

Date: 20240404

Dossier: 566-02-09784

Référence: 2024 CRTESPF 50

*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

BORIS MILINKOVICH

fonctionnaire s'estimant lésé

et

**CONSEIL DU TRÉSOR
(ministère des Transports)**

employeur

Répertorié

Milinkovich c. Conseil du Trésor (ministère des Transports)

Affaire concernant un grief individuel renvoyé à l'arbitrage

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

Pour le fonctionnaire s'estimant lésé : Andrew Astritis et Dayna Steinfeld, avocats

Pour l'employeur : Martin Leblanc, avocat

Affaire entendue à Ottawa (Ontario)
du 24 au 26 novembre et les 20 et 21 décembre 2022.
(Arguments écrits déposés les 4 et 7 juillet 2023.)
(Traduction de la CRTESPF)

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

I. Grief individuel renvoyé à l'arbitrage

[1] Les parties ont convenu d'un exposé des faits ainsi que d'un recueil de documents conjoint. Il était entendu qu'elles demeureraient libres de présenter des éléments de preuve supplémentaires. Elles se sont réservé le droit de présenter des arguments relatifs à la signification, à l'utilisation et au poids que la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral (la « Commission ») devrait attribuer à la preuve documentaire.

II. Introduction

[2] Boris Milinkovich, le fonctionnaire s'estimant lésé (le « fonctionnaire »), et sa conjointe étaient employés à titre d'inspecteurs par Transports Canada (l'« employeur ») dans les Opérations de la sûreté aérienne à l'Aéroport international Pearson (l'« aéroport Pearson ») à Toronto, en Ontario. Ils travaillaient principalement trois quarts de travail de 12 heures par semaine commençant à 6 h et se terminant à 18 h 30. Ils avaient des responsabilités en matière de garde d'enfants, principalement pour leur fille de 3 ans et leur fils de 11 ans, après l'école.

[3] À la suite d'une modification des heures de travail du fonctionnaire et de sa conjointe, qui a été ordonnée par l'employeur, le fonctionnaire a demandé une mesure d'adaptation à l'employeur afin de maintenir ses heures de travail alors en vigueur en fonction de sa situation familiale, en raison de leurs responsabilités de garde d'enfants et du covoiturage.

[4] L'employeur a refusé la demande de mesures d'adaptation, soutenant qu'un employé doit d'abord tenter de concilier tout conflit entre le travail et ses obligations en matière de garde d'enfants, notamment en explorant des solutions de rechange réalistes et les options disponibles en matière de garde d'enfants, avant de lui présenter une demande de mesures d'adaptation en milieu de travail.

[5] L'employeur a conclu que le fonctionnaire n'avait pas démontré qu'il avait déployé des efforts raisonnables pour explorer les options disponibles en matière de garde d'enfants et que les renseignements fournis étaient insuffisants pour étayer sa demande de mesures d'adaptation.

[6] Le fonctionnaire a soutenu dans son grief que l'employeur avait contrevenu à l'article 19 de la convention collective conclue entre le Conseil du Trésor et l'Alliance de la Fonction publique du Canada (l'« agent négociateur ») pour le groupe Services techniques (expirée le 21 juin 2011; la « convention collective »), qui interdit la discrimination, lorsqu'il a refusé sa demande de mesures d'adaptation fondée sur sa situation de famille.

A. Question en litige

[7] Dans *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2014 CAF 110, la Cour d'appel fédérale (CAF) a conclu que, dans le cadre du critère permettant d'établir qu'il y a eu discrimination dans les cas concernant la situation de famille en raison des responsabilités en matière de garde d'enfants, un demandeur doit établir qu'il a déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants au moyen de solutions de rechange raisonnables et qu'aucune de ces solutions n'était raisonnablement réalisable.

[8] Le fonctionnaire a fait valoir que, selon des décisions récentes de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel provinciale, il ne devrait exister aucune variation dans le critère juridique de la discrimination *prima facie* et que la Commission devrait appliquer le critère uniforme de la preuve *prima facie*.

[9] La question en litige consiste à déterminer s'il faut rejeter l'approche adoptée dans *Johnstone* pour établir s'il y a eu discrimination dans les cas où l'employeur aurait omis de prendre des mesures d'adaptation à l'égard d'un employé fondée sur sa situation de famille en raison de ses responsabilités en matière de garde d'enfants.

[10] Si la Commission rejette les arguments du fonctionnaire et applique le critère établi dans *Johnstone* aux faits du cas, la question est donc de savoir si le fonctionnaire a établi qu'il a déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants au moyen de solutions de rechange raisonnables et qu'aucune de ces solutions n'était raisonnablement réalisable.

[11] Si la Commission accepte les arguments du fonctionnaire et applique le critère uniforme de la preuve *prima facie*, la question consiste donc à savoir si, selon les faits du présent cas, le fonctionnaire a établi qu'il a satisfait à ce critère.

[12] Le grief renvoyé à l'arbitrage est daté du 21 novembre 2012 et allègue que l'article 19 de la convention collective a été enfreint.

B. Exposé conjoint des faits

[13] Les parties ont déposé en preuve un exposé conjoint des faits qui se lit, en partie, comme suit :

[Traduction]

[...]

3. L'employeur et le syndicat sont signataires des conventions collectives qui s'appliquaient au fonctionnaire. La convention collective applicable a expiré le 21 juin 2011 [...]

Historique de l'emploi du fonctionnaire

4. Le fonctionnaire a commencé à travailler pour l'employeur le 28 novembre 2005 à un poste PM-03.

5. Pendant toutes les périodes pertinentes pour le grief, le poste d'attache du fonctionnaire était celui d'inspecteur technique au groupe et au niveau TI-06. Son lieu de travail était l'Aéroport international Pearson (AIP).

6. Le fonctionnaire a démissionné de son emploi auprès de l'employeur à compter du 9 février 2018.

7. Pendant toutes les périodes pertinentes pour le grief, la conjointe du fonctionnaire, Renee Soeterik, occupait également le poste d'inspectrice technique au groupe et au niveau TI-06 à l'AIP.

8. Maureen Buchanan a travaillé comme surintendante des Opérations de la sûreté aérienne et elle était la superviseuse du fonctionnaire au moment où les événements pertinents au grief sont survenus.

9. Michael Dunning a travaillé comme surintendant des Opérations de la sûreté aérienne et il était le superviseur de la conjointe du fonctionnaire au moment où les événements pertinents au grief sont survenus.

10. David Bayliss a travaillé comme directeur régional des Opérations de la sûreté aérienne pour la région de l'Ontario et il occupait ce poste au moment où les événements pertinents au grief sont survenus.

Le grief

11. Le 25 mai 2012, David Bayliss a envoyé un courriel concernant une modification des heures normales de travail des inspecteurs à l'AIP. À ce moment-là, les inspecteurs travaillaient divers quarts de travail d'une durée de 8 à 12 heures, dont les heures de début variaient de 4 h à 12 h 30 et les heures de fin variaient de 14 h à 0 h 30. Au moment de l'envoi du courriel du 25 mai 2012, le fonctionnaire et Renee Soeterik travaillaient tous deux

principalement trois quarts de travail de 12 heures par semaine, commençant à 6 h et se terminant à 18 h 30.

12. Le courriel du 25 mai 2012 indiquait que les heures de travail quotidiennes normales des inspecteurs seraient de 7,5 heures avec des horaires variables entre 6 h et 18 h du lundi au vendredi, à condition que les horaires des inspecteurs permettent de couvrir la période de 8 h à 16 h. Le courriel indiquait également que la direction envisagerait des options d'horaires de travail variables de 8,035, de 8,333 et de 9,375 heures par jour et que les demandes de mesures d'adaptation seraient examinées en fonction de chaque cas [...]

13. Le 27 mai 2012, le fonctionnaire a envoyé un courriel à Maureen Buchanan concernant une demande de mesures d'adaptation fondée sur la situation de famille [...] Le fonctionnaire a proposé une mesure d'adaptation selon laquelle il travaillerait trois quarts de travail de 12 heures du lundi au vendredi et un quart de travail compensatoire supplémentaire de 6,5 heures au cours de chaque période de 28 jours. Il a effectué un suivi de sa demande en envoyant un courriel à Maureen Buchanan le 4 juin 2012 et le 14 juin 2012 [...]

14. Renee Soeterik a également présenté la même demande de mesures d'adaptation à son superviseur le 27 mai 2012 [...]

15. Dans un courriel en date du 20 juin 2012, Mme Soeterik a fourni à Mme Buchanan des renseignements supplémentaires concernant la demande de mesures d'adaptation fondée sur la situation de famille présentée par le fonctionnaire.

16. Le 28 juin 2012, le fonctionnaire a assisté à une réunion avec Maureen Buchanan pour discuter de sa demande de mesures d'adaptation et de la demande de renseignements supplémentaires de l'employeur.

17. Il y a eu un échange de courriels entre Casey Allen, conseillère en relations de travail, et le fonctionnaire entre le 26 juillet 2012 et le 25 septembre 2012 au sujet de la demande de mesures d'adaptation du fonctionnaire [...]

18. Au cours d'une réunion tenue le 1^{er} août 2012 et à laquelle ont assisté David Bayliss, Michael Dunning et Renee Soeterik, Renee Soeterik et, tel que consigné dans un courriel daté du 2 août 2012 [...] Renee Soeterik a été informée de ce qui suit :

Vous avez été informée que nous avons examiné les renseignements que vous nous avez fournis jusqu'à maintenant et que nous avons déterminé que votre demande ne satisfait pas au seuil d'approbation des mesures d'adaptation fondées sur la situation de famille. Nous vous avons également informée que nous étions prêts à accorder une prolongation maximale de trois (3) mois, en nous attendant à ce que si vous êtes en mesure de satisfaire à l'exigence plus tôt, vous le fassiez. Conformément à notre discussion, vous devez fournir à Mike les heures de travail

demandées en fonction des quatre (4) options proposées pendant les heures normales décrites dans mon courriel de mai, et ce, dès que possible.

19. *Le fonctionnaire, M. Bayliss et Mme Buchanan ont assisté à une réunion le 4 octobre 2012. Un résumé de cette discussion a été fourni par courriel par M. Bayliss au fonctionnaire le 11 octobre 2012 (RCD, onglet 12). Le courriel indiquait ce qui suit :*

Vous avez été informé que nous avons examiné les renseignements que vous nous avez fournis jusqu'à maintenant et que nous avons déterminé que votre demande ne satisfait pas au seuil d'approbation des mesures d'adaptation fondées sur la situation de famille. Nous vous avons également informé que nous étions prêts à accorder une prolongation jusqu'au 1^{er} décembre 2012, en nous attendant à ce que si vous êtes en mesure de satisfaire à l'exigence plus tôt, vous le fassiez. Conformément à notre discussion, vous devez fournir à Maureen les heures de travail demandées en fonction des quatre (4) options proposées pendant les heures normales décrites dans mon courriel de mai, et ce, dès que possible.

20. *Du 1^{er} septembre 2012 au 1^{er} décembre 2012, le fonctionnaire et Renee Soeterik travaillaient principalement les mêmes jours, de 6 h à 18 h 30, du mardi au jeudi.*

21. *Le 10 octobre 2012, le fonctionnaire et Renee Soeterik ont tous deux envoyé des courriels à leurs superviseurs respectifs, demandant des horaires de travail variables à compter du 4 décembre 2012, comme suit :*

Mardi, mercredi et jeudi, de 6 h à 18 h.

Et toutes les deux semaines, lundi, mardi et mercredi, de 6 h à 18 h et vendredi de 6 h à 12 h 30 [...]

22. *Le 22 octobre 2012, dans des courriels distincts envoyés par Maureen Buchanan au fonctionnaire (RCD, onglet 13) et par Michael Dunning à Renee Soeterik [...], l'employeur a réitéré les principes directeurs nationaux pour déterminer les heures de travail dans les aéroports de classe 1 et a demandé que le fonctionnaire et Renee Soeterik présentent des demandes d'heures de travail en fonction des quatre (4) options offertes pendant les heures normales.*

23. *Le 21 novembre 2012, le fonctionnaire a déposé le grief.*

24. *Le 31 mai 2013, l'employeur a communiqué sa réponse au grief au deuxième palier [...]*

25. *Le 4 avril 2014, l'employeur a communiqué sa réponse au grief au troisième palier [...]*

[Les passages en évidence le sont dans l'original]

C. Témoins

[14] Le fonctionnaire a appelé deux témoins, soit lui-même et Renee Soeterik, sa conjointe. L'employeur a appelé trois témoins, soit Maureen Buchanan, Casey Allan et David Bayliss.

1. M. Milinkovich

[15] M. Milinkovich a travaillé pour Transports Canada de 2005 à février 2018 à titre d'inspecteur technique pour la sûreté de l'aéroport Pearson. En tant qu'inspecteur technique, il était chargé d'effectuer des inspections auprès des transporteurs aériens et des autorités de contrôle ainsi qu'auprès de l'autorité aérienne. Il a effectué des essais de perméabilité et a mené à bien des projets spéciaux. Il a enquêté sur différents types de problèmes en matière de sûreté, a effectué des examens de la sûreté et a élaboré des plans d'intervention. En tant qu'inspecteur de service, il était le point de contact pour les situations d'urgence, ainsi que pour la préparation aux situations d'urgence pour tous les aéroports de la région.

2. Mme Soeterik et les antécédents familiaux

[16] Mme Soeterik travaille également comme inspectrice technique aux opérations de sûreté de l'aéroport Pearson. Elle a commencé à travailler auprès de Transports Canada en septembre 2003.

[17] En septembre 2012, trois ou quatre enfants se trouvaient à la résidence du fonctionnaire. Dans la présente décision, ils seront désignés par la première lettre de leur prénom. L'aînée, « N », née en 1992, venait de commencer ses études postsecondaires. Pendant la semaine, elle résidait à Toronto et elle retournait chez elle les fins de semaine. « I » est née en 1995. En septembre 2012, elle était adolescente. « W » est né en 2001. En 2012, il avait 11 ans et fréquentait l'école primaire. « P » est née en 2009. En 2012, elle avait trois ans. Elle ne fréquentait pas l'école et aurait commencé la maternelle en septembre 2013.

3. Mme Buchanan

[18] Mme Buchanan était surintendante d'équipe. Elle supervisait les inspecteurs, attribuait le travail et assurait la liaison avec l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) et l'Association canadienne du contrôle du trafic aérien. Elle était la superviseuse du fonctionnaire.

4. Mme Allan

[19] En 2012, Mme Allan était une généraliste PE-03 chargée d'appuyer la sûreté aérienne en fournissant des conseils et des lignes directrices à la direction sur la dotation, les relations de travail, les offres d'emploi, les évaluations et la gestion du rendement. Elle a commencé à traiter le présent dossier à la mi-mai 2012. La direction a mobilisé les Ressources humaines en ce qui a trait à la modification des heures de travail des inspecteurs et la sûreté aérienne.

5. M. Bayliss

[20] M. Bayliss est le directeur régional de la sûreté de l'employeur pour la région de l'Ontario. Il travaille à Transports Canada depuis 38 ans. Il a pris la décision de refuser la demande de mesures d'adaptation du fonctionnaire en fonction des commentaires de la Direction générale des Ressources humaines et de la superviseure du fonctionnaire.

III. Contexte

A. Les événements qui ont mené au grief

[21] En février 2010, juste après son congé parental, le fonctionnaire a demandé une mesure d'adaptation pour des quarts de travail variables, soit trois quarts de travail de 12 heures par semaine, afin de prendre soin de son enfant, P. La demande a été refusée; toutefois, les motifs n'ont pas été pleinement expliqués. Il souhaitait conserver sa capacité à s'occuper de ce qui était nécessaire à la maison.

[22] Il travaillait des quarts de travail de 10,5 heures par jour. En passant à des quarts de travail de 12 heures, cela lui aurait permis de quitter la maison moins souvent pendant la semaine de travail, ce qui lui aurait permis, ainsi qu'à sa conjointe, de se coordonner afin de réduire le nombre de fois où une autre personne devait se rendre à leur résidence.

[23] Le fait de revenir d'un congé parental signifiait qu'il n'y aurait eu aucune incidence négative sur les activités de l'employeur et que cela aurait permis à ce dernier d'avoir une plus grande couverture à l'aéroport Pearson. Le recours aux congés et les absences aux opérations étaient importants.

[24] En septembre 2010, Mme Buchanan, la superviseure du fonctionnaire, l'a informé qu'elle accèderait à sa demande de trois quarts de travail de 12 heures.

Toutefois, elle l'a informé qu'une étude était en cours sur les heures de travail des inspecteurs de la sûreté aérienne et qu'une décision était attendue à l'automne. Elle lui a indiqué que ses heures de travail pourraient être touchées si des modifications étaient recommandées dans le cadre de l'étude. Mme Soeterik a également bénéficié des mêmes heures de travail adaptées.

[25] Au printemps 2012, la famille résidait à Toronto. Ce printemps-là, le fonctionnaire et Mme Soeterik ont travaillé principalement les mêmes trois quarts de travail de 12 heures par semaine, commençant à 6 h et se terminant à 18 h 30. Ils se rendaient au travail en voiture. Il leur fallait environ 20 minutes pour se rendre au travail et de 30 à 35 minutes pour rentrer à la maison. Le trajet était assez constant, sauf en cas d'accident ou d'intempéries. On a demandé au fonctionnaire quelle était l'incidence de cet horaire sur la garde des enfants. L'horaire de quarts de travail de 12 heures permettait qu'ils s'absentent de leur résidence pendant moins de jours. Sa mère a pu venir d'Oakville pour s'occuper des enfants lorsqu'ils n'étaient pas à la maison. Ils ont également pu s'organiser à l'aide de congés et de changements de quarts de travail.

[26] On a demandé à Mme Soeterik comment la famille s'acquittait de ses responsabilités en matière de garde d'enfants lorsqu'ils vivaient à Toronto. Il y avait un manque de disponibilité dans les services de garde d'enfants. P a été inscrite sur une liste d'attente. Ils se fiaient à leurs filles aînées, utilisaient des congés, au besoin, et dépendaient de sa belle-mère pour s'occuper des enfants.

[27] M. Bayliss a expliqué qu'en avril 2012, l'employeur a décidé de modifier les heures de travail des inspecteurs aux aéroports de catégorie I d'Ottawa, en Ontario et Pearson, à compter du 1^{er} septembre de cette année-là.

[28] À titre de contexte, après les attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis, des modifications importantes ont été apportées aux lois pertinentes. L'employeur a dû tripler le nombre d'inspecteurs. L'employeur a modifié les heures de travail des inspecteurs, afin d'offrir une couverture 16 heures par jour, sept jours sur sept.

[29] Environ sept ans plus tard, l'employeur a revu son approche en vigueur à l'époque, car les opérations avaient changé de manière importante. Les opérations étaient plus sécuritaires et il n'était plus nécessaire d'exercer un degré de surveillance

aussi élevé. Son programme de sûreté du fret aérien avait changé. Une société externe a été embauchée pour effectuer la révision, qui comprenait les inspecteurs.

[30] Après 2001, plus de temps a été consacré à une approche réglementaire (cadre fondé sur la fréquence) plutôt qu'à une approche fondée sur les risques. Il a été demandé à la région de l'Ontario de l'employeur d'étudier une approche fondée sur l'évaluation des risques pour les inspecteurs aux aéroports Pearson et d'Ottawa. Cette approche a ensuite été adoptée à l'échelle nationale.

[31] M. Bayliss a fait référence à un rapport intitulé [traduction] « Transports Canada, Examen de la politique 16, rapport final ». Le rapport a été l'élément déclencheur de la modification des heures de travail. Il a recommandé que l'employeur passe d'une approche fondée sur le temps à une approche fondée sur les risques. Au lieu d'avoir des inspecteurs sur place sept jours sur sept pendant 16 heures par jour, il y avait maintenant des zones ciblées en fonction des risques.

[32] Les heures de travail devaient être comprises entre 6 h et 18 h du lundi au vendredi, ce qui était conforme aux dispositions de la convention collective. Toutes les inspections effectuées en dehors de ces heures devaient être fondées sur les risques. M. Bayliss a informé les inspecteurs de la modification des heures de travail lors d'une réunion du personnel tenue le 10 avril 2012. Il a déclaré que la modification devait entrer en vigueur le 1^{er} septembre 2012 et qu'aucun poste ne serait supprimé en conséquence.

[33] Le 27 avril 2012, la [traduction] *Directive nationale stratégique sur les heures de travail* a été modifiée.

[34] Le 25 mai 2012, M. Bayliss a envoyé un courriel au personnel décrivant les principes directeurs nationaux. Les employés devaient travailler 7,5 heures par jour, cinq jours par semaine. Une couverture complète était nécessaire de 8 h à 16 h. Les inspecteurs ont été offerts trois horaires variables, notamment des jours de travail de 8,035, de 8,333 ou de 9,375 heures. Si le jour de travail d'un employé était de 8,035 heures, l'employé obtenait un jour de congé toutes les trois semaines. Si le jour de travail d'un employé était de 8,333 heures, l'employé obtenait un jour de congé toutes les deux semaines et si son jour de travail était de 9,375 heures, il obtenait un jour de congé chaque semaine.

[35] La direction s'est rendu compte qu'il serait nécessaire de prendre des mesures d'adaptation. Les employés devaient travailler avec leurs superviseurs. Ceux-ci devaient examiner les demandes de mesures d'adaptation dès que possible, car ils tentaient de mettre en œuvre les nouvelles heures de travail au plus tard le 1^{er} septembre 2012. Si les employés avaient des questions, ils devaient en discuter avec leur superviseur ou leur gestionnaire. Les demandes de mesures d'adaptation devaient être examinées en fonction de chaque cas.

[36] Environ 11 des 17 employés ont demandé des mesures d'adaptation fondées sur la garde d'enfants; les autres étaient fondées sur des raisons médicales. Tous les employés qui ont demandé des mesures d'adaptation ont demandé des quarts de travail de 12 heures, trois jours par semaine. Le fonctionnaire et sa conjointe étaient deux des 11 personnes qui ont demandé des mesures d'adaptation fondées sur la garde d'enfants.

[37] En tant que directeur régional, M. Bayliss devait décider s'il devait accorder les demandes de mesures d'adaptation. Les inspecteurs, leurs superviseurs, l'administration centrale régionale de l'employeur et une équipe du Conseil du Trésor ont participé au processus. Les inspecteurs devaient envoyer leurs demandes de mesures d'adaptation à leurs superviseurs et ils devaient y joindre des pièces justificatives.

[38] Lorsque des renseignements supplémentaires étaient nécessaires, le superviseur et les Ressources humaines examinaient la demande et communiquaient avec l'inspecteur. Une fois en possession des renseignements demandés, M. Bayliss devait décider d'accorder ou non la demande. Il a rencontré chaque personne qui a demandé une mesure d'adaptation, ainsi que leurs superviseurs, pour leur faire part des résultats de la décision.

B. La demande de mesures d'adaptation du fonctionnaire

[39] Le 27 mai 2012, le fonctionnaire a envoyé un courriel à Mme Buchanan lui demandant une mesure d'adaptation liée au travail. Son courriel se lisait en partie comme suit :

[Traduction]

[...]

[...] *Je demande une mesure d'adaptation liée au travail comme suit :*

Trois quarts de travail par semaine entre le lundi et le vendredi, de 6 h à 17 h 30, selon les nécessités du service.

Un quart de travail supplémentaire de 4,5 heures toutes les trois semaines.

Un quart de travail supplémentaire de 7,5 heures toutes les quatre semaines, lorsque cette période compte un jour férié.

En termes généraux, cela couvre entièrement les heures de travail sur une période de 28 jours.

[...]

Cette mesure d'adaptation est fondée sur la situation de famille, la non-disponibilité d'un service de garde approprié sur une période de cinq jours par semaine, et le covoiturage.

[...]

[40] Le fonctionnaire a expliqué que dans son courriel, M. Bayliss avait dit de présenter les demandes de mesures d'adaptation avant septembre 2012. Il a proposé ces modifications, car l'employeur avait affirmé que les nouvelles heures normales de travail seraient de 6 h à 18 h. Auparavant, elles étaient de 6 h à 18 h 30. Cela respectait son horaire et celui de l'employeur, ainsi que la convention collective. Il serait au travail pour un quart de travail de 12 heures ou de 11,5 heures. Sa conjointe a présenté la même demande.

C. Processus suivi par la direction pour évaluer les demandes de mesures d'adaptation

[41] Mme Allan a expliqué que si des demandes de mesures d'adaptation étaient présentées pour des heures en dehors des heures indiquées dans le courriel de mai, elles devaient être soumises au superviseur ou au gestionnaire de l'inspecteur. Elle devait aider la direction à évaluer les demandes.

[42] Plusieurs demandes ont été reçues immédiatement, principalement en lien avec des mesures d'adaptation fondées sur la situation de famille. Une fois qu'une demande était reçue, Mme Allan travaillait avec la direction pour l'examiner et étudier les mesures prises par les employés pour satisfaire aux nouvelles exigences.

[43] La direction et les Ressources humaines ont élaboré conjointement un questionnaire que les employés devaient remplir pour expliquer les options qu'ils avaient envisagées avant de s'adresser à la direction. Le questionnaire avait été conçu

pour aider un employé à fournir le plus de renseignements possible afin que la direction puisse les examiner.

[44] Mme Allan a été interrogée sur la façon dont la direction obtenait les renseignements auprès des employés. Elle a déclaré que les employés avaient eu des discussions avec leurs superviseurs. Les superviseurs ont rencontré les employés pour passer en revue le questionnaire.

[45] Le processus exigeait que la direction établisse les mesures prises par les employés pour répondre aux besoins visés par les mesures d'adaptation et les options qu'ils avaient explorées. Si les employés ne fournissaient pas des renseignements suffisants, il a été décidé que la direction les rencontrerait. Cette démarche a été suivie à l'égard de tous les employés qui demandaient une mesure d'adaptation. Ils se sont rencontrés en personne. Un dialogue ouvert avait lieu.

[46] Mme Buchanan a été interrogée quant aux mesures qu'elle avait prises pour examiner la situation du fonctionnaire. Elle l'a rencontré et a passé en revue le questionnaire avec lui. Dans un premier temps, elle a recueilli des renseignements. Certains des renseignements qu'il avait fournis étaient incomplets, et bon nombre de ses réponses manquaient de détails. Il n'a pas répondu à certaines questions. Elle a transmis les renseignements à Mme Allan des Ressources humaines.

[47] Le fonctionnaire a affirmé que Mme Buchanan avait une liste de questions qui lui avaient été fournies par les Ressources humaines et qui étaient approfondies et envahissantes. Ses réponses étaient manuscrites et ont été fournies à Mme Buchanan en juin 2012. À la question de savoir si les mêmes questions étaient posées à tout le monde, Mme Buchanan a répondu que la procédure était aussi équitable que possible.

[48] Le 4 juin 2012, le fonctionnaire a envoyé un courriel à Mme Buchanan pour lui demander une mise à jour de l'état de sa demande. Il n'avait entendu aucune nouvelle d'elle. Il était nerveux. Il devait partir en congé avec étalement du revenu et, sans réponse, il n'était pas en mesure de planifier pour l'automne.

[49] Le fonctionnaire et sa famille ont déménagé à Hockley, en Ontario, au début de juillet 2012. Lui et sa conjointe avaient convenu d'acheter la propriété trois ou quatre mois avant juillet. Hockley est situé au nord de l'aéroport Pearson, accessible au moyen des principales autoroutes de série 400 de l'Ontario. Le temps de déplacement

en voiture jusqu'à l'aéroport Pearson est d'une heure. En cas de mauvais temps, le trajet peut prendre jusqu'à trois heures.

[50] La propriété est située à environ 20 minutes de la ville la plus près. Orangeville est située entre 20 et 25 km à l'ouest de la propriété. Le temps de déplacement d'Orangeville à l'aéroport Pearson est d'environ une heure.

[51] Le fonctionnaire a estimé que le rythme de vie à Hockley serait avantageux pour sa famille. Sa propriété à Hockley comprenait un vaste terrain et un lac privé. Il y avait d'autres raisons familiales ainsi que des problèmes de santé liés à ce déménagement. Ils avaient songé pendant des mois à ce déménagement.

[52] À la question de savoir quels étaient les plans en matière de garde d'enfants à la suite du déménagement à Hockley, le fonctionnaire a affirmé que puisque P ne commencerait la maternelle que l'année suivante, la mesure d'adaptation de 2010 à son horaire de travail et à celui de sa conjointe, avec sa mère qui appuyait cet arrangement, leur aurait permis de s'acquitter de leurs obligations en matière de garde d'enfants.

[53] Le fonctionnaire a déclaré que le 30 juillet 2012, au moyen d'un courriel, Mme Allan lui avait demandé de remplir un autre questionnaire semblable à celui qu'il avait rempli en juin. Ses réponses lui avaient été transmises. Elle avait apporté des documents et son ordinateur portatif chez elle. Elle ne les avait pas sécurisés et ils avaient été volés. C'est pourquoi la direction lui avait demandé de remplir de nouveau les formulaires.

[54] Mme Allan avait inscrit des renseignements dans le questionnaire en se fondant sur les renseignements que le fonctionnaire avait déjà fournis. Elle voulait qu'il remplisse le reste pour s'assurer que la direction disposait de tous les renseignements et de tout renseignement supplémentaire qu'il souhaitait ajouter aux fins d'examen. Le formulaire partiellement rempli se lit comme suit :

[Traduction]

[...]

Q) Quel type de mesure d'adaptation demandez-vous? Veuillez expliquer vos circonstances particulières.

Mesure d'adaptation fondée sur la situation de famille.

***Trois quarts de travail par semaine entre le lundi et le vendredi, de 6 h à 17 h 30, selon les nécessités du service.**

Un quart de travail supplémentaire de 4,5 heures toutes les trois semaines.

Un quart de travail supplémentaire de 7,5 heures toutes les quatre semaines, lorsque cette période compte un jour férié.

En termes généraux, cela couvre entièrement les heures de travail sur une période de 28 jours.*

Q) Votre demande de mesures d'adaptation est-elle permanente ou temporaire?

Temporaire.

Q) Si la demande est temporaire, veuillez indiquer une date de fin estimative pour cette demande de mesures d'adaptation.

Septembre 2013 ou septembre 2014 selon la disponibilité.

Q) Quelles dispositions avez-vous actuellement en place pour la garde de votre enfant/vos enfants?

À l'heure actuelle, la garde des enfants est assurée à tour de rôle par les parents.

Q) Quelles mesures avez-vous prises à ce jour pour réduire au minimum le besoin de mesures d'adaptation?

- Êtes-vous actuellement inscrits à des listes d'attente pour des services de garde d'enfants?
- Veuillez fournir des détails (c.-à-d. combien?)
- Depuis combien de temps êtes-vous inscrits à chaque liste d'attente?
- Quelle est la date prévue de disponibilité pour votre enfant/vos enfants?

Il n'y a pas de garderie accréditée dans la nouvelle collectivité et, par conséquent, nous ne sommes inscrits à aucune liste d'attente.

Q) Quelles options ou solutions de rechange avez-vous envisagées ou poursuivies jusqu'à maintenant? (c.-à-d. **Garde à domicile, aide de la famille, etc.**)

L'école locale offre la maternelle, mais ma fille n'est pas admissible avant septembre 2013. Il n'y a pas de garderie intégrée à l'école pour le moment et il n'y a aucune garderie agréée dans la collectivité.

Nous n'avons accès qu'à un petit nombre de membres de la famille pour nous aider.

Q) Quelles sont vos préoccupations ou vos restrictions concernant ces options?

Q) Dans quelle mesure avez-vous communiqué avec les différents organismes dans votre collectivité et avez-vous communiqué avec les organismes des collectivités voisines?

Les options sont limitées en raison de l'emplacement éloigné.

Q) Votre partenaire/conjoint(e) ou vos membres de la famille ont-ils communiqué avec leur employeur au sujet de mesures d'adaptation? Quelles options leur sont offertes?

Comme nous sommes tous deux employés de Transports Canada, nous sommes tous les deux confrontés à la même situation.

Q) De quelles autres façons la direction peut-elle vous aider, autre que l'approbation d'un horaire de travail (de 12 heures)?

Télétravail.

Q) Avez-vous envisagé d'autres modalités de travail (c.-à-d. à temps partiel)?

Cette possibilité a été envisagée. Toutefois, cela ne serait pas faisable sur le plan financier.

[Je mets en évidence]

[55] Le fonctionnaire et sa conjointe sont retournés au travail en septembre 2012, alors qu'ils venaient de se marier à la fin de leur congé avec étalement du revenu. Du 1^{er} septembre au 1^{er} décembre 2012, ils ont travaillé de 6 h à 18 h 30 les mêmes jours de la semaine. Sa mère avait offert de s'occuper des enfants trois fois par semaine pendant quelques mois. Elle a dû abandonner ses activités caritatives. Elle estimait qu'il était important d'aider la famille.

[56] Le 18 septembre 2012, le fonctionnaire a envoyé un courriel à Mme Allan, indiquant qu'il demandait une entente pour un horaire de travail variable qui correspondait aux heures de travail indiquées par l'employeur, soit trois jours entre le lundi et le vendredi, de 6 h à 18 h, et des quarts de travail compensatoires, au besoin. Il a déclaré que cela correspondait aux nouvelles heures de travail et que cela n'aurait pu causer aucune contrainte pour l'employeur. L'entente était essentielle pour lui, car il était père d'un enfant de trois ans et il n'y avait pas de garderie dans son secteur géographique. Sa fille deviendrait admissible à la maternelle en septembre 2013, mais jusqu'à cette date, ses arrangements en matière de garde d'enfants étaient disparates, et ils dépendaient grandement de membres de la famille âgés et infirmes.

[57] Le fonctionnaire a également déclaré qu'il s'attendait à ce que sa demande soit rejetée, comme cela avait été le cas pour deux autres employés, et il a demandé des précisions sur la manière dont la décision serait prise dans son cas.

[58] Mme Allan lui a répondu par courriel le 25 septembre 2012, indiquant qu'elle avait tenté de communiquer avec lui, mais que sa boîte vocale était pleine, et qu'elle espérait discuter avec lui de ses questions. Elle a également offert de le rencontrer, lui et son superviseur, pour examiner les questions ou répondre à toute autre question qu'il pourrait avoir. Elle lui a également donné l'occasion de revoir et de compléter les questions par écrit et de les lui renvoyer comme il l'avait demandé à l'origine.

[59] Mme Allan l'a également informé que les questions qui lui avaient été envoyées avaient pour but de s'assurer que la direction disposait de tous les renseignements relatifs à sa demande et de lui donner l'occasion d'examiner et de confirmer les renseignements à des fins d'exactitude et de fournir des renseignements supplémentaires.

[60] Mme Allan a témoigné que les questions et les réponses qu'il avait initialement passées en revue lors de sa rencontre avec sa superviseure, ainsi que le courriel initial portant sur la demande de mesures d'adaptation, faisaient partie des articles volés. Les questions ont été examinées de nouveau pour s'assurer que les renseignements dont disposait la direction étaient exacts et pour donner l'occasion au fonctionnaire de fournir des renseignements supplémentaires. Elle a réitéré sa volonté de le rencontrer. Le même jour, il a répondu par courriel et a décrit sa position comme suit :

[Traduction]

[...]

Je vous informe très clairement que je n'ai pas de garderie avant septembre 2013. Je réside dans une région rurale éloignée. Il n'y a AUCUNE GARDERIE. Je dépends des grands-parents pour prendre soin d'eux, et ces arrangements sont fondés sur mes quarts de travail actuels. Les deux grands-mères sont âgées et ne sont pas en bonne santé. La mère de Renee a [...] le cancer et reçoit régulièrement des soins médicaux. Ma propre mère a de graves problèmes de dos.

Je suis un travailleur de poste depuis dix ans et j'ai accepté ce poste parce qu'il s'agissait d'un travail par poste. Toutes les dispositions que Renee et moi avons prises à l'extérieur de ce bureau sont fondées sur un principe de travail par poste. Nous faisons du covoiturage en fonction de cette prémisse et de la garde

qui est à notre disposition – la garde d'un enfant d'âge préscolaire et d'autres enfants d'âge scolaire – en fonction de mon travail par poste. Ces dispositions sont en place depuis plusieurs années.

En septembre 2013, [P] fréquentera la maternelle et j'aurai plus de souplesse.

La mesure d'adaptation que j'ai demandée respecte les heures de travail indiquées par l'employeur. Veuillez m'expliquer pourquoi une telle demande pourrait être refusée si elle respecte les heures et les jours de travail. L'employeur ne subira aucune contrainte, mais je subirai une perte de salaire et de congés.

Il incombe à l'employeur de prendre des mesures d'adaptation en fonction de la situation de famille et j'ai l'impression que cette responsabilité n'est pas reconnue.

Je suis obligé de poser ces questions par écrit, car j'estime que ce processus est suspect jusqu'à maintenant. Les critères ne sont pas clairs. Le processus n'est pas clair. Il n'est pas normal que vous soyez toujours chargée de l'affaire alors que les documents originaux ont disparu alors que vous en aviez la responsabilité.

Afin de me protéger, je demande une réponse écrite. Nous ne sommes qu'à 66 jours de la nouvelle « date limite » du 1^{er} décembre.

[...]

[61] On a demandé à Mme Allan comment elle caractériserait le niveau de coopération du fonctionnaire. Elle a répondu [traduction] « difficile » et a déclaré qu'il aurait été préférable d'avoir un dialogue ouvert plutôt que de communiquer uniquement par courriel.

[62] À la question de savoir quelles autres options auraient pu être envisagées en matière de garde d'enfants, Mme Allan a répondu qu'il y avait des garderies dans d'autres collectivités, des garderies privées ou des personnes formées à la garde d'enfants; le fonctionnaire et sa conjointe travaillent des quarts de travail différents pour éliminer une partie du besoin en matière de garde d'enfants.

D. Le témoignage du fonctionnaire sur les plans en matière de garde d'enfants et les efforts déployés

[63] Le fonctionnaire a témoigné que si leurs demandes de mesures d'adaptation avaient été accordées, l'une des options aurait consisté à ce qu'il travaille les lundis, mardis et mercredis et que sa conjointe travaille les mercredis, jeudis et vendredis. Une autre option consistait à ce qu'ils travaillent les mêmes jours puisqu'ils n'avaient qu'un seul véhicule.

[64] Au cours du contre-interrogatoire, le fonctionnaire a été interrogé au sujet de son courriel daté du 27 mai 2012 à Mme Buchanan dans lequel il a demandé une mesure d'adaptation. Le courriel énonce ce qui suit : [traduction] « Cette mesure d'adaptation est fondée sur la situation de famille, la non-disponibilité d'un service de garde approprié sur une période de cinq jours par semaine, et le covoiturage. »

[65] À la question de savoir pourquoi il a mentionné le covoiturage, il a répondu qu'il s'agissait d'une norme connue pour l'établissement des horaires des superviseurs et des membres du personnel. On lui a demandé s'il avait souhaité faire du covoiturage avec sa conjointe. Il a répondu qu'ils avaient souhaité faire du covoiturage et travailler les mêmes jours. Ils n'auraient eu à faire le trajet que trois jours par semaine.

[66] À la question de savoir si, lorsqu'ils ont fait leur planification, ils ont envisagé la garde de P trois jours par semaine. Le plaignant a répondu par l'affirmative. Il a réitéré que lorsqu'ils ont décidé d'acheter la maison, ils avaient prévu travailler les mêmes heures afin de pouvoir faire du covoiturage. Cela faisait partie de cette planification. Ils avaient prévu de faire du covoiturage pendant cette période ou pendant une partie de celle-ci. On lui a demandé de confirmer que sa demande de mai 2012 était de travailler trois quarts de travail de 12 heures consécutifs. Il a répondu par l'affirmative et a déclaré qu'il avait espéré être autorisé à travailler du mardi au jeudi, ou trois jours par semaine, et que sa conjointe travaillerait les mêmes quarts de travail.

[67] Le fonctionnaire a expliqué que si l'employeur avait pris des mesures d'adaptation à l'égard de son horaire et de celui de sa conjointe en prévoyant trois quarts de travail de 12 heures, avec la participation de sa mère et l'appui de cette dernière de l'arrangement, ses besoins en matière de garde d'enfants auraient été satisfaits. Si aucune mesure d'adaptation n'avait été approuvée, l'incidence aurait été extrême s'ils devaient tous deux travailler du lundi au vendredi. Ils n'auraient pas été à la maison pendant la semaine pour s'occuper de leur enfant. Si lui et sa conjointe avaient travaillé 9,75 heures par jour, cela aurait signifié la nécessité qu'une autre personne fournisse des services de garde d'enfant quatre jours par semaine pour assurer la garde d'enfants.

[68] À la question de savoir quelle aurait été la situation en matière de garderies à Hockley si sa conjointe et lui avaient chacun travaillé quatre jours par semaine, il a répondu que la garderie accréditée la plus proche se trouvait à Orangeville, où il n'y

avait qu'une garderie. Toutefois, les heures d'ouverture et de ramassage ne correspondaient pas à ses quarts de travail. Ils ne pouvaient pas déposer ou ramasser l'enfant de manière fiable. Orangeville est à 25 minutes de route de Hockley.

[69] On lui a demandé s'il y avait des villes près de Hockley où il y avait des garderies. Il n'y avait rien à proximité de Hockley. Il n'y avait pas de services de garde d'enfants avant ou après l'école pour leur fils à Hockley. Leur fille vivait à la maison et fréquentait l'école secondaire à Alliston. Elle se rendait à l'école et en revenait en autobus scolaire. Elle n'arrivait pas chez elle avant 16 h 30 ou 17 h.

[70] Sa mère résidait à Oakville, soit à 90 minutes de route de Hockley. Elle est une fonctionnaire fédérale à la retraite. Elle a travaillé avec des organismes de bienfaisance et humanitaires. Elle était rémunérée pour une partie du travail et faisait du bénévolat pour d'autres parties. Ils n'avaient pas de membres de la famille élargie disponibles à l'échelle locale.

[71] Sa conjointe et lui ont discuté de ce qu'ils feraient relativement à la garde des enfants. Ils ont décidé qu'ils n'accepteraient pas de placer leur enfant dans une garderie non accréditée. Leurs principales préoccupations étaient la sûreté, la sécurité et le bien-être. Si la garderie ne satisfaisait pas aux normes de soin d'une garderie accréditée, ils n'étaient pas à l'aise de laisser leur enfant et n'envisageraient pas ce choix.

[72] Étant donné que lui et sa conjointe occupaient des postes d'inspecteur chargé de réglementer et d'effectuer des inspections de contrôle pour les voyageurs, afin de s'assurer que les exigences relatives à la délivrance de permis étaient respectées, il en allait de même pour quelque chose comme les garderies.

[73] Lorsqu'une personne confie son enfant à quelqu'un d'autre, elle veut savoir qu'il y a une surveillance et que la personne fournit les soins appropriés. Il ne laisserait pas sa voiture chez un mécanicien non breveté pour faire réparer ses freins. Le même concept s'applique à une garderie non accréditée. Il n'envisagerait pas de placer son enfant dans une telle garderie. Il ne ferait aucun compromis.

[74] Il a exprimé des préoccupations au sujet des prédateurs. Un enfant de trois ans n'aurait pas la capacité de l'informer de la possibilité qu'il soit maltraité. Il n'était pas disposé à jeter les dés. À l'époque, plusieurs histoires avaient été diffusées dans les

médias, dont une dans laquelle un enfant était décédé dans l'incendie d'une garderie non accréditée, et une autre dans laquelle un enfant avait été trouvé assis dans la saleté. Ce n'étaient pas des risques qu'il était prêt à prendre.

[75] Ils n'embauchaient pas de gardiens ou de gardiennes. Les enfants plus âgés ou sa mère étaient les gardiens. Les enfants de cet âge, trois ans, ne faisaient pas de soirées pyjama. Ce type de soirées n'avait pas lieu avant que les enfants ne soient assez grands. On lui a demandé ce qu'il aurait fait si la seule option possible avait été de placer l'enfant dans une garderie non agréée. Il a répondu qu'il aurait quitté son emploi et que la sécurité de sa famille et de son enfant était la priorité.

[76] En contre-interrogatoire, à la question de savoir si, avant de déménager, il avait recueilli des renseignements sur la disponibilité des garderies, il a répondu qu'il ne savait pas si une telle recherche avait été activement entreprise. Sa conjointe et lui pensaient qu'ils travailleraient les mêmes trois jours par semaine, qu'ils feraient du covoiturage et qu'ils prendraient des dispositions pour la garde de P pendant ces trois jours.

[77] Lorsqu'ils ont décidé d'acheter la maison, ils avaient prévu de travailler les mêmes heures afin de pouvoir faire du covoiturage. Cela faisait partie de cette planification. Ils avaient prévu de faire du covoiturage pendant cette période ou pendant une partie de celle-ci.

[78] À la question de savoir s'ils avaient été inscrits à une liste d'attente pour des services de garde d'enfants, il a déclaré qu'ils avaient été inscrits à une liste d'attente à Toronto pour des services de garde d'enfants et qu'il avait fallu six ans avant qu'une place ne soit disponible. Il a confirmé qu'ils n'avaient figuré sur aucune autre liste d'attente pour une garderie.

[79] On lui a demandé s'ils avaient effectué des recherches pour trouver des fournisseurs de services de garde d'enfants à l'extérieur de Hockley. Il a déclaré que sa résidence à Hockley est à 60 minutes de route de l'aéroport Pearson et qu'il y a peu de grandes collectivités le long du trajet. On lui a demandé s'ils avaient effectué une recherche en matière de garde d'enfants à Brampton. Il a déclaré que Brampton se trouve à une grande distance à l'ouest de Hockley et de l'aéroport Pearson. Il a été interrogé au sujet de Vaughn. Il a été interrogé au sujet de Bolton et a répondu que la ville se trouve quelque part à Mississauga, au-delà de l'aéroport Pearson.

[80] En réinterrogatoire, il a été interrogé quant à la distance entre Vaughn et Hockley. Il a affirmé que Vaughn se trouve à peu près à mi-chemin entre l'aéroport Pearson et son domicile. L'emplacement de la ville ne cadrerait pas avec son trajet. Le trajet depuis son domicile était d'environ une heure. Il fallait environ 45 minutes pour se rendre à Vaughn. Il fallait de 30 à 35 minutes pour faire le trajet entre Vaughn et l'aéroport Pearson sur les routes régionales. Il a déclaré que la circulation sur l'échangeur entre l'autoroute 400 et l'autoroute 401 est un « véritable chaos ». Le trajet peut prendre 40 minutes. Il devait être au bureau pour 8 h et devait déposer son enfant avant 8 h. Il a ensuite déclaré que, dans des conditions normales, il s'agit d'un trajet de deux heures. Il ne se sentirait pas en sécurité sur les routes de terre et les routes de comté qui ne sont pas déneigées. La vallée de Hockley est connue pour être située dans la Ceinture de neige.

[81] Il a été interrogé au sujet des services de garde d'enfants à Brampton. Il a déclaré que la situation à Brampton n'était pas très différente de celle à Vaughn. La distance est à peu près la même.

[82] Il a été interrogé au sujet des services de garde d'enfants à Mississauga. Il a déclaré qu'il aurait dû dépasser l'aéroport Pearson et aller plus loin pour se rendre à Mississauga. Les garderies aux endroits où il en avait besoin ne prenaient pas d'inscriptions. Il faut une heure pour se rendre à l'aéroport Pearson et de 20 à 30 minutes pour se rendre à une garderie ayant les commodités nécessaires.

[83] Il a été interrogé au sujet de ses préoccupations relativement au fait d'emmener sa fille à l'une de ces garderies. Les premières heures de la journée ne convenaient pas à leur enfant. Il tenait compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le fait de réveiller son enfant à 4 h ne constituait pas une option. Bolton concordait avec l'aéroport Pearson, mais leurs heures d'ouverture ne concordait pas avec ses quarts de travail. Cet endroit ne constituait pas une option. En cas d'urgence ou de menace, il faut assurer la sécurité.

E. Le témoignage de Mme Soeterik sur les plans en matière de garde d'enfants et les efforts déployés

[84] Mme Soeterik a également présenté une demande de mesures d'adaptation à l'égard des heures de travail pour les mêmes motifs que le fonctionnaire. Elle a fait référence à son courriel du 27 mai 2012 à Michael Dunning, le surintendant des

opérations de la sûreté aérienne, qui était son superviseur, au sujet des mesures d'adaptation liées à l'horaire. Elle a demandé des mesures d'adaptation pour les heures de travail à compter de septembre 2012, compte tenu du courriel de M. Bayliss. Elle a demandé trois quarts de travail par semaine entre le lundi et le vendredi, de 6 h à 17 h 30, selon les nécessités du service, un quart de travail supplémentaire toutes les 3 semaines de 4,5 heures, et un quart de travail supplémentaire toutes les 4 semaines de 7,5 heures lorsque la période en question comptait un jour férié.

[85] Elle a affirmé que la mesure d'adaptation était [traduction] « [...]fondée sur la situation de famille, la non-disponibilité d'un service de garde approprié sur une période de cinq jours par semaine, et le covoiturage ». Elle a déclaré que cette mesure d'adaptation lui aurait permis de gérer ses heures de travail et de s'occuper de ses enfants tout en répondant aux nécessités du service. Ces heures de travail correspondaient aux heures de travail qu'elle effectuait auparavant.

[86] À la question de savoir comment cet horaire de travail par poste était lié à celui du fonctionnaire, elle a affirmé qu'elle aurait travaillé les lundis, mardis et mercredis et qu'il aurait travaillé les mercredis, jeudis et vendredis. Les deux auraient été présents les mercredis pour assister aux réunions du personnel. Cela aurait permis à un parent de s'occuper directement des enfants quatre jours par semaine. La mesure d'adaptation n'aurait été nécessaire que de septembre 2012 à septembre 2013, ce qui aurait limité leur nécessité d'organiser la garde d'enfants à un jour par semaine. Cette solution était beaucoup plus viable que de recourir à une garderie cinq jours par semaine.

[87] En juin 2012, Mme Soeterik a eu une entrevue en personne avec M. Dunning pour discuter de sa demande de mesures d'adaptation. Lors de cette réunion, il lui a demandé où elle résidait et quelles garderies étaient disponibles dans la région. Elle a fourni des renseignements sur les ressources disponibles en matière de garde d'enfants. Elle lui a envoyé un courriel le 20 juin 2012 pour ajouter au contenu de leur entrevue. Le courriel se lisait en partie comme suit :

[Traduction]

[...]

[...] *Nous avons confirmé que notre nouvelle collectivité n'a pas de garderie agréée. L'école locale offre la maternelle, mais [P] n'y est pas admissible avant septembre 2013. Il n'y a pas de garderie*

intégrée à l'école et il n'y a pas de garderie agréée dans la collectivité. Nous n'avons pas d'autre choix que de nous occuper des enfants à domicile. Cette situation est particulièrement stressante pour nous puisque nous travaillons tous les deux à Transports Canada et que nous partageons donc exactement les mêmes restrictions. Nous n'avons accès qu'à un peu de services de garde d'enfants offerts par des membres de la famille, mais le reste doit être équilibré entre Boris et moi. De plus, nous avons un autre enfant qui fréquente l'école primaire et qui n'a pas accès à un service de garde après l'école, car ce service n'est pas offert dans notre collectivité.

[...]

[88] Elle a déclaré que leur maison est l'une de seulement cinq maisons autour d'un lac et qu'elle n'était pas à l'aise de laisser son fils seul. Elle a relu le courriel et a déclaré que son contenu était exact. M. Dunning a répondu que les renseignements fournis seraient pris en considération. Ils ont fourni une quantité importante de renseignements de nature délicate sur les membres de leur famille, et la direction s'est montrée capricieuse et insensible à leur égard.

[89] On a demandé à Mme Soeterik combien de fois elle avait rencontré M. Dunning à ce sujet. Il était son superviseur. Ils se sont rencontrés; il y avait beaucoup de questions. Elle a été interrogée au sujet d'un courriel qu'elle avait reçu de M. Dunning daté du 28 juin 2012 concernant sa demande de mesures d'adaptation. Dans ce courriel, il la remerciait de l'avoir rencontré pour lui fournir des renseignements supplémentaires ou des éclaircissements à l'appui de sa demande de mesures d'adaptation. Il l'a informée que de telles demandes étaient examinées en fonction de chaque cas. Il a réitéré qu'à compter du 1^{er} septembre 2012, la couverture complète des opérations était attendue de 8 h à 16 h, du lundi au vendredi, et que pendant la période d'examen de sa demande, il lui demandait de continuer à déployer tous les efforts possibles pour satisfaire aux nouvelles exigences en matière d'heures de travail. Mme Soeterik a conclu que sa demande serait accordée et a déclaré [traduction] « Absolument ». Donc, des dispositions ont été prises.

[90] En ce qui concerne les fournisseurs de services de garde d'enfants dans la collectivité environnante, Orangeville est à proximité. Le temps de déplacement est d'environ 20 à 25 minutes. Il s'agit d'une route de gravier. L'autoroute 9 jusqu'à Orangeville est également disponible. Hockley reçoit une grande quantité de neige en hiver. À la question de savoir dans quelle mesure il aurait été viable de se rendre à

Orangeville pour obtenir des services de garde d'enfants, elle a répondu que cela aurait été difficile d'un point de vue géographique. Les heures de garderie ne correspondaient pas à leurs heures de travail par poste.

[91] On a demandé à Mme Soeterik de supposer que la garderie ouvrait ses portes à 6 h, ce qui n'était pas le cas. Elle a répondu qu'il leur aurait fallu retourner sur la route vers l'aéroport, ce qui aurait ajouté 50 minutes par jour pour déposer et ramasser P. Ils se sont accordé une heure pour se rendre de Hockley à l'aéroport Pearson seulement. Le trajet était d'environ 50 à 55 minutes.

[92] À la question de savoir s'ils avaient présenté une demande dans une garderie à Brampton, elle a répondu que cette ville ne faisait pas partie de leur collectivité. Elle n'était pas connue. Brampton ne correspondait pas avec leur itinéraire de déplacement.

[93] Mme Soeterik a ensuite affirmé qu'à ce moment-là, elle avait un enfant de 12 ans à la maison. Elle aurait donc dû laisser son enfant de 12 ans à la maison pour monter seul dans l'autobus scolaire. Elle n'était pas seulement responsable de P; elle était aussi responsable de W. « I » allait à l'école secondaire à Alliston, qui était à 40 minutes de route en autobus scolaire. Son fils fréquentait une autre école. Ils ne pouvaient pas prendre le même autobus scolaire.

[94] Mme Soeterik a été interrogée au sujet de la disponibilité des membres de sa famille. Elle avait une sœur qui vivait à Londres, en Angleterre, et sa belle-mère résidait à Oakville. Son père était en soins palliatifs et sa mère se trouvait à Amsterdam, aux Pays-Bas.

[95] Il faut environ une heure pour faire le trajet entre Oakville et Hockley. Sa belle-mère avait sa propre vie, mais elle pouvait aider de temps à autre. Cette aide était limitée par leurs heures de travail.

[96] À la question de savoir si elle avait envisagé des garderies non agréées, elle a affirmé ce qui suit : [traduction] « Comme c'est mon enfant, ce serait indiscutable. » Elle et le fonctionnaire travaillaient dans le domaine de l'application de la loi. Ils n'apporteraient pas leur voiture chez un mécanicien non agréé. Ils n'ont absolument pas envisagé une garderie non agréée.

[97] À la question de savoir si l'un de leurs autres enfants avait été placé dans une garderie non agréée, elle a affirmé qu'elle ne voulait pas être trop macabre, mais qu'il

est certain que lorsqu'on a des enfants, on entend parler d'autres situations. Par exemple, elle a entendu parler d'une enfant qui a perdu la vie à Guelph dans une garderie non agréée. Elle a entendu parler d'autres incidents survenus dans des garderies non agréées. Elle avait déjà pris sa décision, en ce sens qu'elle s'efforçait de donner ce qu'il y a de mieux à la population dans le cadre de sa carrière en assurant la surveillance et en réalisant des enquêtes. Les mêmes notions s'appliquaient à cette situation.

[98] Si une garderie non agréée avait été la seule option, elle a déclaré qu'elle aurait probablement abandonné son emploi.

[99] Au cours du contre-interrogatoire, Mme Soeterik a été interrogée au sujet de son courriel daté du 15 janvier 2014 à Shawn Fields, un agent des relations de travail de l'agent négociateur, et à Justin Filion, un agent des relations de travail de l'employeur, qu'elle avait adressé à M. Filion. Elle l'avait envoyé en réponse à la demande de la direction d'obtenir des renseignements supplémentaires concernant son dossier de grief. Le courriel se lit comme suit :

[Traduction]

[...]

Veillez prendre note que M. Milinkovich et moi avons fourni tous les renseignements demandés par la direction (le 25 mai 2012) à Mike Dunning et à Maureen Buchanan en juin 2012. Les renseignements étaient détaillés et précis; ils comprenaient notamment le nom de l'école de mon fils, l'heure à laquelle mon fils arrivait à la maison, lorsque la maison était vide, l'heure à laquelle nous partons pour le travail le matin, et un résumé détaillé de la situation des garderies dans notre région. Ces renseignements étaient Protégés B et ont été perdus par l'employeur - plus particulièrement par un membre de l'équipe des RH à partir du coffre de sa voiture.

La perte de ces renseignements a eu de profondes répercussions sur nos vies, car nous vivons dans un endroit éloigné et nous avons pris très au sérieux la menace de voir nos renseignements personnels détaillés tomber entre les mains de voleurs.

Nous avons également fourni ces renseignements à l'audience au troisième palier. Le fait est que nous vivons à l'extérieur de Hockley, en Ontario, et nous n'avons pas accès à des garderies agréées. Il n'y a pas de garderie à Hockley et il n'y en a pas non plus à Mono Mills, la ville la plus proche. Nous n'avions donc que peu d'options pour la garde de notre fille d'âge préscolaire. Comme nous l'avons indiqué à l'audience au troisième palier, nous avons fait venir ma mère d'Europe par avion pour s'occuper de

nos enfants, ALORS qu'elle recevait un traitement pour [...] un cancer.

L'école de notre fils, Adjala Central Public School, n'offre pas de services de garde après l'école. Par conséquent, nous sommes les seuls responsables de la garde de jour et de la garde après l'école de nos enfants de 3 et 11 ans.

Nous estimons donc avoir fourni tous les renseignements nécessaires pour rendre une décision dans cette affaire. Veuillez me faire part d'une décision à ce palier, car nous nous adresserons à la CRTFP, au besoin.

[...]

[100] Le 1^{er} août 2012, Mme Soeterik a été informée que sa demande ne satisfaisait pas au seuil d'approbation des mesures d'adaptation fondées sur la situation de famille. Elle a également été informée que la direction était disposée à prolonger ses heures de travail en vigueur à l'époque pour une durée maximale de trois mois. Elle a été invitée à fournir à son superviseur ses heures de travail en fonction des quatre options disponibles pendant les heures normales décrites dans le courriel de mai, et ce, dès que possible.

[101] Elle a été interrogée au sujet d'un courriel que M. Bayliss lui avait envoyé, avec une copie conforme à M. Dunning, intitulé [traduction] « Heures de travail - Compte rendu de la réunion - 1^{er} août 2012 ». Il résume la discussion qui a eu lieu entre Mme Soeterik, M. Bayliss et M. Dunning le 1^{er} août 2012 au sujet de sa demande de mesures d'adaptation. Au cours de cette réunion, elle a été informée que la direction avait examiné les renseignements qu'elle avait fournis et qu'elle avait déterminé que sa demande ne satisfaisait pas au seuil d'approbation des mesures d'adaptation fondées sur la situation de famille. Une prolongation d'une durée maximale de trois mois lui a été accordée relativement à ses heures de travail à ce moment-là et elle a été invitée à fournir à M. Dunning ses heures de travail demandées en fonction des quatre options pendant les heures normales, et ce, dès que possible.

[102] Mme Soeterik a affirmé que sa demande avait été refusée. À l'époque, elle était à la maison avec étalement du revenu et elle considérait la situation comme extrêmement difficile. Elle se considérait comme une personne raisonnable et optimiste. Elle croyait que la mesure d'adaptation consistant à demander de travailler pendant les heures de service était raisonnable. Elle a été refusée. Ils se sont retrouvés dans une situation difficile à gérer avant leur mariage.

[103] Elle a ajouté qu'aucune explication n'avait été fournie quant à la manière dont ils ne satisfaisaient pas au seuil. Ils ont demandé cette explication à maintes reprises. Aucune explication n'a jamais été donnée. Les règles du jeu ont été changées. Selon la seule exigence, les heures de travail prévues devaient être entre les heures de service, soit entre 6 h et 18 h.

[104] À la question de savoir si l'employeur lui avait demandé des renseignements supplémentaires lors de la réunion du 1^{er} août 2012, elle a affirmé qu'elle ne s'en souvenait pas.

F. Le refus de la demande de mesures d'adaptation du fonctionnaire

[105] Le 4 octobre 2012, le fonctionnaire a également été informé que sa demande ne satisfaisait pas au critère des mesures d'adaptation pour situation de famille. Une prolongation de trois mois lui a été accordée relativement à ses heures de travail en vigueur à l'époque et il a été invité à fournir à son superviseur ses heures de travail en fonction des quatre options.

[106] Le fonctionnaire a fait référence à un courriel de M. Bayliss daté du 11 octobre 2012 qui résumait la discussion qu'il avait eue avec le fonctionnaire et Mme Buchanan le 4 octobre 2012 au sujet de sa demande de mesures d'adaptation. Le courriel se lit en partie comme suit :

[Traduction]

[...]

Conformément à ce qui a été discuté, nous reconnaissons que la transition du travail par poste à des heures de jour a été stressante, mais il s'agit d'une décision nationale que nous devons respecter. Nous nous excusons du temps qu'il a fallu pour examiner votre demande de mesures d'adaptation et nous déployons tous les efforts raisonnables pour nous assurer que nous faisons preuve de diligence raisonnable dans la réalisation d'un examen approfondi et dans la tenue de consultations, au besoin, au sujet de votre demande.

Vous avez été informé que nous avons examiné les renseignements que vous nous avez fournis jusqu'à maintenant et que nous avons déterminé que votre demande ne satisfait pas au seuil d'approbation de mesures d'adaptation fondées sur la situation de famille. Nous vous avons également informé que nous étions prêts à accorder une prolongation jusqu'au 1^{er} décembre 2012, en nous attendant à ce que si vous êtes en mesure de satisfaire à l'exigence plus tôt, vous le fassiez. Conformément à notre discussion, vous

devez fournir à Maureen les heures de travail demandées en fonction des quatre (4) options fournies pendant les heures normales décrites dans mon courriel de mai, et ce, dès que possible.

[...]

[107] À la question de savoir si l'employeur avait fourni des détails sur la raison pour laquelle le seuil d'approbation des mesures d'adaptation fondées sur la situation de famille n'avait pas été satisfait, il a répondu par la négative.

G. L'examen par l'employeur des demandes de mesures d'adaptation

[108] M. Bayliss a été interrogé au sujet des étapes qu'il avait suivies pour trancher la demande de mesures d'adaptation du fonctionnaire. L'élément déclencheur a été que le fonctionnaire a présenté sa demande. Sa superviseure aurait demandé aux Ressources humaines de l'examiner. Dans son cas, en raison de sa situation de famille, il n'a fourni aucun renseignement supplémentaire. La superviseure et l'équipe des Ressources humaines souhaitaient déterminer les renseignements supplémentaires nécessaires pour comprendre la situation. On lui a demandé s'ils ont eu des échanges et il a été interrogé au sujet de certaines des difficultés à obtenir les renseignements. Ils voulaient des renseignements complets. Certaines questions sont demeurées sans réponse.

[109] Le processus a été suivi jusqu'à ce qu'il ait été communiqué qu'il n'y avait pas de renseignements supplémentaires à fournir. Il n'y avait pas de garderie dans la collectivité immédiate. Peu d'autres renseignements ont été fournis. Il y a eu un léger décalage. Le fonctionnaire était en congé en juin, en juillet et en août. La discussion a commencé sérieusement en septembre.

[110] M. Bayliss disposait de renseignements selon lesquels il n'existait aucune garderie dans la collectivité immédiate du fonctionnaire. Il a donc rencontré le fonctionnaire et sa superviseure le 4 octobre 2012 pour communiquer sa décision de refuser la demande du fonctionnaire, compte tenu des renseignements dont il disposait à cette date. Il a informé le fonctionnaire qu'il prolongerait la période de septembre à décembre en s'attendant à ce que, si le fonctionnaire était en mesure de satisfaire à l'exigence plus tôt, il le fasse. Ce délai supplémentaire devait permettre au fonctionnaire de fournir des renseignements supplémentaires à l'appui de sa demande.

Il a été renvoyé à son courriel daté du 11 octobre 2012 dans lequel il a résumé la discussion du 4 octobre.

[111] Conformément à ce qui a été discuté à la réunion, il a reconnu que la transition du travail par poste à des heures de jour était stressante, mais qu'il s'agissait d'une décision de portée nationale. Il a présenté ses excuses pour le temps qu'il a fallu pour examiner sa demande, mais la direction a pris le temps de recueillir le plus de renseignements que possible. Il a tenté de faire preuve de diligence raisonnable.

[112] Comme il a été indiqué, il a informé le fonctionnaire que les renseignements qu'il avait fournis jusqu'à maintenant ne satisfaisaient pas au seuil et qu'il était disposé à recevoir tout renseignement supplémentaire que le fonctionnaire souhaitait fournir ou de prendre les dispositions nécessaires pour la garde d'enfants avant le 1^{er} décembre.

[113] On a demandé à M. Bayliss ce qu'il voulait dire lorsqu'il a déclaré que le fonctionnaire n'avait pas satisfait au seuil d'approbation des mesures d'adaptation fondées sur la situation de famille. Lorsque le fonctionnaire a demandé des mesures d'adaptation, l'employeur lui a aussitôt demandé des documents justificatifs. Il s'agit d'un processus collaboratif. Il devait comprendre ses besoins en matière de mesures d'adaptation. Dans le présent cas, il n'a pas reçu les renseignements nécessaires pour comprendre les difficultés auxquelles il était confronté. Des réponses complètes n'ont pas été données aux questions.

[114] Par exemple, avec quelles garderies ont-ils communiqué et dans quelles collectivités, c.-à-d. Woodbridge ou Mississauga? Existait-il des garderies le long de leur trajet entre Hockley et l'aéroport Pearson? Quels efforts ont-ils déployés? Le fonctionnaire et sa conjointe travaillaient-ils des jours différents? S'ils s'occupaient eux-mêmes de leur enfant, quels efforts ont-ils déployés pour respecter la modification des heures?

[115] Si le fonctionnaire et sa conjointe avaient communiqué avec des garderies, il se peut qu'elles n'aient pas eu de disponibilités et qu'ils aient dû être inscrits à une liste d'attente. L'employeur n'a reçu aucun renseignement concernant de tels efforts. Qu'en était-il du fait qu'ils ne fassent pas du covoiturage tous les jours? Ils auraient pu travailler 7,5 heures par jour, compte tenu des heures de la garderie. Ont-ils examiné ces options et ont-ils indiqué toutes les mesures qu'ils avaient prises, de façon à dire

« Voici la preuve. Nous avons essayé. Nous pouvons maintenant déterminer si nous pouvons trouver une solution ».

[116] Voilà ce à quoi s'attendait l'employeur, mais qu'il n'a pas obtenu. Il ne s'est jamais rendu au stade où il pouvait offrir des options. C'est ce qu'il voulait dire lorsqu'il a déclaré que le fonctionnaire n'avait pas satisfait au seuil.

[117] Selon ce que M. Bayliss a compris, la conjointe du fonctionnaire avait présenté une demande de mesures d'adaptation identique à celle que le fonctionnaire avait présentée. Sa demande initiale était semblable et a été refusée pour les mêmes raisons que celle du fonctionnaire, à savoir le manque de renseignements fournis à l'époque.

[118] M. Bayliss l'a rencontrée le 1^{er} août 2012. Il a reconnu que la transition était stressante. Il lui a indiqué que la demande de mesures d'adaptation n'avait pas satisfait au seuil. Il a prolongé la date au 1^{er} décembre. Il s'agissait essentiellement du même message que celui communiqué au fonctionnaire. À la question de savoir pourquoi il avait accordé une prolongation jusqu'au 1^{er} décembre, il a dit qu'il souhaitait faire deux choses. Il voulait donner au fonctionnaire et à sa conjointe plus de temps pour fournir des renseignements qui auraient pu changer sa décision ou pour prendre des dispositions en matière de garde d'enfants, compte tenu de la modification des heures de travail qui entrerait en vigueur le 1^{er} décembre.

[119] Il a été interrogé au sujet de leurs horaires de travail avant la modification. Ils avaient des heures de travail différentes. Le fonctionnaire commençait à 4 h. Mme Soeterik commençait à 6 h. Parfois, ils travaillaient les mêmes jours. En mars 2012, ils ont tous les deux commencé à 6 h. Certains jours, ils travaillaient les mêmes quarts de travail; d'autres jours, ce n'était pas le cas.

[120] L'horaire de travail par poste pour l'exercice 2012-2013 a commencé le 19 mars 2012. Cette semaine-là, Mme Soeterik a travaillé de 6 h à 18 h 30 le lundi, le mardi et le jeudi. Le fonctionnaire a travaillé les mêmes heures le mardi, le jeudi et le vendredi. Certaines semaines, aucun des deux ne travaillait le mercredi. Cette tendance s'est poursuivie. Certains jours, ils travaillaient le même quart de travail, soit de 6 h à 18 h 30.

[121] En juin, ils ont commencé à travailler les mêmes heures les mêmes jours, soit de 6 h à 18 h, jusqu'à ce qu'ils prennent leur congé avec étalement du revenu. En

septembre 2012, ils ont travaillé les mêmes heures les mêmes jours, soit de 6 h à 18 h 30, et ont continué la plupart du temps les mardis, les mercredis et les jeudis jusqu'en décembre.

[122] Selon ce qu'il a compris, le fonctionnaire et Mme Soeterik avaient déménagé à la fin de mai ou de juin. Autrement, il n'était au courant d'aucun autre changement à leur situation.

[123] Il leur a accordé une prolongation afin qu'ils puissent continuer leurs quarts de travail de 12 heures jusqu'en décembre. Il leur a accordé la liberté de choisir leurs heures de travail parmi les mêmes choix que ceux offerts en avril 2012, soit 7,5 heures ou un certain nombre de quarts de travail variables, y compris un quart de travail variable de 9,375 heures.

[124] En contre-interrogatoire, M. Bayliss a été interrogé au sujet d'un document intitulé [traduction] « Demandes relatives à l'obligation de prendre des mesures d'adaptation ». On lui a demandé s'il l'avait vu. Il a déclaré qu'il l'avait probablement vu, mais qu'il ne s'en souvenait pas précisément. Il a été interrogé au sujet de la page 4 et de la section intitulée [traduction] « Étapes à suivre par les gestionnaires », en particulier à l'étape 2, qui stipule que [traduction] « le gestionnaire doit demander des renseignements supplémentaires, au besoin ». Il a affirmé que l'employé doit fournir les renseignements.

[125] On a demandé à M. Bayliss si la direction avait des questions précises et si elle aurait demandé au fonctionnaire de fournir les renseignements. Il a déclaré qu'il y avait des questions. Plus tôt dans la journée, une discussion avait été tenue sur les garderies à d'autres endroits. Il a répondu par l'affirmative. Il s'agissait de l'une des questions posées. Il se peut que celle-ci ait donné lieu à d'autres questions.

[126] On a demandé à M. Bayliss de confirmer qu'il n'avait pas participé à la collecte des renseignements. Il avait demandé au fonctionnaire s'il avait reçu tous les renseignements qu'ils recevraient. Il a répondu que le fonctionnaire avait répondu par l'affirmative. On lui a demandé s'il était à l'aise. Il a répondu par l'affirmative. Il était convaincu qu'il ne recevrait pas d'autres renseignements.

[127] M. Bayliss a été interrogé au sujet du processus suivi dans le cas du fonctionnaire. Il a dit qu'il y avait eu un décalage, car le fonctionnaire était en congé

avec étalement du revenu. Le fonctionnaire n'était pas aussi coopératif que l'employeur l'aurait souhaité. Sa superviseure et les Ressources humaines ont éprouvé des difficultés à obtenir des renseignements de lui.

[128] On lui a demandé de confirmer que le fonctionnaire avait rencontré Mme Buchanan en juin 2012 et qu'il savait que certains renseignements avaient été volés. Il a affirmé qu'il le savait et a reconnu que la conseillère en Ressources humaines avait été victime de vol. Il a déclaré que c'est la raison pour laquelle les Ressources humaines ont communiqué de nouveau avec le fonctionnaire et lui ont demandé les renseignements. Il ne sait pas si elles ont demandé des renseignements supplémentaires, mais il savait que l'employeur avait communiqué de nouveau avec le fonctionnaire.

H. Le fonctionnaire demande un horaire de travail variable

[129] Le 10 octobre 2012, le fonctionnaire a écrit à Mme Buchanan pour lui demander un horaire de travail variable à compter du 4 décembre 2012. Il a demandé les mardis, les mercredis et les jeudis, de 6 h à 18 h. Il a fait référence à la clause 25.05 de la convention collective, qui prévoit que, sous réserve des nécessités du service telles que déterminées par l'employeur, l'employé a le droit de demander de travailler selon un horaire flexible entre 6 h et 18 h et il a affirmé que sa demande d'horaire de travail variable cadrerait avec les heures normales fondées sur les nécessités du service. Le même jour, dans un courriel adressé à M. Dunning, Mme Soeterik a demandé les mêmes quarts de travail.

[130] Mme Buchanan a envoyé sa réponse le 22 octobre 2012. Elle a de nouveau cité les principes directeurs nationaux pour la détermination des heures de travail énoncés dans le courriel du 25 mai 2012 de M. Bayliss, qui ont été réitérés lors de leur discussion du 4 octobre. Elle lui a demandé de soumettre à nouveau sa demande de semaine de travail variable de manière à ce qu'elle corresponde à l'une des options proposées, soit 8,035, 8,333 ou 9,375 heures de travail par jour.

[131] M. Bayliss a été renvoyé à un courriel daté du 10 octobre 2012, de Mme Soeterik à M. Dunning, dans lequel elle demandait un horaire de travail variable à compter du 4 décembre 2012, les mardis, les mercredis et les jeudis de 6 h à 18 h et, toutes les deux semaines, les lundis, les mardis et les mercredis de 6 h à 18 h et les vendredis de 6 h à 12 h 30.

[132] M. Dunning a répondu le 22 octobre qu'elle devait lui fournir dès que possible ses heures de travail demandées en fonction des quatre (4) options fournies pendant les heures normales, à savoir 8,035, 8,333 ou 9,375 heures chaque jour.

[133] Le fonctionnaire a déclaré que lorsque sa demande a été refusée, il a choisi le quart de travail variable le plus long, soit 9,375 heures par jour, quatre jours par semaine. À la question de savoir comment il s'est acquitté de ses obligations en matière de garde d'enfants, il a déclaré que sa belle-mère était venue des Pays-Bas pour s'occuper des enfants à domicile. Il y a eu des complications parce qu'elle avait subi une chimiothérapie aux Pays-Bas. Il a affirmé qu'il n'y avait pas d'autre option que de voir l'un des deux quitter son travail. Sa belle-mère est restée avec eux pendant plus d'un an, jusqu'à ce que P commence la maternelle et qu'ils n'aient plus besoin de services de garde d'enfants toute la journée pour P.

[134] Après le 1^{er} décembre 2012, le fonctionnaire et Mme Soeterik ont commencé à travailler quatre jours par semaine, de 6 h à 16 h. M. Bayliss n'a reçu aucun autre renseignement ni aucune autre demande.

I. Le grief

[135] Le 5 décembre 2012, le fonctionnaire a déposé un grief qui indiquait ce qui suit : [traduction] « Je présente un grief en vertu de l'Article 19 de la convention collective. » Sous la rubrique « Mesure corrective demandée », il a déclaré ce qui suit : [traduction] « Pour être indemnisé intégralement, je demande le respect de mes droits et le remboursement de toutes mes dépenses, ainsi que le versement de dommages pour douleur et souffrance. »

[136] Le 31 mai 2013, l'employeur a communiqué sa réponse au grief au deuxième palier, rejetant le grief. Le 4 avril 2014, il a communiqué la réponse au grief au troisième palier, rejetant également le grief. La réponse au troisième palier énonce en partie ce qui suit :

[Traduction]

[...]

[...] il incombe à l'employeur de cerner et d'éliminer les obstacles discriminatoires qui peuvent avoir une incidence négative sur la capacité d'une personne d'accomplir son travail et de prendre des mesures d'adaptation à l'égard de l'employé jusqu'au point de subir une contrainte excessive, si la demande est justifiée.

D'autre part, il incombe à l'employé de communiquer le besoin d'une mesure d'adaptation à son gestionnaire, de collaborer avec l'organisation en fournissant des renseignements pertinents et appropriés à l'appui de la demande de mesures d'adaptation, et d'informer l'employeur si des mesures d'adaptation doivent être modifiées. L'employé doit d'abord tenter de concilier tout conflit entre le travail et ses obligations en matière de garde d'enfants, y compris explorer des solutions de rechange réalistes et les options disponibles, avant de présenter à l'employeur une demande de mesures d'adaptation en milieu de travail. Le refus de l'employé de permettre à l'employeur d'obtenir les renseignements nécessaires pourrait constituer un facteur décisif pour déterminer si l'employeur s'est acquitté de ses responsabilités légales relatives à l'obligation de prendre des mesures d'adaptation.

La direction vous a remis un questionnaire visant à obtenir des éclaircissements quant à la nature du conflit entre votre travail et vos obligations parentales, ainsi que sur les mesures que vous avez prises en premier lieu pour explorer des solutions de rechange réalistes et les options qui vous sont offertes à l'extérieur du lieu de travail. Même si la modification des heures de travail peut vous avoir obligé à modifier votre horaire familial et à prendre des dispositions pour la garde de vos enfants, la direction a expliqué que vous n'aviez pas démontré comment vous aviez déployé des efforts raisonnables et pris des mesures raisonnables pour explorer les options disponibles à l'extérieur du lieu de travail avant de vous adresser à Transports Canada. Par conséquent, les renseignements fournis étaient insuffisants pour étayer votre demande de mesures d'adaptation. Néanmoins, la direction vous a donné un préavis prolongé et plusieurs options pour vous aider à prendre les dispositions nécessaires en matière de garde d'enfants.

[...]

IV. Question – l'approche énoncée dans *Johnstone* devrait-elle être rejetée?

[137] Dans *Johnstone*, la CAF a conclu que, dans le cadre du critère permettant d'établir s'il y a eu discrimination dans les cas concernant la situation de famille en raison de responsabilités en matière de garde d'enfants, un demandeur devait établir qu'il avait déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants au moyen de solutions de rechange raisonnables et qu'aucune de ces solutions n'était raisonnablement réalisable.

[138] Le fonctionnaire a fait valoir que, selon les décisions récentes de la Cour suprême du Canada et des cours d'appel provinciales, il ne devrait exister aucune variation dans le critère juridique de la discrimination *prima facie* et que la Commission devrait appliquer le critère uniforme de la preuve *prima facie*, qui exige

que le plaignant, dans un cas concernant les droits de la personne, établisse ce qui suit :

- a) il possède une caractéristique qui le protège de la discrimination;
- b) il a été lésé;
- c) la caractéristique protégée est l'un des facteurs pour lesquels il a été lésé.

[139] Si la Commission rejette les arguments du fonctionnaire et applique le critère établi dans *Johnstone* aux faits du cas, la question consiste donc à savoir s'il a établi qu'il a déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants au moyen de solutions de rechange raisonnables et qu'aucune de ces solutions n'était raisonnablement réalisable.

[140] Si la Commission accepte les arguments du fonctionnaire et applique le critère uniforme de la preuve *prima facie* aux faits du présent cas, la question consiste donc à savoir si le fonctionnaire a établi qu'il a satisfait à ce critère.

A. L'argumentation du fonctionnaire

[141] Dans *Johnstone*, la CAF a statué que le critère de discrimination *prima facie* peut être adapté pour différents motifs de discrimination, citant *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, à l'appui de la proposition selon laquelle une preuve *prima facie* de discrimination sera établie en tenant compte de la nature du motif de distinction illicite en litige. À partir de cette base, la Cour a énoncé précisément ce critère pour établir une discrimination *prima facie* fondée sur la situation de famille :

- a) la personne assume l'entretien et la surveillance de l'enfant;
- b) l'obligation en cause relative à la garde des enfants fait jouer sa responsabilité légale envers l'enfant et il ne s'agit pas simplement d'un choix personnel;
- c) la personne en question a déployé les efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants en explorant des solutions de rechange raisonnables et aucune de ces solutions n'est raisonnablement réalisable;
- d) la règle attaquée régissant le milieu de travail doit entraver d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité de s'acquitter de ses obligations relatives à la garde des enfants.

[142] La Commission doit s'écarter du critère énoncé dans *Johnstone* en ce qui concerne la discrimination fondée sur la situation de famille. Cette question relève de l'exception restreinte à la doctrine du *stare decisis* - à la lumière des nouvelles

questions de droit soulevées à la suite de d'évolutions importantes du droit, ainsi que des éléments de preuve qui changent radicalement la donne, le critère énoncé dans *Johnstone* ne s'applique plus. (Remarque : Le principe du *stare decisis* (respect des précédents) exige que les juges suivent les décisions antérieures (précédents) d'autres juges des cours supérieures qui exercent leur pouvoir de surveillance sur eux et de la Cour suprême du Canada sur la même question. La Cour d'appel fédérale exerce un pouvoir de surveillance sur la Commission.)

[143] La jurisprudence de la Cour suprême du Canada a évolué depuis *Johnstone*. Elle s'est écartée d'une approche qui permet une adaptation du critère de la preuve *prima facie* de discrimination. Ce changement fondamental du droit tient également compte des décisions relatives à la situation de famille rendues dans d'autres administrations, ainsi que des commentaires des universitaires sur la question.

[144] De façon générale, la Commission est contrainte par la doctrine verticale du *stare decisis* à suivre les jugements de la CAF. Une cour ou un tribunal inférieur peut s'écarter du précédent d'une cour supérieure uniquement dans les deux circonstances restreintes suivantes (tirées de *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72) :

- 1) « [...] de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d'une évolution importante du droit [...] »;
- 2) « [...] une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne. »

[145] Dans *Gueye c. Conseil du Trésor (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2022 CRTESPF 41, on a demandé à la Commission de s'écarter de *Johnstone* et d'appliquer le critère uniforme à trois volets de la preuve *prima facie*. Toutefois, la Commission n'a pas examiné la question de savoir si le cas relevait des exceptions à la doctrine du *stare decisis* dans cette décision, concluant que le résultat serait le même, peu importe le critère appliqué.

1. Évolution du droit

[146] Dans *Bedford*, la Cour suprême du Canada a expliqué qu'un décideur d'instance inférieure peut s'écarter d'un précédent contraignant à la suite d'une évolution importante du droit, en expliquant que « [c]ette approche met en balance les impératifs que sont le caractère définitif et la stabilité avec la reconnaissance du fait qu'une juridiction inférieure doit pouvoir exercer pleinement sa fonction lorsqu'elle est aux prises avec une situation où il convient de revoir un précédent ».

2. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada depuis *Johnstone*

[147] Dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, qui a été rendue quelques mois après *Johnstone*, la Cour suprême du Canada a été appelée à se prononcer directement sur le niveau de preuve requis à l'étape de la preuve *prima facie* de l'analyse de la discrimination. Elle a conclu qu'il n'existe qu'un seul critère de discrimination *prima facie* et qu'il ne peut pas être modifié en fonction du motif de discrimination allégué.

[148] Même si la décision dans *Bombardier* a été rendue dans le contexte de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (chapitre c-12; la « *Charte* »), elle a depuis été appliquée dans le contexte fédéral par la Cour fédérale et le Tribunal canadien des droits de la personne (le « Tribunal »).

[149] Dans *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 CSC 30, la Cour suprême du Canada a réitéré que le critère à trois volets de la discrimination *prima facie* ne pouvait pas être modifié, en concluant comme suit : « [...] je ne vois aucune raison de modifier le critère servant à établir s'il y a discrimination *prima facie* en y ajoutant une quatrième exigence, soit la nécessité de conclure à un processus décisionnel stéréotypé ou arbitraire ». Plus récemment, dans *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, la Cour a encore une fois affirmé une « approche unifiée » pour prouver qu'il y a eu discrimination.

[150] La jurisprudence de la Cour suprême du Canada depuis *Johnstone* tient compte d'un changement important du droit en ce qui concerne l'analyse de la discrimination. Elle ne laisse tout simplement pas place à un critère juridique modifié de discrimination *prima facie* fondée sur le motif de distinction illicite précis soulevé. Compte tenu de cette jurisprudence, la Commission doit faire abstraction du critère énoncé dans *Johnstone* et appliquer le critère uniforme de la preuve *prima facie* énoncé par la Cour suprême du Canada.

3. Cas portant sur la situation de famille dans d'autres administrations

[151] Les cours et les tribunaux d'autres administrations ont suivi les directives énoncées par la Cour suprême du Canada et ont refusé d'appliquer un critère juridique différent de discrimination *prima facie* dans les cas de discrimination fondée sur la situation de famille.

[152] Dans *Misetich v. Value Village Stores Inc.*, 2016 HRTO 1229, le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario a rejeté l'idée selon laquelle un critère juridique différent s'applique dans les cas de discrimination fondée sur la situation de famille par rapport à d'autres formes de discrimination. Cette décision a été citée avec approbation, notamment par la Cour d'appel de l'Alberta dans *United Nurses of Alberta v. Alberta Health Services*, 2021 ABCA 194.

[153] Dans *United Nurses of Alberta*, la Cour d'appel de l'Alberta a examiné l'approche adoptée dans *Johnstone* à la lumière de l'évolution du droit, y compris la jurisprudence la plus récente de la Cour suprême du Canada. La Cour a finalement rejeté l'approche adoptée dans *Johnstone*, confirmant l'état actuel du droit selon lequel il ne devrait exister aucune variation dans le critère juridique de la discrimination *prima facie*.

[154] La Commission doit suivre ces évolutions du droit. En appliquant l'approche appliquée dans ces décisions, elle doit rejeter le critère énoncé dans *Johnstone* en faveur du critère uniforme de la preuve *prima facie*.

4. Les commentaires des universitaires

[155] La question du critère juridique approprié pour la discrimination dans le contexte de la situation de famille a fait l'objet de commentaires des universitaires depuis le jugement de la CAF dans *Johnstone*. Les universitaires ont relevé bon nombre des lacunes critiques mentionnées précédemment dans la présente décision et ont soulevé d'autres préoccupations fondamentales quant à l'application d'un critère différent à la discrimination fondée sur la situation de famille par rapport à la discrimination fondée sur d'autres motifs illicites.

[156] En premier lieu, ils soutiennent que l'analyse dans *Johnstone* est incompatible avec l'approche générale et ciblée de l'interprétation des obligations en matière de droits de la personne. En deuxième lieu, ils expliquent la façon dont l'approche adoptée dans *Johnstone* donne lieu à une hiérarchie des motifs protégés, ce qui va à l'encontre de toute interprétation raisonnable des droits de la personne. En troisième lieu, ils soutiennent que l'approche adoptée dans *Johnstone* fausse l'analyse appropriée des effets néfastes de la discrimination, ce qui donne lieu à une analyse intrusive et unilatérale.

[157] Dans *Bedford*, la Cour suprême du Canada a expliqué que les éléments de preuve peuvent changer radicalement la donne en ce qui concerne une question, permettant encore une fois de s'écarter d'un précédent par ailleurs contraignant. Dans le présent cas, les éléments de preuve changent radicalement la donne. Ce type d'éléments de preuve n'a pas été présenté ou pris en considération dans *Johnstone* et illustre la raison pour laquelle l'approche adoptée dans *Johnstone* en matière de mesures d'adaptation relative à la situation de famille est irrémédiablement viciée.

[158] Pris ensemble, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, les décisions rendues dans d'autres administrations et les commentaires des universitaires mènent inexorablement à la conclusion que le droit a radicalement changé par rapport à l'approche adoptée dans *Johnstone*.

[159] En outre, les éléments de preuve dans ce cas avaient radicalement changé la donne. Dans *Johnstone*, la Cour d'appel fédérale ne s'est pas penchée directement sur la question de savoir qui évalue si une option en matière de garde d'enfants est une solution de rechange raisonnable qui est raisonnablement réalisable, car cette question n'a pas été soulevée dans les faits de ce cas. Cette question devait être tranchée en fonction de chaque cas. Dans le présent cas, l'employeur a remis en question les décisions parentales du fonctionnaire et les a rejetées.

[160] La Commission doit refuser d'appliquer le critère établi dans *Johnstone*. Elle devrait plutôt appliquer le critère uniforme de la preuve *prima facie* de discrimination énoncé par la Cour suprême du Canada.

B. Argumentation de l'employeur

[161] Le fonctionnaire a allégué qu'il avait été victime de discrimination en raison de sa situation de famille relativement à ses obligations en matière de garde d'enfants.

[162] Dans *Johnstone*, la CAF a établi la nature des éléments de preuve qui doivent être présentés pour permettre de satisfaire aux exigences des multiples éléments de l'analyse dans les cas de discrimination dans le contexte particulier des mesures d'adaptation liées à la garde d'enfants. Depuis *Johnstone*, la Commission et le Tribunal ont constamment suivi l'approche énoncée par la CAF.

[163] Contrairement à ce qui a été déclaré au nom du fonctionnaire, la commissaire Perrault a clairement indiqué ce qui suit dans sa récente décision rendue dans *Gueye* selon laquelle *Johnstone* s'applique toujours :

[...]

[80] Dans United Nurses, la Cour d'appel de l'Alberta a jugé que le critère établi dans Johnstone pour décider de la discrimination à première vue était erroné, parce que le troisième facteur créait en quelque sorte une obligation d'auto-adaptation pour le plaignant, ce qui ne correspond pas au critère de discrimination à première vue établi dans Moore par la Cour suprême du Canada. La mesure d'adaptation fait partie de l'analyse de la défense, car si l'employeur a une obligation d'offrir des mesures d'adaptation, cette obligation est néanmoins partagée - le plaignant doit participer à la recherche et accepter une mesure qui, sans être parfaite, est raisonnable.

[81] Le fonctionnaire m'a invité à m'écarter de Johnstone pour retenir l'analyse dans United Nurses. La Commission étant un tribunal administratif fédéral dont les décisions sont contrôlées par la Cour d'appel fédérale, je vois difficilement comment je pourrais m'écarter de la jurisprudence de celle-ci. La décision Johnstone n'a pas été renversée par la Cour suprême du Canada. Elle tient toujours.

[...]

[Je mets en évidence]

[164] Dans *Bird c. Première Nation Paul*, 2022 TCDP 17, le Tribunal a indiqué ce qui suit : « L'intimée a raison de dire que l'arrêt *Johnstone* a établi le critère applicable permettant de conclure à l'existence d'une discrimination *prima facie* fondée sur les obligations en matière de garde d'enfants au sens de la LCDP. »

[165] Le fonctionnaire a fait valoir que la Cour suprême du Canada s'est écartée de l'approche établie dans *Amselem*, à laquelle la CAF a fait référence dans *Johnstone*. Toutefois, la Cour suprême du Canada a fait référence à *Amselem* en 2018 dans *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32.

[166] La jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada n'a pas invalidé *Johnstone*. Au contraire, les décisions qui ont suivi ont confirmé l'approche proposée par la CAF dans *Johnstone*, tout en citant avec approbation *Amselem*, que la CAF a invoquée lorsqu'elle a rendu sa décision dans *Johnstone*.

[167] Les critères énoncés dans *Johnstone* ne modifient pas le critère de la preuve *prima facie* de discrimination énoncé par la Cour suprême du Canada dans *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61. Ils aident plutôt les décideurs fédéraux à déterminer la façon dont un demandeur peut démontrer que sa situation correspond à la définition de « situation de famille », de la même façon que la Cour suprême du Canada dans *Amselem* définit la « liberté de religion » et décrit l'exigence en matière de preuve pour l'établir.

[168] En ce qui concerne le motif protégé de la situation de famille, dans *Johnstone*, la CAF a expressément déclaré qu'il y a des limites à la portée de la protection offerte par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (L.R.C. (1985), ch. H-6; *LCDP*) à l'étape de la preuve *prima facie*, comme suit :

[...]

[68] [...] le type précis d'activités relatives à la garde des enfants qui sont envisagées par le motif de distinction illicite fondé sur la situation de famille appelle un examen attentif. En principe, les motifs de distinction illicite visent des caractéristiques personnelles immuables ou considérées immuables et les types de besoins en matière de garde d'enfants visés par la situation de famille doivent par conséquent posséder une caractéristique immuable ou considérée immuable.

[69] Il importe par ailleurs de ne pas banaliser la législation sur les droits de la personne en étendant la protection en matière de droits de la personne aux choix familiaux personnels tels que l'inscription des enfants à des cours de danse, les activités sportives telles que les tournois de hockey et d'autres activités semblables relevant d'un choix personnel [...]

[...]

[88] Normalement, les parents disposent de diverses possibilités pour s'acquitter de leurs obligations parentales. On ne peut donc affirmer qu'une obligation relative à la garde des enfants a empêché un employé de remplir ses obligations professionnelles, à moins que cette personne n'ait pu trouver aucune solution de rechange raisonnable pour faire garder ses enfants. Ce n'est que lorsque l'employé a cherché sans succès une solution de rechange raisonnable pour s'acquitter de ses obligations liées à la garde des enfants et qu'il demeure incapable de remplir ses obligations parentales qu'une preuve de discrimination est établie de prime abord.

[...]

[Je mets en évidence]

[169] En déclarant cela, la Cour a clairement reconnu que tout conflit affirmé entre la vie familiale d'une personne et son milieu de travail ne constitue pas une discrimination *prima facie*. Chaque cas exige plutôt une analyse factuelle particulière. Même si elle est souvent utilisée de façon officieuse, l'expression « auto-adaptation » est trompeuse, car elle confond le fardeau de discrimination *prima facie* imposé au demandeur et le fardeau de réfutation imposé au défendeur. Aucune obligation de prendre des mesures d'adaptation n'est imposée tant que le demandeur n'a pas démontré qu'il a un besoin fondé sur un motif protégé. Si le demandeur est en mesure de trouver d'autres solutions de rechange raisonnables pour les situations de prestation de soins, l'obstacle à l'emploi n'est pas causé par la situation de famille, mais plutôt par son mode de vie ou ses préférences. Le mode de vie et les préférences ne peuvent pas constituer le fondement d'une discrimination *prima facie*.

[170] Le fonctionnaire a invoqué le paragraphe 69 de *Bombardier* pour faire valoir que la Cour suprême du Canada a conclu qu'il n'existe qu'un seul critère de discrimination *prima facie* et qu'il ne peut pas être modifié en fonction du motif de la discrimination. Le paragraphe 69 de *Bombardier* doit être lu en réponse à l'argument que la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a fait valoir dans son mémoire et que la Cour a répété comme suit au paragraphe 57 et dans d'autres :

[...]

[55] Comme nous l'avons mentionné précédemment, le recours entrepris en vertu de la Charte comporte une démarche à deux volets qui impose successivement au demandeur et au défendeur un fardeau de preuve distinct. Notre Cour ne s'est toutefois jamais clairement exprimée sur le degré de preuve inhérent au fardeau du demandeur. Force est aussi de reconnaître que l'utilisation des expressions « discrimination prima facie » et « preuve prima facie de discrimination » ont pu entraîner une certaine confusion relativement aux contours du degré de preuve.

[56] À notre avis, bien que dans le cadre d'un recours fondé sur la Charte, tant le demandeur que le défendeur soit assujetti à un fardeau de preuve distinct, et que l'on exige du premier, non pas la preuve d'un « lien causal », mais plutôt d'un simple « lien » ou « facteur », il n'en demeure pas moins que le demandeur doit démontrer, par prépondérance des probabilités, l'existence des trois éléments constitutifs de la discrimination. Pour cette raison, l'existence du « lien » ou du « facteur » doit être établie par preuve prépondérante.

[57] Au soutien de ses prétentions à ce sujet, la Commission se réfère dans son mémoire à des passages des arrêts O'Malley et Moore à l'égard du concept de discrimination prima facie, mais les

conclusions qu'elle en tire quant au degré de preuve imposé au demandeur sont ambiguës. À l'audience, la Commission a défini la preuve *prima facie* comme étant « une preuve suffisante jusqu'à preuve du contraire d'un motif discriminatoire comme un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable » : transcription, p. 11-12. **La Commission soutient que « le test *prima facie* doit être flexible et tenir compte du contexte » et que « [l]e contexte a donc une influence sur l'articulation du fardeau d'un demandeur et le degré de preuve requis » : *ibid.*, p. 16. Pour la Commission, « la preuve circonstancielle que devra administrer le demandeur sera selon un seuil de preuve bas » : *ibid.*, p. 18. Toujours selon la Commission, l'existence de la discrimination *prima facie* n'a donc pas à être établie selon la norme de la prépondérance des probabilités, et c'est uniquement lorsque le défendeur soumet une preuve contraire — et ainsi explique sa décision — que le Tribunal doit se prononcer suivant cette norme. Essentiellement, la Commission plaide que la notion de discrimination *prima facie* entraîne un allègement du degré de preuve requis.**

[58] De son côté, Bombardier prétend que le concept de preuve *prima facie* de discrimination ne s'entend pas d'une preuve « approximative » de discrimination. Il s'agit plutôt d'une « preuve [qui] en elle-même, en l'absence de toute contradiction établie est complète et suffisante [...] pour établir sur une base de prépondérance des probabilités le lien entre la décision dont on attaque le fondement et [...] le motif interdit de discrimination » : transcription, p. 89. Selon Bombardier, le tribunal doit évaluer si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le demandeur a établi, par prépondérance des probabilités, l'existence de discrimination à son égard. Si c'est le cas, le défendeur peut tout de même présenter une défense de justification, dont la preuve lui incombe.

[59] **À notre avis, Bombardier a raison de soutenir que la norme de preuve fondée sur la prépondérance des probabilités habituellement requise en droit civil s'applique en l'espèce. Dans un contexte de discrimination, l'expression « *prima facie* » ou « à première vue » ne renvoie qu'au premier volet de la démarche à suivre et ne modifie aucunement le degré de preuve applicable. Cette conclusion est incontournable à la lumière de la jurisprudence de notre Cour.**

[...]

[Je mets en évidence]

[171] Ce bref examen de la jurisprudence démontre que l'utilisation de l'expression « discrimination *prima facie* » peut être expliquée très simplement en fonction du critère à deux volets applicable aux plaintes de discrimination en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* (constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.)). Cette expression ne vise que les trois éléments que le

demandeur doit établir au premier volet. Si aucune justification n'est établie par le défendeur, la preuve de ces trois éléments, selon la prépondérance des probabilités, sera suffisante pour qu'un tribunal conclue qu'il y a eu violation de l'article 10 de la *Charte*. Si, en revanche, le défendeur réussit à justifier sa décision ou sa conduite, il n'y aura pas eu violation, même s'il est conclu qu'il y a eu discrimination *prima facie*. En pratique, cela signifie que le défendeur peut soit présenter des éléments de preuve pour réfuter l'allégation de discrimination *prima facie*, soit présenter une défense pour justifier la discrimination, ou les deux.

[172] Par conséquent, l'utilisation de l'expression « discrimination *prima facie* » ne doit pas être considérée comme un assouplissement de l'obligation du demandeur de convaincre un tribunal selon la norme de preuve de la prépondérance des probabilités, qu'il doit quand même respecter. Cette conclusion est en fait étayée par le passage de la décision *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 (« *O'Malley* »), précitée, dans laquelle la Cour a déclaré que l'affaire doit être « complète et suffisante », c'est-à-dire, qu'elle doit correspondre au niveau de preuve requis en droit civil.

[173] La décision *Johnstone*, en établissant des cadres de preuve pour guider les décideurs dans l'évaluation d'une preuve *prima facie*, ne crée pas une « hiérarchie des droits »; elle reconnaît que l'exigence en matière de preuve variera nécessairement en fonction de l'élément factuel du motif en litige et elle fournit des éclaircissements aux décideurs sur la façon d'aborder cette tâche lorsqu'ils sont saisis d'une demande fondée sur la situation de famille. Cette approche est conforme à celle adoptée dans *Bombardier*.

[174] Dans *Flatt c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 250, la CAF a confirmé comme suit que le critère établi dans *Johnstone* est compatible avec *Moore* :

[...]

[26] *Que les motifs de discrimination invoqués soient liés au sexe ou à la situation familiale, les plaignants doivent d'abord soumettre une preuve prima facie qu'ils présentent une caractéristique justifiant une protection contre la discrimination, qu'ils ont été lésés dans le cadre de leur emploi et que la caractéristique protégée est l'un des facteurs pour lesquels ils ont été lésés. S'ils réussissent à faire cette preuve, l'employeur doit, pour réfuter l'allégation, démontrer que la pratique ou la politique en cause découle d'une exigence professionnelle justifiée et qu'il*

n'aurait pu prendre des mesures d'adaptation à l'égard des personnes concernées sans subir une contrainte excessive (arrêt Johnstone, au paragraphe 76).

[27] Lors de l'audition de la présente demande, les deux parties se sont entendues sur la façon d'appliquer ce critère. La question de la preuve prima facie de discrimination devrait être tranchée à la lumière des facteurs énoncés dans l'arrêt Johnstone, peu importe le fondement sur lequel repose l'examen de la discrimination alléguée, c'est-à-dire le sexe ou la situation familiale. Je suis d'accord.

[28] Cela étant dit, il faut s'abstenir d'appliquer ces facteurs de manière aveugle, sans tenir compte des circonstances particulières de la demanderesse, dont la situation diffère sensiblement de celle de M^{me} Johnstone. Le résultat de l'examen des faits à la lumière de ce critère est déterminant quant à l'issue du grief. À cet égard, il faut se rappeler que le critère relatif à la preuve prima facie de discrimination « est nécessairement souple et dépend des circonstances parce qu'il est appliqué dans des affaires présentant des variations factuelles diverses et impliquant des motifs de discrimination variés » (arrêt Johnstone, au paragraphe 83). Les facteurs énoncés dans l'arrêt Johnstone devraient également être appliqués en tenant compte du contexte.

[...]

[175] La Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'autorisation d'appel du jugement de la CAF dans *Flatt*.

[176] Contrairement à *Stewart, Johnstone* n'ajoute aucune exigence au critère de la discrimination *prima facie*, comme l'ajout d'une quatrième exigence consistant en une conclusion de prise de décisions stéréotypées ou arbitraires.

[177] En ce qui concerne les autres administrations, on ne peut pas prétendre que *Johnstone* ne constitue plus une référence. Par exemple, dans une décision récente, le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario a fait référence à *Johnstone* et a déclaré que, de façon générale, les tribunaux ont conclu que la situation de famille en vertu des lois sur les droits de la personne vise les obligations en matière de garde d'enfants qui mettent en jeu la responsabilité légale d'un parent envers un enfant. En 2018, après la décision *Misetich*, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a appliqué les critères établis dans *Johnstone* et *Misetich* et est parvenue à la même conclusion. Dans l'appel, la Cour divisionnaire de l'Ontario de la Cour supérieure de justice a mentionné que les motifs de décision de la première instance traitaient de deux courants

jurisprudentiels importants en Ontario concernant la discrimination fondée sur la situation de famille, soit *Johnstone* et *Misetich*.

[178] Dans *Board of Education of Regina School Division No. 4 of Saskatchewan v. Canadian Union of Public Employees, Local 3766*, 2018 CanLII 122658 (SK LA), le décideur a indiqué ce qui suit :

[Traduction]

[...]

100. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que la fonctionnaire n'a pas établi une preuve prima facie de discrimination fondée sur la situation de famille. Afin de parvenir à cette conclusion, nous étions d'avis que les trois premiers facteurs de Johnstone relatifs aux obligations en matière de garde d'enfants en vertu du motif de la situation de famille sont les plus utiles pour guider le premier facteur du critère à trois volets établi dans Moore, tandis que le quatrième facteur de Johnstone sert à guider le deuxième élément du critère établi dans Moore.

[...]

[179] On ne peut pas non plus prétendre que le critère établi dans *Moore* constitue la seule approche en dehors de *Johnstone*. En 2022, la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans le cadre d'un contrôle judiciaire d'une ordonnance du Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique datée du 3 novembre 2020, concernant la discrimination fondée sur la situation de famille, a indiqué ce qui suit au paragraphe 110 de *Gibraltar Mines Ltd. v. Harvey*, 2022 BCSC 385 (CanLII) :

[Traduction]

[110] Même si les références de Suen à la première partie du critère à deux volets faisaient partie des remarques incidentes, elles ne comportent aucun élément accessoire ou collatéral. À mon avis, en confirmant que Campbell River établit un critère à deux volets qui comprend l'exigence d'une modification d'une condition d'emploi, la Cour d'appel, dans Suen, avait clairement l'intention de fournir une orientation. Cette partie de la décision doit être considérée comme faisant autorité et est donc exécutoire. Il s'ensuit donc que Suen et Campbell River ne peuvent pas être interprétées conformément au critère établi dans Moore et je dois conclure que l'interprétation par le Tribunal de la Colombie-Britannique du critère applicable à la discrimination prima facie fondée sur la situation de famille en matière d'emploi était erronée.

[180] Enfin, les éléments de preuve dans le présent cas ne diffèrent pas de façon importante de ceux dans *Johnstone* ou des autres cas que la Commission, le Tribunal et la Cour fédérale ont tranchés en se fondant sur *Johnstone*.

[181] Par conséquent, la Commission doit suivre la doctrine du *stare decisis* et appliquer *Johnstone*, comme il est indiqué dans *Gueye*, au paragraphe 81.

C. Évolution de la situation après l'audience

[182] Le 13 juin 2023, la CAF a rendu sa décision dans *Tarek-Kaminker v. Canada (Attorney General)*, 2023 FCA 135, dans laquelle elle a examiné la façon dont la Commission a traité l'allégation de discrimination de Mme Tarek-Kaminker fondée sur la situation de famille. La CAF a examiné le critère applicable pour établir une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille au niveau fédéral et a appliqué la décision *Johnstone*.

[183] Mme Tarek-Kaminker a fait valoir que la Commission avait mal appliqué le critère de la discrimination *prima facie* fondée sur la situation de famille, ce qui a entraîné l'imposition d'un critère plus exigeant que celui qui s'applique aux autres motifs de discrimination. Elle devait s'exposer à une enquête très envahissante sur tous les aspects de sa vie. Elle devait démontrer un niveau d'auto-adaptation exceptionnellement élevé.

[184] Voici un extrait de cette décision, aux pages 26 à 28 :

[Traduction]

[...]

[91] *Même si le critère de discrimination fondée sur la situation de famille n'est pas uniforme partout au pays, les parties conviennent que le critère applicable pour établir une preuve prima facie de discrimination fondée sur la situation de famille au niveau fédéral est celui énoncé dans une décision de la Cour, soit Johnstone, précitée.*

[92] *Dans Johnstone, la Cour a conclu qu'il ne devrait pas y avoir de hiérarchie en matière de droits de la personne. Par conséquent, le critère qui doit s'appliquer pour pouvoir conclure à une discrimination de prime abord fondée sur le motif interdit de la situation de famille doit être essentiellement le même que celui qui s'applique dans le cas des autres motifs énumérés de discrimination : Johnstone, précitée, au par. 81.*

[93] *Dans Johnstone, la Cour a ensuite adopté la définition de « preuve prima facie » fournie par la Cour suprême du Canada*

dans Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears, 1985 CanLII 18 (CSC), [1985] 2 R.C.S. 536. Dans cette affaire, la Cour suprême a conclu qu'une preuve prima facie de discrimination est celle qui « porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l'absence de réplique de l'employeur intimé » : au par. 28.

[94] Étant donné que la discrimination prima facie fondée sur différents motifs de distinction illicites peut survenir dans diverses situations factuelles différentes, le critère à appliquer doit nécessairement être flexible et contextuel : Johnstone, précitée, aux par. 81 et 83. Comme l'a souligné la Cour dans Commission des droits de la personne c. Canada (Procureur général), 2005 CAF 154, un critère juridique souple en ce qui concerne l'établissement de la preuve prima facie de discrimination « permet mieux que d'autres critères plus précis de promouvoir l'objet général sous-tendant la Loi canadienne sur les droits de la personne, à savoir l'élimination, dans la sphère de compétence législative fédérale, de la discrimination en matière d'emploi » : au par. 28.

[95] La Cour a également reconnu que les types précis d'éléments de preuve et de renseignements qui peuvent être pertinents ou utiles pour établir l'existence d'une preuve de discrimination de prime abord dépendent en grande mesure du motif de distinction illicite en cause : Johnstone, précitée, au par. 84.

[96] Dans cette optique, la Cour a conclu au paragraphe 93 de Johnstone qu'afin d'établir une preuve prima facie de discrimination en milieu de travail fondée sur le motif de distinction illicite de la situation de famille du fait des obligations liées à la garde d'enfants, le demandeur doit établir ce qui suit :

- i) qu'il assume l'entretien et la surveillance d'un enfant;
- ii) que l'obligation en cause relative à la garde des enfants fait jouer sa responsabilité légale envers cet enfant et qu'il ne s'agit pas simplement d'un choix personnel;
- iii) que la personne en question a déployé les efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants en explorant des solutions de rechange raisonnables et qu'aucune de ces solutions n'est raisonnablement réalisable;
- iv) que la règle attaquée régissant le milieu de travail entrave d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité de s'acquitter de ses obligations liées à la garde des enfants.

[97] La Cour a précisé le troisième facteur du critère établi dans Johnstone (parfois appelé l'obligation d'« auto-adaptation »), expliquant qu'un demandeur devra démontrer que ni lui ni son conjoint n'est en mesure de s'acquitter de ses obligations liées à la garde des enfants tout en conservant son emploi. Le demandeur

devra également démontrer qu'ils n'ont pas raisonnablement accès à des services de garde d'enfants ou à des mesures de substitution qui leur permettraient de respecter leurs obligations professionnelles, de sorte qu'il est aux prises avec un véritable problème en ce qui concerne la garde d'enfants. Chaque cas est essentiellement un cas d'espèce : *Johnstone*, précité, au par. 96.

[98] Les conflits entre les obligations professionnelles et les responsabilités familiales ne constituent pas tous une discrimination *prima facie*. Normalement, les parents disposent de diverses possibilités pour s'acquitter de leurs obligations parentales. On ne peut donc affirmer qu'une obligation relative à la garde des enfants a empêché un employé de remplir ses obligations professionnelles, à moins que cette personne n'ait pu trouver aucune solution de rechange raisonnable pour faire garder ses enfants. Ce n'est que lorsque l'employé a cherché sans succès une solution de rechange raisonnable pour s'acquitter de ses obligations liées à la garde des enfants et qu'il demeure incapable de remplir ses obligations parentales qu'une preuve de discrimination fondée sur la situation de famille est établie de prime abord : *Johnstone*, précitée, au par. 88.

[...]

[185] Le 20 juin 2023, la Commission a écrit aux parties pour leur demander de présenter des arguments sur la pertinence, le cas échéant, de la décision de la CAF dans *Tarek-Kaminker*.

1. Arguments du fonctionnaire

[186] La décision rendue dans *Tarek-Kaminker* n'a aucun rapport avec la principale question de droit dont la Commission est saisie dans le présent cas. La principale question consiste à déterminer si la Commission doit s'écarter du critère énoncé dans *Johnstone* pour la discrimination fondée sur la situation de famille, en fonction de l'exception très étroite à la doctrine du *stare decisis*. Selon la position du fonctionnaire, la Commission doit s'écarter de *Johnstone*, en raison de l'évolution importante du droit lié à l'analyse de la discrimination *prima facie* et en raison des éléments de preuve dans des cas subséquents qui changent radicalement la donne.

[187] Le critère applicable à la discrimination fondée sur la situation de famille n'était pas en litige dans *Tarek-Kaminker*. Au contraire, comme la Cour l'a fait remarquer au paragraphe 91, le critère applicable pour établir une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille au niveau fédéral est celui énoncé dans *Johnstone*. Selon le motif de contrôle judiciaire lié à la question de la situation de famille dans *Tarek-Kaminker*, la Commission avait commis une erreur dans son

application du troisième facteur du critère établi dans *Johnstone* en imposant un fardeau de la preuve trop lourd qui n'était pas exigé dans *Tarek-Kaminker*. Par conséquent, la Cour a simplement réitéré sa jurisprudence existante sur ce point, n'ayant reçu aucun argument laissant entendre qu'elle devrait s'écarter du critère établi dans *Johnstone*.

[188] Par conséquent, aucun des arguments soulevés dans le présent cas pour justifier le fait de s'écarter de *Johnstone* n'a été présenté à la Cour dans *Tarek-Kaminker*. Le fonctionnaire a donc réitéré ses arguments, y compris sur les exceptions à la doctrine du *stare decisis*, et sa position selon laquelle il s'agit d'un cas où il convient que la Commission s'écarte de *Johnstone*.

2. Arguments de l'employeur

[189] La CAF a confirmé la décision de la Commission, concluant que la Commission n'avait pas commis d'erreur dans son analyse de la discrimination fondée sur la situation de famille. La CAF a conclu que la décision de la Commission était à la fois raisonnable et équitable sur le plan procédural.

[190] Quant à la situation de famille, la Cour a confirmé de nouveau le critère établi dans *Johnstone* et a déterminé que les éléments de preuve présentés par Mme Tarek-Kaminker étaient insuffisants pour démontrer qu'elle avait déployé des efforts raisonnables pour trouver des solutions de rechange en matière de garde d'enfants. La CAF a conclu que la Commission avait bien appliqué une analyse intersectionnelle, mais que selon les éléments de preuve disponibles, Mme Tarek-Kaminker n'avait pas établi une preuve *prima facie* de discrimination. Par conséquent, sa demande de contrôle judiciaire a été rejetée.

[191] Dans *Tarek-Kaminker*, la CAF a confirmé de nouveau l'applicabilité continue du critère établi dans *Johnstone* pour la discrimination fondée sur la situation de famille au niveau fédéral. Il est vrai que les parties dans *Tarek-Kaminker* ont convenu que le critère pour établir une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille au niveau fédéral est celui énoncé dans *Johnstone*. Il convient de noter que la CAF n'a pas modifié ce point et ne s'est pas éloignée de cette approche.

[192] Néanmoins, la CAF a reconnu que, même s'il peut y avoir des variations dans le critère relatif à la discrimination fondée sur la situation de famille d'une

administration à l'autre, en l'adoptant dans ses motifs, elle a reconnu que le critère établi dans *Johnstone* est celui qui s'applique dans le contexte fédéral.

[193] La Commission est un tribunal administratif fédéral dont les décisions sont contrôlées par la CAF. La Commission ne devrait pas s'écarter de sa jurisprudence. La Cour suprême du Canada n'a pas renversé *Johnstone*. En adoptant *Johnstone* dans ses motifs, la CAF a confirmé de nouveau qu'elle s'applique toujours et la Commission est liée par cette décision.

V. Analyse

[194] Les questions en litige dans le présent cas se rapportent à la fois à des questions de droit et à des questions de fait.

[195] Le fonctionnaire a allégué que l'employeur a fait preuve de discrimination à son égard fondée sur sa situation de famille, en violation de l'article 19 de la convention collective, 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.

...

[196] Le paragraphe 226(2) de la *Loi sur les relations de travail dans le secteur public fédéral* (L.C. 2003, ch. 22, art. 2) prévoit que la Commission peut interpréter et appliquer la *LCDP*. L'article 7 de la *LCDP* prévoit qu'il est discriminatoire, dans le cadre d'un emploi, de faire une distinction défavorable à l'égard d'un employé pour un motif de distinction illicite. Le paragraphe 3(1) de la *LCDP* prévoit les motifs de distinction

illicite. Les motifs sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'identité ou l'expression de genre, l'état matrimonial, la situation de famille, les caractéristiques génétiques, l'état de personne graciée ou la déficience.

[197] Dans *Johnstone*, au paragraphe 93, la CAF a énoncé le critère particulier pour établir une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille.

[198] Le fonctionnaire a soutenu que la Commission doit s'écarter du critère établi dans *Johnstone* pour la discrimination fondée sur la situation de famille. Le fonctionnaire a fait valoir que, selon les décisions récentes de la Cour suprême du Canada et des cours d'appel provinciales, il ne devrait exister aucune variation dans le critère juridique de la discrimination *prima facie* et que la Commission devrait appliquer le critère uniforme de la preuve *prima facie*.

[199] L'employeur a soutenu que la Cour suprême du Canada n'a pas renversé *Johnstone* et que la Commission doit suivre la doctrine du *stare decisis* et appliquer *Johnstone*.

[200] Le fonctionnaire a reconnu que la Commission est contrainte par la doctrine verticale du *stare decisis* à suivre les jugements de la CAF et a fait valoir qu'elle peut s'écarter d'un précédent établi par une cour supérieure uniquement dans deux circonstances restreintes, soit lorsque de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d'une évolution importante du droit ou qu'une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne (voir *Bedford*, au par. 42). Il a fait valoir que le présent cas relève de l'exception restreinte à la doctrine du *stare decisis*, à la lumière des nouvelles questions de droit soulevées par suite de l'évolution importante du droit, ainsi que des éléments de preuve qui changent radicalement la donne.

[201] L'employeur a soutenu que dans *Gueye*, une décision qui a été rendue récemment, aux paragraphes 80 et 81, la commissaire Perrault a clairement indiqué que *Johnstone* s'applique toujours, que la Commission est un tribunal administratif fédéral et que la CAF contrôle ses décisions, de sorte qu'elle aurait de la difficulté à s'écarter de sa jurisprudence. La Commission a également fait remarquer que la Cour suprême du Canada n'a pas renversé *Johnstone*.

[202] Mme Tarek-Kaminker, comme le fonctionnaire dans le présent cas, a fait valoir devant la CAF que la Commission avait mal appliqué le critère de la discrimination *prima facie* fondée sur la situation de famille, ce qui a entraîné l'imposition d'un critère plus exigeant que celui qui s'applique aux autres motifs de distinction, ce qui l'a exposée à une enquête très envahissante et l'a obligée à démontrer un niveau d'auto-adaptation exceptionnellement élevé.

[203] La CAF a expressément reconnu que le critère relatif à la discrimination fondée sur la situation de famille n'était pas uniforme partout au pays, déclarant ce qui suit aux paragraphes 91 à 95 :

[Traduction]

[91] *Même si le critère de discrimination fondée sur la situation de famille n'est pas uniforme partout au pays, les parties conviennent que le critère applicable pour établir une preuve prima facie de discrimination fondée sur la situation de famille au niveau fédéral est celui énoncé dans une décision de la Cour, soit Johnstone, précitée.*

[92] *Dans Johnstone, la Cour a conclu qu'il ne devrait pas y avoir de hiérarchie en matière de droits de la personne. Par conséquent, le critère qui doit s'appliquer pour pouvoir conclure à une discrimination de prime abord fondée sur le motif interdit de la situation de famille doit être essentiellement le même que celui qui s'applique dans le cas des autres motifs énumérés de discrimination : Johnstone, précitée, au par. 81.*

[93] *Dans Johnstone, la Cour a ensuite adopté la définition de « preuve prima facie » fournie par la Cour suprême du Canada dans Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears, 1985 CanLII 18 (CSC), [1985] 2 R.C.S. 536. Dans cette affaire, la Cour suprême a conclu qu'une preuve prima facie de discrimination est celle qui « porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l'absence de réplique de l'employeur intimé » : au par. 28.*

[94] *Étant donné que la discrimination prima facie fondée sur différents motifs de distinction illicites peut survenir dans diverses situations factuelles différentes, le critère à appliquer doit nécessairement être flexible et contextuel : Johnstone, précitée, aux par. 81 et 83. Comme l'a souligné la Cour dans Commission des droits de la personne c. Canada (Procureur général), 2005 CAF 154, un critère juridique souple en ce qui concerne l'établissement de la preuve prima facie de discrimination « permet mieux que d'autres critères plus précis de promouvoir l'objet général sous-tendant la Loi canadienne sur les droits de la personne, à savoir*

l'élimination, dans la sphère de compétence législative fédérale, de la discrimination en matière d'emploi » : au par. 28.

[95] La Cour a également reconnu que les types précis d'éléments de preuve et de renseignements qui peuvent être pertinents ou utiles pour établir l'existence d'une preuve de discrimination de prime abord dépendent en grande mesure du motif de distinction illicite en cause : Johnstone, précitée, au par. 84.

[204] Même s'il est correct d'affirmer, comme le fonctionnaire l'a fait valoir, que les parties dans *Tarek-Kaminker* ont procédé sur le fondement que le critère applicable pour établir une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille au niveau fédéral est celui énoncé dans *Johnstone*, la Cour a reconnu que le critère n'est pas uniforme partout au pays; elle a néanmoins adopté *Johnstone* dans ses motifs.

[205] La Cour a réitéré son opinion selon laquelle *Johnstone* a adopté la définition de preuve *prima facie* énoncée dans *O'Malley*. Elle a réitéré le principe selon lequel il ne devrait exister aucune hiérarchie en matière de droits de la personne et que le critère à appliquer à une conclusion de discrimination *prima facie* fondée sur la situation de famille devrait être essentiellement le même que le critère appliqué aux autres motifs. Toutefois, le critère à appliquer doit être flexible et contextuel.

[206] Dans *Flatt*, la CAF a adopté le raisonnement adopté dans *Johnstone* et a confirmé que ce critère est compatible avec *Moore*, comme suit :

[26] Que les motifs de discrimination invoqués soient liés au sexe ou à la situation familiale, les plaignants doivent d'abord soumettre une preuve prima facie qu'ils présentent une caractéristique justifiant une protection contre la discrimination, qu'ils ont été lésés dans le cadre de leur emploi et que la caractéristique protégée est l'un des facteurs pour lesquels ils ont été lésés. S'ils réussissent à faire cette preuve, l'employeur doit, pour réfuter l'allégation, démontrer que la pratique ou la politique en cause découle d'une exigence professionnelle justifiée et qu'il n'aurait pu prendre des mesures d'adaptation à l'égard des personnes concernées sans subir une contrainte excessive (arrêt Johnstone, au paragraphe 76).

[27] Lors de l'audition de la présente demande, les deux parties se sont entendues sur la façon d'appliquer ce critère. La question de la preuve prima facie de discrimination devrait être tranchée à la lumière des facteurs énoncés dans l'arrêt Johnstone, peu importe le fondement sur lequel repose l'examen de la discrimination alléguée, c'est-à-dire le sexe ou la situation familiale. Je suis d'accord.

[28] *Cela étant dit, il faut s'abstenir d'appliquer ces facteurs de manière aveugle, sans tenir compte des circonstances particulières de la demanderesse, dont la situation diffère sensiblement de celle de M^{me} Johnstone. Le résultat de l'examen des faits à la lumière de ce critère est déterminant quant à l'issue du grief. À cet égard, il faut se rappeler que le critère relatif à la preuve prima facie de discrimination « est nécessairement souple et dépend des circonstances parce qu'il est appliqué dans des affaires présentant des variations factuelles diverses et impliquant des motifs de discrimination variés » (arrêt Johnstone, au paragraphe 83). Les facteurs énoncés dans l'arrêt Johnstone devraient également être appliqués en tenant compte du contexte.*

[207] Dans *Flatt c. Procureur général du Canada*, 2016 CanLII 24872, la Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'autorisation d'appel du jugement de la CAF dans *Flatt*.

[208] J'ai examiné attentivement la jurisprudence citée par le fonctionnaire à l'appui de sa proposition selon laquelle, depuis *Johnstone*, la jurisprudence s'est écartée de cette approche et ne permet plus d'adapter le critère de la preuve *prima facie*, ainsi que la jurisprudence citée par l'employeur selon laquelle la jurisprudence n'a pas invalidé *Johnstone*.

[209] Comme le fonctionnaire l'a fait remarquer, une cour ou un tribunal inférieur peut s'écarter d'un précédent d'une cour supérieure uniquement dans deux circonstances restreintes, soit lorsque de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d'une évolution importante du droit ou qu'une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne. D'après mon examen de la jurisprudence citée par les deux parties et mentionnée dans la présente décision, je ne suis pas convaincu que les motifs pour lesquels je pourrais m'écarter de *Johnstone* de la CAF ont été satisfaits.

[210] Je ne suis pas en mesure de conclure que de nouvelles questions de droit ont été soulevées par suite d'une évolution importante du droit. Il est clair que, comme l'a déclaré la CAF dans *Tarek-Kaminker*, le critère applicable à la discrimination fondée sur la situation de famille n'est pas uniforme partout au pays. Les promoteurs des différents critères appliqués au niveau de la Cour d'appel affirment tous que le critère qu'elle a adopté est conforme au critère uniforme de la preuve *prima facie* énoncé par la Cour suprême du Canada.

[211] De plus, dans *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, un cas qui portait sur le statut de parent, la Cour suprême du Canada a souligné au paragraphe 118 que « [l]a question de savoir ce qui constitue une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur le statut de famille a suscité beaucoup [traduction] “d’incertitude et de controverse” dans le domaine des droits de la personne [...] ». Au paragraphe 119, la Cour a ajouté qu’elle ne disposait de pratiquement aucune observation sur la question de savoir si – ou de quelle manière – la jurisprudence incertaine en matière de droits de la personne influe ou est susceptible d’influer sur la reconnaissance dans la *Charte* du statut de famille ou du statut du parent. À mon avis, il n’y a eu aucune évolution claire, constante ou importante du droit.

[212] J’ai également examiné attentivement l’argument selon lequel les éléments de preuve dans le présent cas ont changé radicalement la donne en ce qui concerne l’approche adoptée dans *Johnstone* à l’égard des mesures d’adaptation fondées sur la situation de famille. Le fonctionnaire soutient que les employés doivent déployer des efforts extraordinaires pour épuiser toutes les solutions de rechange possibles en matière de garde d’enfants, y compris celles qui sont incompatibles avec leurs décisions parentales fondamentales quant au type de soins que leur enfant reçoit. Dans le présent cas, le fonctionnaire et sa conjointe n’envisageraient pas une garderie non agréée. À mon avis, les éléments de preuve dans le présent cas ne diffèrent pas de façon importante de ceux présentés dans *Johnstone*, *Smolik c. Seaspan Marine Corporation*, 2021 TCDP 11, ou *Chin c. Conseil du Trésor (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2022 CRTESPF 53.

[213] Par conséquent, je conclus que je ne suis pas en mesure de m’écarter des précédents établis par la CAF dans *Johnstone*, *Flatt* et *Tarek-Kaminker* et que, selon le principe du *stare decisis*, je dois appliquer le critère énoncé dans *Johnstone*, au paragraphe 93, comme suit :

[93] Je conclus de cette analyse que, pour établir la preuve de prime abord de discrimination en milieu de travail fondée sur un motif illicite, en l’occurrence la situation de famille en raison des obligations liées à la garde des enfants, la personne qui soutient être victime de discrimination doit démontrer (i) qu’elle assume l’entretien et la surveillance d’un enfant; (ii) que l’obligation en cause relative à la garde des enfants fait jouer sa responsabilité légale envers cet enfant et qu’il ne s’agit pas simplement d’un choix personnel; (iii) que la personne en question a déployé les efforts raisonnables pour s’acquitter de ses obligations en matière

de garde d'enfants en explorant des solutions de rechange raisonnables et qu'aucune de ces solutions n'est raisonnablement réalisable; et (iv) que les règles attaquées régissant le milieu de travail entravent d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité de s'acquitter de ses obligations liées à la garde des enfants.

A. Le premier facteur énoncé dans *Johnstone* : Le fonctionnaire assumait-il l'entretien et la surveillance des enfants?

[214] Le fonctionnaire a fait valoir qu'il ne peut pas être raisonnablement contesté que le premier facteur du critère établi dans *Johnstone* est satisfait puisqu'il assumait l'entretien et la surveillance des enfants.

[215] L'employeur a soutenu que le premier facteur exige qu'un demandeur montre qu'il entretient ce type de relation avec l'enfant en question et que son défaut de répondre aux besoins de l'enfant fera jouer sa responsabilité légale. Dans le cas d'une mère ou d'un père, cette conclusion découlera naturellement de leur qualité de parents. Dans le cas des personnes qui s'occupent de fait d'enfants, il leur faut démontrer que leur relation avec l'enfant faisait en sorte qu'ils avaient pris à leur charge les obligations légales qui incombent normalement aux parents (voir *Johnstone*, au par. 94).

[216] En ce qui concerne le premier facteur, l'employeur a admis que le fonctionnaire assumait l'entretien et la surveillance de P, en tant que sa fille. Toutefois, une filiation à l'égard de W, qui n'est pas le fils biologique du fonctionnaire, n'a pas été établie, car il n'y avait aucun élément de preuve permettant d'établir qu'il assumait les responsabilités légales d'un parent.

[217] Le fonctionnaire a répondu qu'il avait mentionné W comme étant son fils à maintes reprises, et Mme Soeterik a dit de W qu'il était [traduction] « leur fils » et [traduction] « notre fils ». Ils ont tous deux utilisé le mot [traduction] « nous » pour décrire le fait d'avoir un enfant en âge de fréquenter l'école primaire. Dans son interrogatoire principal, le fonctionnaire a indiqué que Mme Soeterik et lui avaient trois ou quatre enfants qui vivaient dans leur maison en septembre 2012, le nombre variant selon le statut de leur fille aînée, qui fréquentait l'université. Mme Soeterik a également indiqué que leurs enfants étaient au nombre de quatre à la maison en 2012 et a mentionné [traduction] « nos quatre enfants [...] notre famille dans son ensemble ».

[218] Selon l'interrogatoire principal de Mme Soeterik, elle et le fonctionnaire partageaient les tâches parentales depuis le 14 juin 2009. Cela n'a pas été contesté par l'employeur en contre-interrogatoire; à aucun moment l'employeur n'a demandé au fonctionnaire ou à Mme Soeterik des renseignements sur le fondement des responsabilités du fonctionnaire en matière de garde d'enfants à l'égard de leur fils.

[219] Selon la prépondérance des probabilités, comme le fonctionnaire et sa conjointe ont mentionné à maintes reprises W comme leur fils pendant leurs témoignages, et comme l'employeur ne les a pas contre-interrogés à ce sujet ni soulevé cette question dans le présent cas avant l'argumentation finale, je suis convaincu que, selon la prépondérance des probabilités, le fonctionnaire a établi qu'il avait des obligations en matière de garde d'enfants envers W.

B. Le deuxième facteur énoncé dans *Johnstone* : Le fonctionnaire a-t-il démontré que l'obligation en cause relative à la garde des enfants faisait jouer sa responsabilité légale envers cet enfant et qu'il ne s'agissait pas simplement d'un choix personnel?

[220] Le fonctionnaire a fait valoir qu'il ne peut pas être raisonnablement contesté que le deuxième facteur du critère établi dans *Johnstone* a été satisfait, car l'obligation en cause du fonctionnaire relative à la garde des enfants faisait jouer sa responsabilité légale envers cet enfant et qu'il ne s'agissait pas simplement d'un choix personnel.

[221] L'employeur a soutenu que le deuxième facteur oblige l'intéressé à démontrer qu'il existe une obligation qui engage sa responsabilité légale envers l'enfant. Le fonctionnaire doit démontrer que l'enfant en question n'a pas atteint un âge où l'on peut s'attendre raisonnablement à ce qu'il prenne soin de lui-même alors que ses parents sont au travail. Le fonctionnaire doit également démontrer que les besoins en cause relatifs à la garde des enfants découlent d'une obligation légale et non d'un choix personnel (voir *Johnstone*, au par. 95).

[222] Selon l'employeur, la demande de mesures d'adaptation du fonctionnaire découlait de choix personnels. Il n'aurait pas envisagé de garderies non agréées même si des garderies agréées n'étaient pas disponibles dans leur collectivité rurale. Sa conjointe et lui n'ont pas fourni de considération raisonnable et objective qui les aurait empêchés de recourir aux services d'une garderie en milieu familial non agréée. Le fonctionnaire n'était inscrit à aucune liste d'attente de garderie. Il n'a pas examiné de garderies situées dans d'autres collectivités entre sa résidence et son lieu de travail. Il a

fait le choix de déménager dans une collectivité rurale, alors qu'il savait que ses heures de travail risquaient d'être modifiées.

[223] Dans *Bzdel c. Conseil du Trésor (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2020 CRTESPF 27, la Commission a conclu que la fonctionnaire s'estimant lésée n'avait jamais sérieusement cherché des options de garderie, qu'elle avait limité ses recherches aux garderies agréées alors qu'elle vivait dans une collectivité rurale où les garderies étaient principalement disponibles dans des maisons privées, et qu'elle n'avait pas inscrit son nom sur les listes d'attente des garderies agréées.

[224] La Commission a conclu que la fonctionnaire s'estimant lésée n'avait pas établi une preuve *prima facie* de discrimination puisqu'elle n'avait pas réussi à établir qu'elle répondait au deuxième et au troisième facteurs énumérés dans *Johnstone*. Ses arguments étaient fondés sur l'hypothèse que ses besoins en matière de mesures d'adaptation ne pouvaient être satisfaits qu'au moyen de son choix personnel de vivre à Edmonton, en Alberta. Elle n'était pas prête à envisager une autre option de manière significative, qui aurait constitué une option raisonnable dans les circonstances.

[225] L'une des responsabilités légales d'un parent est de s'occuper de son enfant. La façon dont ils s'acquittent de cette responsabilité est une question de choix. Dans certaines circonstances, si aucune autre option n'est disponible, le choix ne constitue plus un choix – il s'agit d'une responsabilité légale; voir *Board of Education of Regina School Division No. 4 of Saskatchewan*, au paragraphe 104, et *Syed c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 608, au paragraphe 53.

[226] Selon l'employeur, le fonctionnaire n'a pas établi qu'il satisfaisait à la deuxième partie du critère établi dans *Johnstone*.

1. Analyse

[227] Dans *Johnstone*, après avoir déterminé que les pratiques discriminatoires fondées sur la situation de famille nécessitent des mesures d'adaptation pour les obligations en matière de garde d'enfants, la Cour a décrit les types précis d'activités relatives à la garde des enfants qui sont envisagées par le motif de distinction illicite fondé sur la situation de famille et qui nécessitent des mesures d'adaptation, aux paragraphes 68 à 74, comme suit :

[68] [...] le type précis d'activités relatives à la garde des enfants qui sont envisagées par le motif de distinction illicite fondé sur la situation de famille appelle un examen attentif. En principe, les motifs de distinction illicite visent des caractéristiques personnelles immuables ou considérées immuables et les types de besoins en matière de garde d'enfants visés par la situation de famille doivent par conséquent posséder une caractéristique immuable ou considérée immuable.

[69] Il importe par ailleurs de ne pas banaliser la législation sur les droits de la personne en étendant la protection en matière de droits de la personne aux choix familiaux personnels tels que l'inscription des enfants à des cours de danse, les activités sportives telles que les tournois de hockey et d'autres activités semblables relevant d'un choix personnel. Ces types d'activités font partie du concept de situation de famille, suivant l'un des avocats qui a comparu devant la Cour. Or, je ne puis retenir une telle interprétation.

[70] Les obligations en matière de garde des enfants visées par la notion de situation de famille doivent posséder des caractéristiques immuables ou considérées immuables comme celles qui font partie intégrante des relations juridiques entre un parent et son enfant. Par conséquent, les obligations en matière de garde d'enfants en litige sont celles qu'un parent ne peut négliger sans engager sa responsabilité légale. Ainsi, un père ou une mère ne peut laisser un jeune enfant sans surveillance à la maison pour aller travailler, étant donné que cette façon d'agir constituerait une forme de négligence qui, dans certains cas extrêmes, pourraient faire jouer le paragraphe 215(1) du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46 : R. c. Peterson (2005), 34 C.R. (6th) 120, 201 C.C.C. (3d) 220 (C.A. Ont.), au paragraphe 34; R. c. Popen, [1981] O.J. n° 921 (Q.L.), 60 C.C.C. (2d) 232 (C.A.), au paragraphe 18.

[...]

[72] Les activités familiales facultatives, telles que les voyages en famille, la participation à des activités sportives parascolaires, etc., ne possèdent pas cette caractéristique immuable, étant donné qu'elles sont le fruit d'un choix des parents et non d'une obligation des parents. Ces activités ne permettent pas normalement de formuler une allégation de discrimination découlant d'une obligation d'accommodement imposée à l'employeur : International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636 c. Power Stream Inc. (Bender Grievance), [2009] O.L.A.A. n° 447, 186 L.A.C. (4th) 180 (Power Stream), aux paragraphes 65 et 66.

[...]

[74] En conclusion, le motif de la situation de famille prévu par la Loi canadienne sur les droits de la personne comprend les obligations parentales qui engagent la responsabilité légale du parent envers son enfant, telle que les obligations en matière de

garde d'enfants, par opposition à tout ce qui relève d'un choix personnel [...]

[228] Au paragraphe 93, la Cour a énoncé les facteurs énoncés précédemment qu'une personne qui présente une plainte de discrimination en milieu de travail fondée sur le motif de distinction illicite de la situation de famille découlant d'obligations liées à la garde d'enfants doit démontrer. Plus particulièrement, en ce qui concerne le deuxième facteur, la Cour a affirmé ce qui suit au paragraphe 95 :

[95] Le deuxième facteur oblige l'intéressé à démontrer qu'il existe une obligation qui engage sa responsabilité légale envers l'enfant. Pour ce faire, le plaignant doit notamment démontrer que l'enfant en question n'a pas atteint un âge où l'on peut s'attendre raisonnablement à ce qu'il prenne soin de lui-même alors que ses parents sont au travail. Ce facteur exige également que l'on démontre que les besoins en matière de garde d'enfants en cause découlent d'une obligation légale et non d'un choix personnel.

[229] En appliquant le critère juridique approprié, la Cour a conclu que Mme Johnstone avait établi une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille et qu'elle avait satisfait aux quatre facteurs du critère. En ce qui concerne le deuxième facteur, la Cour a affirmé ce qui suit au paragraphe 102 :

[102] Deuxièmement, les deux enfants étaient des bambins dont elle et son mari étaient légalement responsables. Elle et son mari ne pouvaient laisser leurs enfants seuls sans la surveillance d'un adulte alors qu'ils étaient au travail sans enfreindre leurs obligations légales qu'ils avaient envers eux. Par conséquent, ils étaient légalement tenus de trouver une solution pour faire garder leurs enfants alors qu'ils se trouvaient à l'extérieur du foyer afin de respecter leurs obligations professionnelles envers l'ASFC. Par conséquent, les obligations de M^{me} Johnstone relatives à la garde des enfants engageaient sa responsabilité légale en tant que parent; il ne s'agissait pas d'un simple choix personnel. Par conséquent, M^{me} Johnstone a satisfait au second volet du critère.

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

[230] Dans *Flatt*, la Cour a examiné une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission dans *Flatt c. Conseil du Trésor (ministère de l'Industrie)*, 2014 CRTEFP 2, rejetant le grief de la demanderesse. Après la fin de son congé de maternité d'un an, la demanderesse a demandé la permission de faire du télétravail afin de continuer à allaiter son enfant. L'employeur et elle n'ont pas été en mesure d'établir un horaire de travail convenable qui aurait répondu à leurs besoins respectifs.

Par conséquent, elle a déposé un grief alléguant que l'omission de prendre des mesures d'adaptation à son égard constituait une discrimination fondée sur son sexe et sa situation de famille. Le grief a été rejeté à tous les paliers de la procédure de règlement des griefs.

[231] La Commission a conclu que « [...] la discrimination fondée sur l'allaitement maternel, s'il s'agit d'une discrimination, constitue une discrimination fondée sur la situation de famille plutôt que sur le sexe » (au par. 157); la Cour était du même avis.

[232] Afin de déterminer si la fonctionnaire s'estimant lésée avait établi une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille, la Commission a appliqué les quatre éléments du critère établi dans *Johnstone*. Après avoir conclu que la première condition avait été satisfaite dans ce cas, la Commission a déclaré que les deuxième et troisième conditions posaient problème. Plus particulièrement, en ce qui concerne la deuxième condition, la Commission a affirmé ce qui suit au paragraphe 181 :

181 En abordant la deuxième condition, l'obligation légale du parent est d'alimenter son enfant. La façon dont un parent s'acquitte de cette obligation consiste en un choix. L'allaitement maternel en est un tel choix, mais il ne consiste pas en le seul choix. L'éventail des choix peut parfois diminuer à un seul choix - par exemple, lorsque les besoins physiques ou la maladie de l'enfant, comme dans Cole ou Carewest, exigent que l'alimentation soit effectuée au moyen de l'allaitement maternel. Dans ces cas, le choix ne constitue plus un choix, il devient une obligation légale. Toutefois, dans le cas dont je suis saisi, il n'y avait aucune preuve pour suggérer que les choix de la fonctionnaire étaient ainsi limités. Son enfant avait un an. Il n'y avait aucune preuve d'une condition physique ou d'une maladie qui exigeait l'allaitement maternel. En fait, selon le témoignage même de la fonctionnaire, l'enfant allait - ou devait au moins aller - à la garderie. Une telle preuve ne permet que d'établir que la fonctionnaire souhaitait - a choisi - de continuer d'allaiter son enfant jusqu'à ce qu'il ait un an. Elle ne permet pas d'établir que son choix correspondait à une obligation légale.

[233] Dans *Board of Education of Regina School Division No. 4 of Saskatchewan*, la fonctionnaire s'estimant lésée a allégué avoir été victime de discrimination de la part de son employeur fondée sur sa situation de famille. À son retour de son congé de maternité, elle a demandé une mesure d'adaptation pour conserver son poste à domicile plutôt que de travailler au bureau de la division. Son fils de trois ans avait de

la difficulté à s'adapter au quotidien en raison d'une surcharge sensorielle, et elle a affirmé qu'il ne s'en tirerait pas bien à la garderie d'une tierce personne.

[234] Le conseil d'arbitrage a rejeté le grief, en concluant que la fonctionnaire s'estimant lésée n'avait pas établi une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille. Ses motifs ont été énoncés comme suit aux paragraphes 100 à 109 :

[Traduction]

100. *Pour les motifs qui suivent, nous concluons que la fonctionnaire n'a pas établi une preuve prima facie de discrimination fondée sur la situation de famille. Afin de parvenir à cette conclusion, nous étions d'avis que les trois premiers facteurs de Johnstone relatifs aux obligations en matière de garde d'enfants en vertu du motif de la situation de famille sont les plus utiles pour guider le premier facteur du critère à trois volets établi dans Moore, tandis que le quatrième facteur de Johnstone sert à guider le deuxième élément du critère établi dans Moore.*

101. *Les obligations en matière de garde d'enfants ne seront pas toutes considérées comme des caractéristiques protégées en vertu du motif de la situation de famille énoncé dans la loi. Grâce aux facteurs énoncés dans Johnstone qui guident le critère établi dans Moore, nous estimons que le problème particulier en matière de garde d'enfants de la fonctionnaire ne constitue pas une caractéristique protégée.*

102. *Conformément au premier facteur énoncé dans Johnstone, la fonctionnaire a démontré qu'elle assume l'entretien et la supervision de ses enfants. Cela découle du statut de la fonctionnaire en tant que parent de ses enfants.*

103. *Selon le deuxième facteur énoncé dans Johnstone, les enfants de la fonctionnaire n'ont pas atteint un âge où l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils s'occupent d'eux-mêmes pendant les heures de travail de leurs parents. Toutefois, la fonctionnaire n'a pas démontré que les besoins en matière de garde d'enfants en cause découlent d'une responsabilité légale et qu'il ne s'agit pas d'un choix personnel. Sur ce point, nous adoptons le raisonnement de l'arbitre Richardson énoncé dans Flatt.*

104. *L'une des responsabilités légales d'un parent est de s'occuper de son enfant. La façon dont un parent s'acquitte de cette obligation consiste en un choix. Rester à la maison avec les enfants est un choix qui fait partie de l'éventail disponible, mais ce n'est pas le seul. Parfois, l'éventail des choix peut se réduire à un seul, par exemple lorsque les besoins médicaux de l'enfant imposent que les soins de l'enfant ne puissent être dispensés qu'à la maison et par le parent. Dans de telles circonstances, le choix n'en est plus un : c'est une responsabilité légale. Cependant, dans le cas de la*

fonctionnaire, la preuve n'était pas suffisante pour suggérer que les choix de la fonctionnaire étaient ainsi restreints. La fonctionnaire a présenté son évaluation subjective de la meilleure solution pour Hudson, c'est-à-dire la prestation de soins à domicile par la fonctionnaire. De plus, la fonctionnaire a présenté une note médicale indiquant que « Hudson n'est pas à l'aise dans un environnement social tel qu'une garderie ». Cet élément de preuve ne fait qu'établir la préférence de la fonctionnaire de s'occuper elle-même de Hudson chez elle; elle n'établit pas que ce choix correspond à une responsabilité légale.

105. En ce qui concerne le troisième facteur du critère établi dans Johnstone, la fonctionnaire n'a pas démontré qu'elle a déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations quant à la garde son enfant en recourant à des solutions de rechange raisonnables ni qu'une telle solution de rechange n'était pas raisonnablement à sa portée. En d'autres termes, la fonctionnaire n'a pas démontré qu'elle était confrontée à un véritable problème en ce qui concerne la garde d'enfants. La fonctionnaire est restée fidèle à sa demande initiale de bénéficier d'une mesure d'adaptation lui permettant de demeurer à domicile et n'a pas fait d'efforts raisonnables pour trouver une solution viable.

106. Avant le départ de la fonctionnaire en congé de maternité pour accueillir son deuxième enfant, l'employeur a informé la fonctionnaire que son poste allait être transféré au bureau divisionnaire. La fonctionnaire n'a pas exprimé d'inquiétude à ce moment-là. Au cours du dernier mois de son congé de maternité, la fonctionnaire a demandé une mesure d'adaptation pour pouvoir demeurer à domicile en raison de sa situation familiale. Ce n'est qu'à ce moment-là, et à la demande de l'employeur, que la fonctionnaire a contacté cinq personnes offrant des services de garde d'enfants entre le 22 août 2016 et le 1er septembre 2016. En outre, la fonctionnaire n'a pas envisagé de retenir les services d'une personne pouvant s'occuper d'enfants à domicile.

107. Les éléments de preuve de la fonctionnaire selon lesquels le coût de la garderie de l'Université de Regina absorberait la totalité de son salaire ne suffisent pas à établir en soi qu'il ne s'agissait pas d'une solution de rechange raisonnable. Comme l'a souligné l'arbitre Richardson dans Flatt, le fait qu'une personne pourrait avoir à travailler pour payer les coûts associés à un choix particulier ne suffit pas en soi pour rendre ce choix déraisonnable. Il n'y avait aucune preuve que le coût de la garderie était si disproportionné qu'il aurait nui à la capacité de la fonctionnaire et de son conjoint de subvenir aux autres besoins de leurs enfants.

108. Pour les motifs exposés ci-dessus, nous concluons que l'obligation en matière de garde d'enfants de la fonctionnaire ne constitue pas une caractéristique protégée en vertu du motif de la situation de famille. Il est entendu que nous n'avons pas l'intention de dire que les obligations en matière de garde d'enfants ne constitueraient jamais une caractéristique protégée en vertu du motif de la situation de famille. Dans les présentes circonstances

factuelles particulières et à la lumière des éléments de preuve, ou de l'absence de ceux-ci, nous concluons plutôt que la fonctionnaire n'a pas établi ses obligations en matière de garde d'enfants en vertu du motif de la situation de famille.

109. Cette conclusion est suffisante pour trancher le grief, car la fonctionnaire n'a pas établi une discrimination prima facie en vertu de la première étape du critère établi dans Moore. Toutefois, si nous avons tort de conclure ainsi, nous concluons également que l'employeur s'est acquitté de son fardeau d'établir que l'acte discriminatoire prima facie constitue une EPJ [exigence professionnelle justifiée].

[235] À mon avis, le conseil d'arbitrage a mal appliqué le deuxième facteur énoncé par la Cour dans *Johnstone*. Au paragraphe 74, il conclut que le motif de la situation de famille comprend les obligations parentales qui engagent la responsabilité légale d'un parent envers son enfant, telle que les obligations en matière de garde d'enfants, par opposition à tout ce qui relève d'un choix personnel.

[236] Au paragraphe 69, la Cour donne des exemples de choix personnels qui n'engagent pas la responsabilité légale d'un parent, notamment la participation d'un enfant à des cours de danse, à des événements sportifs comme des tournois de hockey et à d'autres activités volontaires semblables.

[237] Au paragraphe 70, la Cour a déclaré que les obligations en matière de garde d'enfants en litige sont celles qu'un parent ne peut pas négliger sans engager sa responsabilité légale. Ainsi, un père ou une mère ne peut pas laisser un jeune enfant sans surveillance à la maison pour aller travailler, étant donné que cette façon d'agir constituerait une forme de négligence qui, dans certains cas extrêmes, pourrait faire jouer le *Code criminel* (L.R.C. (1985), ch. C-46).

[238] Le conseil d'arbitrage dans *Board of Education of Regina School Division No. 4 of Saskatchewan*, au paragraphe 104, a déterminé que [traduction] « [u]ne des responsabilités légales d'un parent est de s'occuper de son enfant ». Il a ensuite déterminé que la façon dont un parent s'acquitte de cette obligation consiste en un choix. Selon son raisonnement, le fait de rester à la maison avec l'enfant est un choix, mais ce n'est pas le seul. Toutefois, il a fait remarquer que parfois, l'éventail des choix peut se réduire à un seul lorsque les besoins médicaux de l'enfant exigent que les soins ne puissent être dispensés qu'à la maison par le parent et, dans de telles circonstances, le choix ne constitue plus un choix - il s'agit d'une responsabilité légale.

[239] Après avoir reconnu que la responsabilité de s'occuper d'un enfant est une responsabilité légale et que la façon dont un parent s'acquitte de cette responsabilité est une question de choix, le conseil d'arbitrage a déterminé que ce n'est que dans certaines circonstances que le choix devient une responsabilité légale.

[240] Il n'a pas été contesté dans ce cas que la fonctionnaire s'estimant lésée assumait l'entretien et la surveillance des enfants et qu'ils n'avaient pas atteint un âge où l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils s'occupent d'eux-mêmes pendant les heures de travail du parent. Compte tenu de ces faits, je ne vois pas comment on pourrait dire que les besoins en matière de garde d'enfants en litige dans ce cas ne découlaient pas d'une responsabilité légale. Je ne comprends pas non plus comment la décision d'un parent sur la façon de s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants ne constitue pas une responsabilité légale.

[241] À mon avis, le conseil d'arbitrage a commis une erreur lorsqu'il a déterminé que la fonctionnaire s'estimant lésée n'avait pas satisfait au deuxième facteur du critère établi dans *Johnstone* et l'a confondu avec le troisième facteur qui oblige un fonctionnaire s'estimant lésé à démontrer qu'il a déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations relatives à la garde d'enfants en explorant des solutions de rechange raisonnables et qu'aucune de ces solutions n'est raisonnablement réalisable.

[242] Le fonctionnaire a démontré que, selon la prépondérance des probabilités, P, à l'âge de trois ans, n'avait pas atteint un âge où l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle s'occupe d'elle-même pendant les heures de travail du fonctionnaire et de sa conjointe. Il a également démontré que le besoin en garde d'enfants en litige découlait d'une responsabilité légale et non d'un choix personnel comme la participation d'un enfant à des cours de danse, à des événements sportifs comme des tournois de hockey et à d'autres activités volontaires semblables.

[243] En ce qui concerne W, il était âgé de 11,5 à 12 ans pendant la période pertinente. Si ses parents avaient fait du covoiturage trois jours par semaine ou s'ils avaient eu des quarts de travail qui se chevauchaient, il aurait été responsable de monter seul à bord de l'autobus scolaire un ou trois jours par semaine. Sans d'autres éléments preuve quant à sa maturité, il n'est pas clair qu'il n'avait pas atteint un âge où l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il s'occupe de lui-même pendant cette période. Je

crois comprendre qu'il n'existe aucune loi en Ontario qui prescrit un âge minimum en deçà duquel un enfant ne peut pas être laissé seul.

C. Le troisième facteur énoncé dans *Johnstone* : Le fonctionnaire a-t-il déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants en explorant des solutions de rechange raisonnables, et ces solutions n'étaient-elles pas raisonnablement réalisables?

1. Argumentation du fonctionnaire

[244] La Commission doit appliquer le troisième facteur du critère établi dans *Johnstone* conformément au droit fondamental du fonctionnaire, en tant que parent, de déterminer les services de garde sûrs et appropriés pour ses enfants. *Johnstone* ne portait pas directement sur la question de savoir qui évalue si une option en matière de garde d'enfants est une « solution de rechange raisonnable » qui est « raisonnablement réalisable », car cette question n'a pas été soulevée dans les faits de ce cas. Toutefois, des cas ultérieurs ont confirmé qu'il appartient au parent ou au tuteur de décider si une option particulière de garde d'enfants est raisonnable pour son enfant ou ses enfants.

[245] Dans *Chin*, la Commission a examiné un grief concernant le refus d'un employeur de mettre en œuvre un changement de quart de travail demandé pour tenir compte du chevauchement des horaires de travail de la fonctionnaire s'estimant lésée et des autres personnes qui s'occupaient de son enfant. La Commission a rejeté l'argument de l'employeur selon lequel la fonctionnaire n'avait pas déployé des efforts raisonnables pour explorer d'autres options de garde d'enfants, comme suit :

[...]

[112] *À cet égard, je suis sensible au commentaire formulé par le TCDP au paragraphe 84 de Smolik : « Le Tribunal devrait faire preuve d'une certaine déférence à l'égard d'un plaignant qui est présumé connaître le mieux ses enfants. »*

[113] *Malgré les arguments de l'employeur, je n'ai aucune raison de remettre en question la décision de la fonctionnaire de confier la garde de son enfant aux trois personnes qu'elle savait les mieux placées pour le faire. Ce faisant, elle n'a pas choisi la facilité; au contraire, ce choix de garde lui a demandé beaucoup de travail. La fonctionnaire a dû contacter son employeur, ainsi que celui de son mari, pour mettre en œuvre le plan. Elle a dû demander une lettre du Service de police régional de Peel concernant les fonctions de son mari, afin de justifier le plan de garde auprès de son employeur.*

[...]

[246] Cette analyse et cette conclusion s'appliquent directement aux circonstances du présent cas. Tout comme la fonctionnaire s'estimant lésée dans *Chin*, M. Milinkovich et son épouse n'ont pas « choisi la facilité »; au contraire, ils ont déployé des efforts extraordinaires pour organiser la garde d'enfants qui cadrerait avec ce qu'ils estimaient être le mieux pour leur enfant.

[247] Comme dans *Johnstone*, le fonctionnaire et sa conjointe ont fait des recherches pour trouver des fournisseurs de services de garde d'enfants réglementés situés à proximité de leur secteur géographique dans la collectivité d'Orangeville et dans d'autres collectivités – des efforts qui n'ont pas été contestés par l'employeur en contre-interrogatoire. Aucune des options n'offrait des services à des heures qui leur auraient permis de respecter à la fois les heures de dépôt et de ramassage et de se présenter au travail pendant les heures requises pour leurs quarts de travail.

[248] Le fonctionnaire et sa conjointe ont déployé des efforts en faisant appel à des membres de la famille, y compris leurs filles et la mère du fonctionnaire, mais une aide constante de la part de la famille n'était pas disponible pendant la période minimale d'un an nécessaire. Comme dans *Johnstone*, la conjointe du fonctionnaire n'était pas non plus en mesure de fournir les services de garde requis de façon fiable, notamment parce qu'elle travaillait pour le même employeur et était assujettie aux mêmes exigences en matière d'heures de travail.

[249] Les témoignages du fonctionnaire et de Mme Soeterik n'ont pas été contestés. Selon ces témoignages, en tant que professionnels qui travaillaient dans le domaine de la réglementation de la sécurité et qui croyaient à l'importance de la surveillance gouvernementale et de l'octroi de licences, les garderies non agréées ne constituaient pas une option de garde d'enfants sécuritaire pour leur famille, comme suit :

[Traduction]

[...]

Q : Si la seule option possible était de placer votre enfant dans une garderie non agréée, que feriez-vous?

R : Il ne s'agirait toujours pas d'une option. J'aurais été obligé de quitter mon emploi d'une quelconque façon en prenant un congé prolongé à long terme ou en démissionnant. En aucun cas je ne prendrai un risque relatif à la sécurité de mon enfant pour obtenir

un chèque de paie. Il s'agit d'une horrible situation où il faut choisir entre mettre de la nourriture sur la table ou assurer la sécurité de son enfant. En réalité, la sécurité de votre enfant passe avant tout. [Les soins non agréés] ne constituaient pas une option.

[...]

[250] Cela satisfait clairement au troisième facteur du critère établi dans *Johnstone*, car le fonctionnaire a déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants en explorant des solutions de rechange raisonnables, mais aucune de ces solutions n'était raisonnablement réalisable.

[251] Cette conclusion est étayée davantage par la décision du Tribunal dans *Smolik*. Dans ce cas, après le décès de l'un des parents, le seul parent qui restait a conclu qu'il était le seul gardien approprié pour s'occuper de ses enfants et, par conséquent, il ne pouvait plus aller en mer pendant une période d'une à trois semaines à la fois pour travailler. L'employeur a soutenu que le plaignant n'avait pas déployé des efforts raisonnables ou suffisants pour trouver des solutions de rechange en matière de garde d'enfants.

[252] Le Tribunal a reconnu que l'évaluation d'un parent quant à ce qui constitue des soins appropriés pour ses enfants dépasse le niveau de la préférence personnelle. Le Tribunal a fait remarquer que le plaignant avait rejeté les solutions de rechange en matière de garde d'enfants pour des raisons réfléchies et a accepté sa « conviction [...] selon laquelle il était le mieux placé pour remplir ses obligations en matière de garde d'enfants au moment où il a indiqué pour la première fois qu'il était prêt à retourner au travail ».

[253] Comme il est mentionné dans *Chin* et *Smolik*, un parent est présumé savoir ce qui est le mieux pour ses enfants. Il n'appartient pas à l'employeur de remettre en question la décision du fonctionnaire à cet égard. Dans le présent cas, le fonctionnaire et sa conjointe ont exploré toutes les solutions de rechange raisonnables et ont constaté qu'aucune de celles-ci n'était raisonnablement réalisable. Ils n'ont pas été contre-interrogé à cet égard.

[254] Encore une fois, il est évident que le fonctionnaire a satisfait à la troisième exigence du critère établi dans *Johnstone*, puisqu'il a dû recourir à une solution de rechange manifestement déraisonnable lorsque les nouvelles heures de travail ont été mises en œuvre à compter du 1^{er} décembre 2012 – faire venir par avion sa belle-mère

depuis les Pays-Bas pendant qu'elle suivait des traitements de chimiothérapie. Même si cela a permis au fonctionnaire et à sa conjointe de continuer à occuper leur emploi, ce n'était qu'au prix de grands sacrifices et des difficultés importantes. Leur capacité à s'occuper des enfants est demeurée un ensemble disparate, car ils ont dû jongler avec les rendez-vous de chimiothérapie de sa belle-mère et les périodes où elle était trop malade après la chimiothérapie pour s'occuper de leur fille et de leur fils plus jeunes. Ils ont pris des congés importants lorsque sa belle-mère aidait à la garde des enfants parce que cette solution demeurait déraisonnable, même si elle vivait avec leur famille. Mme Soeterik a affirmé ce qui suit :

[Traduction]

C'était fragmentaire. L'omission de l'employeur de prendre des mesures d'adaptation à l'égard de ma situation de famille a créé de l'incertitude et le désordre. Lorsque ma mère subissait une chimiothérapie, elle se montrait très courageuse. Plus de la moitié du temps, elle se rendait au rendez-vous en voiture, recevait le traitement et rentrait à la maison en voiture. D'autres fois, elle ne sentait pas assez bien pour faire cela. J'utilisais alors un congé ou Boris en utilisait un. Parfois, nous devions prendre un congé pour aider aussi le lendemain. Il y a eu des visites à l'urgence au milieu de la nuit lorsque ma mère crachait du sang. La chimiothérapie fait des ravages de plus de façons que vous ne pouvez l'imaginer.

2. Argumentation de l'employeur

[255] Les éléments de preuve dont dispose la Commission permettent de démontrer ce qui suit au sujet du fonctionnaire :

[256] Il n'aurait pas envisagé de garderies non agréées même si des garderies agréées n'étaient soi-disant pas disponibles dans sa collectivité rurale.

[257] Il a informé son employeur qu'il n'était inscrit à aucune liste d'attente de garderies.

[258] Il ne s'est pas renseigné sur les garderies (agréées ou non agréées) situées dans d'autres collectivités entre sa résidence et son lieu de travail.

[259] Il souhaitait travailler les mêmes jours que sa conjointe afin qu'ils puissent faire du covoiturage jusqu'au travail (plutôt que d'alterner leurs jours de travail) et, en fait, il a travaillé les mêmes trois quarts de travail par semaine que sa conjointe du

1^{er} septembre au 1^{er} décembre 2012, et il a travaillé les mêmes quatre quarts de travail par semaine après le 1^{er} décembre 2012.

[260] Sa conjointe souhaitait travailler des quarts de travail de 12 heures pour qu'ils n'aient à travailler que trois fois par semaine. (Ils auraient pu travailler régulièrement 7,5 heures par jour et tenter de trouver une garderie plus près de leur travail, comme la plupart des parents, mais ils n'ont pas exploré cette option.)

[261] Il a indiqué que lorsqu'ils ont acheté leur nouvelle maison à Hockley, leur plan était de travailler les mêmes trois jours afin de pouvoir faire du covoiturage et ensuite trouver un arrangement pour assurer la garde des enfants trois jours par semaine jusqu'en septembre 2013. (Comme ils ont été en mesure de trouver un arrangement pour assurer trois jours de garde d'enfants, l'option de travailler des semaines comprimées de quatre jours (quarts de travail de 9,375 heures) leur aurait permis de s'acquitter de leur obligation parentale en matière de garde d'enfants. Cette option leur a été offerte dès le 25 mai 2012. Un parent aurait pu travailler du lundi au jeudi, et l'autre, du mardi au vendredi. En incluant les trois jours prévus de garde d'enfants, cette option aurait permis de couvrir toute la semaine.)

Arrangement possible pour la garde de P				
Lundi	Mardi	Mercredi	Jeudi	Vendredi
Le fonctionnaire (horaire comprimé)	Garde d'enfants	Garde d'enfants	Garde d'enfants	Mme Soeterik (horaire comprimé)

[262] Tous ces éléments démontrent que le fonctionnaire n'a pas déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants en explorant des solutions de rechange raisonnables et que ces solutions étaient en fait raisonnablement réalisables.

[263] Par conséquent, le fonctionnaire n'a pas satisfait au troisième facteur du critère, tel qu'il en a été décidé dans *Nash c. Administrateur général (Service correctionnel du Canada)*, 2017 CRTEFP 4; *Havard c. Conseil du Trésor (Service correctionnel du Canada)*, 2019 CRTESPF 36; *Guilbault c. Conseil du Trésor (ministère de la Défense nationale)*, 2017 CRTEFP 1, *Grant c. Conseil du Trésor (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2021 CRTESPF 84, *Bzdel, Syed, et Board of Education of Regina School Division No. 4 of Saskatchewan*.

[264] Encore une fois, le fonctionnaire n'a pas établi qu'il satisfaisait à ce facteur.

[265] Tous ces éléments démontrent que le fonctionnaire n'a pas déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants en explorant des solutions de rechange raisonnables et que ces solutions étaient en fait raisonnablement réalisables.

3. La réponse du fonctionnaire : Réponse à l'affirmation générale concernant le fait de travailler les mêmes quarts de travail

[266] L'employeur a affirmé de façon générale dans son argumentation que [traduction] « [...] lorsqu'ils ont déménagé à Palgrave/Hockley, [le fonctionnaire] et sa conjointe avaient prévu travailler les mêmes jours [...] ». Cela semblait être un effort de la part de l'employeur pour faire valoir que le fonctionnaire n'avait pas besoin de services de garde d'enfants en raison du changement des heures de travail, ce que l'employeur a tenté d'étayer en se fondant sur le prétendu [traduction] « aveu » selon lequel le fonctionnaire [traduction] « [...] avait quelqu'un pour s'occuper de ses enfants trois jours par semaine ».

[267] Cette affirmation n'est pas étayée par les éléments de preuve. Selon les témoignages du fonctionnaire et de Mme Soeterik, leurs plans ont changé à mesure que la situation au travail changeait, comme suit :

[268] Au cours de la période précédant leur déménagement à Hockley, leur plan pour gérer leurs besoins en matière de garde d'enfants de septembre 2012 à septembre 2013 après leur déménagement consistait à travailler des quarts de travail qui se chevauchaient une journée par semaine et à régler ce problème d'une journée au moyen d'une combinaison de congés, de la mère du fonctionnaire et de leurs filles aînées. Après l'annonce de la modification des heures de travail, ils ont présenté des demandes de mesures d'adaptation qui leur auraient permis de prévoir leurs quarts de travail de façon à ce qu'ils se chevauchent seulement une journée par semaine, de sorte que le plan était essentiellement cohérent pendant cette période.

[269] Pendant la période où ils ont déménagé pendant leur congé avec étalement du revenu, puisqu'ils n'avaient pas encore reçu de réponses à leurs demandes de mesures d'adaptation, ils ont commencé à mettre en place d'autres plans et ont demandé à la mère du fonctionnaire de prendre congé de son travail et de s'occuper des enfants jusqu'au 1^{er} décembre 2012.

[270] Au cours de la période du 1^{er} septembre au 1^{er} décembre 2012, en raison du sacrifice que la mère du fonctionnaire a fait, le fonctionnaire et sa conjointe ont été en mesure de travailler les mêmes trois jours par semaine – ils n'avaient pas prévu ce sacrifice lorsqu'ils ont déménagé à Hockley le 1^{er} juillet 2012.

[271] En ce qui concerne la période au cours de laquelle le changement des heures de travail a été mis en œuvre, soit à compter du 1^{er} décembre 2012, le fonctionnaire et sa conjointe ont dû élaborer d'autres plans pour s'assurer qu'ils pouvaient fournir des services de garde d'enfants et conserver leur emploi. Les plans ont été amorcés avant la date de mise en œuvre. Puisqu'aucune réponse à la demande du fonctionnaire n'avait été reçue et que la date limite approchait, ils ont pris la mesure extraordinaire de faire venir par avion la belle-mère du fonctionnaire depuis Amsterdam en plein milieu de ses traitements de chimiothérapie.

[272] L'employeur a laissé entendre que le fonctionnaire et sa conjointe disposaient d'un service de garde d'enfants pour la période postérieure au 1^{er} décembre 2012. L'idée de faire venir un membre de la famille atteint d'un cancer depuis les Pays-Bas pour offrir des services de garde d'enfant à domicile correspondait, dans l'esprit de l'employeur, à avoir des services de garde d'enfants pendant trois jours par semaine. Cette mesure démontre manifestement les efforts incommensurables que l'employeur s'attend à ce que les employés déploient avant même d'envisager de prendre part au processus de mesures d'adaptation. Il est révélateur que dans ses arguments écrits, l'employeur n'ait jamais précisé ce [traduction] « quelqu'un » ou les circonstances dans lesquelles la mère de Mme Soeterik a fourni de l'aide en matière de garde d'enfants.

[273] L'affirmation de l'employeur selon laquelle [traduction] « [...] lorsqu'ils ont déménagé à Palgrave/Hockley, lui et sa conjointe avaient prévu travailler les mêmes jours [...] » était, au mieux, fondée sur des questions vagues et générales posées en contre-interrogatoire qui n'ont pas permis d'établir clairement la période visée par les plans qui ont été mis en place. Il est vrai qu'une fois déménagés à Hockley, le fonctionnaire et sa conjointe avaient prévu travailler les mêmes jours, mais **seulement** en réaction directe à la réponse tardive à leurs demandes de mesures d'adaptation qui les a amenés à demander à la mère du fonctionnaire de prendre congé de son travail. Ils ont mis en œuvre leur plan une fois que la demande de mesures d'adaptation de Mme Soeterik a été refusée.

[274] Compte tenu de la nuance des plans examinés à tel ou tel moment, l'employeur ne pouvait pas se fier aux prétendus [traduction] « aveux » donnés en réponse à des questions qui ne tenaient pas compte de ces nuances, alors que ces questions ont été clairement abordées lors de l'interrogatoire principal.

[275] L'employeur a déclaré que dès 2010, le fonctionnaire savait qu'il étudiait les heures de travail et qu'une réunion avait eu lieu en avril 2012 au sujet d'une annonce à venir concernant les résultats de l'étude. De même, au paragraphe 49 de ses arguments, l'employeur a soutenu que, même s'il savait en 2010 que [traduction] « des modifications pourraient être apportées aux heures de travail », le fonctionnaire et sa conjointe ont décidé de déménager à Hockley. Voici la réponse du fonctionnaire :

[Traduction]

[...]

• Les seuls renseignements dont disposait le fonctionnaire en 2010 étaient qu'une « étude était en cours concernant les heures de travail des inspecteurs de la sûreté aérienne ». Il en a pris connaissance à la date à laquelle sa demande de mesures d'adaptation fondée sur sa situation de famille, soit trois quarts de travail de 12 heures par semaine, a été accordée. La décision d'accorder cette mesure d'adaptation comprenait un énoncé selon lequel il y aurait un examen de la mesure d'adaptation lorsque la modification des heures de travail serait mise en œuvre, notamment pour s'assurer que l'employeur continue à répondre aux besoins du fonctionnaire. Le fonctionnaire croyait raisonnablement qu'au moment de toute modification, sa mesure d'adaptation serait revue afin de continuer à répondre à ses besoins. Il n'avait pas besoin d'apporter des modifications à cette mesure d'adaptation pour faciliter le déménagement à Hockley. Dans ce contexte, l'idée que le fonctionnaire et sa conjointe décideraient de ne pas déménager à Hockley pour les raisons extrêmement personnelles qui ont motivé cette décision en raison d'un vague plan de modification des heures de travail qui ne s'est pas concrétisée comme prévu à l'automne 2010 est ridicule.

Le fonctionnaire et sa conjointe avaient déjà acheté la maison à Hockley au moment de la réunion d'avril 2012, mais, quoi qu'il en soit, David Bayliss a témoigné que selon les renseignements fournis à cette réunion, une « modification serait apportée aux heures de travail normales de 6 h à 18 h conformément à la convention collective ». Les mesures d'adaptation fondée sur la situation de famille déjà en place pour le fonctionnaire et sa conjointe à ce moment-là étaient conformes à cette annonce.

[...]

[276] L'employeur a déclaré que le fonctionnaire n'avait pas fourni beaucoup de détails à l'appui de sa demande de mesures d'adaptation. De même, il a soutenu que [traduction] « [...] le fonctionnaire a manqué à son devoir de collaborer au processus de mesures d'adaptation ». Voici la réponse du fonctionnaire :

[Traduction]

[...]

- *Le fonctionnaire a témoigné qu'il avait répondu aux questions que Maureen Buchanan lui avait posées lorsqu'ils s'étaient rencontrés, et il a précisé qu'il avait répondu à « toutes sortes de questions » sur sa famille, sa situation de famille, l'endroit où ils vivaient, l'horaire de leurs enfants, leur horaire de travail et les mesures qu'ils avaient prises pour trouver des services de garde d'enfants. Cela n'a pas été contesté en contre-interrogatoire.*
- *Dans son interrogatoire principal, Maureen Buchanan a affirmé que le fonctionnaire « a bien coopéré ». Même si Mme Buchanan a déclaré qu'il était « simplement difficile d'obtenir certains des renseignements que nous recherchions », Casey Allen a confirmé que, au moins en date du 25 septembre 2012, le fonctionnaire avait répondu à toutes les questions du questionnaire de l'employeur. L'employeur n'a pas demandé au fonctionnaire de répondre à d'autres questions, malgré le fait que le décideur final, David Bayliss, s'attendait à ce que si l'employeur souhaitait connaître certains renseignements, un représentant de l'employeur pose la question.*

[...]

[277] L'employeur a affirmé qu'on avait communiqué avec le fonctionnaire au sujet de sa demande de mesures d'adaptation parce qu'il y avait [traduction] « des réponses manquantes ». Voici la réponse du fonctionnaire : [traduction] « Ce n'était le cas que parce que le dossier des renseignements fournis par le fonctionnaire lors de sa réunion avec Maureen Buchanan avait été volé de la voiture de Casey Allen. »

[278] L'employeur a soutenu que le fonctionnaire avait répondu au courriel de Mme Allen sur un [traduction] « ton conflictuel ». Voici la réponse du fonctionnaire :

[Traduction]

[...]

- *Cela ne tient pas compte du fait que le fonctionnaire était raisonnablement contrarié par le fait qu'un représentant des Ressources humaines n'avait pas protégé des renseignements privés le concernant, ainsi que sa famille. Le fonctionnaire a expliqué en contre-interrogatoire qu'une « petite partie » de sa*

frustration venait du fait qu'il devait recommencer la procédure, mais que « la plus grande partie était due au fait que mes renseignements personnels et ceux de ma famille avaient été compromis par la négligence d'un membre des Ressources humaines ».

[...]

[279] L'employeur a soutenu que le fonctionnaire et sa conjointe n'ont pas examiné les garderies dans d'autres collectivités et a affirmé qu'ils auraient pu travailler régulièrement 7,5 heures par jour et tenter de trouver une garderie plus près de leur travail. De même, au paragraphe 50 de ses arguments, il a déclaré qu'ils ne s'étaient pas renseignés à l'égard des garderies dans la région avant d'y déménager. Voici la réponse du fonctionnaire :

[Traduction]

[...]

- *Dans un courriel envoyé avant leur déménagement à Hockley, Mme Soeterik a informé M. Dunning qu'ils avaient déjà confirmé que leur nouvelle collectivité n'avait pas de garderie agréée et qu'il n'y avait pas de garderie intégrée à l'école aux fins de services de garde avant ou après l'école.*

- *Au cours de la période pendant laquelle le fonctionnaire et Mme Soeterik cherchaient à obtenir des mesures d'adaptation, l'employeur n'a jamais posé de questions au sujet d'autres collectivités. Le fonctionnaire a témoigné clairement que la raison pour laquelle les garderies dans d'autres collectivités n'étaient pas disponibles était fondée sur les heures de travail requises et les distances à parcourir. Un quart de travail de 7,5 heures n'aurait pas permis de régler ce problème - le fonctionnaire a expliqué qu'il n'était pas possible de faire coïncider les heures de dépôt et de ramassage tout en respectant les heures de couverture exigées par l'employeur. Tout comme la Commission l'a reconnu dans Bzdel, il s'agissait d'une « proposition absurde » de s'attendre à ce que la fonctionnaire s'estimant lésée dans ce cas se rende à Lethbridge depuis Coutts avant et après chaque quart aux fins de garde d'enfants; il aurait été tout aussi absurde que le fonctionnaire se rende à Vaughan, à Brampton, à Mississauga ou à Bolton.*

En contre-interrogatoire, à la question de savoir s'il avait examiné les garderies dans les renseignements [sic] environnants avant de déménager à Hockley, le fonctionnaire expliqué ce qui suit :
« Lorsque je dis que nous n'avions pas de renseignements, c'est que nous n'avions pas d'options viables du point de vue des garderies agréées. »

[...]

[280] L'employeur a déclaré que le fonctionnaire et sa conjointe [traduction] « auraient pu se prévaloir de l'option [de 9,375 heures] ». Voici la réponse du fonctionnaire :

[Traduction]

[...]

• *L'option des 9,375 heures variables les laissait toujours sans service de garde d'enfants pendant au moins trois jours par semaine, comme l'employeur le reconnaît au paragraphe 92 de son argumentation. Le seul moyen d'assurer la garde d'enfants nécessaire était de faire venir par avion la mère de Mme Soeterik depuis Amsterdam en plein milieu de son [traitement médical].*

[...]

[281] L'employeur a fait valoir que la prolongation de la mise en œuvre de la modification des heures du 1^{er} septembre au 1^{er} décembre 2012 [traduction] « [...] à la suite de la réception de la demande de mesures d'adaptation [...] » était [traduction] « une mesure d'adaptation en soi ». Voici la réponse du fonctionnaire : [traduction] « Casey Allen a reconnu qu'il s'agissait d'une extension générique qui s'appliquait à tous les employés. »

[282] L'employeur a affirmé que le plaignant avait été [traduction] « invité » à fournir plus de renseignements et que M. Bayliss avait indiqué que [traduction] « [...] il était possible de fournir des renseignements supplémentaires [...] ».

[283] En contre-interrogatoire, M. Bayliss a reconnu que le courriel de décision ne demandait pas de renseignements plus précis, n'indiquait pas [traduction] « si vous avez d'autres renseignements, veuillez les communiquer », et n'indiquait aucune question précise découlant de la procédure à laquelle l'employeur devait répondre. M. Bayliss a reconnu qu'il en était de même du courriel de décision qu'il avait envoyé à Mme Soeterik.

[284] L'employeur a déclaré que [traduction] « [...] le fonctionnaire n'a pas fait savoir à son employeur qu'il se trouverait dans une situation critique si sa demande n'était pas accordée ». Voici la réponse du fonctionnaire :

[Traduction]

[...]

- *Le fonctionnaire a indiqué qu'il n'avait pas de services de garde d'enfants avant septembre 2013 et que le refus de prendre des mesures d'adaptation entraînerait une perte de salaire et la prise de congés. Le fonctionnaire a déclaré que la mesure d'adaptation était « essentielle » pour lui et a décrit les problèmes importants liés au fait de devoir compter sur des grands-parents âgés et infirmes. Casey Allen a admis que l'employeur avait eu connaissance de ces renseignements avant de décider de refuser la demande de mesures d'adaptation.*

[...]

4. Analyse du troisième facteur énoncé dans *Johnstone*

[285] Dans *Johnstone*, la CAF a établi ce qu'un fonctionnaire s'estimant lésé devait présenter pour démontrer qu'il satisfaisait au troisième facteur, énoncé comme suit au paragraphe 96 :

[96] Le troisième facteur oblige le plaignant à démontrer qu'il a déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations relatives à la garde des enfants en explorant des solutions de rechange raisonnables et qu'aucune de ces solutions n'est raisonnablement réalisable. Le plaignant est par conséquent appelé à démontrer que ni lui ni son conjoint n'est en mesure de s'acquitter de ses obligations liées à la garde des enfants tout en conservant son emploi et qu'ils n'ont pas raisonnablement accès à des services de garde d'enfants ou à des mesures de substitution qui leur permettraient de respecter leurs obligations professionnelles. Le plaignant doit essentiellement démontrer qu'il est aux prises avec un véritable problème en ce qui concerne la garde d'enfants. Chaque cas est essentiellement un cas d'espèce.

[286] Lorsqu'elle a déterminé que Mme Johnstone avait satisfait au troisième facteur, la Cour a fait référence aux efforts sérieux, mais infructueux, qu'elle avait déployés pour obtenir des solutions de rechange raisonnables en matière de garde d'enfants. Elle s'est renseignée auprès de nombreux fournisseurs de services de garde réglementés et non réglementés, près de chez elle ou près de son lieu de travail, y compris auprès des membres de sa famille; toutefois, aucun d'entre eux ne fournissait de services en dehors des heures de travail normales.

[287] Mme Johnstone travaillait selon un système de quarts de travail qui comportait six heures de début différentes le jour, l'après-midi ou le soir, ne suivant pas un modèle prévisible, et elle travaillait divers jours de la semaine pendant toute la durée

de l'horaire. Son époux travaillait également selon un horaire variable. Leurs quarts de travail n'étaient pas coordonnés.

[288] La Cour a adopté la conclusion du Tribunal selon laquelle les horaires de travail de Mme Johnstone et de son époux étaient tels qu'aucun d'eux ne pouvait fournir les services de garde d'enfants nécessaires de façon fiable. L'option d'engager une personne pouvant s'occuper d'enfants à domicile n'était pas appropriée dans les circonstances, puisque la famille de Mme Johnstone aurait dû déménager dans une maison qui aurait pu accueillir un autre adulte (voir la décision du Tribunal au par. 83).

[289] Le fonctionnaire a soutenu que la Commission doit appliquer le troisième facteur du critère établi dans *Johnstone* conformément à son droit fondamental, en tant que parent, de déterminer les services de garde d'enfants sûrs et appropriés pour ses enfants. Il a fait valoir que, même si la question n'a pas été soulevée directement dans *Johnstone*, des cas ultérieurs ont confirmé qu'il appartient au parent ou au tuteur de décider si une option particulière de garde d'enfants est raisonnable, en invoquant la décision de la Commission dans *Chin* et la décision du Tribunal dans *Smolik*.

[290] Dans *Smolik*, le Tribunal a tranché une plainte dans laquelle M. Smolik, un ingénieur maritime, soutenait que son employeur, Seaspan Marine Corporation, une entreprise de transport maritime, avait contrevenu à l'article 7 de la *LCDP* lorsqu'elle a omis de prendre des mesures d'adaptation à son égard sous forme d'un horaire de travail qui lui aurait permis de s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants.

[291] M. Smolik travaillait sur des navires affrétés par Seaspan à Seaspan Ferries et travaillait par quarts de 12 heures, de cinq à sept jours par semaine. Lui et sa conjointe avaient une fille et un fils. L'employeur de sa conjointe permettait des heures de travail souples, ce qui leur a permis de s'acquitter eux-mêmes de leurs obligations en matière de garde d'enfants. Sa conjointe est décédée, et M. Smolik est devenu le seul responsable de ses enfants, âgés de 9 et 6 ans, et il a pris un congé de deuil.

[292] Lorsqu'il a été prêt à retourner au travail, il a dit à Seaspan qu'il ne pouvait pas travailler sur ses navires côtiers en raison de son manque d'options en matière de garde d'enfants et des besoins affectifs de ses enfants, qui l'empêchaient d'être loin de ses enfants pendant les deux à trois semaines nécessaires pour travailler sur un navire côtier. Il a dit à Seaspan qu'il avait besoin soit d'un emploi comme celui qu'il occupait

auparavant, dans le cadre duquel il effectuait ses quarts de 12 heures et qui n'était plus disponible, soit d'un autre horaire suffisamment souple pour lui permettre d'aller chercher ses enfants à l'école la plupart du temps.

[293] Il voulait préserver son unité familiale. Il a envisagé de faire appel à ses proches pour l'aider à prendre soin de ses enfants, soit son frère qui avait quatre enfants et un autre frère qui était célibataire et qui, selon lui, ne pouvait pas s'occuper de ses enfants pendant de longues périodes. Il estimait que sa belle-mère ne pouvait pas s'occuper beaucoup des enfants en dehors d'aller les chercher à l'école. Il a envisagé d'embaucher une personne formée à la garde d'enfants pour ses enfants, mais il estimait qu'il ne pouvait pas avoir confiance en qui que ce soit pour s'occuper de ses enfants pendant plusieurs semaines consécutives, en fonction d'un horaire erratique. Il aurait été en mesure de s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants par l'entremise d'autres services de garde pendant un certain nombre d'heures, y compris la nuit, dans l'éventualité où il recevrait et accepterait un quart de 12 heures ou s'il obtiendrait un poste comprenant des quarts de sept à huit jours.

[294] Seaspan lui a présenté une proposition de travail sur appel pour une durée d'un an, proposition qu'il a acceptée. La quantité de travail découlant de cette proposition a été de loin inférieure à ce à quoi M. Smolik s'attendait. Il croyait qu'il y avait suffisamment de travail à Seaspan pour l'employer presque à plein temps; toutefois, à son avis, Seaspan n'était pas disposée à lui fournir une quantité suffisante de travail pour répondre à ses besoins financiers.

[295] À l'audience, Seaspan a soutenu que M. Smolik n'avait pas déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants en explorant des solutions de rechange raisonnables, faisant valoir que même si la responsabilité légale d'assurer la garde des enfants incombait à M. Smolik, cela ne signifiait pas qu'il était le seul à pouvoir la fournir

[296] Le Tribunal a conclu qu'il serait trop contraignant de s'attendre à ce que les membres de la famille fournissent des services de garde d'enfants si M. Smolik était en mer pendant une à trois semaines à la fois. Il ne serait pas non plus raisonnable de s'attendre à ce qu'ils soient en mesure de fournir des services de garde d'enfants à court préavis en fonction d'horaires non structurés. Le Tribunal a déclaré ce qui suit au paragraphe 84 :

[84] Le Tribunal devrait faire preuve d'une certaine déférence à l'égard d'un plaignant qui est présumé connaître le mieux ses enfants. J'accepte la conviction de M. Smolik selon laquelle il était le mieux placé pour remplir ses obligations en matière de garde d'enfants au moment où il a indiqué pour la première fois qu'il était prêt à retourner au travail.

[297] Le Tribunal a conclu que M. Smolik avait déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants en explorant des solutions de rechange raisonnables et que ces solutions n'étaient pas raisonnablement réalisables.

[298] Dans *Chin*, la Commission a examiné un cas où la fonctionnaire s'estimant lésée a allégué que l'employeur avait fait preuve de discrimination à son égard fondée sur sa situation de famille. Elle était employée auprès de l'ASFC en tant qu'agente des services frontaliers à l'aéroport Pearson. Sa mère était également employée par l'ASFC en tant que commis à l'immigration à l'aéroport Pearson et son mari était employé comme agent de police auprès de la police régionale de Peel.

[299] La fonctionnaire s'estimant lésée travaillait par quarts. Elle a donné naissance à son premier enfant en 2011 et a pris un congé de maternité l'année suivante. Six mois avant son retour au travail, elle a communiqué avec son employeur pour lui demander de faire partie d'une équipe qui travaille suivant l'horaire inverse de celui de sa mère afin qu'elle puisse s'acquitter de ses responsabilités en matière de garde d'enfants auprès de son jeune enfant. La demande a été accordée le 9 décembre 2011.

[300] Au mois d'octobre de cette année-là, l'employeur a proposé à la fonctionnaire s'estimant lésée plusieurs horaires de travail. Elle a choisi de commencer ses journées de travail à 5 ou 6 heures du matin. La fonctionnaire s'estimant lésée a indiqué que son mari travaillait également par quarts et elle a demandé six changements de quarts entre les mois de janvier et de juin de l'année suivante afin de pouvoir fournir elle-même les soins nécessaires à son enfant pendant que son mari travaillait. En janvier 2012, elle a changé sa demande pour cinq changements de quarts.

[301] Le 23 janvier 2012, elle a été informée que le Comité responsable des mesures d'adaptation avait rejeté la demande et que l'employeur considérait qu'il existait des solutions de rechange raisonnables, comme changer de quart de travail avec un collègue, prendre congé ou chercher une autre solution de garde pour son enfant.

[302] La fonctionnaire s'estimant lésée a répondu en indiquant qu'une garderie ne pouvait pas être envisagée pour son jeune enfant, puisque les quatre garderies qu'elle avait repérées exigeaient une inscription du lundi au vendredi et qu'elles n'acceptaient pas de recevoir un enfant une seule journée par mois, à 5 h du matin et que le coût d'une inscription à temps plein dans ces garderies était prétendument trop élevé pour sa famille. L'employeur n'a pas répondu à la demande.

[303] La fonctionnaire s'estimant lésée a réussi à trouver une autre personne pour garder son enfant au cours du quart de travail qu'elle devait effectuer le 8 février 2012. Toutefois, elle a écrit à l'employeur pour lui dire que le nombre d'employés avec lesquels elle pouvait changer de quart était limité et que le changement de quart n'était peut-être pas possible tous les mois. Elle n'avait pas besoin du changement de quart qu'elle avait demandé pour le 21 février 2012.

[304] Le 24 avril, la fonctionnaire s'estimant lésée s'est présentée au travail, mais a pris deux heures de congé à la fin de la journée pour s'occuper de son enfant.

[305] Au mois de mai, la fonctionnaire s'estimant lésée a envisagé la possibilité d'être affectée à un autre emplacement, pour faciliter la prise en charge de son enfant. Elle a déployé de grands efforts pour trouver un agent des services frontaliers avec lequel elle pourrait échanger son quart de travail du 30 mai, mais en vain. En fin de compte, son chef est intervenu et a organisé un changement de quart pour la fonctionnaire s'estimant lésée pour cette date.

[306] En ce qui concerne le quart de travail prévu en juin, la fonctionnaire s'estimant lésée a utilisé un congé annuel pour prendre la journée de congé et s'occuper de son enfant.

[307] En novembre, son mari avait été appelé en service et ne pouvait pas s'occuper de leur enfant pendant qu'elle serait au travail; sa mère n'était pas disponible non plus. Elle avait besoin de trois heures de congé pour s'occuper de son enfant. Sa demande a été refusée. Elle s'est présentée au travail, mais elle était contrariée de ne pas avoir trouvé de solution à son problème. Elle en a discuté avec son surintendant et elle a été informée que si elle quittait le travail, elle pourrait être considérée comme absente sans permission et faire l'objet de mesures disciplinaires. Constatant qu'elle était bouleversée, il lui a suggéré de demander un congé de maladie.

[308] L'employeur a fait valoir que la fonctionnaire s'estimant lésée n'avait pas déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations en matière de garde d'enfants, en alléguant qu'elle ne voulait pas envisager d'autre option que la garde de son enfant par elle-même, son mari ou sa mère, qu'elle aurait pu faire davantage pour obtenir les services d'une personne pouvant s'occuper d'enfants et que son attitude inflexible n'était pas raisonnable. Les revenus combinés de la fonctionnaire s'estimant lésée et de son mari étaient plus que suffisants pour leur permettre de retenir des services de garde d'enfants, mais ils s'y sont refusés et l'examen de différentes garderies ne suffisait pas à libérer la fonctionnaire s'estimant lésée de son obligation de démontrer que toutes les solutions de rechange raisonnables en matière de garde d'enfants avaient été examinées.

[309] La Commission a conclu que la fonctionnaire s'estimant lésée avait satisfait au troisième facteur énoncé dans *Johnstone*, en déclarant ce qui suit aux paragraphes 113 et 117 :

[113] Malgré les arguments de l'employeur, je n'ai aucune raison de remettre en question la décision de la fonctionnaire de confier la garde de son enfant aux trois personnes qu'elle savait les mieux placées pour le faire. Ce faisant, elle n'a pas choisi la facilité; au contraire, ce choix de garde lui a demandé beaucoup de travail. La fonctionnaire a dû contacter son employeur, ainsi que celui de son mari, pour mettre en œuvre le plan. Elle a dû demander une lettre du Service de police régional de Peel concernant les fonctions de son mari, afin de justifier le plan de garde auprès de son employeur.

[...]

[117] En ce qui concerne la recherche de solutions de garde de rechange, la fonctionnaire a expliqué à la surintendante Lebrun qu'il était difficile de trouver de telles solutions de rechange pour une seule journée par mois. À cet égard, je trouve raisonnable l'explication de la fonctionnaire au sujet des disponibilités des garderies. La preuve a démontré que les garderies qu'elle a contactées n'acceptaient pas de garder son enfant pour une seule journée par mois. Par ailleurs, je reconnais qu'il n'est pas raisonnable de payer une inscription à plein temps à une garderie lorsque le besoin de garde de l'enfant n'est que d'un jour par mois

[...]

[310] La Commission a déclaré ce qui suit au paragraphe 112 : « À cet égard, je suis sensible au commentaire formulé par le TCDP au paragraphe 84 de *Smolik* : “Le

Tribunal devrait faire preuve d'une certaine déférence à l'égard d'un plaignant qui est présumé connaître le mieux ses enfants." »

[311] Dans *Leclair c. Administrateur général (Service correctionnel du Canada)*, 2016 CRTEFP 97, il est confirmé que la personne qui sollicite une mesure d'adaptation doit faire preuve d'ouverture à l'égard des différentes options qui s'offrent à elle. Dans le contexte d'une allégation selon laquelle l'employeur avait fait preuve de discrimination à l'égard du fonctionnaire s'estimant lésé fondée sur sa déficience, la Commission a déclaré ce qui suit au paragraphe 134 :

[134] Bon nombre d'employés, comme le fonctionnaire, croient que la recherche d'une mesure d'adaptation constitue une carte blanche pour obtenir le poste de leur choix en raison de l'obligation de l'employeur de prendre des mesures d'adaptation jusqu'au point de la contrainte excessive à leur égard. Il s'agit d'une conception erronée; les employés n'ont pas droit à la mesure d'adaptation de leur choix. Ils ont droit à des mesures d'adaptation raisonnables qui permettent de répondre à leurs besoins déterminés. En l'espèce, l'employeur s'est efforcé à trouver une mesure d'adaptation raisonnable en fonction des renseignements médicaux qui lui ont été fournis. Le fonctionnaire n'était pas disposé à envisager les options qui lui ont été présentées et il a retardé le processus.

[312] Le fonctionnaire a soutenu qu'il appartient au parent ou au tuteur de décider si une option particulière de garde d'enfants est raisonnable pour leur enfant ou leurs enfants, en invoquant les décisions *Smolik* et *Chin*. Dans *Smolik*, selon les faits de ce cas, le Tribunal a déclaré qu'il devait faire preuve « [...] d'une certaine déférence à l'égard d'un plaignant qui est présumé connaître le mieux ses enfants ».

[313] Il existe une distinction importante entre la proposition selon laquelle il appartient au parent ou au tuteur de décider si une option particulière de garde d'enfants est raisonnable et la proposition selon laquelle un tribunal devrait faire preuve d'une certaine déférence à l'égard de la décision d'un plaignant.

5. Analyse des éléments de preuve et conclusion : Examen des éléments de preuve et conclusions en ce qui concerne les efforts déployés par le fonctionnaire et sa conjointe pour explorer les options de garde d'enfants disponibles

[314] Le fonctionnaire a affirmé qu'avant de déménager à Hockley en juillet 2012, il n'avait pas cherché activement à obtenir des renseignements sur la disponibilité des garderies. Il avait été informé dès septembre 2010 qu'une étude était en cours et

qu'elle pourrait avoir une incidence sur les heures de travail et ses mesures d'adaptation.

[315] Lors d'une réunion du personnel tenue le 10 avril 2012, les employés ont été informés que les heures de travail passeraient d'un quart de 12 heures, trois jours par semaine, à un jour de travail de 7,5 heures, cinq jours par semaine. Cette modification a été confirmée par écrit le 25 mai 2012. Le fonctionnaire a témoigné que sa conjointe et lui avaient convenu d'acheter la propriété à Hockley trois ou quatre mois avant juillet 2012, à peu près au moment où il a été informé de la modification des heures de travail qui pourrait avoir une incidence sur sa mesure d'adaptation relative à la garde d'enfants. Il me semble que, dans les circonstances, le fonctionnaire a manqué de vision en ne cherchant pas à obtenir des renseignements sur les options de garde d'enfants disponibles à Hockley.

[316] Sa conjointe et lui avaient décidé qu'ils n'accepteraient pas de placer leur enfant dans une garderie non agréée; comme ils occupaient des postes d'inspecteur dans le cadre de leur emploi, leurs principales préoccupations étaient la sûreté, la sécurité et le bien-être. Même si je comprends que la jurisprudence énonce que la Commission devrait faire preuve d'une certaine déférence à l'égard d'un plaignant qui est présumé connaître le mieux ses enfants, les circonstances dans le présent cas ne sont pas analogues à celles dans *Smolik* ou *Chin*. Les éléments de preuve du fonctionnaire et de sa conjointe, tant oraux que documentaires, étaient vagues quant à savoir si les demandes de renseignements qui ont été présentées concernaient uniquement les garderies agréées ou les garderies agréées et non agréées. Compte tenu de leurs sentiments profonds à l'égard des garderies non agréées, je conclus que leurs demandes de renseignements se limitaient aux garderies agréées.

[317] Il me semble que, étant donné que Hockley est située dans une région rurale où le fonctionnaire et sa conjointe ont choisi de réinstaller, il aurait été raisonnable de se renseigner et de déterminer s'il y avait des garderies non agréées à Hockley ou dans les environs et, le cas échéant, d'interroger les garderies et de demander des références, afin de prendre une décision éclairée sur le caractère approprié des services de garde d'enfants.

[318] Il n'y avait aucune garderie agréée à Hockley. Il y en avait une à Orangeville, qui se trouve à 20 ou 25 minutes de route de Hockley. Toutefois, le fonctionnaire et sa

conjointe ont déclaré que les heures d'ouverture et de ramassage ne correspondaient pas à leurs quarts de travail. Les éléments de preuve n'ont pas permis d'établir clairement à quels quarts de travail ils faisaient référence. La question de savoir s'ils faisaient référence à des quarts de travail commençant à 6 h, comme ils l'ont demandé dans leur demande de mesures d'adaptation, ou à un quart de travail ayant une heure de début plus tardive, n'a pas été précisée.

[319] Comme l'a affirmé M. Bayliss, le fonctionnaire aurait pu envisager de travailler des quarts de 7,5 heures avec des heures de début à 8 h, afin de respecter les heures d'ouverture et de ramassage de la garderie. La seule preuve était que la garderie à Orangeville n'était pas ouverte à 6 h. Si une légère mesure d'adaptation des heures de travail avait été nécessaire pour respecter ces heures de dépôt et de ramassage, elle aurait dû être portée à l'attention de l'employeur, et une mesure d'adaptation aurait pu être demandée.

[320] Hockley est situé à 20 ou 25 minutes de route à l'est d'Orangeville. L'autoroute 9 est une route pavée. La durée de la conduite entre Orangeville et Hockley et l'aéroport Pearson est d'environ une heure. Je crois comprendre que Hockley se situe dans une région de la ceinture de neige. Même si le temps de déplacement peut augmenter en raison de mauvaises conditions météorologiques à l'occasion pendant les mois d'hiver, je ne suis pas convaincu que le fonctionnaire a fait preuve de diligence raisonnable en rejetant cette option.

[321] Outre le fait qu'ils étaient inscrits à une liste d'attente d'une garderie à Toronto, ils n'étaient inscrits à aucune autre liste d'attente.

[322] Le fonctionnaire a témoigné qu'il n'y avait aucune installation de garderie à proximité de Hockley. Il y avait peu de collectivités importantes entre Hockley et l'aéroport Pearson. Il n'a effectué aucune recherche en matière de garde d'enfants à Brampton parce que cette ville se trouve à une grande distance à l'ouest de Hockley et de l'aéroport Pearson. Il n'a effectué aucune recherche non plus à Vaughn ni à Bolton.

[323] En réinterrogatoire, le fonctionnaire a affirmé que Vaughn se trouve à environ mi-chemin entre l'aéroport Pearson et sa maison, mais que son emplacement ne cadrerait pas avec son trajet. Il devait être au bureau pour 8 h et aurait dû déposer son enfant avant cette heure.

[324] Brampton ne différait pas beaucoup de Vaughn. Bolton se trouvait sur le chemin vers l'aéroport Pearson, mais les heures d'ouverture ne cadraient pas avec ses quarts de travail. Il aurait dû aller au-delà de l'aéroport Pearson et aller plus loin pour se rendre à Mississauga.

[325] Sa mère résidait à Oakville, soit à 90 minutes de route de Hockley. Elle travaillait avec des organismes de bienfaisance et d'ordre humanitaire, mais pouvait l'aider de temps à autre. Ils n'avaient pas de membres de la famille élargie disponibles à l'échelle locale. Ils n'embauchaient pas de gardiens ou de gardiennes.

[326] Je ne suis pas convaincu que des efforts sérieux ont été déployés pour trouver une garderie agréée dans l'une ou l'autre des collectivités qui cadraient avec son trajet de Hockley à l'aéroport Pearson, à l'exception de la petite collectivité de Mono Mills. Encore une fois, s'il y avait un problème en ce qui concerne les heures de dépôt et de ramassage, il aurait pu demander une journée de travail de 7,5 heures et une mesure d'adaptation mineure en ce qui concerne les heures de travail.

[327] En ce qui concerne les plans de garde d'enfants, en supposant que la demande de mesures d'adaptation ait été accordée, les éléments de preuve présentés en son nom étaient contradictoires. Au cours de l'interrogatoire principal du fonctionnaire, il a déclaré que sa conjointe et lui avaient envisagé deux options. L'une était qu'il travaille les lundis, mardis et mercredis et que sa conjointe travaille les mercredis, jeudis et vendredis. Une autre option consistait à ce qu'ils travaillent les mêmes jours, car ils n'avaient qu'un seul véhicule.

[328] En contre-interrogatoire, comme sa demande de mesures d'adaptation faisait référence au covoiturage, on a demandé au fonctionnaire d'indiquer la raison pour laquelle il avait fait cette référence. Il a répondu que sa conjointe et lui souhaitaient faire du covoiturage, faire le trajet ensemble et travailler les mêmes jours et qu'ils n'auraient eu à faire le trajet que trois jours par semaine. Il a confirmé que lorsqu'ils ont décidé d'acheter la maison, ils avaient prévu travailler les mêmes heures afin de pouvoir faire du covoiturage. Il a également confirmé que lorsqu'ils ont planifié la garde de P, la garde était prévue pour trois jours par semaine et que sa mère fournirait les services de garde d'enfants.

[329] On a fait valoir au nom du fonctionnaire que, en ce qui concerne cet échange, les questions étaient vagues et que les périodes n'étaient pas précises. Je ne suis pas

convaincu qu'il en était ainsi. Les questions n'étaient pas ambiguës et les périodes étaient précises. À mon avis, les réponses fournies par le fonctionnaire étaient claires et précises.

[330] Mme Soeterik a déclaré que sa demande de mesures d'adaptation lui aurait permis de gérer ses heures de travail et de s'occuper de ses enfants tout en répondant aux nécessités du service. En ce qui concerne la façon dont son horaire de travail par quarts était lié à celui du fonctionnaire, elle aurait travaillé les lundis, mardis et mercredis et il aurait travaillé les mercredis, jeudis et vendredis et les deux auraient été disponibles les mercredis pour assister aux réunions du personnel. Cela aurait permis à un parent de s'occuper directement des enfants quatre jours par semaine.

[331] Dans sa demande de mesures d'adaptation datée du 27 mai 2012, le fonctionnaire a déclaré, en partie, ce qui suit : [traduction] « Cette mesure d'adaptation est fondée sur la situation de famille, la non-disponibilité d'un service de garde approprié sur une période de cinq jours par semaine, et le covoiturage. »

[332] Dans son courriel à Mme Allan en date du 25 septembre 2012, le fonctionnaire a déclaré, en partie, ce qui suit :

[Traduction]

[...]

[...] Je dépends des grands-parents pour prendre soin d'eux, et ces arrangements sont fondés sur mes quarts de travail actuels. Les deux grands-mères sont âgées et ne sont pas en bonne santé. La mère de Renee a [...] le cancer et reçoit régulièrement des soins médicaux. Ma propre mère a de graves problèmes de dos.

Je suis un travailleur de poste depuis dix ans et j'ai accepté ce poste parce qu'il s'agissait d'un travail par poste. Toutes les dispositions que Renee et moi avons prises à l'extérieur de ce bureau sont fondées sur un principe de travail par poste. Nous faisons du covoiturage en fonction de cette prémisse et de la garde qui est à notre disposition - la garde d'un enfant d'âge préscolaire et d'autres enfants d'âge scolaire - en fonction de mon travail par poste. Ces dispositions sont en place depuis plusieurs années.

[...]

[Je mets en évidence]

[333] D'après les éléments de preuve, tant documentaires que ceux présentés en contre-interrogatoire, selon la prépondérance des probabilités, je suis convaincu que la

principale préoccupation et l'objectif du fonctionnaire était de conserver son statut de travailleur de poste, travaillant trois jours par semaine, 11,5 ou 12 heures par jour et s'adonnant au covoiturage avec sa conjointe ces mêmes trois jours, et qu'il avait planifié de faire garder ses enfants trois jours par semaine.

[334] Étant donné que le plan prévoyait que sa conjointe et lui travailleraient les mêmes trois jours et les mêmes heures, puisque la garde des enfants était prévue pour trois jours, il aurait pu envisager la possibilité de travailler une semaine de travail comprimée de quatre jours, selon des quarts de travail de 9,375 heures, selon lesquels un parent aurait pu travailler du lundi au jeudi, et l'autre du mardi au vendredi. Ils auraient respecté les trois jours de garde d'enfants prévus, chaque parent étant disponible pour couvrir une journée supplémentaire, et leurs obligations en matière de garde d'enfants pour la semaine auraient été couvertes, sans nécessiter de mesures d'adaptation. Il n'a pas envisagé cette option.

[335] Pour tous les motifs qui précèdent, je ne suis pas convaincu que, selon la prépondérance des probabilités, les éléments de preuve ont démontré que le fonctionnaire a tenté sérieusement de concilier tout conflit entre son travail et ses obligations en matière de garde d'enfants, notamment en explorant des solutions de rechange réalistes et des options disponibles, avant de demander une mesure d'adaptation en milieu de travail. Il a cherché à maintenir le statu quo, malgré le fait que l'employeur avait modifié l'horaire de travail par poste pour qu'il corresponde à un horaire régulier de cinq jours par semaine.

D. Le quatrième facteur énoncé dans *Johnstone* : La règle régissant le milieu de travail a-t-elle entravé d'une manière plus que négligeable ou insignifiante la capacité du fonctionnaire de s'acquitter de ses obligations relatives à la garde des enfants?

1. Argumentation du fonctionnaire

[336] Enfin, la règle régissant le milieu de travail a entravé d'une manière plus que négligeable ou insignifiante la capacité du fonctionnaire de s'acquitter de ses obligations liées à la garde des enfants. Les nouvelles heures de travail ont laissé sa conjointe et lui dans une situation où leur fils de 11 ans et leur fille de 3 ans devaient se retrouver sans service de garde d'enfants plusieurs jours par semaine, chaque semaine. Cela était vrai dans le cadre des soi-disant nouvelles [traduction] « heures normales de travail », ainsi que dans le cadre des options limitées d'heures de travail

variables offertes par l'employeur. Même s'ils ont pu obtenir de l'aide occasionnelle de la part de la mère du fonctionnaire et de leurs filles aînées, cette aide n'était ni uniforme ni fiable. Chaque semaine, pendant au moins un an, le fonctionnaire et sa conjointe devaient choisir entre travailler ces quarts et prendre des congés prolongés ou même quitter entièrement leur emploi. La seule solution a été la mesure extraordinaire qu'ils ont prise lorsqu'ils ont fait venir par avion sa belle-mère depuis les Pays-Bas au Canada pendant qu'elle suivait un traitement médical.

[337] Par conséquent, même en tenant compte du seuil élevé établi dans *Johnstone*, le fonctionnaire a établi qu'il avait fait l'objet d'une discrimination *prima facie* fondée sur sa situation de famille.

[338] Puisque, comme il a déjà été mentionné, l'employeur n'a présenté aucun élément de preuve selon lequel il ne pouvait pas prendre de mesures d'adaptation à l'égard du fonctionnaire sans subir une contrainte excessive et qu'il n'a pas affirmé qu'il avait subi une contrainte excessive, le grief doit être accueilli.

2. Argumentation de l'employeur

[339] Selon le quatrième et dernier facteur, la règle attaquée régissant le milieu de travail entrave d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité de s'acquitter de ses obligations relatives à la garde des enfants. Il convient dans chaque cas d'examiner le contexte dans lequel se présente un conflit entre les besoins en matière de garde d'enfants et l'horaire de travail pour déterminer si l'entrave en question est plus que simplement négligeable ou insignifiante.

[340] Comme il a été mentionné précédemment, en contre-interrogatoire, le fonctionnaire a confirmé que lui et sa conjointe avaient prévu travailler les mêmes jours après leur déménagement à Hockley en juillet 2012. En fait, les horaires de travail de 2012 et 2013 ont révélé qu'ils ont travaillé les mêmes quarts de 12 heures, du mardi au jeudi, une fois revenus au travail en septembre 2012 après leur congé d'été.

[341] Le fonctionnaire a également indiqué pendant son contre-interrogatoire que son intention était de travailler les mêmes trois quarts de travail de 12 heures que sa conjointe au moins jusqu'en septembre 2013, date à laquelle P devait commencer la maternelle. Cela aurait permis au fonctionnaire et à sa conjointe d'effectuer du

covoiturage et de s'absenter moins souvent de leur domicile. L'intention du fonctionnaire est également corroborée par les courriels que lui et sa conjointe ont envoyés à leurs superviseurs respectifs le 10 octobre 2012. Les courriels se lisent comme suit :

[Traduction]

[...]

Je demande des horaires de travail variables à compter du 4 décembre 2012, comme suit :

Mardi, mercredi et jeudi, de 6 h à 18 h.

Et toutes les deux semaines, lundi, mardi et mercredi, de 6 h à 18 h, et vendredi de 6 h à 12 h 30.

[...]

[342] Le fonctionnaire a confirmé dans le cadre de son contre-interrogatoire que leurs demandes du 10 octobre 2012 visaient la période de décembre 2012 à septembre 2013. Il a confirmé qu'ils avaient des dispositions qui leur permettaient de travailler ces quarts de travail et d'assurer la garde d'enfants. Cela signifie qu'ils pouvaient compter sur quelqu'un pour prendre soin de leurs enfants, trois jours par semaine, au moins 14 heures par jour, puisqu'ils vivaient à une heure de route de leur lieu de travail, pour un total de 42 heures de garde d'enfants externe par semaine (non fournies directement par les parents).

[343] Dans le courriel de M. Bayliss daté du 25 mai 2012, l'employeur offrait aux employés la possibilité de travailler des semaines comprimées de quatre jours en travaillant 9,375 heures par jour. Le fonctionnaire et sa conjointe auraient pu se prévaloir de cette option pour s'acquitter de leurs obligations parentales. Elle était disponible sans qu'il soit nécessaire de présenter une demande de mesures d'adaptation.

[344] Si le fonctionnaire et sa conjointe avaient profité de cette option, l'un aurait pu travailler du lundi au jeudi et l'autre, du mardi au vendredi. Comme ils auraient travaillé 9,375 heures par quart, les besoins en services de garde d'enfants seraient demeurés à trois jours par semaine, mais pour seulement 12 heures, puisque leurs quarts de travail auraient été plus courts; en incluant le déplacement, le nombre d'heures de garde d'enfants externe aurait été réduit à 36 (non fournies directement par les parents).

[345] Par conséquent, la règle attaquée régissant le milieu de travail n'a pas entravé d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité de s'acquitter de ses obligations relatives à la garde des enfants. En fait, la modification des heures de travail et les options offertes au fonctionnaire et à sa conjointe auraient dû faciliter l'acquittement de cette obligation, compte tenu de toutes les circonstances. Le grief doit être rejeté.

3. Analyse du quatrième facteur énoncé dans *Johnstone*

[346] Dans *Johnstone*, au paragraphe 97, la Cour explique ainsi le quatrième facteur :

[97] Le quatrième et dernier facteur exige que les règles controversées régissant le milieu de travail entravent d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité de s'acquitter de ses obligations relatives à la garde des enfants. Il convient dans chaque cas d'examiner le contexte dans lequel se présente un conflit entre les besoins en matière de garde d'enfants et l'horaire de travail pour déterminer si l'entrave en question est plus que simplement négligeable ou insignifiante.

[347] La Cour a fait remarquer que le Tribunal avait conclu que l'horaire de travail régulier de Mme Johnstone entravait d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité de s'acquitter de ses obligations relatives à la garde des enfants. Elle a fait remarquer ce qui suit au paragraphe 107 :

[107] Le Tribunal a notamment retenu le témoignage de Martha Friendly, dont l'expertise en matière de politiques en matière de garde d'enfants au Canada avait été reconnue, notamment au sujet de l'accessibilité des services de garde pour des parents qui travaillent par quarts rotatifs et changeants sur une base irrégulière : décision du Tribunal, aux paragraphes 174 à 195. Madame Friendly a expliqué que le fait que les heures de travail n'étaient pas prévisibles constituait le facteur le plus difficile pour prendre des mesures d'accommodement en matière de garde d'enfants, et qu'il était ainsi presque impossible de trouver des services de garde enregistrés ou non : décision du Tribunal, aux paragraphes 178 et 179. Elle a également expliqué que le second facteur le plus difficile était le fait que l'obligation pour des personnes comme M^{me} Johnstone d'effectuer des heures prolongées après les heures normales de travail rendait pratiquement impossible à trouver des services de garde : décision du Tribunal, au paragraphe 180. Madame Friendly s'est dite d'avis que la situation de M^{me} Johnstone était [TRADUCTION] « l'une des plus difficiles qu'elle pouvait imaginer en ce qui concerne les services de garde », en raison de la variabilité des quarts de travail qui avaient lieu à des heures et à des jours différents - y compris

la fin de semaine -, des heures supplémentaires, du fait que les quarts étaient échelonnés sur toutes les heures du jour et de la nuit et du fait que son mari effectuait un quart de travail semblable : décision du Tribunal, au paragraphe 195.

[348] Aucun des facteurs présents dans *Johnstone* ne figure dans les circonstances du présent cas. Le fonctionnaire et sa conjointe ne travaillaient pas régulièrement des quarts de travail rotatifs et fluctuants. Ils disposaient d'une grande latitude pour déterminer leurs heures de travail, qui n'étaient pas imprévisibles. La nouvelle politique ne prévoyait pas non plus la nécessité de travailler des heures prolongées en dehors des heures normales de travail.

VI. Conclusion : le critère établi dans *Johnstone* n'est pas satisfait

[349] J'ai déjà conclu, d'après les faits et selon la prépondérance des probabilités, que la principale préoccupation et l'objectif du fonctionnaire étaient de conserver son statut de travailleur de poste, travaillant trois jours par semaine, 11,5 ou 12 heures par jour et s'adonnant au covoiturage avec sa conjointe ces mêmes trois jours, et qu'il avait planifié la garde de ses enfants trois jours par semaine.

[350] Il aurait pu choisir l'une des options variables pour travailler 9,375 heures par jour, quatre jours par semaine, sa conjointe travaillant selon la même option, ce qui leur aurait permis de s'acquitter de leurs obligations en matière de garde d'enfants sans qu'il soit nécessaire de prendre des mesures d'adaptation. Dans les circonstances, je ne peux pas conclure que l'horaire de travail du fonctionnaire, s'il avait opté pour la variation qu'il avait le pouvoir de choisir, aurait nui d'une manière qui était plus que négligeable.

[351] Malgré ma conclusion selon laquelle je suis tenu de suivre la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Johnstone* et que le fonctionnaire n'a pas satisfait au critère établi dans *Johnstone*, j'appliquerai le critère énoncé dans *Moore* aux conclusions de fait que j'ai tirées dans le présent cas.

VII. Preuve *prima facie*

A. Argumentation du fonctionnaire

[352] Le fonctionnaire a clairement satisfait à ce critère et a établi une preuve *prima facie* selon laquelle il a été victime de discrimination dans son emploi, fondée sur sa situation de famille.

[353] Le fonctionnaire avait des obligations parentales envers ses quatre enfants, y compris envers son fils qui, à l'âge de 11 ans, n'avait pas légalement l'âge de prendre soin de lui-même ou de sa sœur cadette, et envers leur fille cadette, qui avait 3 ans et n'aurait pas pu prendre soin d'elle-même. Ces responsabilités en matière de garde d'enfants sont protégées sous le motif de la situation de famille.

[354] L'employeur a appliqué à l'égard du fonctionnaire la nouvelle politique sur les heures de travail énoncée dans le courriel de M. Bayliss du 25 mai 2012. La mise en œuvre de cette nouvelle politique signifiait que le fonctionnaire et sa conjointe ne pouvaient plus travailler trois quarts de 12 heures par semaine (se chevauchant seulement un ou deux jours par semaine) comme ils l'avaient fait depuis la mise en place de cette mesure d'adaptation en 2010. Les nouvelles heures normales de travail signifiaient plutôt que le fonctionnaire et sa conjointe devaient travailler 7,5 heures par jour, cinq jours par semaine. Il convient de répéter le témoignage du fonctionnaire à cet égard :

[Traduction]

Le fait de travailler du lundi au vendredi nous aurait concernés tous les deux, ma femme et moi, car elle était assujettie au même courriel, à la même politique. Nous nous serions retrouvés dans une situation où nous n'aurions pas pu être à la maison pendant la semaine pour prendre soin de notre enfant. Cela nous aurait placé dans une situation très difficile.

[355] La seule autre option en vertu de la nouvelle politique consistait à choisir parmi l'une des options d'heures de travail variables disponibles qui, au mieux, leur permettaient de travailler 9,375 heures par jour, quatre jours par semaine. Cela n'aurait pas répondu adéquatement aux besoins du fonctionnaire en matière de garde d'enfants.

[356] La conjointe du fonctionnaire était assujettie à la même politique, en tant que collègue inspectrice technique à l'aéroport Pearson, et n'était donc pas non plus disponible pour s'occuper de leurs enfants pendant les heures de travail requises.

[357] La mise en œuvre de la politique a laissé le fonctionnaire devant le choix de conserver son emploi ou de quitter son emploi, afin d'assurer la garde de ses enfants. Sa conjointe et lui avaient adopté une position non équivoque quant à l'incidence de la politique sur leur famille, déclarant ce qui suit : [traduction] « Nous avons l'impression

qu'il nous faudrait peut-être prendre des décisions très difficiles entre prendre soin de nos enfants ou les nourrir. C'est la triste réalité si vous ne gagnez pas d'argent »; ils ont ajouté ce qui suit :

[Traduction]

C'était incroyablement stressant pour nous, incroyablement toxique pour nous d'essayer de trouver une solution, de choisir entre aller travailler et fournir des soins [...] nous aurions été dans une position où l'un d'entre nous aurait [dû quitter] son travail. Il n'y avait aucune autre option à ce stade.

[358] Le fonctionnaire a clairement exprimé à l'employeur que l'incidence de la politique se traduisait par une perte de revenus.

[359] Le fait que le fonctionnaire et sa conjointe ont finalement pu conserver leur emploi grâce à l'aide de leur famille n'est qu'une autre preuve de discrimination *prima facie*. Cela a été possible uniquement en raison des efforts extraordinaires déployés par les membres de leur famille pour les aider à prendre soin de leurs enfants. Cette aide a d'abord pris la forme d'un congé de trois mois de la mère du fonctionnaire pour qu'elle puisse conduire 90 minutes aller-retour de son domicile à Oakville pour prendre soin du fils et de la fille cadette du fonctionnaire pendant la semaine. Elle a dû [traduction] « remuer ciel et terre » et ne constituait pas une solution à long terme, car elle ne pouvait pas conduire dans des conditions hivernales sombres.

[360] À la fin de cette aide temporaire, le fonctionnaire et sa conjointe n'ont eu d'autre choix que de faire venir la mère de Mme Soeterik des Pays-Bas pour qu'elle fournisse des soins à domicile. Non seulement la mère de Mme Soeterik a-t-elle dû déraciner sa vie et quitter un autre continent, mais elle a aussi dû déménager au Canada au milieu de traitements de chimiothérapie contre le cancer. Il était difficile sur le plan logistique de louer la maison qu'elle possédait aux Pays-Bas, de respecter les exigences en matière de résidence et de couverture d'assurance du RAMO (le régime provincial d'assurance-maladie de l'Ontario) et de transférer les soins médicaux, mais plus fondamentalement, il s'agissait d'un sacrifice exceptionnel. Il s'agissait d'une soi-disant « option » qui a été exercée uniquement parce que, comme le fonctionnaire l'a affirmé, ils n'avaient personne d'autre.

[361] Il ne s'agissait pas d'une perturbation mineure; cette option avait de vastes répercussions importantes. Mme Soeterik a affirmé ce qui suit : [traduction] « J'ai de la

difficulté avec cela. En fin de compte, ma mère est décédée. J'ai eu l'occasion de me demander si, si je n'avais pas interrompu la chimiothérapie, elle aurait eu plus de temps. »

[362] Le fonctionnaire a dû faire ce choix en raison de ses obligations parentales. Par conséquent, la règle a eu une incidence négative sur lui. Puisque l'employeur n'a pas prouvé qu'il ne pouvait pas prendre des mesures d'adaptation à son égard sans subir une contrainte excessive et a confirmé qu'il n'allègue pas avoir subi une contrainte excessive, le grief doit être accueilli.

[363] En raison de sa situation de famille, le critère relatif à la discrimination *prima facie* est satisfait.

B. Argumentation de l'employeur

[364] Si la Commission décide que le critère établi dans *Johnstone* ne s'applique plus, comme le propose le fonctionnaire, l'employeur soutient alors que le fonctionnaire n'a pas établi une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur le critère élaboré dans *Moore*.

[365] Dans *Moore*, au paragraphe 33, la juge Abella a rendu le jugement de la Cour, en déclarant ce qui 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.

[366] Toutefois, comme il a déjà été mentionné, l'expression « discrimination *prima facie* » ne doit pas être considérée comme un assouplissement de l'obligation du fonctionnaire de convaincre le tribunal selon la norme de preuve de la prépondérance des probabilités, qu'il doit quand même respecter.

[367] Lorsque la Commission doit décider si un plaignant s'est acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait, elle doit examiner les éléments de preuve dans leur

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

ensemble. Cela comprend également les éléments de preuve déposés par l'employeur. En d'autres termes, les éléments de preuve présentés devant la Commission par le fonctionnaire et l'employeur ne doivent pas être analysés séparément. Par conséquent, la Commission peut décider que le fonctionnaire ne s'est pas acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait si (1) en l'absence d'une réponse de l'employeur, il n'a pas présenté des éléments de preuve suffisants pour s'acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombait, ou (2) l'employeur a été en mesure de présenter des éléments de preuve permettant de réfuter les allégations du fonctionnaire et, par conséquent, l'a empêché de s'acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombait.

1. Caractéristique protégée contre la discrimination

[368] En ce qui concerne les circonstances particulières, le fonctionnaire ne possédait pas une caractéristique protégée contre la discrimination.

[369] Dans *Board of Education of Regina School Division No. 4 of Saskatchewan*, le décideur a déclaré ce qui suit :

[Traduction]

[...]

100. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que la fonctionnaire n'a pas établi une preuve prima facie de discrimination fondée sur la situation de famille. Afin de parvenir à cette conclusion, nous étions d'avis que les trois premiers facteurs de Johnstone relatifs aux obligations en matière de garde d'enfants en vertu du motif de la situation de famille sont les plus utiles pour guider le premier facteur du critère à trois volets établi dans Moore, tandis que le quatrième facteur de Johnstone sert à guider le deuxième élément du critère établi dans Moore.

101. Les obligations en matière de garde d'enfants ne seront pas toutes considérées comme des caractéristiques protégées en vertu du motif de la situation de famille énoncé dans la loi. Grâce aux facteurs énoncés dans Johnstone qui guident le critère établi dans Moore, nous estimons que le problème particulier en matière de garde d'enfants de la fonctionnaire ne constitue pas une caractéristique protégée.

102. Conformément au premier facteur énoncé dans Johnstone, la fonctionnaire a démontré qu'elle assume l'entretien et la supervision de ses enfants. Cela découle du statut de la fonctionnaire en tant que parent de ses enfants.

103 Selon le deuxième facteur énoncé dans Johnstone, les enfants de la fonctionnaire n'ont pas atteint un âge où l'on peut

raisonnablement s'attendre à ce qu'ils s'occupent d'eux-mêmes pendant les heures de travail de leurs parents. **Toutefois, la fonctionnaire n'a pas démontré que les besoins en matière de garde d'enfants en cause découlent d'une responsabilité légale et qu'il ne s'agit pas d'un choix personnel. Sur ce point, nous adoptons le raisonnement de l'arbitre Richardson énoncé dans Flatt.**

104. **L'une des responsabilités légales d'un parent est de s'occuper de son enfant. La façon dont un parent s'acquitte de cette obligation consiste en un choix.** Rester à la maison avec les enfants est un choix qui fait partie de l'éventail disponible, mais ce n'est pas le seul. Parfois, l'éventail des choix peut se réduire à un seul, par exemple lorsque les besoins médicaux de l'enfant imposent que les soins de l'enfant ne puissent être dispensés qu'à la maison et par le parent. Dans de telles circonstances, le choix n'en est plus un : c'est une responsabilité légale. Cependant, dans le cas de la fonctionnaire, la preuve n'était pas suffisante pour suggérer que les choix de la fonctionnaire étaient ainsi restreints. La fonctionnaire a présenté son évaluation subjective de la meilleure solution pour Hudson, c'est-à-dire la prestation de soins à domicile par la fonctionnaire. De plus, la fonctionnaire a présenté une note médicale indiquant que « Hudson n'est pas à l'aise dans un environnement social tel qu'une garderie ». Cet élément de preuve ne fait qu'établir la préférence de la fonctionnaire de s'occuper elle-même de Hudson chez elle; elle n'établit pas que ce choix correspond à une responsabilité légale.

105 En ce qui concerne le troisième facteur du critère établi dans Johnstone, la fonctionnaire n'a pas démontré qu'elle a déployé des efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations quant à la garde son enfant en recourant à des solutions de rechange raisonnables ni qu'une telle solution de rechange n'était pas raisonnablement à sa portée. **En d'autres termes, la fonctionnaire n'a pas démontré qu'elle était confrontée à un véritable problème en ce qui concerne la garde d'enfants. La fonctionnaire est restée fidèle à sa demande initiale de bénéficier d'une mesure d'adaptation lui permettant de demeurer à domicile et n'a pas fait d'efforts raisonnables pour trouver une solution viable.**

106. Avant le départ de la fonctionnaire en congé de maternité pour accueillir son deuxième enfant, l'employeur a informé la fonctionnaire que son poste allait être transféré au bureau divisionnaire. La fonctionnaire n'a pas exprimé d'inquiétude à ce moment-là. Au cours du dernier mois de son congé de maternité, la fonctionnaire a demandé une mesure d'adaptation pour pouvoir demeurer à domicile en raison de sa situation familiale. Ce n'est qu'à ce moment-là, et à la demande de l'employeur, que la fonctionnaire a contacté cinq personnes offrant des services de garde d'enfants entre le 22 août 2016 et le 1^{er} septembre 2016. En outre, la fonctionnaire n'a pas envisagé de retenir les services d'une personne pouvant s'occuper d'enfants à domicile.

107. Les éléments de preuve de la fonctionnaire selon lesquels le coût de la garderie de l'Université de Regina absorberait la totalité de son salaire ne suffit pas à établir en soi qu'il ne s'agissait pas d'une solution de rechange raisonnable. Comme l'a souligné l'arbitre Richardson dans *Flatt*, le fait qu'une personne pourrait avoir à travailler pour payer les coûts associés à un choix particulier ne suffit pas en soi pour rendre ce choix déraisonnable. Il n'y avait aucune preuve que le coût de la garderie était si disproportionné qu'il aurait nui à la capacité de la fonctionnaire et de son conjoint de subvenir aux autres besoins de leurs enfants.

108. **Pour les motifs exposés ci-dessus, nous concluons que l'obligation en matière de garde d'enfants de la fonctionnaire ne constitue pas une caractéristique protégée en vertu du motif de la situation de famille. Il est entendu que nous n'avons pas l'intention de dire que les obligations en matière de garde d'enfants ne constitueraient jamais une caractéristique protégée en vertu du motif de la situation de famille. Dans les présentes circonstances factuelles particulières et à la lumière des éléments de preuve, ou de l'absence de ceux-ci, nous concluons plutôt que la fonctionnaire n'a pas établi ses obligations en matière de garde d'enfants en vertu du motif de la situation de famille.**

109. Cette conclusion est suffisante pour trancher le grief, car la fonctionnaire n'a pas établi une discrimination *prima facie* en vertu de la première étape du critère établi dans *Moore* [...]

[...]

[Je mets en évidence]

[370] Dans *Flatt*, aux paragraphes 31 à 37, la Cour d'appel fédérale a indiqué clairement que les choix parentaux ne sont pas des caractéristiques protégées contre la discrimination par rapport à un besoin, comme suit :

[31] Dans l'affaire qui nous occupe, il ne fait pas de doute que la demanderesse assumait l'entretien et la surveillance de son jeune fils. Cependant, on ne m'a pas convaincue que la demanderesse s'est acquittée du fardeau qui lui incombait en ce qui a trait aux deuxième et troisième facteurs. La demanderesse a soutenu que, dans son cas, l'équivalent de l'obligation légale de M^{me} Johnstone de prendre soin de son enfant est son [TRADUCTION] « obligation légale de nourrir son fils en l'allaitant » (*Exposé des faits et du droit de la demanderesse*, au paragraphe 96).

[32] Ici, la comparaison ne tient pas. Je reconnais qu'il **puisse y avoir** des cas où l'allaitement est considéré comme faisant partie de l'obligation légale d'une mère de prendre soin de son enfant, et plus précisément de le nourrir. Je fais donc droit à l'argument de la demanderesse selon lequel l'allaitement **peut** être associé aux deux motifs de distinction illicite. Dans le cas présent, et sans souscrire à l'ensemble de son raisonnement, je ne peux conclure

que la Commission a commis une erreur en concluant au bout du compte que **M^{me} Flatt allaitait son enfant par choix personnel et que la discrimination invoquée à cet égard, s'il y avait discrimination, était de la discrimination fondée sur la situation familiale**. Je ne partage pas le point de vue de la demanderesse selon lequel la Commission a mal interprété l'arrêt Johnstone et mal appliqué les facteurs énoncés dans ce même arrêt. Je n'ai pas besoin de m'étendre davantage sur l'analyse de la jurisprudence faite par la Commission concernant la question de savoir si les exigences d'un emploi qui ont des répercussions sur l'horaire d'allaitement d'une employée constituent de la discrimination fondée sur le sexe ou la situation familiale.

[33] Selon moi, **pour faire la preuve d'une discrimination fondée sur le sexe ou la situation familiale en rapport avec l'allaitement, une demanderesse devrait soumettre une preuve adéquate, ce qui l'obligerait probablement à communiquer de l'information confidentielle**. Par exemple, l'information pourrait porter sur **les besoins particuliers d'un enfant ou sur un état pathologique particulier nécessitant l'allaitement, sur la nécessité pour une demanderesse de poursuivre l'allaitement sans tirer son lait, ou encore sur les raisons pour lesquelles l'enfant ne pourrait pas continuer de profiter des bienfaits du lait maternel s'il était nourri au biberon**. Cette liste d'exemples n'est bien sûr pas exhaustive. Une telle preuve aurait pour objet de démontrer qu'un retour au travail dans le milieu de travail serait incompatible avec l'allaitement.

[34] Dans le cas présent, le dossier ne contient pas d'**information de ce type concernant le nourrisson**, exception faite d'une note du D^r Josephine Smith indiquant qu'elle appuie la demanderesse dans son choix de poursuivre l'allaitement de son enfant pour une deuxième année (dossier de la demanderesse, onglet 10, à la page 167, note du 18 décembre 2012). Une deuxième note indique qu'en raison de l'incapacité pour la demanderesse de tirer son lait au moyen d'une pompe, l'allaitement devrait avoir lieu deux fois au cours d'une période de huit heures pour assurer le maintien de l'apport en lait (ibidem, onglet 18, à la page 191, note du 28 mai 2013). En outre, la demanderesse a écrit dans un de ses courriels qu'elle voulait continuer d'allaiter l'enfant après son congé de maternité d'un an parce que son deuxième enfant avait eu des problèmes de santé et qu'elle pensait que le système immunitaire de son jeune fils bénéficierait de l'allaitement (ibidem, onglet 11, à la page 168, courriel du 25 janvier 2013).

[35] **Ayant examiné le dossier avec soin, j'arrive à la conclusion que la preuve soumise par la demanderesse ne répond pas au deuxième facteur énoncé dans l'arrêt Johnstone. Dans sa situation particulière, le fait d'allaiter pendant les heures de travail ne correspond pas à une obligation légale à l'endroit de l'enfant dont elle s'occupe. C'est un choix personnel.**

[36] Qui plus est, la demanderesse n'a pas déployé d'efforts raisonnables pour trouver une solution acceptable. Comme il a

déjà été indiqué, elle n'a jamais répondu aux préoccupations raisonnables exprimées par son employeur concernant sa proposition de quitter le bureau deux fois par jour, pendant 45 minutes, pour allaiter son enfant au cours des heures de travail rémunéré, choisissant plutôt de revenir simplement à sa position initiale. Elle ne répond pas au troisième facteur énoncé dans l'arrêt Johnstone.

[37] Je conclus donc, comme l'a fait la Commission, que la demanderesse n'a pas établi une preuve prima facie de discrimination et que la Commission s'est montrée raisonnable dans l'analyse des faits à la lumière des facteurs énoncés dans l'arrêt Johnstone. Il n'est pas nécessaire que j'aborde le deuxième volet du critère de discrimination, qui a trait à la réponse de l'employeur.

[Je mets en évidence]

[371] Comme cela a été indiqué, la responsabilité légale du fonctionnaire était de s'occuper de son enfant. La façon dont il a décidé de s'acquitter de cette responsabilité était une question de choix, car rien dans les éléments de preuve n'indiquait que l'enfant avait des besoins particuliers. Le choix personnel ou la préférence du fonctionnaire ne constituent pas des caractéristiques protégées. Par conséquent, la première étape du critère établi dans *Moore* n'est pas satisfaite.

2. Subir un effet préjudiciable

[372] Ce facteur ne s'applique pas au fonctionnaire. Comme il a été mentionné précédemment dans la présente décision, le fonctionnaire n'a pas subi d'effet préjudiciable. Sa conjointe et lui avaient prévu travailler les mêmes jours lorsqu'ils ont décidé de déménager à Hockley, ce qu'ils ont fait. Il a affirmé qu'ils avaient réussi à trouver quelqu'un pour s'occuper de l'enfant trois jours par semaine. Les options qui s'offraient à lui et à sa conjointe leur ont permis de le faire.

3. La caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable.

[373] S'il y a un effet préjudiciable, il n'est pas considéré comme une caractéristique protégée, étant donné que le fonctionnaire aurait pu maintenir son besoin de garde d'enfants à trois jours par semaine, tel que je l'ai déjà indiqué. Le covoiturage et le désir de travailler les mêmes quarts de travail que sa conjointe et d'être à la maison le plus possible ne constituent pas des caractéristiques protégées.

4. Conclusion : Aucune discrimination *prima facie*

[374] Les deuxième et troisième facteurs ne s'appliquent pas à la situation du fonctionnaire. Il n'a pas démontré qu'il avait été victime de discrimination selon la norme de preuve de la prépondérance des probabilités, à laquelle un fonctionnaire s'estimant lésé doit satisfaire. Il y a une divergence importante entre son témoignage et celui de sa conjointe. Les preuves documentaires appuient son témoignage selon lequel leur plan était de travailler les mêmes jours, ce qu'ils ont fait. La Commission doit conclure qu'il n'y a pas eu discrimination.

VIII. Analyse de l'application du critère établi dans *Moore***A. Le premier facteur : Le fonctionnaire avait-il une caractéristique protégée en vertu des dispositions relatives aux droits de la personne?**

[375] Selon l'analyse fondée sur *Johnstone*, j'ai déjà conclu que le fonctionnaire avait une caractéristique protégée en vertu des dispositions relatives aux droits de la personne. Il ne fait aucun doute que la situation de famille du fonctionnaire, en tant que parent de P et compte tenu de ses obligations en matière de garde d'enfants, fait partie des catégories protégées par la convention collective et la *LCDP*.

B. Le deuxième facteur : Le fonctionnaire a-t-il subi un effet préjudiciable lié à son emploi?

[376] Le deuxième facteur ne s'applique pas au fonctionnaire. Pour les motifs déjà énoncés dans l'analyse fondée sur *Johnstone*, et d'après les éléments de preuve tant documentaires que ceux présentés en contre-interrogatoire, je suis convaincu que, selon la prépondérance des probabilités, la principale préoccupation et l'objectif du fonctionnaire était de conserver son statut de travailleur de poste, travaillant trois jours par semaine, 11,5 ou 12 heures par jour et s'adonnant au covoiturage avec sa conjointe ces mêmes trois jours, et qu'il avait planifié la garde de ses enfants trois jours par semaine.

[377] Étant donné que le plan prévoyait que sa conjointe et lui travailleraient les mêmes trois jours et les mêmes heures que ceux prévus pour la garde des enfants trois jours chaque semaine, il aurait pu envisager l'option selon laquelle sa conjointe et lui auraient pu travailler une semaine de travail comprimée de quatre jours, selon des quarts de travail 9,375 heures, selon laquelle un parent aurait pu travailler du lundi au jeudi, et l'autre du mardi au vendredi. Ils auraient respecté les trois jours de garde d'enfants prévus, chaque parent étant disponible pour couvrir une journée

supplémentaire, et leurs obligations en matière de garde d'enfants pour la semaine auraient été couvertes, sans nécessité de mesures d'adaptation. Il n'a pas envisagé cette option. Je conclus que le fonctionnaire n'a subi aucun effet préjudiciable lié à son emploi.

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

(L'ordonnance apparaît à la page suivante)

IX. Ordonnance

[379] Le grief est rejeté.

Le 4 avril 2024.

Traduction de la CRTESPF

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