3] De juillet 2013 à juillet 2014, la fonctionnaire a pris des périodes consécutives de congé de maternité et de congé parental non payés. Pendant son congé non payé, elle a touché les indemnités de congé de maternité et de congé parental prévues aux articles 38 et 40 de la convention collective du groupe PA conclue entre l'AFPC et le Conseil du Trésor. La convention collective concernée dans le présent grief a expiré le 20 juin 2014 (la « convention collective »).

[4] Les indemnités de congé de maternité et de congé parental versées en vertu de la convention collective sont communément appelées des « suppléments » parce qu'elles sont versées en plus des prestations d'assurance-emploi que les employés touchent pendant les périodes de congé de maternité et de congé parental non payés.

[5] Comme il sera précisé plus loin dans la présente décision, les employés qui touchent le supplément doivent accepter de retourner au travail pour une période égale à la période pendant laquelle ils ont touché les indemnités. La convention collective concernée exige des employés qu'ils terminent leur retour au travail avec l'employeur, le Conseil du Trésor ou avec l'un des trois organismes distincts

expressément énumérés dans la convention collective. Sinon, ils doivent rembourser l'indemnité ou une partie de celle-ci.

[6] La fonctionnaire a commencé son retour au travail en juillet 2014, mais en septembre, elle s'est vu offrir un poste à l'Office national de l'énergie (ONÉ). Maintenant appelé Régie de l'énergie du Canada (REC), l'ONÉ est un organisme distinct au sein du gouvernement fédéral. L'ONÉ n'était pas l'un des trois organismes distincts énumérés dans les clauses pertinentes des articles 38 et 40 de la convention collective concernée.

[7] La fonctionnaire a commencé à travailler à l'ONÉ en janvier 2015 et n'a donc pas terminé sa période de retour au travail auprès de l'employeur. Par conséquent, elle devait rembourser une partie de son supplément, totalisant 9 692,11 \$.

[8] La fonctionnaire n'a pas contesté qu'elle avait été traitée conformément aux articles 38 et 40. Toutefois, elle a fait valoir que, lorsque l'employeur l'avait obligée à rembourser une partie de son supplément, il avait fait preuve de discrimination à son égard fondée sur le sexe, en violation de l'article 19 de sa convention collective intitulé « Élimination de la discrimination ». Je ferai remarquer que le grief faisait référence à un deuxième motif de distinction, soit la situation familiale, mais que la fonctionnaire n'a pas poursuivi ce motif à l'audience.

[9] La fonctionnaire a soutenu que seules les femmes, ou surtout les femmes, subissent un effet préjudiciable du fait d'avoir à rembourser une partie du supplément parental et de maternité dans ces circonstances, et que cela satisfait au critère pour conclure à une discrimination. Elle a demandé une ordonnance afin qu'elle soit remboursée du supplément qu'elle a remboursé, ainsi que des dommages pour préjudice moral en vertu de l'alinéa 53(2)e) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (L.R.C. (1985), ch. H- 6; *LCDP*).

[10] L'employeur a fait valoir que les conditions de remboursement énoncées aux articles 38 et 40 ne font pas de discrimination fondée sur le sexe. Les articles sont des dispositions de la convention collective librement négociées qui exigent le remboursement du supplément si un employé ne retourne pas au travail pour l'employeur ou l'un des trois organismes distincts énumérés dans les articles. La fonctionnaire a signé une entente pour retourner au travail, mais a ensuite fait un choix personnel pour travailler pour un organisme distinct qui n'est pas mentionné

dans les clauses en litige. Comme elle n'a pas respecté son entente de retour au travail, elle a dû rembourser une partie du supplément, conformément à la convention collective. Il a soutenu que ce traitement ne constituait pas une discrimination fondée sur le sexe.

[11] L'employeur a également fait valoir que, si les clauses de remboursement de l'indemnité de maternité et de l'indemnité parentale de la convention collective sont considérées comme discriminatoires fondées sur le sexe, l'AFPC assume une responsabilité égale et devrait être jugée solidairement responsable de tout dommage.

[12] J'ai structuré la présente décision comme suit. En premier lieu, je vais expliquer la structure des dispositions de la convention collective portant sur le congé de maternité et le congé parental et la façon dont elles se recoupent avec les structures d'emploi en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans le secteur public fédéral* (L.C. 2003, ch. 22, art. 2; la « Loi »). En deuxième lieu, j'examinerai plus en détail les éléments de preuve concernant la situation de la fonctionnaire. En troisième lieu, j'analyserai les arguments des parties, après quoi je donnerai mes motifs de décision. Une dernière section contient quelques observations finales.

[13] J'ai de la sympathie pour la fonctionnaire et je comprends pourquoi elle a éprouvé de la confusion parce qu'elle a dû rembourser une partie de son supplément, étant donné que sa décision de travailler à l'ONÉ signifiait qu'elle continuerait à travailler pour une partie du gouvernement fédéral.

[14] Toutefois, pour les motifs qui suivent, je conclus que la fonctionnaire n'a pas établi qu'elle a été victime de discrimination fondée sur le sexe. Ainsi, son grief est rejeté et aucune mesure corrective n'est ordonnée.

[15] Cela dit, à la suite du témoignage de la fonctionnaire au sujet des difficultés qu'elle a éprouvées à régler les répercussions fiscales du remboursement, je formule une recommandation à l'intention de l'employeur.

[16] Dans la présente décision, la « Commission » fait référence à la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral, ainsi qu'à ses prédécesseurs.

II. La convention collective, le retour au travail et les organismes distincts

[17] Je commencerai par un examen des dispositions de la convention collective en litige.

[18] Tel que cela a été indiqué, l'article 38 prévoit un congé de maternité non payé et le paiement d'une indemnité de maternité. L'article 40 prévoit un congé parental non payé et le paiement d'une indemnité parentale. Je résumerai la structure essentielle de ces articles dans la mesure où ils s'appliquent à la fonctionnaire (les articles ont légèrement modifié les dispositions applicables aux résidents du Québec, qui ne sont pas pertinentes au présent grief).

[19] La convention collective concernée dans le présent grief énonce ce qui suit :

[Traduction]

- L'employeur accorde jusqu'à 18 semaines de congé non payé aux employées en congé de maternité (clause 38.01) et jusqu'à 37 semaines en congé parental (clause 40.01). Il est bien connu que bon nombre d'employées prennent les deux congés consécutivement, c'est-à-dire l'un après l'autre. Étant donné que la période de congé parental doit se terminer dans les 52 semaines suivant la naissance d'un enfant, une employée qui prend une période combinée de congé de maternité et de congé parental aurait un congé combiné non payé de 52 semaines.
- Selon les dispositions de la *Loi sur l'assurance-emploi* (L.C. 1996, ch. 23) fédérale, les employés en congé de maternité et en congé parental ont droit à des prestations d'assurance-emploi.
- Sous réserve de trois conditions, les employés ont droit à une indemnité de maternité ou à une indemnité parentale, qui est un complément à leurs prestations d'assurance-emploi à 93 % de leur salaire avant le congé (clauses 38.02 et 40.02).
- Selon la première de ces conditions, les employés doivent avoir terminé six mois d'emploi continu avant de commencer le congé.
- Selon la deuxième condition, les employés doivent fournir à l'employeur la preuve qu'ils ont demandé des prestations de maternité ou des prestations

parentales de l'assurance-emploi et qu'ils touchent ces prestations, même s'ils peuvent demander une avance.

- Selon la troisième condition, l'employée signe une entente de « retour au travail » pour une période équivalente à la période pour laquelle elle a touché des prestations. Par conséquent, une employée qui prend une période combinée de 52 semaines d'indemnités de congé de maternité et d'indemnités parentales devrait retourner au travail pendant 52 semaines après la fin de son congé.
- L'employée qui ne travaille pas la totalité ou une partie de sa période de retour au travail doit rembourser la totalité ou une partie de l'indemnité qu'elle a touchée, selon une formule figurant dans les articles.

[20] Il n'est pas nécessaire de reproduire la totalité des articles de la convention collective en question, puisque la question soulevée dans le présent grief porte uniquement sur les dispositions relatives au retour au travail. La disposition relative au retour au travail pour l'indemnité de maternité figure à la clause 38.02a)(iii), qui se lit comme suit :

38.02 Indemnité de maternité

a) L'employée qui se voit accorder un congé de maternité non payé reçoit une indemnité de maternité conformément aux modalités du Régime de prestations supplémentaires de chômage (RPSC) décrit aux alinéas c) à i), pourvu qu'elle :

[...]

(iii) signe une entente avec l'Employeur par laquelle elle s'engage :

(A) à retourner au travail à la date à laquelle son congé de maternité non payé prend fin à moins que l'Employeur ne consente à ce que la date de retour au travail soit modifiée par l'approbation d'un autre type de congé;

38.02 Maternity Allowance

(a) An employee who has been granted maternity leave without pay shall be paid a maternity allowance in accordance with the terms of the Supplemental Unemployment Benefit (SUB) Plan described in paragraphs (c) to (i), provided that she:

...

(iii) has signed an agreement with the Employer stating that:

(A) she will return to work on the expiry date of her maternity leave without pay unless the return to work date is modified by the approval of another form of leave;

(B) suivant son retour au travail tel que décrit à la division (A), à travailler une période égale à la période pendant laquelle elle a reçu l'indemnité de maternité;

(B) following her return to work, as described in section (A), she will work for a period equal to the period she was in receipt of maternity allowance;

(C) à rembourser à l'Employeur le montant déterminé par la formule suivante **si elle ne retourne pas au travail avec l'Employeur, Parcs Canada, l'Agence du revenu du Canada ou l'Agence canadienne d'inspection des aliments** comme convenu à la division (A) ou si elle retourne au travail mais ne travaille pas la période totale stipulée à la division (B), à moins que son emploi ne prenne fin parce qu'elle est décédée, mise en disponibilité, ou que sa période d'emploi déterminée qui aurait été suffisante pour satisfaire aux obligations précisées à la division (B) s'est terminée prématurément en raison d'un manque de travail ou par suite de la cessation d'une fonction, ou parce qu'elle est devenue invalide au sens de la Loi sur la pension de la fonction publique :

(C) **should she fail to return to work for the Employer, Parks Canada, the Canada Revenue Agency or the Canadian Food Inspection Agency** in accordance with section (A), or should she return to work but fail to work for the total period specified in section (B), for reasons other than death, lay-off, early termination due to lack of work or discontinuance of a function of a specified period of employment that would have been sufficient to meet the obligations specified in section (B), or having become disabled as defined in the Public Service Superannuation Act, she will be indebted to the Employer for an amount determined as follows:

(indemnité reçue) X (période non travaillée après
son retour au travail)

(allowance received) X (remaining
period to be worked
following her return to work)

[période totale à travailler précisée
en (B)]

[total period to be worked as
specified in (B)]

toutefois, l'employée dont la période d'emploi déterminée expire et qui est réengagée **dans un secteur de l'administration publique fédérale spécifié à l'Administration publique centrale de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique ou Parcs Canada, l'Agence du revenu du Canada ou l'Agence canadienne d'inspection des aliments** dans les quatre-vingt-dix (90) jours suivants n'a pas besoin de rembourser le montant si sa nouvelle période d'emploi est suffisante pour

however, an employee whose specified period of employment expired and who is rehired **in any portion of the Core Public Administration as specified in the Public Service Labour Relations Act or Parks Canada, the Canada Revenue Agency or the Canadian Food Inspection Agency** within a period of ninety (90) days or less is not indebted for the amount if her new period of employment is sufficient to meet the obligations specified in section (B).

satisfaire aux obligations précisées à la division (B).

[Je mets en évidence]

[21] La clause portant sur le congé parental sous 40.02a(iii) est identique à la clause équivalente portant sur le congé de maternité, sauf qu'elle fait référence à l'indemnité parentale et utilise des pronoms masculins et féminins pour décrire les obligations des employés.

[22] L'élément essentiel de la disposition portant sur le retour au travail en litige est que, pour respecter son engagement, l'employée doit le faire auprès de l'employeur, également appelé « l'administration publique centrale », ou de l'Agence du revenu du Canada (ARC), de Parcs Canada ou de l'Agence canadienne d'inspection des aliments (ACIA).

[23] Dans la convention collective, la définition de « employeur » fait référence au Conseil du Trésor.

[24] « Employeur » est également défini à l'article 2 de la *Loi*, comme suit, lorsque l'existence d'organismes distincts est également introduite :

[...]

...

employeur *Sa Majesté du chef du Canada, représentée :*

employer *means Her Majesty in right of Canada as represented by*

a) par le Conseil du Trésor, dans le cas d'un ministère figurant à l'annexe I de la Loi sur la gestion des finances publiques ou d'un autre secteur de l'administration publique fédérale figurant à l'annexe IV de cette loi;

(a) the Treasury Board, in the case of a department named in Schedule I to the Financial Administration Act or another portion of the federal public administration named in Schedule IV to that Act; and

b) par l'organisme distinct en cause, dans le cas d'un secteur de l'administration publique fédérale figurant à l'annexe V de la Loi sur la gestion des finances publiques.
(employer)

(b) the separate agency, in the case of a portion of the federal public administration named in Schedule V to the Financial Administration Act.
(employer)

[...]

...

[Le passage en évidence l'est dans l'original]

[25] TPSGC est un ministère figurant à l'annexe I de la *Loi sur la gestion des finances publiques* (L.R.C. (1985), ch. F- 11; *LGFP*). L'ARC, Parcs Canada et l'ACIA sont tous énumérés en tant qu'organismes distincts en vertu de l'annexe V de la *LGFP*.

[26] Même si l'ONÉ figurait également à l'annexe V de la *LGFP* au moment du dépôt du grief, il n'était pas l'un des trois organismes énumérés aux clauses 38.02a)(iii)(C) ou 40.02a)(iii)(C) de la convention collective en litige dans le présent grief.

[27] À la suite d'une discussion avec les parties, j'ai pris note du fait que les parties avaient convenu d'élargir la portée de la disposition portant sur le retour au travail de la convention collective du groupe PA signée le 23 octobre 2020, comportant une date d'expiration du 20 juin 2021 (la « convention du groupe PA de 2021 »). Dans cette convention, la disposition portant sur l'indemnité de maternité et le retour au travail à la clause 38.02(a)(iii)(A) se lit maintenant comme suit :

38.02 Indemnité de maternité

[...]

iii. signe une entente avec l'employeur par laquelle elle s'engage :

A. à retourner au travail au sein de l'administration publique fédérale, auprès d'un des employeurs mentionnés aux annexes I, IV ou V de la Loi sur la gestion des finances publiques, à la date à laquelle son congé de maternité non payé prend fin à moins que l'employeur ne consente à ce que la date de retour au travail soit modifiée par l'approbation d'un autre type de congé [...]

[Je mets en évidence]

38.02 Maternity allowance

...

iii. has signed an agreement with the Employer stating that:

A. she will return to work within the federal public administration, as specified in Schedule I, Schedule IV or Schedule V of the Financial Administration Act on the expiry date of her maternity leave without pay unless the return to work date is modified by the approval of another form of leave

[28] La clause portant sur le congé parental sous 40.02a)(iii)(A) de la convention du groupe PA de 2021 a été révisée de la même façon, mais elle fait référence au congé parental et utilise des pronoms masculins et féminins.

[29] En d'autres termes, en vertu de la convention collective du groupe PA de 2021, une employée de l'unité de négociation du groupe PA peut s'acquitter de ses obligations en matière de retour au travail à n'importe quelle partie de l'administration publique fédérale figurant aux annexes I, IV et V de la *LGFP*. Cela comprend les ministères du Conseil du Trésor (annexe I), les organismes qui font partie de l'administration publique centrale (annexe IV) et les organismes distincts (annexe V).

[30] La version actuelle de l'annexe V de la *LGFP* énumère environ 20 organismes distincts, dont l'ARC, Parcs Canada, l'ACIA et la REC (qui remplace l'ONÉ).

[31] En d'autres termes, si la fonctionnaire avait pris son congé de maternité et son congé parental en vertu de la convention collective du groupe PA de 2021, elle aurait pu s'acquitter de ses obligations en matière de retour au travail en travaillant à l'ONÉ-REC.

[32] La convention collective du groupe PA de 2021 était celle en vigueur à la date de l'audition de la présente affaire; toutefois, ce n'est pas la convention collective en litige dans le présent grief.

[33] Je fais également remarquer que la convention collective à laquelle la fonctionnaire était assujettie, une fois qu'elle a commencé à travailler à l'ONÉ, contenait une clause d'indemnité de maternité et d'indemnité parentale semblables à celles qui sont maintenant en vigueur en vertu de la convention collective du groupe PA de 2021. Cette convention collective a été conclue entre l'ONÉ et l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada (IPFPC) et comportait une date d'expiration du 31 octobre 2014 (la « convention collective ONÉ-IPFPC »). À la clause B9.02 de cette convention, intitulée « Indemnité de maternité et indemnité parentale », la disposition portant sur le retour au travail exige qu'un employé « [...] retournera travailler au sein de l'Office national de l'énergie ou tout autre employeur de la fonction publique fédérale figurant aux annexes I, IV et V de la *Loi sur la gestion des finances publiques* [...] ».

[34] En d'autres termes, si la fonctionnaire avait pris son congé de maternité, son congé parental et les indemnités connexes à l'ONÉ, puis avait quitté l'ONÉ pour travailler pour TPSGC, elle aurait satisfait aux dispositions portant sur le retour au travail en vertu de la convention collective ONÉ-IPFPC et n'aurait pas été tenue de

rembourser son indemnité. Toutefois, encore une fois, la convention collective ONÉ-IPFPC n'est pas en litige dans le présent grief.

III. Résumé de la preuve

[35] Les faits essentiels du présent cas peuvent être résumés brièvement, en fonction de l'énoncé conjoint des faits, du recueil conjoint de documents présenté par les parties et du témoignage de la fonctionnaire. L'employeur n'a appelé aucun témoin.

[36] La fonctionnaire a commencé à travailler pour TPSGC en octobre 2008, à Calgary, en Alberta. Elle a travaillé à titre d'adjointe à l'approvisionnement à un poste classifié au groupe et au niveau CR-04.

[37] La fonctionnaire a pris une période combinée de congé de maternité et de congé parental non payés du 8 juillet 2013 au 6 juillet 2014. Pendant cette période, elle a touché les suppléments aux indemnités de maternité et parentales décrits précédemment dans la présente décision.

[38] Avant de prendre un congé non payé, en juin 2013, la fonctionnaire a signé à la fois un « Protocole d'entente et engagement concernant le congé de maternité » et un « Protocole d'entente et engagement concernant le congé parental ». Les paragraphes 2 et 4 du protocole d'entente concernant le congé de maternité se lisent comme suit :

[Traduction]

*2. Conformément aux clauses 38.02a)(iii)(A) et (B), je m'engage à retourner au travail pour l'employeur **le 7 juillet 2014**, à moins que cette date ne soit modifiée avec le consentement de l'employeur. À la suite de mon retour de mon congé de maternité non payé, je travaillerais une période égale à la période pendant laquelle j'ai reçu l'indemnité de maternité.*

[...]

4. Je reconnais les répercussions de la clause 38.02a) (iii) (C) de la convention collective si je ne retourne au travail comme il est stipulé ci-dessus.

[Le passage en évidence l'est dans l'original]

[39] Le protocole d'entente concernant le congé parental contient les déclarations équivalentes, sauf qu'elles renvoient aux clauses de l'article 40.

[40] La fonctionnaire a témoigné qu'elle avait signé les protocoles d'entente concernant le congé de maternité et le congé parental, mais que, selon ce qu'elle comprenait, « employeur » signifie la fonction publique fédérale ou le gouvernement du Canada. Elle a témoigné que les formulaires lui avaient été fournis et qu'elle les avait signés. Elle n'a ni obtenu ni demandé de conseil à son employeur ou à son syndicat avant de les signer.

[41] La fonctionnaire est retournée au travail à TPSGC dans son poste CR-04 le 7 juillet 2014.

[42] Le 2 septembre 2014, la fonctionnaire s'est vu offrir un poste à l'ONÉ, à compter du 14 octobre 2014. À TPSGC, elle avait été adjointe à l'approvisionnement. Le poste à l'ONÉ était celui d'agente d'approvisionnement, qui représentait à la fois un avancement de carrière et une augmentation de salaire.

[43] Après avoir présenté sa démission à TPSGC, la fonctionnaire a été informée qu'elle devrait rembourser une partie de ses indemnités de maternité et de congé parental d'un montant de 14 654,56 \$. Après en avoir pris connaissance, la fonctionnaire a discuté de la question avec l'ONÉ et TPSGC. L'ONÉ a accepté de reporter sa date de début, et la direction de TPSGC lui a permis d'annuler et de retarder sa démission.

[44] Le dernier jour de travail de la fonctionnaire à TPSGC était le 11 janvier 2015.

[45] En retardant son départ, la fonctionnaire a réduit le montant de l'indemnité qu'elle devait rembourser d'environ 5 000 \$, passant à 9 692,11 \$. Ce montant a été déduit de sa paye à l'ONÉ au taux de 197,80 \$ toutes les deux semaines. Il a fallu 49 périodes de paye pour que l'indemnité soit entièrement remboursée, et par conséquent, le remboursement a été achevé à la fin de décembre 2016.

[46] Je ferais remarquer que, dans le formulaire détaillant le trop-payé, le montant dû par la fonctionnaire était décrit comme un trop-payé lié à un [traduction] « [...] Supplément de l'indemnité de maternité et de l'indemnité parentale reçu pendant 52 semaines ». En d'autres termes, dans son avis de trop-payé en matière de rémunération, l'employeur n'a pas fait de distinction entre l'indemnité de congé de maternité et l'indemnité de congé parental.

[47] Toutefois, à l'audience, l'employeur a fait valoir une distinction entre les deux indemnités.

[48] Je prends note du fait qu'en travaillant pour TPSGC du 7 juillet 2014 au 11 janvier 2015, la fonctionnaire a travaillé pendant environ 27 semaines de la période de retour au travail requise. Cela a laissé environ 25 semaines de cette période qui n'a pas été travaillée. En fait, la fonctionnaire avait satisfait aux conditions de la disposition relative à son retour au travail concernant son indemnité de maternité, soit 17 semaines, et elle a travaillé 10 semaines de son retour au travail concernant son indemnité parentale. Le montant qu'elle devait rembourser était en fait égal à 25 semaines de son indemnité parentale.

[49] Le présent grief a été déposé le 20 novembre 2014. Il a allégué une violation de l'article 19, l'article de l'élimination de la discrimination de la convention collective. Le grief a cheminé dans la procédure interne de règlement des griefs. Je prends note de la présentation écrite du grief du syndicat au dernier palier, qui a été incluse dans le recueil conjoint de documents. Cette présentation portait sur l'article 38, soit le congé de maternité. Il a déclaré qu'à la suite d'une plainte relative aux droits de la personne d'une employée de l'ARC qui a accepté un poste au Conseil du Trésor, l'AFPC et le Conseil du Trésor avaient entrepris un processus consistant à conclure des « conventions transitoires » afin de permettre la mutation entre le Conseil du Trésor et des organismes distincts. Il a décrit le fait que l'ONÉ n'a pas été inclus dans la liste des organismes figurant à l'article 38 comme une « omission », étant donné que la convention collective entre l'ONÉ et l'IPFPC autorisait la transition.

[50] La réponse de l'employeur au dernier palier décrit le grief comme étant lié à la fois à l'indemnité de maternité et à l'indemnité parentale, et il a rejeté le grief. La réponse indique que l'employeur n'est pas en mesure d'agir en dehors des modalités de la convention collective.

[51] Le grief a été renvoyé à l'arbitrage le 9 février 2016, conformément à l'alinéa 209(1)a) de la *Loi*.

[52] Étant donné que son grief soulevait des questions concernant l'interprétation ou l'application de la *LCDP*, la fonctionnaire a donné un avis de la question à la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) aux termes du paragraphe 210(1) de la *Loi*. La CCDP a refusé de participer à ce processus.

[53] Le 28 juin 2021, la fonctionnaire a quitté l'ONÉ, maintenant le REC, et est retournée travailler à SPAC.

[54] Enfin, je tiens à prendre note du témoignage de la fonctionnaire au sujet des répercussions fiscales de son remboursement. Elle a témoigné que, lorsqu'elle a reçu les indemnités de maternité et les indemnités parentales en 2013 et en 2014, elle a payé des impôts sur le revenu sur ces indemnités. Son remboursement, qui totalisait 9 692,11 \$, était le montant brut des indemnités qu'elle avait gagnées. Elle a témoigné que, lorsqu'elle a tenté de modifier sa déclaration de revenus de 2014, l'ARC lui a demandé de fournir un feuillet T4 révisé pour 2014. À ce moment-là, il s'agissait de 2017, et elle a témoigné que TPSGC ne savait pas comment lui fournir un feuillet T4 révisé.

[55] Une lettre adressée à la fonctionnaire par un conseiller en rémunération de l'ONÉ, datée du 7 mars 2017, était incluse dans le recueil conjoint de documents, qui indiquait ce qui suit :

[Traduction]

[...]

**OBJET : REMBOURSEMENT DU SUPPLÉMENT DES INDEMNITÉS
DE MATERNITÉ**

[...]

Veillez accepter cette lettre en tant que reçu officiel pour le recouvrement de l'indemnité de maternité qui vous a été versée comme suit :

2014 - 5 142,80 \$

[...]

Ce montant brut de 5 142,80 \$ a été recouvré de la rémunération en 2016. Étant donné que nous avons récupéré le montant brut, plutôt que le montant net du trop-payé, vous pourriez avoir droit à un remboursement de l'impôt, du RPC et de l'Æ payés sur ces paiements.

Veillez fournir une copie de la présente lettre à l'Agence du revenu du Canada pour tout rajustement ou nouvelle cotisation de vos déclarations de revenus qui pourrait être nécessaire.

Veillez communiquer avec notre bureau si vous avez besoin de renseignements supplémentaires.

[...]

[56] La fonctionnaire a témoigné qu'elle avait fourni cette lettre à l'ARC, mais qu'elle lui avait dit qu'un feuillet T4 révisé était requis. Elle a témoigné que l'affaire n'est toujours pas réglée.

IV. Résumé de l'argumentation

A. Pour la fonctionnaire

[57] La fonctionnaire a soutenu que les dispositions relatives au retour au travail prévues dans les articles portant sur le congé de maternité et le congé parental de la convention collective en litige, dans la mesure où elles se rapportent à elle, violaient la clause d'élimination de la discrimination de cette convention collective, soit l'article 19, qui se lit comme suit :

19.01 Il n'y aura aucune discrimination, ingérence, restriction, coercition, harcèlement, intimidation, ni aucune mesure disciplinaire exercée ou appliquée à l'égard d'un employé-e du fait de son âge, sa race, ses croyances, sa couleur, son origine nationale ou ethnique, sa confession religieuse, son sexe, son orientation sexuelle, sa situation familiale, son incapacité mentale ou physique, son adhésion à l'Alliance ou son activité dans celle-ci, son état matrimonial ou une condamnation pour laquelle l'employé-e a été gracié.

[...]

19.01 There shall be no discrimination, interference, restriction, coercion, harassment, intimidation, or any disciplinary action exercised or practiced with respect to an employee by reason of age, race, creed, colour, national or ethnic origin, religious affiliation, sex, sexual orientation, family status, mental or physical disability, membership or activity in the Alliance, marital status or a conviction for which a pardon has been granted.

...

[58] La fonctionnaire n'a pas contesté que l'employeur avait appliqué correctement les articles 38 et 40. Aux termes de ces articles, elle était tenue de rembourser une partie de ses indemnités de maternité et indemnités parentales, ce qu'elle a fait.

[59] Toutefois, elle a soutenu que l'exigence de l'employeur de rembourser une partie de ses indemnités était erronée. Elle était une employée du gouvernement fédéral qui est tombée enceinte, puis a pris un congé de maternité et un congé parental. Elle a vu l'occasion de progresser dans sa carrière dans la fonction publique fédérale et a accepté le poste à l'ONÉ. Elle ne connaissait pas la distinction entre l'administration publique centrale et les organismes distincts. Selon elle, cette

distinction est le genre de chose que les avocats apprennent pendant un cours d'été en droit et elle n'était pas évidente lorsqu'elle a convenu d'accepter le poste à l'ONÉ.

[60] Tout le reste de sa transition à l'ONÉ était harmonieux : ses crédits de congé de maladie ont été transférés de TPSGC au nouvel employeur, ses crédits de congé annuel ont été transférés et ses autres avantages sociaux se sont poursuivis sans interruption. En fait, la transition vers l'ONÉ s'est faite de manière si harmonieuse que même sa dette envers l'État a été transférée. C'était l'ONÉ qui a déduit 197,80 \$ des chèques de paye qu'elle a reçus de celui-ci toutes les deux semaines.

[61] La fonctionnaire a reconnu que les indemnités de maternité et les indemnités parentales avaient été mises en place pour remédier à un désavantage historique auquel sont confrontés les femmes et les parents de jeunes enfants. Toutefois, les dispositions relatives au retour au travail de la convention collective en litige continuent de créer un obstacle pour ceux qui souhaitent faire progresser leur carrière ailleurs dans la fonction publique fédérale. Il s'agit là d'un obstacle auquel seules les femmes sont confrontées ou auquel les femmes sont confrontées de manière disproportionnée.

[62] La fonctionnaire a soutenu que la jurisprudence laisse entendre que la Commission devrait rechercher l'odeur subtile de la discrimination et que la situation à laquelle elle était confrontée sent mauvais.

[63] La fonctionnaire a axé ses arguments sur la décision de la Cour suprême du Canada (CSC) dans *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28. *Fraser* concernait un groupe de femmes de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) qui ont participé à un programme de partage de poste, mais qui se sont vu refuser la possibilité de racheter des droits à pension sur la même base que les employés à temps plein ou les employés qui ont pris un congé non payé. Les membres ont invoqué avec succès le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (adoptée en tant qu'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.); la « *Charte* ») pour obtenir les droits de rachat de droits à pension qu'ils avaient demandés.

[64] La fonctionnaire a soutenu que *Fraser* est la décision la plus récente et la meilleure sur la façon de trancher les allégations de discrimination; pour les décisions antérieures, voir *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, 1999 CanLII 652 (CSC) (« *Meiorin* »).

[65] La fonctionnaire a soutenu que *Fraser* affirme le principe selon lequel, dans les cas de discrimination, la Commission devrait appliquer une « analyse de l'effet préjudiciable » pour déterminer si la discrimination a eu lieu. Au paragraphe 30, la CSC a déclaré que « [l]a discrimination par suite d'un effet préjudiciable survient lorsqu'une loi en apparence neutre a une incidence disproportionnée sur des membres de groupes bénéficiant d'une protection contre la discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue [...] ». Au paragraphe 39, elle a qualifié ce type d'obstacle de discrimination systémique et, citant sa décision antérieure dans *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, 1985 CanLII 18 (CSC), elle a dit : « Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c'est une indication qu'elles sont peut-être discriminatoires. »

[66] La fonctionnaire a fait valoir que l'effet préjudiciable qu'elle avait subi était qu'elle n'avait pas été autorisée à s'acquitter de son obligation de retour au travail à l'ONÉ. Elle avait le choix de rembourser l'indemnité ou de renoncer à son avancement professionnel.

[67] Par extension, toute femme qui, avant de s'acquitter de son obligation en matière de retour au travail, est allée travailler dans un organisme autre que l'ARC, Parcs Canada ou l'ACIA a dû également rembourser la totalité ou une partie de ses indemnités de maternité et de ses indemnités parentales. La fonctionnaire a soutenu que les clauses constituent un obstacle au perfectionnement professionnel.

[68] La fonctionnaire a fait valoir qu'il n'est pas nécessaire que l'employeur ait l'**intention** de faire preuve de discrimination à l'égard des femmes; tout ce qui est nécessaire pour établir que la discrimination a eu lieu est de démontrer que l'obstacle en litige a créé des « obstacles intégrés » qui ont eu des répercussions disproportionnées sur un groupe protégé; voir *Fraser*, aux paragraphes 53 à 55.

[69] La fonctionnaire a soutenu que la Commission ne devrait pas exiger un seuil de preuve élevé selon lequel les dispositions relatives au remboursement touchent de façon disproportionnée les femmes; voir *Fraser*, aux paragraphes 99 à 104. Les données statistiques peuvent être utilisées; voir *Fraser*, aux paragraphes 58 et 59. Elle a cité, en tant qu'autorité, une étude de Statistique Canada qui démontre que plus de femmes prennent un congé parental par rapport aux hommes; voir Feng Hou, Rachel Margolis et Michael Haan, *Estimer l'utilisation des congés parentaux au Canada*

au moyen de données administratives, Statistique Canada, le 29 août 2017 (« *Estimer l'utilisation des congés parentaux* »). Elle a fait valoir que la Commission peut également tirer des conseils des conclusions de la CSC dans *Fraser* au sujet de la discrimination historique à laquelle les femmes sont confrontées en milieu de travail; voir aussi *Lavoie c. Conseil du Trésor du Canada*, 2008 TCDP 27, au par. 145, et *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219 à la p. 1237.

[70] La fonctionnaire a soutenu que l'objet d'une enquête sur les effets préjudiciables est de mettre l'accent sur la protection des groupes qui ont subi des désavantages; voir *Fraser*, aux paragraphes 70 à 77. Ce faisant, les tribunaux (et la Commission) devraient éviter le défaut de trop insister sur le choix personnel lorsqu'ils analysent les effets; voir *Fraser*, aux paragraphes 91 et 92. Par conséquent, le présent grief ne devrait pas être rejeté en raison du choix personnel de la fonctionnaire d'avoir un enfant ou de travailler à l'ONÉ.

[71] La fonctionnaire a également fait valoir que la CSC a donné une mise en garde contre l'utilisation abusive d'un groupe de comparaison étroit ou d'un groupe de comparaison « aux caractéristiques identiques » en tant que critère pour déterminer si une politique a un effet discriminatoire; voir *Fraser*, au par. 94.

[72] La fonctionnaire a fait valoir que la question dans le présent cas ne porte pas en soi sur la disposition relative au retour au travail. La structure essentielle du régime d'indemnités de maternité et d'indemnités parentales est justifiée : l'employeur accorde un congé non payé et fournit les suppléments. La disposition relative au retour au travail incite un retour au lieu de travail et constitue en fait une forme de congé accumulé de manière inversée. Elle a fait valoir que cela n'est pas discriminatoire. Toutefois, la question est que le congé de maternité et le congé parental sont traités différemment des autres formes de congé accumulé dans le contexte où un employé retourne au travail ailleurs dans la fonction publique, comme à l'ONÉ. Dans le cas de la fonctionnaire, ses congés de maladie et ses congés annuels ont été transférés sans heurts. Seules les dispositions relatives à son congé de maternité et à son congé parental concernant le retour au travail n'ont pas été transférées sans heurts. Elle a fait valoir qu'il s'agissait là d'un obstacle négatif auquel la fonctionnaire et d'autres femmes étaient confrontées en vertu de la convention collective en litige, et la Commission devrait la déclarer discriminatoire.

[73] Elle a fait valoir qu'une fois qu'il est établi que l'effet de la disposition est discriminatoire, l'employeur peut alors tenter de fournir une explication raisonnable et non discriminatoire à l'égard de la disposition, démontrer que la disposition est une exigence professionnelle justifiée ou démontrer qu'il subirait une contrainte excessive en éliminant l'obstacle. Toutefois, l'employeur n'a pas d'explication de ce genre, autre que le libellé de la convention collective a été librement négocié et qu'elle a fait un choix personnel.

[74] La fonctionnaire a soutenu que la Commission devrait déclarer discriminatoire l'obligation de rembourser ses indemnités de maternité et ses indemnités parentales en vertu de la convention collective. Elle a soutenu que la Commission peut conclure que les clauses sont discriminatoires et qu'il relève de la compétence de la Commission de [traduction] « lire les clauses », comme elle l'a dit. Elle a fait valoir qu'une forme non discriminatoire des clauses serait le libellé de la convention collective du groupe PA de 2021.

[75] La fonctionnaire a également soutenu qu'elle devrait recevoir des dommages de 20 000 \$ pour préjudice moral en vertu du paragraphe 53(2) de la *LCDP*. À l'appui de ces arguments, elle a cité : *Abreu c. Transports Fortuna*, 2020 TCDP 35; *Douglas c. Conseil du Trésor (Service correctionnel du Canada)*, 2020 CRTESPF 51; *Youmbi Eken c. Réseaux Netrium Inc.*, 2019 TCDP 44.

[76] En ce qui concerne une question sur les répercussions du retour au travail de la fonctionnaire à TPSGC en 2021, la fonctionnaire a soutenu que les clauses en litige ne précisent aucun délai pour s'acquitter de l'exigence de retour au travail. La fonctionnaire a servi son temps, et plus, et elle devrait être remboursée pour les indemnités qu'elle a été tenue de rembourser.

B. Pour l'employeur

[77] L'employeur a soutenu que la question dans le présent cas ne consiste pas à savoir si la convention collective est discriminatoire. La fonctionnaire a accepté les indemnités de maternité et les indemnités parentales selon les conditions prévues dans la convention collective. Elle n'a pas respecté l'engagement qu'elle a signé parce qu'elle a choisi de travailler pour un autre employeur. Il a soutenu qu'elle n'a pas établi une preuve *prima facie* selon laquelle elle a été victime de discrimination fondée sur son sexe.

[78] L'employeur a fait valoir que la fonctionnaire satisfaisait à l'exigence de retour au travail pour son indemnité de maternité, qui comprenait une période d'attente de deux semaines et le versement du supplément sur une période de 15 semaines. En retardant son départ de TPSGC, sa période totale de retour au travail a duré du 7 juillet 2014 au 11 janvier 2015. Cela signifie qu'elle a respecté son engagement de retour au travail concernant les indemnités de maternité, mais qu'elle n'a pas respecté l'engagement de retour au travail concernant son indemnité parentale. Selon l'employeur, cette distinction devrait influencer sur l'analyse de la Commission quant à savoir si la discrimination a eu lieu.

[79] L'employeur a soutenu que le critère de discrimination est bien établi. Pour établir une preuve *prima facie* de discrimination, les fonctionnaires s'estimant lésés doivent d'abord établir qu'ils possèdent une caractéristique protégée de la discrimination, qu'ils ont subi un effet préjudiciable et que la caractéristique protégée a été un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable. S'ils s'acquittent de ce fardeau, l'employeur doit fournir une explication non discriminatoire ou invoquer une exception prévue par la loi pour justifier la conduite ou la pratique; voir *Bassett c. Conseil du Trésor (Service correctionnel du Canada)*, 2017 CRTEFP 60, aux paragraphes 56 à 59, et *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61 (« *Moore* »), au par. 33.

[80] L'employeur a convenu que la fonctionnaire avait établi qu'elle possédait une caractéristique protégée de la discrimination (elle est une femme) et qu'elle avait subi un effet préjudiciable (elle a dû rembourser une partie de son indemnité parentale). Toutefois, il a soutenu que la fonctionnaire n'avait pas fourni d'éléments de preuve tangibles qu'il y avait eu des répercussions négatives sur son perfectionnement professionnel ou que la disposition en litige avait pour effet d'empêcher les femmes de demander des promotions. Ces éléments de preuve seraient nécessaires avant que la Commission puisse conclure à l'existence d'un effet préjudiciable; voir *Canada (Procureur général) c. Bodnar*, 2017 CAF 171, au par. 26, et *Eady c. Conseil du Trésor (Service correctionnel du Canada)*, 2019 CRTESPF 71, aux paragraphes 107 et 108.

[81] Plus important encore, l'employeur a soutenu que la fonctionnaire n'avait pas établi la troisième partie du critère *prima facie* parce qu'il n'existe aucun lien entre son sexe et l'effet préjudiciable. La CSC a souligné qu'il doit exister un lien entre la caractéristique protégée et l'effet préjudiciable; voir *Moore*, au par. 33; *Québec*

(*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*) c. *Bombardier Inc.* (*Bombardier Aéronautique Centre de formation*), 2015 CSC 39, au par. 52; *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 CSC 30 (« *Elk Valley* »), au par. 69.

[82] La distinction établie dans la convention collective, entre ceux qui satisfont aux conditions de retour au travail et ceux qui n'y satisfont pas, est fondée sur l'employeur pour lequel l'employé travaille. L'employeur a soutenu que cela n'a aucun lien avec un motif protégé. Le sexe de la fonctionnaire ne constituait pas un facteur contributif à sa décision de travailler pour l'ONÉ. Le fait qu'elle est une femme ne suffit pas; il affirme qu'il doit jouer un rôle dans la création de l'effet préjudiciable.

[83] L'employeur a fait valoir que la Commission devrait suivre les principes adoptés par le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique (TDPCB) dans un cas qui concernait l'exigence de retour au travail après une période de congé de maternité au cours de laquelle un supplément avait été touché; voir *Singh v. BC Hydro*, 2011 BCHRT 200, aux paragraphes 50 à 54. Dans ce cas, le TDPCB a conclu ce qui suit, au paragraphe 53 :

[Traduction]

[53] [...] *La nature de la relation de travail ne fonde pas une plainte en vertu du [Human Rights Code de la Colombie-Britannique], qu'elle soit considérée comme permanente ou temporaire, ou sur la base d'un engagement futur envers l'emploi. Il ne semble exister un lien entre le refus de prestations de maternité (supplément) dans le présent cas et les motifs de sexe ou de situation de famille.*

[84] L'employeur a fait valoir que, lorsqu'ils cherchent des éléments de preuve de discrimination, les tribunaux font souvent une comparaison entre le fonctionnaire s'estimant lésé ou le plaignant et un autre groupe qui ne partage pas la caractéristique protégée du fonctionnaire s'estimant lésé ou du plaignant; voir *Association des juristes de justice c. Conseil du Trésor*, 2012 CRTFP 32 (« *Association des juristes de justice* »), aux paragraphes 44 à 46, et *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, 1996 CanLII 187 (CSC), (« *Battlefords* »), aux paragraphes 21, 34 et 43 à 46.

[85] L'employeur a affirmé que deux comparaisons sont pertinentes dans le présent cas.

[86] Tout comme le congé de maternité, le congé parental exige également un retour au travail après la réception d'une indemnité parentale. L'obligation de retour au travail doit être remplie en fonction de la même liste d'employeurs que celle prévue à la clause de l'indemnité de maternité.

[87] L'employeur a soutenu que la distinction qu'il a faite entre l'indemnité de maternité de la fonctionnaire et les exigences relatives à l'indemnité parentale est importante parce que les hommes et les femmes ont le droit de toucher l'indemnité parentale. L'employeur a affirmé que la fonctionnaire n'a pas établi que l'indemnité parentale est reçue surtout par des femmes. Le document *Estimer l'utilisation des congés parentaux* cité par la fonctionnaire n'a pas été déposé en preuve, mais a été fourni uniquement à titre d'autorité. Le document porte sur les prestations d'assurance-emploi en général, et non sur l'utilisation de l'indemnité parentale dans la fonction publique fédérale ou en vertu de la convention collective. L'employeur a déclaré que la Commission ne dispose pas des éléments de preuve nécessaires pour conclure que l'indemnité parentale est reçue surtout par les femmes.

[88] Un autre type de congé qui exige un retour au travail est le congé d'études non payé, qui est prévu à l'article 49. Cet article confère à l'employeur le pouvoir discrétionnaire d'approuver un congé d'études non payé et une indemnité d'études pouvant atteindre 100 % du salaire d'un employé. À titre de condition, l'article exige que l'employé retourne au service de l'employeur pour une période au moins égale à la période de congé accordée. Aucun organisme distinct n'est énuméré dans cette clause comme admissible à l'exécution de cette obligation de retour au travail. Les employés qui ne satisfont pas à l'exigence peuvent être tenus de rembourser la totalité ou une partie de l'indemnité d'études qui leur a été versée.

[89] Tous les employés peuvent demander un congé d'études et doivent s'engager à retourner au travail. L'employeur a soutenu que les femmes qui prennent un congé de maternité ne sont pas traitées différemment.

[90] L'employeur a fait valoir que, dans *Fraser*, la CSC n'a pas entièrement rejeté l'exigence qu'il existe un lien entre la caractéristique protégée et l'effet préjudiciable. Au paragraphe 38, la CSC a souligné qu'un effet préjudiciable doit avoir lieu en raison de la caractéristique protégée pour qu'elle soit jugée discriminatoire. Au paragraphe 41, la CSC a expliqué que les distinctions et les différenciations ne sont pas

toutes discriminatoires. Dans *Fraser*, les plaignants ont fourni des éléments de preuve selon lesquels ce sont les femmes qui participaient surtout au programme de partage de poste; voir les paragraphes 57 et 97. Ces éléments de preuve n'ont pas été fournis dans le présent cas.

[91] L'employeur a soutenu qu'il est important de choisir le groupe de comparaison approprié. Dans *Battlefords*, la CSC a fait une comparaison entre les employés qui ont eu accès à l'assurance-invalidité pour des raisons de santé mentale et ceux qui ont eu accès à l'assurance-invalidité pour d'autres raisons. Étant donné que le régime d'invalidité en litige offrait un avantage moindre aux personnes ayant une déficience mentale, elle a conclu que le régime était discriminatoire à l'égard des personnes ayant une telle déficience. Selon le principe, lorsqu'une prestation est accordée, un employeur ne peut pas la verser de façon discriminatoire; voir également *Renfrew County and District Health Unit v. Ontario Nurses' Association*, 2013 CanLII 51843 (ON LA) (« *Renfrew Nurses* »), aux paragraphes 13 à 18.

[92] Toutefois, la comparaison qui devrait être faite dans le présent cas est entre les femmes qui prennent un congé de maternité et d'autres employés qui bénéficient d'une indemnité pendant un congé non payé : soit le congé parental et le congé d'études, selon l'employeur. Il a fait valoir que les limitations qui sont imposées à l'indemnité de maternité (précisant les cas où l'exigence de retour au travail doit être satisfaite) ne sont pas liées à une caractéristique protégée et ne constituent donc pas une discrimination.

[93] L'employeur a soutenu que l'indemnité de maternité et l'indemnité parentale ne devraient pas être comparées au traitement des congés de maladie et des congés annuels dans le cadre d'une mutation à un organisme distinct. Les congés de maladie et les congés annuels sont des crédits acquis qui sont utilisés ultérieurement. Ce n'est pas la façon dont fonctionnent le congé de maternité et le congé parental, ainsi que les indemnités connexes. De plus, le transfert de crédits de congé annuel n'est pas automatique; les parties ont convenu d'une clause particulière dans la convention collective (clause 34.16) pour donner à un employé muté à un employeur figurant à l'annexe V de la *LGFP* le choix de ne pas recevoir ses crédits de congé annuel inutilisés, à condition que l'organisme de nomination accepte ces prestations.

[94] Si la Commission conclut que la fonctionnaire a établi un lien entre son sexe et l'effet préjudiciable qu'elle a subi, l'employeur a une explication raisonnable et non discriminatoire : le libellé clair de la convention collective; voir *Li v.*

Sihota, 2014 BCHRT 70, au par. 15. L'employeur ne peut pas choisir à son gré d'appliquer la convention collective ou de ne pas l'appliquer à un fonctionnaire s'estimant lésé en particulier; voir *Guertin c. Conseil du Trésor (Anciens Combattants Canada)*, dossier de la CRTFP 166-2-18256 (19890710), au par. 4.

[95] La convention collective a été négociée entre l'employeur et l'AFPC pour les employés de l'unité de négociation particulière (PA); voir la *Loi*, à l'article 111. Les organismes distincts concluent leurs propres conventions collectives; voir la *Loi*, à l'article 112. Il y a des différences dans les avantages sociaux dans l'ensemble de la fonction publique en raison des négociations qui ont lieu entre des parties distinctes. L'employeur a soutenu que cela n'est pas discriminatoire.

[96] La limitation dans la clause en litige exigeait que les employés retournent au travail auprès de l'employeur ou de l'un des trois organismes distincts. Lorsque le grief a été déposé, l'annexe V de la *LGFP* comprenait 22 organismes distincts en plus de l'ARC, de Parcs Canada et de l'ACIA. L'employeur a fait valoir que les dispositions relatives au congé de maternité constituent un avantage pécuniaire libellé de manière précise et négocié par les parties à la convention collective et ne font aucune distinction fondée sur le sexe. La Commission doit appliquer le libellé clair de la convention collective; voir *Chafe c. Conseil du Trésor (ministère des Pêches et des Océans)*, 2010 CRTFP 112, aux paragraphes 50 et 51, et *Forbes c. Conseil du Trésor (Service correctionnel du Canada)*, 2021 CRTESPF 110, aux paragraphes 58, 59 et 67.

[97] L'employeur a fait valoir que la Commission a reconnu les dispositions diverses des conventions collectives fédérales régissant l'indemnité de maternité et l'indemnité parentale; voir *Zimmermann c. Conseil du Trésor (ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2008 CRTFP 87. Les employés choisissent d'accepter une indemnité de maternité ou une indemnité parentale et ils choisissent l'endroit où travailler; l'employeur a simplement appliqué la clause telle qu'elle a été négociée.

[98] Si la Commission ne souscrit pas aux arguments de l'employeur, l'employeur souligne que le trop-payé en litige ne se rapporte qu'à l'indemnité parentale. Dans ce cas particulier, l'employeur a éliminé l'effet préjudiciable sur la fonctionnaire du fait

d'être tenue de rembourser une partie de son indemnité de maternité en lui permettant de demeurer une employée jusqu'au 11 janvier 2015. Cela n'a laissé qu'une partie de son indemnité parentale qui devait être remboursée.

[99] L'employeur a soutenu que la fonctionnaire n'a pas établi qu'elle avait subi un préjudice moral qui justifierait une demande de dommages de 20 000 \$ en vertu de la *LCDP*. Il lui a permis de retarder sa démission et a accepté une très longue période de remboursement. Elle n'a pas fourni les éléments de preuve nécessaires d'un professionnel de la santé; voir *Nadeau c. Administrateur général (Service correctionnel du Canada)*, 2014 CRTFP 82, au par. 304 (confirmé dans 2015 CF 1287). Les dommages qu'elle demande devraient être réservés pour les cas les plus flagrants; voir *Abreu*, au par. 111.

[100] L'employeur a fait valoir que, si la Commission accorde des dommages à la fonctionnaire et exige que l'employeur rembourse à la fonctionnaire le reste de son supplément, l'AFPC devrait être tenue solidairement responsable. Il affirme que l'article 10 de la *LCDP* s'applique également aux syndicats et les syndicats ont été jugés solidairement responsables du libellé discriminatoire d'une convention collective; voir *Office régional de la santé du Nord c. Horrocks*, 2021 CSC 42, au par. 37, et *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, 1992 CanLII 81 (CSC).

[101] Lorsqu'il a été interrogé concernant l'incidence du retour de la fonctionnaire à TPSGC en 2021, l'employeur a soutenu que l'exigence prévue à la clause relative au congé de maternité était qu'elle [traduction] « (A) [...] retourne au travail à la date à laquelle son congé de maternité prend fin [...] » et travaille ensuite la période requise. Par conséquent, la période de retour au travail devait être accomplie immédiatement après son retour. La fonctionnaire n'a présenté aucun argument qui étayerait un argument selon lequel son retour à SPAC des années plus tard satisferait à l'exigence.

[102] En ce qui concerne la proposition de la fonctionnaire selon laquelle la Commission pourrait lire le libellé de la convention collective de manière à refléter celui de la convention collective du groupe PA de 2021, l'employeur a soutenu que l'article 229 de la *Loi* empêche la Commission de modifier la convention collective.

C. Réfutation de la fonctionnaire

[103] La fonctionnaire a soutenu que la décision rendue par le TDPCB dans *Singh* pouvait être distinguée parce que la plaignante, dans ce cas, était une employée nommée pour une période déterminée dont le mandat a pris fin avant qu'elle ne puisse satisfaire à son obligation de retour au travail. Dans le présent grief, le fonctionnaire a travaillé la période de retour au travail, quoiqu'à l'ONÉ.

[104] Le fonctionnaire a fait valoir que la décision de l'arbitre dans *Renfrew Nurses* peut être distinguée parce que ce cas portait sur la discrimination fondée sur l'invalidité. La question de savoir si le syndicat, dans ce cas, a invoqué la discrimination fondée sur le sexe ou des arguments concernant le contexte social plus large qui touche les femmes qui deviennent parents n'est pas claire.

[105] En ce qui concerne la décision de la Commission dans *Zimmerman*, la fonctionnaire a soutenu qu'il ne s'agissait pas d'un cas comparable parce qu'il n'y avait aucune allégation de discrimination.

[106] Enfin, la fonctionnaire a soutenu qu'aucun des cas cités par l'employeur n'applique une analyse de l'effet préjudiciable comme l'a fait la CSC dans *Fraser* ou *Meiorin*. Par conséquent, l'employeur demande à la Commission d'adopter la mauvaise approche pour trancher le présent grief. Tout en reconnaissant que les différentes conventions collectives peuvent avoir des dispositions différentes, selon le contexte, une analyse de l'effet préjudiciable nécessite de regarder au-delà de ce qui semble être neutre, à première vue. *Fraser* affirme qu'il faut regarder au-delà et, dans le contexte de l'acceptation qu'un groupe a subi des désavantages historiques, déterminer si, en fait, la disposition en question n'est pas aussi neutre qu'elle ne le semble.

V. Motifs

[107] Afin de bien définir mes motifs de décision, j'estime qu'il est important de commencer par reconnaître que l'ensemble du régime de congé de maternité et de congé parental et des indemnités connexes constitue une mesure positive visant à remédier à la discrimination historique dans le milieu de travail à laquelle sont confrontées les femmes qui sont des parents de jeunes enfants. Cette discrimination historique est bien reconnue par la CSC dans les premiers paragraphes de *Fraser*.

[108] Les dispositions relatives au congé de maternité et au congé parental permettent aux employés de prendre congé de leur poste pour s'occuper d'enfants nés ou adoptés. S'il s'agit d'employés nommés pour une période indéterminée, cela signifie qu'ils peuvent reprendre leur emploi. Les périodes de congé de maternité et de congé parental sont incluses dans le calcul de l'emploi continu aux fins de l'indemnité de départ et de « service » aux fins du calcul du congé annuel; voir les clauses 38.01g) et 40.01g) de la convention collective en litige.

[109] Plus important encore, le régime d'indemnités de maternité et d'indemnités parentales signifie que les employées qui sont enceintes ou les employés qui deviennent parents peuvent continuer de toucher la grande partie de leur revenu (93 %) pendant leur congé non payé. Le supplément versé par l'employeur est un avantage important pour les employés qui peuvent en profiter.

[110] Je reconnais, par souci de simple bon sens et d'argumentation, que, sans le supplément, de nombreuses mères et d'autres parents n'auraient pas les moyens de vivre uniquement à l'aide des prestations d'assurance-emploi pendant un an. Les indemnités permettent à de nombreux parents, pendant la première année de vie de leur enfant, d'avoir la possibilité d'offrir à leur enfant des soins directs et à temps plein, ce qu'ils n'auraient pas autrement. Cela offre de nombreux avantages tant aux enfants qu'à leurs parents.

[111] En résumé, le régime qui prévoit le congé de maternité et le congé parental et les indemnités connexes vise à améliorer toute une série d'obstacles professionnels, économiques et sociaux auxquels seraient confrontés par ailleurs les mères et d'autres parents de jeunes enfants.

[112] Les parties ont convenu très clairement que ce régime d'indemnités était assorti d'un prix : les dispositions relatives au retour au travail qui sont intégrées dans la convention collective. Pour chaque semaine d'indemnités reçues, l'employée doit retourner au travail pour une période équivalente. Si des indemnités combinées de 52 semaines sont reçues, l'employée doit retourner au travail pour 52 semaines. Dans le cas contraire, elle est tenue de rembourser les indemnités, proportionnellement à la durée de la période non travaillée.

[113] La fonctionnaire – et je tiens à souligner que son syndicat la représente – a soutenu que les exigences de retour au travail en soi sont légitimes. Elles ont été

négoziées en vue d'encourager le retour au travail et le maintien en poste des employés qui profitent des indemnités de maternité et des indemnités parentales. Selon eux, l'obligation de retour au travail n'est pas discriminatoire en soi. Si une employée choisit de démissionner et de ne pas retourner au travail, elle doit rembourser les indemnités qu'elle a reçues. C'est le prix, ou l'avantage obtenu en contrepartie d'avoir touché ce supplément.

[114] De même, la fonctionnaire et son syndicat ne contestent pas le fait que, si une employée choisit de quitter la fonction publique et de travailler ailleurs pendant sa période de retour au travail, par exemple auprès d'une entreprise du secteur privé, elle est tenue de rembourser la partie appropriée de ses indemnités de maternité et indemnités parentales. Le fait qu'elle doit le faire n'est pas discriminatoire.

[115] La question concernant les droits de la personne soulevée par le présent grief consiste à savoir s'il est discriminatoire dans la convention collective de prévoir qu'une employée ne doit satisfaire à son obligation de retour au travail qu'auprès du Conseil du Trésor, de l'ARC, de Parcs Canada ou de l'ACIA, excluant ainsi le travail effectué pour d'autres organismes distincts, comme l'ONÉ-REC.

[116] Selon l'allégation de la fonctionnaire, les articles 38 et 40 violent l'article de la convention collective de l'élimination de la discrimination parce que les dispositions sur le retour au travail sont limitées au Conseil du Trésor et à ces trois organismes. La fonctionnaire et son syndicat font valoir que, pour remédier à cette discrimination, la Commission devrait permettre de satisfaire à la disposition relative au retour au travail auprès de tout organisme distinct mentionné à l'annexe V de la *LGFP*.

[117] En évaluant les arguments des parties, je tiens à régler quelques questions.

[118] En premier lieu, l'employeur a souligné qu'il fallait faire une distinction importante entre le fait que la fonctionnaire devait rembourser son indemnité de maternité ou son indemnité parentale. Techniquement, dans ce cas, je conviens qu'il s'agissait de la dernière. Après que la fonctionnaire est retournée au travail à TPSGC le 7 juillet 2014, elle a travaillé pendant environ 27 semaines avant de commencer à travailler à l'ONÉ. Par conséquent, elle a satisfait à l'exigence de 17 semaines de retour au travail associée à son indemnité de maternité et à environ 10 semaines des exigences de retour au travail associées à son indemnité parentale. Par déduction, le montant qu'elle devait rembourser s'élevait à environ 25 semaines de son indemnité

parentale. Je fais également remarquer que la fonctionnaire a signé des ententes de retour au travail distinctes relativement à ses indemnités de maternité et à ses indemnités parentales.

[119] Toutefois, pour le reste des éléments de preuve dont je dispose, les obligations en matière de retour au travail concernant l'indemnité de maternité et l'indemnité parentale ont été traitées comme un tout intégré. En premier lieu, la lettre offrant à la fonctionnaire la possibilité de recevoir une avance de trois semaines au titre de l'indemnité décrivait cette dernière comme une avance sur ses [traduction] « prestations d'indemnité de maternité et d'indemnité parentale ». En deuxième lieu, compte tenu de sa date de départ initiale du 14 octobre 2014, la fonctionnaire n'aurait pas rempli l'intégralité de son obligation de retour au travail concernant son indemnité de maternité. Son calcul initial du trop-payé était d'environ 14 000 \$. Cela comprenait les deux indemnités; je n'ai trouvé aucun élément de preuve qu'une distinction a été faite entre la partie maternité et la partie parentale. En troisième lieu, la demande révisée du trop-payé de l'employeur, préparée le 29 décembre 2014 et fondée sur la date de départ du 12 janvier 2015, indiquait que la fonctionnaire avait touché un trop-payé pour ses indemnités de maternité et ses indemnités parentales. Enfin, la réponse de l'employeur au dernier palier de la procédure de règlement des griefs ne faisait aucune distinction entre le congé de maternité et le congé parental et les indemnités connexes.

[120] La fonctionnaire a clairement pris les deux congés comme un ensemble intégré. Je ne pense pas que la décision devrait porter sur une distinction entre quelle indemnité elle a remboursée.

[121] En deuxième lieu, je n'estime pas que la présente décision devrait être réglée au motif que la fonctionnaire n'a pas établi que le congé parental prévu dans la convention collective est pris surtout par des femmes, comme l'a soutenu l'employeur. Il a fait valoir que le document *Estimer l'utilisation des congés parentaux* cité par la fonctionnaire, qui démontre que les femmes utilisent surtout les prestations d'assurance-emploi pour le congé parental, ne devrait pas être considérées comme représentant les tendances d'utilisation des indemnités parentales au sein du Conseil du Trésor ou, plus précisément, du groupe PA. Il a soutenu que les éléments de preuve ne correspondaient pas à ce que la CSC a invoqué dans *Fraser*, aux paragraphes 57 et 97.

[122] Je suis d'accord avec l'employeur pour dire que les éléments de preuve que la fonctionnaire a fournis étaient moins précis que ce que la CSC semble avoir invoqué dans *Fraser*. Cela dit, rien n'empêchait l'employeur de fournir des données plus précises sur l'utilisation de l'indemnité parentale, s'il le souhaitait. C'est lui, et non le syndicat, qui aurait accès à ces données. Je ne suis pas convaincu du fait que l'employeur avait des raisons de croire que le présent grief ne concernait que l'indemnité de maternité et qu'il n'était donc pas préparé à produire de telles données. Compte tenu du contenu de sa réponse au dernier palier du ministère et de ses arguments clairs selon lesquels la fonctionnaire n'était tenue de rembourser qu'une partie de son indemnité parentale, il savait que l'utilisation de l'indemnité parentale constituait une question.

[123] En résumé, je ne suis pas disposé à rejeter le présent grief parce que la fonctionnaire n'a pas réussi à établir de manière convaincante que les indemnités parentales sont surtout utilisées par des femmes et, par conséquent, les femmes sont surtout confrontées à l'effet préjudiciable du fait d'avoir à rembourser l'indemnité si elles ne satisfont pas à leur obligation de retour au travail. Il n'y a aucune raison de présumer que les taux d'utilisation de l'indemnité parentale dans la fonction publique fédérale ou le groupe PA diffèrent sensiblement des taux d'utilisation des prestations parentales de l'assurance-emploi en général au Canada. Il y a suffisamment d'éléments de preuve dans le présent cas pour conclure qu'au moins pour des raisons d'argumentation, surtout les femmes utilisent les dispositions de l'article 40 et qu'elles le font souvent en combinaison avec les dispositions relatives au congé de maternité de l'article 38. Plusieurs formulaires de l'employeur indiquent cette combinaison. Je prends également note de la reconnaissance que la CSC a acceptée dans *Fraser* et *Brooks* selon laquelle les femmes assument les principales responsabilités en matière d'éducation des enfants dans la société canadienne et des conclusions du Tribunal canadien des droits de la personne dans *Lavoie*, toutes citées par la fonctionnaire dans ses arguments.

[124] Je fais remarquer en passant que, dans la présente décision, je n'ai pas abordé la distinction qui est de plus en plus faite en ce qui concerne l'utilisation du congé de maternité et des indemnités par les « femmes » par rapport aux « employées enceintes ». Je tiens à reconnaître qu'il y a des employées enceintes qui ne s'identifient pas comme des femmes et qui n'acceptent pas les pronoms féminins utilisés à l'article 38 ou les pronoms binaires masculins et féminins utilisés à l'article 40.

Toutefois, je continuerai dans la présente décision de me fier au libellé de la convention collective et au langage utilisé par les deux parties dans leurs arguments dont je dispose, et je laisserai cette question pour un autre jour.

[125] J'en viens maintenant à ce qui, à mon avis, est la question clé dans le règlement du présent grief, à savoir que les parties ont présenté des arguments très différents sur la question de savoir si les dispositions de la convention collective relatives à l'indemnité de maternité et à l'indemnité parentale constituent une discrimination.

[126] Comme cela a été clairement démontré dans la section précédente, la fonctionnaire et son syndicat ont soutenu qu'à la suite de la décision rendue par la CSC dans *Fraser*, la Commission devrait adopter une analyse des effets préjudiciables pour trancher le présent grief. Ce sont les femmes, ou surtout les femmes, qui sont confrontées à l'effet préjudiciable du fait de devoir rembourser leur supplément de l'indemnité de maternité ou de l'indemnité parentale si elles travaillent dans un organisme distinct avant de s'acquitter de leur obligation de retour au travail. La fonctionnaire a fait valoir que cela suffit pour établir une preuve *prima facie* de discrimination, exigeant ainsi que l'employeur fournisse une raison légitime pour justifier le traitement discriminatoire.

[127] En revanche, l'employeur a soutenu que, pour établir une preuve *prima facie* de discrimination, la fonctionnaire devait établir un lien, ou une relation causale, entre sa caractéristique protégée (son sexe) et l'effet préjudiciable qu'elle a subi (elle devait rembourser une partie de son indemnité parentale). En particulier, il a invoqué la formulation de la CSC dans *Moore*, au par. 33, qui se lit comme suit :

[33] Comme l'a à juste titre reconnu le Tribunal, pour établir à première vue l'existence de discrimination, les plaignants doivent démontrer qu'ils possèdent une caractéristique protégée par le Code contre la discrimination, qu'ils ont subi un effet préjudiciable relativement au service concerné et que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable. Une fois la discrimination établie à première vue, l'intimé a alors le fardeau de justifier la conduite ou la pratique suivant le régime d'exemptions prévu par les lois sur les droits de la personne. Si la conduite ou pratique ne peut être justifiée, le tribunal conclura à l'existence de la discrimination.

[128] Il a également invoqué une série d'autres cas de discrimination, dont *Bassett*, *Bodnar*, *Eady*, *Association des juristes de justice*, *Battlefords*, *Renfrew Nurses*, *Elk Valley* et *Singh*, qui ont adopté cette approche.

[129] Outre ses arguments en matière de preuve, que j'ai déjà traités, l'employeur a soutenu qu'il n'existe aucun lien causal ou lien parce que la distinction créée dans la convention collective est fondée sur le lieu de travail de l'employé. Le lieu où travaille un employé ne constitue pas un motif protégé. Dans le présent cas, la fonctionnaire a choisi de travailler pour un employeur qui n'est pas mentionné dans la clause de retour au travail; c'est la raison pour laquelle elle a dû rembourser une partie de son indemnité. Son sexe ne constituait pas un facteur.

[130] Selon l'argument de la fonctionnaire en réplique, aucune des décisions citées par l'employeur n'utilise l'analyse de l'effet préjudiciable adoptée par la CSC dans *Fraser* ou *Meiorin*. L'employeur demande à la Commission de s'appuyer sur le choix personnel de la fonctionnaire ou sur l'utilisation d'un groupe de comparaison restreint, qui sont des outils d'analyse que la CSC a rejetés dans *Fraser*.

[131] Selon une lecture attentive de *Fraser*, un débat sur l'analyse appropriée d'une allégation de discrimination fondée sur l'effet préjudiciable est clairement évident. *Fraser* n'était pas une décision unanime de la CSC. Les motifs de la majorité, convenus par six juges, figurent aux paragraphes 1 à 139. Ces motifs ont été fournis par la juge Abella. Les juges Brown et Rowe ont exprimé leur dissidence aux paragraphes 140 à 230. Une deuxième dissidence, soit celle du juge Côté, figure aux paragraphes 231 à 256.

[132] Les juges Brown et Rowe ont estimé que la décision majoritaire rendue dans *Fraser* allait trop loin dans la promotion de l'égalité réelle, imposant essentiellement ses préférences en matière de politiques d'une manière qui ne relève pas de la compétence institutionnelle des tribunaux. Leur dissidence reposait également sur l'argument selon lequel un demandeur devait établir un lien de causalité entre la loi et l'effet préjudiciable. Ils ont estimé qu'une distinction devait être faite dans le traitement qui est fondée sur le motif protégé (au paragraphe 171), que la recherche d'un effet préjudiciable doit être une recherche de lien de causalité, c'est-à-dire que le comportement de l'État contribue à l'effet préjudiciable (au paragraphe 175), que la corrélation n'est pas la même que le lien de causalité (au paragraphe 180), et que le

lien de causalité entre la loi et le désavantage doit être clairement démontré (paragraphe 181).

[133] Le juge Côté s'est concentré sur l'absence d'un « lien » établi dans la décision majoritaire, affirmant que cela « [...] réduit vraisemblablement l'analyse conduite à la première étape à une simple recherche d'un effet disproportionné démontré par des disparités statistiques [...] » (au paragraphe 243). Le juge a également déclaré qu'« [il] faut établir l'existence d'un lien entre les dispositions contestées et l'effet disproportionné » pour conclure à l'existence d'une discrimination (au paragraphe 248).

[134] La juge Abella, qui a écrit pour la majorité dans *Fraser*, a clairement rejeté ces opinions dissidentes aux paragraphes 131 à 136.

[135] La fonctionnaire et son syndicat ont soutenu que *Fraser* modifie de façon importante le critère de la discrimination et que les arguments et la jurisprudence invoqués par l'employeur ne tiennent pas compte de la décision de la CSC. L'ampleur des débats des juges, comme en témoignent les dissidences, indique que *Fraser* signale certaines considérations importantes, notamment en ce qui concerne l'analyse des allégations de discrimination indirecte et le niveau de preuve requis pour établir qu'un motif protégé constituait un facteur de la création d'un effet préjudiciable.

[136] Je suis d'accord pour dire que *Fraser* fournit beaucoup de conseils qui étayent les arguments de la fonctionnaire. J'ai accepté le fait que les femmes ou surtout les femmes utilisent les prestations de maternité et les prestations parentales. Elles sont confrontées à l'obligation de retourner au travail auprès de l'employeur, de l'ARC, de Parcs Canada ou de l'ACIA, et, par conséquent, elles sont confrontées à des « obstacles » si elles souhaitent poursuivre leur carrière dans l'un des autres organismes distincts qui ne figure pas dans la convention collective. Selon *Fraser*, de tels vents contraires peuvent indiquer qu'un groupe peut être victime de discrimination; voir les paragraphes 33, 47 et 53.

[137] Si l'on compare l'expérience de la fonctionnaire à celle d'une employée qui est mutée à un organisme distinct comme l'ONÉ et qui n'est **pas** en période de retour au travail, il est facile de croire qu'elle a été confrontée à un obstacle.

[138] Toutefois, une lecture attentive de *Fraser* indique qu'il faut plus que de simples obstacles pour établir que la discrimination se produit effectivement.

[139] Je ne crois pas que la décision majoritaire rendue dans *Fraser* modifie le critère de base de la discrimination énoncé au paragraphe 33 de *Moore*. Aux fins du présent cas, cela peut être résumé comme suit : la fonctionnaire doit en fin de compte établir : 1) qu'elle possède une caractéristique protégée contre la discrimination; 2) qu'elle a subi un effet préjudiciable; 3) que la caractéristique protégée a été un facteur de l'effet préjudiciable.

[140] En fin de compte, il s'agit d'un cas d'interprétation et d'application de la convention collective et d'une allégation de discrimination, et non d'une allégation en vertu du paragraphe 15(1) de la *Charte*. Pour trancher un grief, la Commission peut interpréter et appliquer la *LCDP* (voir l'alinéa 226(2)a) de la *Loi*) et dans une allégation de discrimination en vertu de la *LCDP*, le critère de *Moore* s'applique en général (voir par exemple, *Davidson c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 226, au par. 54). Même s'il ne s'agit pas d'un cas relevant de la *Charte*, la jurisprudence en vertu du paragraphe 15(1) de la *Charte* peut contribuer à examiner la question de discrimination (voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143, aux p. 175 et 176).

[141] Dans le présent cas, les deux premiers critères permettant d'établir la preuve *prima facie* de discrimination ne sont pas en litige. Le sexe est un motif de distinction illicite. La fonctionnaire a subi un effet préjudiciable sous la forme du remboursement d'une partie de son indemnité. Le litige repose sur le troisième critère : le sexe a-t-il été un facteur de l'effet préjudiciable?

[142] Dans son ensemble, *Fraser* peut indiquer un débat à la CSC sur ce qu'il faut faire pour établir si le sexe a été un **facteur** dans l'effet préjudiciable, mais il ne déroge pas de l'exigence selon laquelle une caractéristique protégée doit être considérée comme un facteur. En d'autres termes, le concept de discrimination doit encore reposer sur une forme de traitement différent fondé sur un motif protégé.

[143] Lorsque la juge Abella a rejeté les dissidences de ses trois collègues, elle a toujours reconnu que le concept de discrimination est fondé sur un traitement différentiel. Voici ce qu'elle dit au paragraphe 136 :

[136] Depuis une trentaine d'années, l'analyse effectuée en vertu de l'art. 15 a permis de déterminer la présence, la persistance et la prévalence de désavantages, **sur la base de motifs énumérés ou analogues**. L'objectif visé par cette analyse est ambitieux mais non utopique : s'attaquer au désavantage dès qu'il est identifié pour faire reculer les inégalités, un dossier à la fois, en vue d'atteindre un jour une égalité complète. Voilà pourquoi il y a violation du par. 15(1) en l'espèce : non pas parce que les femmes assument depuis toujours une part disproportionnée des responsabilités à l'égard des enfants et qu'elles ont des horaires de travail moins stables que les hommes, mais parce que le régime de retraite [traduction] « institutionnalise ces caractéristiques et s'en sert pour répartir inégalement » les prestations de retraite entre les participants au programme de partage de poste [...] Il s'agit là d'une « "discrimination consacrée par la loi", une forme de discrimination que la Cour dénonce [...] Contrairement à ce que mes collègues estiment, il n'y a rien d'« extraordinaire » dans le fait de déclarer, comme nous le faisons dans le présent dossier, que ce type de discrimination viole le par. 15(1) de la Charte. Selon notre jurisprudence, il serait au contraire extraordinaire de ne pas tirer cette conclusion.

[Je mets en évidence]

[144] Ce concept est formulé de la même manière dans l'article 19 de la convention collective, « Élimination de la discrimination », qui se lit comme suit :

19.01 Il n'y aura aucune discrimination, ingérence, restriction, coercition, harcèlement, intimidation, ni aucune mesure disciplinaire exercée ou appliquée à l'égard d'un employé-e **du fait de** son âge, sa race, ses croyances, sa couleur, son origine nationale ou ethnique, sa confession religieuse, son sexe, son orientation sexuelle, sa situation familiale, son incapacité mentale ou physique, son adhésion à l'Alliance ou son activité dans celle-ci, son état matrimonial ou une condamnation pour laquelle l'employé-e a été gracié.

[...]

[Je mets en évidence]

19.01 There shall be no discrimination, interference, restriction, coercion, harassment, intimidation, or any disciplinary action exercised or practiced with respect to an employee **by reason of** age, race, creed, colour, national or ethnic origin, religious affiliation, sex, sexual orientation, family status, mental or physical disability, membership or activity in the Alliance, marital status or a conviction for which a pardon has been granted.

...

[145] Ce principe se retrouve également dans *Fraser*, au par. 41, où la CSC invoque sa décision antérieure dans *Andrews*, à la p. 174, dans laquelle elle conclut comme suit :

Loi sur la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral et Loi sur les relations de travail dans le secteur public fédéral

*J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais **fondée sur des motifs** relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui **a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres** ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.*

[Je mets en évidence]

[146] De plus, au paragraphe 50 de *Fraser*, la juge Abella a déclaré ce qui suit :

*[50] Afin de prouver qu'il y a discrimination prohibée par le par. 15(1), les demandeurs doivent démontrer qu'une loi ou une politique **crée une distinction fondée sur un motif protégé** et qu'elle perpétue, renforce ou accentue un désavantage. Ces exigences ne nécessitent pas d'examen dans les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Il faut cependant expliquer clairement ce qui permet de reconnaître cette discrimination, car la loi contestée n'inclura pas, à première vue, de distinctions fondées des motifs interdits [...] De telles distinctions doivent être établies en examinant l'**incidence** de la loi [...]*

[Je mets en évidence et le passage en évidence l'est dans l'original]

[147] En conclusion, *Fraser* ne déroge pas de l'exigence essentielle selon laquelle la fonctionnaire doit établir plus qu'un effet préjudiciable et doit démontrer qu'un motif de discrimination protégé a été un facteur de cet effet préjudiciable.

[148] J'ai commencé la présente section en reconnaissant que l'ensemble du régime de congé de maternité et de congé parental et des indemnités connexes constitue une mesure positive visant à atténuer les désavantages historiques auxquels sont confrontés les femmes et les parents de jeunes enfants. J'ai fait remarquer, et je le répéterai, que la fonctionnaire et son syndicat acceptent l'exigence de retour au travail comme une exigence raisonnable en échange des généreuses indemnités de maternité et indemnités parentales accordées par l'employeur dans le cadre de la convention collective. La fonctionnaire et le syndicat ont soutenu que l'exigence de remboursement en soi n'est pas discriminatoire. Par conséquent, ils ont soutenu que l'obligation de rembourser les indemnités s'applique légitimement aux personnes qui ne retournent pas au travail ou qui quittent entièrement le gouvernement fédéral.

[149] Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas approprié de comparer le traitement de la fonctionnaire à celui des personnes qui sont mutées à un employeur distinct lorsqu'ils **ne** s'acquittent **pas** une obligation de retour au travail. L'obligation de retour au travail est une obligation inhérente pour toucher les indemnités et est acceptée à ce titre par la fonctionnaire et son syndicat. Bien sûr, elle a été traitée différemment d'une employée qui n'a pas pris de congé de maternité ou de congé parental; c'est le prix de l'indemnité.

[150] Par rapport à quel autre groupe la fonctionnaire devrait-elle donc être comparée?

[151] Les clauses en litige créent deux groupes d'employés : ceux qui satisfont à l'exigence de retour au travail et qui n'ont pas à rembourser leur indemnité, et ceux qui ne satisfont pas à l'exigence de retour au travail et qui doivent la rembourser.

[152] La fonctionnaire et son syndicat soutiennent que la Commission devrait reconnaître un troisième groupe : ceux, comme la fonctionnaire, qui sont retournés travailler auprès du groupe d'organismes distincts qui ne sont pas mentionnés aux articles 38 et 40, mais qui font toujours partie du gouvernement fédéral en vertu de l'annexe V de la *LGFP*. Ils soutiennent qu'il s'agit du sous-ensemble d'employés qui est victime de discrimination. Ils soutiennent qu'il s'agit de ce sous-ensemble d'employés qui devrait être déplacé du groupe qui doit rembourser ses indemnités au groupe qui n'a pas à rembourser ses indemnités.

[153] En d'autres termes, le traitement différentiel en cause dans les clauses en litige est entre les employés qui restent et travaillent au Conseil du Trésor, à l'ARC, à Parcs Canada ou à l'ACIA et ceux qui ne le font pas. Une fois que l'obligation de retour au travail est acceptée comme non discriminatoire, il s'agit de la seule comparaison qui peut être appliquée, car elle constitue la source du traitement différentiel.

[154] Cela ne signifie pas que je me fie à un groupe de comparaison étroit ou « aux caractéristiques identiques », comme la mise en garde dans *Fraser*, au par. 94. Il s'agit tout simplement de la conclusion logique tirée des arguments de la fonctionnaire au sujet du groupe d'employés qui est traité différemment (ceux qui sont allés travailler pour l'ONÉ et les employeurs semblables figurant à l'annexe V), par rapport à un autre groupe d'employés (ceux qui sont retournés travailler auprès des quatre employeurs énumérés dans les clauses).

[155] Rien dans la preuve n'indique des différences dans la composition par sexe entre ces deux groupes. Selon la logique des arguments statistiques de la fonctionnaire au sujet de qui prend un congé de maternité et un congé parental, je suppose que les deux groupes sont surtout des femmes. Par conséquent, il y a un groupe de femmes (ou surtout des femmes) qui n'ont pas à rembourser leur indemnité, et un deuxième groupe de femmes qui doivent la rembourser. Qu'est-ce qui différencie ces deux groupes? L'employeur, soit le gouvernement fédéral, où ces personnes se sont acquittées de leur engagement de retour au travail. Le lieu de travail d'une personne au sein du gouvernement fédéral ne constitue pas un motif protégé par l'article 19 ou la *LCDP*.

[156] Comme l'a fait valoir l'employeur, j'estime qu'il est également raisonnable de comparer le traitement des femmes qui prennent un congé de maternité et un congé parental en vertu de la convention collective avec celui des employés qui prennent un congé d'études non payé et une indemnité d'études, même si l'octroi d'un congé d'études et d'indemnités est entièrement discrétionnaire. Les deux sont confrontés à une exigence de retour au travail, mais au contraire, il est plus facile de satisfaire aux exigences relatives au congé de maternité et au congé parental. Travailler à l'ARC, à Parcs Canada ou à l'ACIA ne satisfait pas à l'exigence de retour au travail énoncée dans la disposition portant sur l'indemnité d'études.

[157] En résumé, je ne trouve aucun motif de conclure que les articles 38 et 40 de la convention collective sont discriminatoires à l'égard de la fonctionnaire ou d'autres employés dans ses circonstances, en utilisant le texte de l'article 19, [traduction] « du fait » du sexe, ou que le sexe était par ailleurs un facteur dans le fait que la fonctionnaire devait rembourser une partie de son indemnité.

[158] Il ne s'agit pas d'une contestation de la *Charte* qui remet en question la façon dont le gouvernement fédéral a structuré les employeurs dans la fonction publique fédérale. Il s'agit d'un grief portant sur l'interprétation de la convention collective. Évidemment, les dispositions de la convention collective qui portent sur les exigences de retour au travail des indemnités de maternité et des indemnités parentales peuvent varier d'un employeur à l'autre (comparaison entre la convention collective en litige dans le présent cas et la convention collective de l'ONÉ-IPFPC; voir aussi *Zimmerman*) ou au fil du temps (par rapport à la convention collective du groupe PA de 2021).

[159] Le traitement différentiel que la fonctionnaire a subi en vertu de sa convention collective était fondé sur l'employeur de la fonction publique pour lequel elle travaille. Il ne s'agit pas d'un motif de discrimination protégé. Par conséquent, elle n'a pas établi une preuve *prima facie* de discrimination et les articles 38 et 40 ont été correctement appliqués. Le grief doit être rejeté.

[160] En ce qui concerne l'argument de la fonctionnaire selon lequel elle a satisfait à ses exigences de retour au travail après avoir repris le travail à SPAC en juin 2021, je ferai remarquer que cette question découle d'une question posée aux parties et n'a pas été longuement débattue.

[161] J'estime que l'argument de la fonctionnaire n'est étayé ni par les faits ni par le libellé de la convention collective.

[162] Selon le dossier dont je suis saisi, la fonctionnaire a démissionné de son poste à TPSGC à compter du 14 octobre 2014. Le ministère a accepté que sa démission soit annulée et retardée, et elle a donc démissionné le 11 janvier 2015. Elle n'a pas pris un congé pour travailler à l'ONÉ; elle a quitté le ministère et l'administration publique centrale. Près de six ans plus tard, elle a présenté une demande de retour et elle a été acceptée.

[163] La disposition de la convention collective à la clause 38.02a)(iii)(B) énonce que, pour recevoir l'indemnité de maternité, l'employée doit signer une entente qui indique : [traduction] « après son retour au travail [...] elle travaillera pour une période égale à la période pendant laquelle elle a reçu l'indemnité de maternité [...] ». La clause 38.02b) permet de prolonger la période de retour au travail par une période de congé non payé. Les clauses 40.02a)(iii)(B) et 40.02b) prévoient des dispositions équivalentes relativement à l'indemnité parentale.

[164] Le libellé clair de la convention collective exige que les employés retournent au travail **après** la fin de leur congé de maternité ou congé parental non payé. Il permet de retarder le retour s'ils prennent un congé non payé approuvé. S'ils ne le font pas, ils doivent rembourser la totalité ou une partie de l'indemnité de maternité ou de l'indemnité parentale. Je retiens l'argument de l'employeur selon lequel, dans ce contexte, le mot [traduction] « après » signifie que le retour au travail doit avoir lieu immédiatement après la fin de leur congé non payé. Le libellé ne prévoit pas qu'un employé qui démissionne et retourne à une date ultérieure peut effectivement

satisfaire rétroactivement à l'exigence concernant sa période de retour au travail et récupérer ainsi l'indemnité ou la partie de celle-ci qui avait été tenue de rembourser.

VI. Observations finales

[165] Étant donné ma conclusion selon laquelle la fonctionnaire n'a pas établi une preuve *prima facie* de discrimination, je n'ai pas besoin d'examiner l'argument de rechange de l'employeur, à savoir que la convention collective convenue d'un commun accord offre une justification raisonnable des clauses en litige.

[166] Je n'ai pas non plus besoin d'aborder l'argument de l'employeur selon lequel l'AFPC devrait assumer une partie de la responsabilité (et des dommages) pour tout traitement discriminatoire subi par la fonctionnaire.

[167] En même temps, je pense qu'il est important de reconnaître que les parties sont solidairement responsables du libellé de leur convention collective. L'AFPC aurait pu tout aussi facilement être une défenderesse dans une plainte au sujet de ces clauses, puisqu'elle les a négociées, ratifiées et signées sous forme de convention collective.

[168] À mon avis, la table de négociation constituait le lieu approprié pour que les parties éliminent les obstacles qui existaient dans la convention collective et, comme je l'ai indiqué, c'est ce qu'elles ont fait. Comme je l'ai mentionné, la convention collective du groupe PA de 2021 contient des dispositions modifiées pour remédier à la situation à laquelle sont confrontés des employés comme la fonctionnaire qui permettent aux employés de satisfaire à leur exigence de retour au travail auprès de tout employeur mentionné aux annexes I, IV ou V.

[169] Comme je l'ai indiqué au début, je comprends qu'il se peut que Mme Diop n'a pas compris à l'avance les conséquences de l'acceptation d'un emploi à l'ONÉ, malgré le contenu clair des engagements qu'elle a signés concernant les indemnités de maternité et les indemnités parentales. Je comprends sa confusion et sa déception de devoir rembourser une partie des indemnités qu'elle a reçues, étant donné qu'elle a continué à travailler pour le gouvernement fédéral en général. Je comprends également sa frustration à la lumière des modifications apportées à la convention collective de 2021. Toutefois, le rôle de la Commission est d'appliquer la convention collective telle qu'elle est rédigée, et je conclus qu'elle n'a pas été violée.

[170] Il reste donc une question à l'égard de laquelle je formulerai des commentaires, soit les répercussions du remboursement de la fonctionnaire relatives à l'impôt sur le revenu. La fonctionnaire a témoigné qu'elle a payé des impôts sur le revenu sur les indemnités qu'elle a touchées au cours des années où elle les a reçues (2013 et 2014). La fonctionnaire a remboursé ces indemnités en 2015 et 2016, pour un montant brut de 9 692,11 \$. Étant donné qu'elle a remboursé ce montant, son revenu imposable pour au moins 2014, sinon 2013 aussi, devrait être réduit de manière appropriée. Cela devrait entraîner un nouveau calcul de ses responsabilités à l'égard de l'impôt sur le revenu pour ces années. Toutes autres choses étant égales par ailleurs, elle devrait recevoir un remboursement des impôts qu'elle a payés sur le montant de 9 692,11 \$. Il s'agit d'un remboursement d'impôt potentiellement important.

[171] La fonctionnaire a témoigné que l'ARC a insisté pour qu'elle fournisse des feuillets T4 révisés avant de pouvoir modifier ses déclarations de revenus; d'après les éléments de preuve dont je suis saisi, ni l'ONÉ ni TPSGC-SPAC ne l'ont fait. Tout ce qui s'est produit est que l'ONÉ a fourni une lettre indiquant que la fonctionnaire avait remboursé un montant de 5 142,80 \$ en 2016. Cela ne permet pas de reconnaître le montant total du remboursement et semble ne pas suffire à l'ARC.

[172] La fonctionnaire se trouve dans une situation où elle a payé des impôts sur un montant de 9 692,11 \$ de revenu qu'elle n'a pas, en dernière analyse, touché. Cela est inacceptable. Il ne s'agit pas d'un problème qu'elle a créé ni d'un problème qu'elle peut régler sans l'intervention de son employeur.

[173] Je ne suis pas saisi d'un grief à ce sujet et je ne peux donc pas rendre une ordonnance à l'égard de cette injustice. Toutefois, je propose fortement qu'il incombe à l'employeur de la fonctionnaire, maintenant SPAC, de fournir à Mme Diop l'aide dont elle a besoin pour remédier complètement à cette situation.

[174] Pour ces motifs, la Commission rend l'ordonnance qui suit :

(L'ordonnance apparaît à la page suivante)

VII. Ordonnance

[175] Le grief est rejeté.

Le 7 septembre 2023.

Traduction de la CRTESPF

**David Orfald,
une formation de la Commission des
relations de travail et de l'emploi dans le
secteur public fédéral**