

Date: 20251219

Dossier: 566-02-44029

Référence: 2025 CRTESPF 175

*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

LOC PHAM

fonctionnaire s'estimant lésé

et

CONSEIL DU TRÉSOR

(ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement)

employeur

Répertorié

*Pham c. Conseil du Trésor (ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du
Développement)*

Affaire concernant un grief individuel renvoyé à l'arbitrage

Devant : John G. Jaworski, une formation de la Commission des relations de travail
et de l'emploi dans le secteur public fédéral

Pour le fonctionnaire s'estimant lésé : Marie-Pier Dupont et Morgan Rowe, avocates

Pour l'employeur : Lauren Benoit, avocate

Affaire entendue par vidéoconférence
les 8 et 9 octobre 2024,
et décision rendue sur la base d'arguments écrits
déposés le 6 novembre et les 5 et 23 décembre 2024.
(Traduction de la CRTESPF)

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

I. Grief individuel renvoyé à l'arbitrage

[1] Pendant la période en question, Loc Pham (le « fonctionnaire s'estimant lésé » ou le « fonctionnaire ») travaillait pour le Conseil du Trésor (CT ou l'« employeur ») à Affaires mondiales Canada (AMC), dans un poste de groupe et niveau FS-03 (Service extérieur).

[2] Le 7 mai 2021, le fonctionnaire a déposé un grief qui se lit comme suit :

[Traduction]

[...]

Détails du grief [...]

Par la présente, je dépose un grief contre la décision par laquelle mon employeur a annulé, le 4 mai 2021, l'affectation à Nairobi que je devais commencer le 18 août 2021. Je considère que la décision de mon employeur constitue une violation directe de l'article 43 de la convention collective du groupe FS ainsi que des articles 7, 8, 10 et 11 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, la décision d'annuler mon affectation reposant sur deux motifs illicites, à savoir la déficience de mon [enfant] et ma situation de famille.

Mesures correctives demandées [...]

Par la présente, je demande à mon employeur de cesser toute mesure discriminatoire à mon endroit et de me permettre d'être affecté à Nairobi comme prévu. Je demande à être remboursé et pleinement indemnisé pour toute perte de salaire et d'avantages, y compris ceux prévus par les DSE. Je demande également le versement d'une indemnité de 20 000 \$ pour préjudice moral, conformément à l'article 52(2)e) de la Loi canadienne sur les droits de la personne, ainsi qu'une indemnité spéciale de 20 000 \$, conformément à l'article 52(3) de ladite loi.

[...]

[3] Le grief devait à l'origine être entendu en personne; toutefois, le fonctionnaire étant en poste à l'étranger, à la demande des parties, l'audience a été tenue par vidéoconférence. Chacune des parties, soit le fonctionnaire et l'employeur, a fait entendre deux témoins sur deux jours et, à la clôture de la preuve, avec le consentement des parties, celles-ci ont convenu de présenter leurs arguments par écrit.

II. Résumé de la preuve

A. La convention collective et les *Directives sur le service extérieur*

[4] Pendant la période visée par le grief, les conditions d'emploi du fonctionnaire étaient en partie régies par une convention collective conclue entre le Conseil du Trésor et l'Association professionnelle des agents du service extérieur (le « syndicat ») pour le groupe du Service extérieur (FS), signée le 1er août 2019 et venue à échéance le 30 juin 2022 (la « convention collective »).

[5] Les articles suivants de la convention collective sont pertinents aux questions que soulève le grief :

[...]	...
Article 1 : préambule	Article 1: preamble
[...]	...
1.03 L'employeur conserve la totalité des fonctions, des droits, des pouvoirs et des attributions qui ne sont pas expressément diminués ou modifiés par la présente convention.	1.03 The Employer will retain all the functions, rights, powers and authority not specifically abridged or modified by this agreement.
[...]	...
Article 2 : interprétation et définitions	Article 2: interpretation and definitions
2.01 Aux fins de l'application de la présente convention :	2.01 For the purpose of this agreement:
[...]	...
« fonctionnaire » désigne le fonctionnaire qui fait partie de l'unité de négociation (employee),	“ employee ” means a person who is a member of the bargaining unit (fonctionnaire)
[...]	...
Article 42 : directives sur le service extérieur et ententes du Conseil national mixte	Article 42: Foreign Service Directives and National Joint Council agreements
42.01 Les conditions d'emploi d'une fonctionnaire assujettie aux Directives sur le service extérieur sont celles que renferme la présente	42.01 The terms and conditions of employment of an employee who is subject to the Foreign Service Directives are those contained in

convention, à moins qu'elles soient moins avantageuses pour la fonctionnaire que celles que comportent les Directives sur le service extérieur, en un tel cas ces dernières s'appliquent.

this agreement, unless they are less favourable to the employee than those contained in the Foreign Service Directives in which case the latter applies.

[...]

...

Article 43 : élimination de la discrimination

Article 43: no discrimination

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

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

[...]

...

[6] Propre au groupe FS est le fait que, dans le cadre de ses fonctions, un agent du service extérieur (ASE) est à l'occasion affecté à des missions canadiennes à l'étranger. La manière dont ce processus s'opère est décrite dans plusieurs politiques, lignes directrices et directives, dont une série connue sous le nom de « Directives sur le service extérieur » (DSE). Les DSE sont élaborées conjointement par les agents négociateurs et les employeurs de la fonction publique du Canada participants au Conseil national mixte (le « CNM »).

[7] Dans les généralités, il est indiqué que les DSE prévoient des indemnités, des bénéfices et des conditions d'emploi qui, combinés au traitement, permettent aux ministères et organismes de recruter, conserver et affecter les fonctionnaires compétents qu'il leur faut pour appuyer les divers programmes du gouvernement à

l'étranger. Les DSE font partie des conventions collectives conclues entre les parties au CNM. La convention collective en cause comprend donc les DSE.

[8] La DSE 2 énonce les définitions applicables aux DSE. Les définitions suivantes sont pertinentes aux questions que soulève le grief :

Fonctionnaire (employee) s'entend de toute personne assujettie aux directives sur le service extérieur conformément à la DSE 3 - Application.

[...]

Mission (mission) s'entend du bureau d'un ministère situé à l'extérieur du Canada.

[...]

Personne à charge (dependant) s'entend:

a) [...]

b) d'un enfant biologique [...] qui :

(i) réside avec le fonctionnaire au poste; et

(ii) n'est pas marié; et

(iii) est âgé de moins de 21 ans et continue d'être à la charge du fonctionnaire (ou de l'époux ou du conjoint de fait du fonctionnaire), ou est âgé de 21 ans ou plus et qui est à la charge du fonctionnaire (ou de l'époux ou du conjoint de fait du fonctionnaire) en raison d'une déficience intellectuelle ou physique [...]

[...]

Poste (post) s'entend d'une ville, d'une collectivité ou d'un autre endroit où se trouve une « mission ».

[...]

Taille de la famille (family configuration) s'entend du fonctionnaire qui est au poste et du nombre de personnes à charge qui demeurent normalement avec le fonctionnaire au poste pendant au moins huit mois au cours de toute période de 12 mois consécutifs ainsi :

a) **Non-accompagné** (unaccompanied) s'entend de tout fonctionnaire qui n'est pas accompagné d'une personne à charge;

b) **Accompagné d'une personne à charge** (accompanied by one dependant) s'entend de tout fonctionnaire qui demeure avec une personne à charge au poste [...]

[...]

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

[9] La DSE 9 s'intitule « Examens médicaux et dentaires » et voici les dispositions pertinentes :

Portée

Introduction

L'employeur veut s'assurer, au moyen de soins préventifs, que les fonctionnaires et les personnes à leur charge sont aptes, du point de vue médical, au service à l'étranger et sont aptes du point de vue médical au retour de leur service à l'étranger. Normalement, le fournisseur des services médicaux effectuera les examens à cette fin. Si le fournisseur des services médicaux ne peut s'en charger et si l'administrateur général autorise le recours aux services d'installations privées, l'employeur paiera les frais connexes pour ces examens. Santé Canada a reçu le pouvoir de modifier l'Appendice de la présente directive, au besoin.

Directive

9.1 Application

9.1.1 Avant d'être affecté à un poste à l'étranger, ou d'être muté d'un poste à l'étranger à un autre poste, le fonctionnaire aura droit, ainsi que chacune des personnes à sa charge qui partagera sa résidence au poste, ou qui sera inscrite à plein temps dans un établissement d'enseignement situé hors du Canada, à un examen médical; ils peuvent aussi être tenus de subir, comme condition à l'affectation ou mutation d'un poste à l'étranger à un autre poste, un examen dentaire ou médical comprenant au besoin des services de spécialistes, des tests psychologiques, des radiographies et des vaccins [...]

[...]

9.1.4 L'examen dentaire, l'examen médical et, le cas échéant, l'hospitalisation, de même que tout examen spécial requis, se font de la manière prescrite par Santé Canada, dans une installation du gouvernement du Canada. Dans des circonstances spéciales, l'administrateur général peut autoriser le recours à des installations privées seulement si le fournisseur des services médicaux ne peut se charger de ces examens ou si l'administrateur général conclut qu'une installation privée est plus appropriée.

[...]

9.3 L'évaluation d'aptitude au travail

9.3.1 Le fournisseur des services médicaux enverra à l'administrateur général une évaluation d'aptitude au travail à l'égard de tout examen médical que l'on fait subir en vertu de la présente directive.

[...]

9.3.3 Lorsqu'une question d'ordre médical est en litige, le fonctionnaire a le droit de demander à son médecin personnel de présenter un avis médical écrit au fournisseur des services

médicaux qui l'étudiera et présentera à l'administrateur général une autre évaluation d'aptitude au travail tenant compte de l'avis médical du médecin du fonctionnaire.

9.3.4 Au nom de l'employeur, un avis médical écrit et indépendant qui doit être pris en compte dans l'évaluation de l'aptitude au travail peut être demandé :

a) par l'administrateur général lorsque l'administrateur général n'est pas satisfait de l'évaluation de l'aptitude au travail prévue au paragraphe 9.3.1 et un deuxième avis médical écrit n'a pas été fourni en vertu du paragraphe 9.3.3; ou

b) par le fournisseur de services médicaux lorsqu'il détermine qu'il y a un écart important entre les avis médicaux écrits fournis en vertu des paragraphes 9.3.1 et 9.3.3.

9.3.5 Pour décider de l'affectation du fonctionnaire, l'administrateur général doit tenir compte des évaluations médicales et dentaires qui lui sont présentées en vertu des paragraphes 9.3.1, 9.3.2, 9.3.3 et 9.3.4.

[...]

[10] La DSE 58 s'intitule « Indemnité différentielle de poste ». Elle vise à établir les indemnités qui sont versées aux fonctionnaires en reconnaissance des conditions indésirables qui peuvent exister dans certains postes. En résumé, certains lieux présentent des conditions de vie moins favorables qu'au Canada; les postes concernés, selon le niveau d'évaluation qui leur est attribué, donnent droit au versement d'une somme additionnelle (une indemnité). Plus un poste est indésirable, plus l'indemnité est élevée. À l'échelle mondiale, les postes sont classés numériquement de un à cinq; le niveau un correspond aux pays dont les conditions se rapprochent le plus de celles du Canada, de sorte que le montant d'indemnité est le plus faible par rapport aux quatre autres niveaux. Les postes classés au niveau deux donnent une indemnité plus élevée que ceux du niveau un, mais inférieure à ceux du niveau trois. Les postes de niveau cinq donnent droit à l'indemnité différentielle de poste la plus élevée.

[11] Pour la période visée par le présent grief, la différence entre l'indemnité différentielle de poste accordée pour un poste de niveau un et celle accordée pour un poste de niveau cinq, dans le cas d'un ASE accompagné de trois personnes à charge, était d'un peu plus de 20 000 \$.

B. La Loi canadienne sur les droits de la personne

[12] Le fonctionnaire a indiqué dans son grief que les actes de l'employeur contrevenaient aux articles suivants de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (L.R.C. (1985), ch. H-6; *LCDP*) :

[...]

...

7 Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects :

7 It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination.

8 Constitue un acte discriminatoire, quand y sont exprimées ou suggérées des restrictions, conditions ou préférences fondées sur un motif de distinction illicite :

8 It is a discriminatory practice

a) l'utilisation ou la diffusion d'un formulaire de demande d'emploi;

(a) to use or circulate any form of application for employment, or

b) la publication d'une annonce ou la tenue d'une enquête, oralement ou par écrit, au sujet d'un emploi présent ou éventuel.

(b) in connection with employment or prospective employment, to publish any advertisement or to make any written or oral inquiry

that expresses or implies any limitation, specification or preference based on a prohibited ground of discrimination.

[...]

...

10 Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour

10 It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or employer organization

l'employeur, l'association patronale ou l'organisation syndicale :

a) *de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite;*

(a) *to establish or pursue a policy or practice, or*

b) *de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel.*

(b) *to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,*

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

11 (1) *Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes.*

11 (1) *It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.*

(2) *Le critère permettant d'établir l'équivalence des fonctions exécutées par des salariés dans le même établissement est le dosage de qualifications, d'efforts et de responsabilités nécessaire pour leur exécution, compte tenu des conditions de travail.*

(2) *In assessing the value of work performed by employees employed in the same establishment, the criterion to be applied is the composite of the skill, effort and responsibility required in the performance of the work and the conditions under which the work is performed.*

(3) *Les établissements distincts qu'un employeur aménage ou maintient dans le but principal de justifier une disparité salariale entre hommes et femmes sont réputés, pour l'application du présent article, ne constituer qu'un seul et même établissement.*

(3) *Separate establishments established or maintained by an employer solely or principally for the purpose of establishing or maintaining differences in wages between male and female employees shall be deemed for the purposes of this section to be the same establishment.*

(4) *Ne constitue pas un acte discriminatoire au sens du paragraphe (1) la disparité salariale entre hommes et femmes fondée sur*

(4) *Notwithstanding subsection (1), it is not a discriminatory practice to pay to male and female employees different wages if the difference is*

un facteur reconnu comme raisonnable par une ordonnance de la Commission canadienne des droits de la personne en vertu du paragraphe 27(2).

based on a factor prescribed by guidelines, issued by the Canadian Human Rights Commission pursuant to subsection 27(2), to be a reasonable factor that justifies the difference.

(5) Des considérations fondées sur le sexe ne sauraient motiver la disparité salariale.

(5) For greater certainty, sex does not constitute a reasonable factor justifying a difference in wages.

(6) Il est interdit à l'employeur de procéder à des diminutions salariales pour mettre fin aux actes discriminatoires visés au présent article.

(6) An employer shall not reduce wages in order to eliminate a discriminatory practice described in this section.

*(7) Pour l'application du présent article, **salaires** s'entend de toute forme de rémunération payable à un individu en contrepartie de son travail et, notamment :*

*(7) For the purposes of this section, **wages** means any form of remuneration payable for work performed by an individual and includes*

***a)** des traitements, commissions, indemnités de vacances ou de licenciement et des primes;*

***(a)** salaries, commissions, vacation pay, dismissal wages and bonuses;*

***b)** de la juste valeur des prestations en repas, loyers, logement et hébergement;*

***(b)** reasonable value for board, rent, housing and lodging;*

***c)** des rétributions en nature;*

***(c)** payments in kind;*

***d)** des cotisations de l'employeur aux caisses ou régimes de pension, aux régimes d'assurance contre l'invalidité prolongée et aux régimes d'assurance-maladie de toute nature;*

***(d)** employer contributions to pension funds or plans, long-term disability plans and all forms of health insurance plans; and*

***e)** des autres avantages reçus directement ou indirectement de l'employeur.*

***(e)** any other advantage received directly or indirectly from the individual's employer.*

[...]

...

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

C. Le processus d'affectation à un poste

[13] Au moment des faits, Jean-Paul Lemieux était directeur exécutif de la Division des affectations et de la gestion des bassins communs d'AMC. Il a occupé ce poste de la fin août 2020 au 3 avril 2023. Il a témoigné que ses fonctions et responsabilités s'articulaient principalement autour de deux axes :

- 1) gérer les cycles d'affectation, soit les cycles annuels visant les employés en rotation à l'étranger et ceux de retour au bureau principal (région de la capitale nationale);
- 2) gérer les processus de sélection pour le recrutement d'employés non-cadres, y compris les ASE.

[14] M. Lemieux a déclaré que, chaque année, il y a un certain nombre de missions à l'étranger qui sont réservées aux ASE. Il a précisé que les ASE ne sont tenus à aucun nombre précis d'affectations à l'étranger; toutefois, en règle générale, un ASE passe environ 50 % de sa carrière à l'extérieur du Canada.

[15] Chaque année environ, un exercice est mené au sein du gouvernement fédéral pour déterminer les besoins dans l'ensemble de ses postes à travers le monde, et une liste est établie. Cette liste est diffusée aux ASE; elle annonce le lancement d'un cycle d'affectations et invite les intéressés à une série de séances d'information. Selon M. Lemieux, dans un cycle donné, on compte entre 450 et 500 postes. Pendant le cycle 2021, le premier après la COVID-19, il y en a eu davantage, soit environ 600.

[16] M. Lemieux a indiqué qu'AMC limite habituellement à huit le nombre de postes auxquels un ASE peut poser sa candidature, dont seuls trois peuvent être des postes intérimaires. En bref, un ASE peut présenter sa candidature à huit postes : cinq à son groupe et niveau, et trois à un niveau supérieur à titre intérimaire. Il n'y a toutefois rien qui dit qu'il doit postuler à un certain nombre de postes.

[17] Les candidatures sont présentées par l'entremise d'un système en ligne et, dans le cadre du processus, les employés doivent classer les postes par ordre de préférence. Les postes peuvent avoir des exigences différentes. Les gestionnaires du poste sont donc informés des candidatures et ont la possibilité de les examiner, puis ils classent à leur tour les employés qui ont postulé.

[18] M. Lemieux a aussi affirmé qu'un comité examine les possibilités de poste, les candidatures et les classements (tant des employés que des gestionnaires). Les

décisions ne reposent pas uniquement sur les préférences des uns et des autres, mais sur les besoins. Certains postes peuvent requérir un certain profil de compétences ou d'expérience. Au bout du compte, c'est l'autorité déléguée qui détermine qui va où.

[19] M. Lemieux et son comité soumettent une liste d'affectations proposées au Comité consultatif des affectations (CCA), présidé par le directeur général de la Direction générale des affectations et de la gestion des cadres (qui, pour une raison inconnue, est désignée par l'acronyme « HFD »). Plusieurs réunions se tiennent; le CCA essaie diverses configurations afin de trouver des compromis et des solutions et ainsi faire concorder les profils des employés et les possibilités d'affectation. Ensuite, des décisions sont prises, et les employés reçoivent un message de nomination. Il ne s'agit toutefois pas d'une confirmation de l'affectation.

[20] Une confirmation est donnée une fois réglées toutes les questions administratives, y compris les autorisations médicales.

[21] Le cycle d'affectation en cause relativement aux questions soulevées par le présent grief est celui de 2021. A été versé au dossier un document intitulé *Lignes directrices 2021 Cycle des affectations à l'étranger et à l'échelle du Canada* (les « lignes directrices »), mis à jour en octobre 2020. Les passages pertinents des lignes directrices sont reproduits ci-dessous :

[...]

2. Principes directeurs

Les présentes lignes directrices exposent la structure du processus selon lequel les employés expriment leur intérêt pour des postes, les gestionnaires proposent un employé possédant les compétences et l'expérience requises, et une décision finale est prise. Ce document présente également une liste exhaustive d'enjeux liés aux affectations à l'étranger que les employés devraient lire attentivement et auxquels ils devraient réfléchir lorsqu'ils pensent postuler sur des postes. Les candidats devraient lire ces lignes directrices dans leur ensemble, s'assurant de revoir complètement toutes ces informations.

Les Lignes directrices sur les affectations visent à clarifier le processus des affectations et à définir les paramètres dans lesquels les gestionnaires du Ministère exercent leur pouvoir subdélégué d'affecter des employés à des positions permutantes. Bien que tous les efforts soient faits pour garantir le respect des lignes directrices, les exigences opérationnelles peuvent exiger que des ajustements soient apportés. Veuillez noter qu'il est de la responsabilité des employés en congé de rester impliqués et

informés de tous les cycles d'affichage et des dates limites de participation.

[...]

Les employés permutants doivent appliquer et accepter des affectations au Canada et à l'étranger en fonction des besoins du Ministère. Il s'agit là de l'une de leurs conditions d'emploi. Si un employé refuse ou n'est pas en mesure d'accepter une affectation, ou se montre réticent à le faire, on pourra considérer qu'il ne respecte pas cette condition d'emploi. Les employés doivent s'attendre à être postés à l'étranger pendant environ la moitié de leur carrière, mais cela peut varier selon chaque employé.

[...]

3. Respect des conditions d'emploi dans un système de gestion par bassin

Les employés permutants doivent comprendre et accepter que la Direction des affectations et de la gestion des bassins communs (HFP) et la Direction des services aux cadres et de la gestion des talents (HFR), en consultation avec le Comité consultatif des affectations (CCA) et ses sous-comités, gèrent le processus qui détermine les affectations des employés permutants à des postes à l'administration centrale (AC) et à l'étranger de façon à répondre aux besoins opérationnels du Ministère. Les préférences d'affectation d'un employé sont importantes, mais les besoins du Ministère ont prépondérance dans les décisions relatives aux affectations. Il peut arriver qu'on ne puisse respecter les préférences des employés. Il s'agit d'une obligation contractuelle des employés gérés par bassin.

À AMC, le pouvoir de confirmer toutes les affectations des positions gérées par bassin est délégué au Directeur général de la direction des Affectations et de la gestion des cadres (HFD). Si un employé permutant refuse ou n'est pas en mesure d'accepter une affectation confirmée, ou s'il est réticent à le faire, une note sera inscrite à son dossier d'affectations et il devra participer à une réunion obligatoire avec le Directeur exécutif de HFP ou de HFR, selon le cas, pour discuter de son statut d'employé permutant.

[...]

5. Se préparer à postuler

[...]

C) Attestation médicale

Une autorisation médicale de Santé Canada pour l'employé et toutes les personnes à charge est requise avant que le PCF ne soit délivré [...]

[...]

[22] M. Lemieux a déclaré que, dans le cycle d'affectation, le pourvoi des postes s'effectue en plusieurs rondes. Un cycle enchaîne des rondes de candidatures et d'évaluations, puis des réunions de comité et des décisions. Si un ASE n'obtient pas de poste, ou si un poste demeure vacant, une deuxième, puis une troisième ronde de candidatures sont lancées.

[23] Au moment de l'audience, et depuis septembre 2022, Arika Nairne était gestionnaire régionale par intérim du Programme de santé au travail de la fonction publique (PSTFP) de Santé Canada (SC) pour la zone centrale, qui inclut la région de la capitale nationale. Elle a expliqué que ses fonctions et responsabilités consistaient à gérer les services chargés de délivrer les autorisations médicales pré-affectation.

[24] Mme Nairne a indiqué avoir réalisé des évaluations médicales pré-affectation de 2014 à 2017. En 2017, elle a occupé un poste de gestion clinique; en 2019, elle a rejoint le programme national; et en 2020, elle a été nommée conseillère principale en soins infirmiers pour la COVID-19, poste qu'elle a occupé jusqu'à ce qu'elle accède à son poste actuel.

[25] Mme Nairne a expliqué le processus d'autorisation médicale pré-affectation. L'employé est contacté pour fixer ou un plusieurs rendez-vous avec un médecin ou un infirmier praticien, ainsi qu'avec un infirmier en santé au travail (désigné dans la preuve comme « clinicien »). Avant le rendez-vous, un questionnaire est envoyé à l'employé; il peut être spécifique au poste et être rempli avant ou pendant la consultation.

[26] Lors du rendez-vous, les antécédents médicaux de l'ASE ou du membre de sa famille sont recueillis et un examen physique est effectué. Selon le poste, des questions propres aux risques sanitaires locaux peuvent être posées. Si l'examineur juge que d'autres renseignements sont nécessaires, il en fait la demande. Il incombe ensuite à l'ASE de les fournir. Une fois que l'examineur a tous les renseignements, il les analyse et rend une décision : apte pour le poste (autorisation médicale), inapte (autorisation refusée) ou apte avec conditions (autorisation assortie de conditions).

[27] Si l'ASE est jugé « inapte » ou « apte avec conditions », le clinicien communique avec lui pour lui expliquer soit le refus, soit les limites ou conditions. L'ASE peut alors fournir des renseignements additionnels. Ensuite, une recommandation est transmise à l'employeur et à l'ASE.

[28] S'agissant des limitations, Mme Nairne a précisé qu'elles sont habituellement liées à la destination, notamment en raison de l'accessibilité des soins. Il peut s'agir d'un problème de santé susceptible d'être exacerbé par des facteurs propres au poste, d'un état instable ou fluctuant, ou d'un besoin en soins de santé qui ne pourrait pas être satisfait. SC ne recommande pas des mesures d'adaptation; il énonce des limitations.

[29] Mme Nairne a indiqué que les renseignements utilisés dans le cadre du PSTFP proviennent de l'Agence de la santé publique du Canada (ASPC) (risques pour la santé, recommandations vaccinales selon la destination) et de Shoreland Travax, qu'elle a présenté comme un service d'information similaire (risques médicaux, recommandations vaccinales et soins de santé par région, notamment la présence de services ambulanciers et les modalités de paiement des services médicaux, p. ex. par carte de crédit).

[30] Elle a également déclaré que les membres de l'équipe médicale se consultent entre eux, et consultent également le conseiller médical principal. Interrogée sur les médecins traitants des employés, elle a répondu qu'un employé peut communiquer avec son médecin traitant pour lui fournir des renseignements, et que l'employeur peut également communiquer avec ce médecin pour obtenir des renseignements supplémentaires nécessaires.

[31] Elle a indiqué que le clinicien ou l'équipe de SC tient compte des renseignements fournis par le médecin traitant et que celui-ci est en mesure d'en fournir un bon nombre. Elle a également déclaré que le médecin traitant défend les intérêts de son patient, tandis que SC est une tierce partie. SC examine l'état de santé d'un employé en se basant sur son expertise en médecine des voyages.

[32] Mme Nairne a déclaré que tous les résultats sont transmis à l'ASE par courriel chiffré. En cas d'inaptitude, un entretien est organisé, parfois en personne, mais le plus souvent par téléphone. À la question de savoir si l'ASE peut demander le réexamen d'une décision, elle a répondu que oui, et que cela se produit souvent. Un clinicien peut confier le dossier à un autre clinicien et, au besoin, à un conseiller médical principal.

[33] Mme Nairne a déclaré qu'aucun renseignement médical n'est communiqué à AMC; seule la recommandation l'est.

[34] Interrogée au sujet de la COVID-19, Mme Nairne a déclaré que la maladie avait ralenti le rythme des évaluations, mais qu'elle était traitée comme toute autre maladie transmissible. Les questions posées portaient sur les soins médicaux, et la situation était meilleure dans certaines destinations que dans d'autres, selon la période.

[35] À la question de savoir si, dans le cadre du PSTFP, des orientations préalables sont fournies à AMC pour l'association des lieux d'affectation aux autorisations médicales, Mme Nairne a répondu que la fourniture de telles orientations ne relève pas du mandat du PSTFP.

[36] En contre-interrogatoire, Mme Nairne a déclaré ne pas être intervenue personnellement dans le dossier de la famille du fonctionnaire. À la question de savoir si les cliniciens possèdent des compétences dans des maladies particulières, elle a indiqué qu'elle ne pouvait pas se prononcer. Elle a toutefois précisé qu'ils sont tous titulaires d'un permis d'exercice et qu'ils suivent tous un programme de perfectionnement professionnel continu. À la question de savoir s'il est exact de dire qu'ils ne sont pas des spécialistes des maladies rares, elle n'a pas su répondre. Elle n'a pas non plus été en mesure de confirmer qu'un clinicien solliciterait l'avis d'un expert pour les maladies rares. À la question de savoir si les cliniciens utilisent les lignes directrices des Centres pour le contrôle des maladies (Centers for Disease Control) des États-Unis d'Amérique comme source d'information, elle a répondu par l'affirmative.

[37] En contre-interrogatoire, Mme Nairne a reconnu que les médecins traitants défendent les intérêts de leurs patients et qu'ils prodiguent les meilleurs soins et traitements possibles.

D. Les faits propres au grief

[38] Le fonctionnaire s'est joint à AMC en 2008 à titre d'ASE au groupe et au niveau FS-01.

[39] Le fonctionnaire est marié; son épouse, Suong Nguyen Tyet Le, a aussi témoigné. Elle travaille également dans la fonction publique fédérale, à titre d'agente des finances.

[40] Au moment de l'audience, ils avaient deux enfants; le premier est né en 2015 et le second en 2018.

[41] Au moment de l'audience, le fonctionnaire était affecté à Abu Dhabi. Il était accompagné de son épouse et de leurs deux enfants. Avant d'être affecté à Abu Dhabi, il avait été en poste en Turquie, de 2010 à 2013, et au Myanmar, de 2016 à 2018. Selon la preuve, lorsqu'il a été affecté au Myanmar, il était accompagné de son épouse et de leur premier enfant, mais ceux-ci sont ensuite rentrés au Canada, et il a terminé son affectation sans eux. En contre-interrogatoire, il a déclaré que, jusqu'en novembre 2016, son épouse était en congé de maternité avec leur premier enfant, puis qu'elle avait ensuite repris le travail.

[42] Bon nombre des faits pertinents au grief concernent la santé et les problèmes médicaux de leur deuxième enfant. Ci-après, lorsque je ferai référence au deuxième enfant, je l'appellerai simplement « l'enfant ».

[43] Au moment des faits à l'origine du grief, le fonctionnaire et son épouse avaient une bonne d'enfants résidente à temps plein – la tante de Mme Le. Selon la preuve, cette dernière est demeurée auprès d'eux jusqu'en août 2021, puis s'est rendue à Vancouver (Colombie-Britannique) pour visiter d'autres membres de la famille.

[44] La période de mise en candidature pour le cycle d'affectation 2021 s'est étendue de l'automne 2020 à l'hiver et au printemps 2021.

[45] À cette époque, l'enfant devait avoir deux ou trois ans (sa date de naissance exacte n'a pas été communiquée). L'enfant est né avec une maladie rare, qui rendait difficile son alimentation, sa digestion, ainsi que sa croissance. Selon le témoignage du fonctionnaire, cette maladie est souvent mal diagnostiquée et peu de médecins la connaissent. Il a déclaré que, lorsque l'enfant a été diagnostiqué à l'âge d'un an, personne au Centre hospitalier pour enfants de l'est de l'Ontario (CHEO), à Ottawa (Ontario), ne connaissait cette maladie. Je ne vais pas entrer dans les détails de la maladie, si ce n'est pour préciser qu'elle nécessitait l'utilisation d'une sonde alimentaire et des traitements par injection.

[46] À l'automne 2020, le fonctionnaire a postulé un poste à Nairobi, au Kenya. Le poste était un poste intérimaire de délégué commercial principal au groupe et au niveau FS-04 (le « poste de Nairobi »). Cette affectation devait commencer le 18 août 2021 et prendre fin le 17 août 2023. Selon la DSE 58, Nairobi est classée au niveau quatre sur l'échelle d'évaluation du niveau de difficulté.

[47] Le fonctionnaire et Mme Le ont tous deux expliqué pourquoi Nairobi figurait parmi les postes convoités. Selon la preuve, ils ont notamment invoqué le fait que c'était un poste FS-04, donc un poste intérimaire (d'un niveau supérieur à son poste substantif), que l'indemnité différentielle de poste était plus élevée (niveau quatre) et qu'il estimait que le travail serait stimulant pour lui et favorable à une promotion ultérieure. En outre, ils croyaient que Mme Le avait de bonnes chances de trouver un emploi là-bas.

[48] Le 22 décembre 2020, le fonctionnaire a été informé par courriel que sa candidature au poste de Nairobi avait été recommandée au CCA. Il était également précisé dans le message que toutes les affectations étaient assujetties aux processus d'approbation pour la sécurité et d'autorisation médicale, et que le fonctionnaire était invité à entamer les démarches nécessaires afin d'éviter tout retard. Le fonctionnaire a communiqué avec SC pour enclencher le processus d'autorisation médicale pour lui-même et les personnes à sa charge.

[49] Dans son témoignage, le fonctionnaire a reconnu qu'il avait des préoccupations quant à l'obtention de l'autorisation médicale pour l'enfant, en raison de ses problèmes médicaux.

[50] SC a réalisé une évaluation médicale.

[51] Dans la correspondance entre le fonctionnaire et SC et en réponse à une demande de renseignements de SC, le fonctionnaire a informé SC, dans un courriel daté du 23 février 2021, que l'enfant était suivi par trois médecins, tous au CHEO, à Ottawa, dont le Dr Marc Zucker. Selon ce courriel, les notes de consultation les plus récentes de deux des médecins étaient jointes.

[52] La correspondance entre SC et le fonctionnaire a été versée en preuve. AMC n'avait pas accès à cette correspondance à l'époque pertinente (2021). Les notes de consultation des médecins n'ont pas été produites en preuve à l'audience, pas plus que les notes cliniques, les dossiers médicaux et les résultats de tests.

[53] Dans le cadre de son processus d'évaluation, SC a reçu du Dr Zucker une lettre datée du 10 mars 2021 et rédigée sur du papier à en-tête du CHEO. Sans exposer en détail les maladies ou les traitements de l'enfant, il convient de noter que la lettre contenait les renseignements suivants :

- l'enfant est suivi au CHEO en raison de ses besoins médicaux pédiatriques complexes;
- les détails des maladies et des traitements de l'enfant;
- l'enfant peut voyager en toute sécurité au Kenya et y vivre pendant que ses parents y travaillent;
- selon le médecin, il n'y a aucun risque pour la santé ou le bien-être de l'enfant (à l'exception des risques liés à la COVID-19).

[54] Selon la preuve, une équipe composée de six médecins et de trois infirmiers praticiens de SC a examiné la situation de l'enfant.

[55] Aucun des médecins de l'enfant n'a témoigné; aucun des professionnels de la santé de SC ayant participé à l'évaluation n'a témoigné non plus.

[56] Aucun élément de preuve n'a été fourni quant à la formation ou à l'expérience des médecins ou autres professionnels de la santé. À part ce qui ressort de la correspondance versée au dossier à l'audience, j'ignore l'identité des professionnels de SC ainsi que le domaine dans lequel ils se spécialisent.

[57] Le 26 mars 2021, Michelle Lahey, infirmière praticienne de SC, a écrit à AMC pour l'informer que l'enfant avait [traduction] « [...] des besoins médicaux pour lesquels il peut ne pas être possible d'obtenir des soins appropriés à Nairobi. Pour cette raison, Santé Canada ne peut pas accorder l'autorisation médicale pour une affectation à Nairobi ». Il était également écrit ce qui suit dans la lettre : [traduction] « comme pour toute évaluation médicale pré-affectation, la décision prise par Santé Canada n'a que valeur de recommandation. L'approbation finale relève, comme toujours, du ministère ».

[58] Le 26 mars 2021, Mme Lahey a écrit au fonctionnaire pour l'informer que SC n'était pas en mesure d'accorder l'autorisation médicale à l'enfant pour une affectation à Nairobi. Elle a exposé dans sa lettre les facteurs à l'appui de la décision, notamment :

- les détails de l'état de santé;
- l'indisponibilité (ou la disponibilité irrégulière) des soins requis au poste et les risques en découlant;
- la prévalence, au Kenya, de certaines maladies courantes – identifiées dans la lettre – qui pourraient présenter un risque accru pour l'enfant en raison de son état de santé.

[59] Après avoir été informé de la décision de SC, le fonctionnaire a immédiatement communiqué avec M. Lemieux, qui l'a mis en relation avec le Dr Jeffrey Chernin, conseiller médical à l'étranger d'AMC. Il a donc communiqué avec le Dr Chernin et lui a fourni des renseignements. Le Dr Chernin a conseillé au fonctionnaire de transmettre ces renseignements au personnel chargé de l'évaluation à SC.

[60] Après avoir discuté avec le Dr Chernin, le fonctionnaire a vérifié auprès d'un établissement de santé à Nairobi s'il y avait un médecin spécialiste. Il a reçu une réponse de l'établissement lui confirmant qu'un médecin spécialiste y travaillait.

[61] Le 31 mars 2021, le Dr Zucker a écrit une autre lettre (la « lettre du 31 mars »). Les points pertinents sont les suivants :

- précisions et avis sur la situation médicale de l'enfant, compte tenu du projet d'affectation à Nairobi;
- rappel des maladies et des traitements de l'enfant;
- confirmation par la famille de la disponibilité, dans des pharmacies de Nairobi, des produits et fournitures nécessaires aux traitements de l'enfant;
- évaluation par la famille (vraisemblablement la mère et le fonctionnaire) du système de santé privé à Nairobi, jugé tout à fait adapté aux besoins de l'enfant; avis partagé par le médecin.

[62] En contre-interrogatoire, le fonctionnaire a reconnu qu'il ignorait quelles informations le Dr Zucker possédait, le cas échéant, au sujet du système de santé au Kenya, des installations locales ou des risques sanitaires dans le pays.

[63] Aucune preuve documentaire n'a été produite quant à l'état du système de santé au Kenya, et plus précisément à Nairobi, à l'époque pertinente, ni quant au niveau de formation ou à l'expertise des médecins et autres professionnels de la santé à Nairobi, tant dans les hôpitaux en général que dans l'établissement contacté par le fonctionnaire.

[64] Le 9 avril 2021, Mme Lahey a écrit au fonctionnaire au sujet de l'enfant et de l'autorisation médicale. La lettre indiquait ce qui suit :

[Traduction]

[...]

Le dossier de [l'enfant] m'a été envoyé par le Dr Chernin, notre conseiller médical à l'étranger. J'ai examiné les renseignements que vous lui avez envoyés par courrier électronique. Je comprends que la décision de Santé Canada de ne pas accorder d'autorisation médicale à [l'enfant] a eu un impact considérable sur les projets de votre famille [...] Je tiens à souligner que cette décision n'a pas été prise à la légère et que tous les facteurs ont été pris en considération. Elle a fait l'objet de discussions approfondies avec notre équipe médicale, notamment le Dr Chernin, notre conseiller médical à l'étranger, et notre conseiller médical principal.

[...]

[65] Le 13 avril 2021, Mme Lahey a envoyé un courriel au fonctionnaire pour le remercier du courriel qu'il lui avait envoyé le 12 avril 2021, auquel il avait joint la lettre du 31 mars du Dr Zucker. Elle l'a informé qu'elle transmettrait ces renseignements à l'équipe médicale de SC, qui les examinerait plus en détail, que la réunion aurait lieu dans les deux semaines à venir et qu'elle le tiendrait informé.

[66] Le 23 avril 2021, Mme Lahey a écrit une lettre au fonctionnaire, dont voici les passages pertinents :

[Traduction]

[...]

Je vous remercie pour les renseignements supplémentaires que vous avez fournis dans vos courriels des 12 et 13 avril 2021. J'ai transmis ces renseignements à notre équipe médicale, notamment au conseiller médical à l'étranger et à l'un des conseillers médicaux principaux. Sur la base des renseignements dont nous disposons et pour les raisons précédemment exposées dans ma lettre datée du 26 mars 2021, nous ne pouvons, pour des raisons médicales, recommander que [l'enfant] se rende à Nairobi à l'heure actuelle.

Outre les raisons précédemment mentionnées, le Centre pour le contrôle et la prévention des maladies (CDC) a depuis ajouté les problèmes sous-jacents suivants à la liste des facteurs de risque d'une forme grave de la COVID-19 chez l'enfant :

- complexité médicale*
- maladie cardiaque génétique, neurologique, métabolique ou congénitale*

De plus, les conditions actuelles liées à la pandémie rendent difficile l'organisation de voyages d'urgence si les soins médicaux nécessaires ne sont pas disponibles sur place.

[...]

[67] Le jour même, après avoir reçu la lettre de SC, le fonctionnaire a envoyé un courriel à M. Lemieux. Dans ce courriel, il a informé M. Lemieux que SC avait refusé l'autorisation médicale et a déclaré qu'il estimait que la décision de SC était [traduction] « [...] partielle et fondée sur une incompréhension totale de la déficience de [l'enfant] ». Il a ajouté que, en tant que parents d'un enfant atteint de cette maladie particulière, lui et son épouse avaient été avertis par une communauté de parents [traduction] « partageant les mêmes idées » qu'ils seraient confrontés à « [...] ce type de discrimination de la part des professionnels de la santé, sans parler des employeurs ». Le fonctionnaire a exhorté M. Lemieux à demander à AMC, dans sa décision quant à l'affectation, d'accorder plus d'importance à la lettre du Dr Zucker. Il a prié AMC de rendre une décision au sujet de son affectation afin qu'il puisse envisager la suite des choses.

[68] Dans un courriel daté du 26 avril 2021, M. Lemieux a répondu au fonctionnaire :

[Traduction]

[...]

[...] J'ai eu l'occasion d'examiner le dossier et je peux confirmer que, sur la base des avis médicaux fournis au ministère, HFP ne serait pas en mesure d'autoriser [l'enfant] à vous accompagner lors de votre affectation à Nairobi. Je suis certain que vous comprenez que, s'agissant des autorisations médicales des employés, le ministère s'appuie sur les recommandations du personnel médical de Santé Canada, étant donné que nous ne sommes pas des experts dans ce domaine. Je suis conscient que cette nouvelle doit être très décevante pour vous et votre famille, et je suppose, compte tenu de ce qui suit, que vous souhaitez vous retirer de cette affectation. Je vous demanderais de bien vouloir me confirmer votre décision dans les plus brefs délais, compte tenu des contraintes de temps liées à la scolarisation et autres décisions personnelles dont vous avez indiqué vouloir assurer le suivi.

[...]

[69] Dans un courriel daté du 27 avril 2021, le fonctionnaire a répondu à M. Lemieux. Il a indiqué qu'il ne comprenait pas que SC et l'employeur n'aient pas accepté les recommandations du médecin spécialiste de son enfant et a rappelé que SC reconnaissait que la décision finale sur l'affectation revenait à AMC, de sorte qu'AMC pouvait retenir l'avis du Dr Zucker plutôt que celui de SC. Il a repris l'essentiel de ce qui avait déjà été exposé dans la correspondance du Dr Zucker, puis a déclaré ce qui suit :

[Traduction]

[...]

[...] *Je me demande sincèrement pour quel motif raisonnable et de bonne foi il serait justifié de mettre en question la pertinence et la fiabilité des recommandations et des avis fournis par le pédiatre de [l'enfant]. La seule personne de l'équipe de Santé Canada qui a passé du temps avec [l'enfant] est l'infirmière praticienne qui a procédé, le 12 mars, à un examen de base d'une durée totale de 5 à 7 minutes. Santé Canada a lui-même mis en place, pendant la COVID-19, un cadre afin que l'évaluation médicale puisse être réalisée par le médecin traitant de l'employé. À quoi sert ce cadre si Santé Canada peut écarter l'opinion du médecin de l'employé sur la foi d'un examen sommaire réalisé par une infirmière? [...] Les exigences et les normes relatives aux conditions médicales requises ne sont pas claires si les recommandations détaillées d'un médecin spécialiste ne permettent pas d'y satisfaire. Il est évident que ce manque de clarté pénalise des personnes comme moi, qui ont d'importantes responsabilités en matière de soins ([l'enfant] souffre d'une déficience chronique, mais traitable). Il impose un fardeau indu et limite l'accès aux possibilités professionnelles. Je ne demande aucun privilège particulier, seulement que l'on s'adapte à la déficience de [l'enfant].*

Pour toutes ces raisons, et par principe, nous ne nous désistons pas de cette affectation; je vous prie de ne pas m'y contraindre [...]

[...]

[70] Par ailleurs, dans un courriel daté lui aussi du 27 avril, M. Lemieux a répondu au fonctionnaire, réitérant qu'AMC s'appuie sur les avis des experts pour évaluer l'aptitude des employés et de leurs personnes à charge aux affectations à l'étranger. Il a précisé avoir demandé au fonctionnaire de confirmer ses intentions afin de vérifier s'il était prêt à partir non accompagné, option qu'AMC envisagerait si le fonctionnaire y consentait.

[71] Dans un courriel daté du 3 mai 2021, le fonctionnaire a indiqué ne pas être disposé à partir seul en mission à l'étranger. En contre-interrogatoire, à la question de savoir si, en préparation de Nairobi, il avait cherché une bonne d'enfants pour accompagner la famille, il a répondu que [traduction] « non, ce n'était pas une option ».

[72] Selon la preuve, lorsque le fonctionnaire a décidé de ne pas se rendre seul à Nairobi, le cycle d'affectations 2021 était toujours en cours, il restait des affectations et des postes disponibles et AMC n'avait pas terminé le processus. En effet, le fonctionnaire pouvait encore participer à la troisième ronde.

[73] Lors du contre-interrogatoire, l'avocate de l'employeur a fait valoir que la correspondance échangée entre le fonctionnaire et SC n'avait pas été communiquée à AMC, de sorte que ce dernier n'y avait pas accès. Le fonctionnaire a répondu que certaines pièces avaient été partagées. L'avocate a alors passé la correspondance en revue, onglet par onglet, et le fonctionnaire a admis que, sur douze onglets, AMC n'avait reçu qu'un seul. Le fonctionnaire a convenu qu'en l'absence de cette correspondance, AMC n'avait pas une vue d'ensemble de la situation. Il a enfin reconnu l'existence d'un cloisonnement de l'information : les échanges entre lui et SC n'étaient pas communiqués à AMC. Il a d'ailleurs confirmé qu'AMC lui avait indiqué ne pas être un expert médical.

[74] Lors du contre-interrogatoire, à la question de savoir s'il réclamait une mesure d'adaptation pour la déficience de l'enfant, le fonctionnaire a répondu par l'affirmative. Puis, à la question de savoir si cette mesure d'adaptation visait à ce qu'AMC passe outre la recommandation de SC de ne pas déclarer l'enfant apte, il a répondu [traduction] « oui ». Quant à savoir s'il demandait à AMC de réexaminer le processus, il a aussi répondu [traduction] « oui ». Quant à la question de savoir si, en réalité, il demandait que l'opinion du Dr Zucker soit retenue et que l'enfant puisse partir, il a répondu non et a soutenu que le processus était vicié. Il a ajouté : [traduction] « Mon [l'enfant] a une déficience, puis-je vous demander de réexaminer le dossier? ».

[75] Mme Le a été interrogée pour savoir si elle et le fonctionnaire avaient discuté de la possibilité qu'il soit affecté à Nairobi sans sa famille. Elle a répondu que ça n'avait jamais été envisagé. Elle a déclaré qu'elle n'aurait pas été en mesure de s'occuper seule des enfants. L'aîné fréquentait une école française à Ottawa, et elle ne parle pas le français, contrairement au fonctionnaire. Elle a aussi indiqué que l'enfant avait des rendez-vous médicaux. Interrogée au sujet de la garde d'enfants, Mme Le a affirmé qu'elle avait du mal à faire confiance. Elle n'a pas donné plus de détails.

[76] Le niveau de difficulté pour le Myanmar est de cinq. Celui pour Abu Dhabi est de deux.

III. Résumé de l'argumentation

A. Pour le fonctionnaire

[77] Le fonctionnaire m'a renvoyé à la *LCDP*, *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39; *Maillet c. Canada (Procureur général)*, 2005 TCDP 48; *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28; *Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada c. Procureur général du Canada (pour le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 TCDP 2; *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 RCS 1114; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 RCS 493; *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75; *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2014 CAF 110; *Gill v. Ministry of Health*, 2001 BCHRT 34; *Canada (Procureur général) c. McKenna (C.A.)*, [1999] 1 CF 401; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 1997 CanLII 327 (CSC); *Davis v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)*, 2024 CAF 115; *Smolik c. Seaspan Marine Corporation*, 2021 TCDP 11; *Singh (Re) (C.A.)*, [1989] 1 CF 430; *Menghani c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, 1992 CanLII 313 (TCDP); *McIlvenna c. Banque de Nouvelle-Écosse*, 2021 TCDP 42; *Code des droits de la personne de l'Ontario* (L.R.O. 1990, c. H -19; le « Code de l'Ontario »); *Giguere v. Popeye Restaurant*, 2008 HRTO 2; *Khanom v. Ideallogic PDS Inc.*, 2024 ONSC 5131 (« *Ideallogic* »); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, 1999 CanLII 652 (CSC) (« *Meiorin* »); *Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 9; *Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 268; *Kirby c. Conseil du Trésor (Service correctionnel du Canada)*, 2015 CRTEFP 41; *Brown c. Canada (Gendarmerie royale du Canada)*, 2004 TCDP 5; et *Panacci c. Conseil du Trésor (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2011 CRTEFP 72.

1. *Johnstone* ne s'applique pas

[78] Le fonctionnaire soutient que *Johnstone* ne s'applique pas.

[79] Le fonctionnaire affirme que le critère à trois volets de la discrimination à première vue est le critère à appliquer lorsque l'allégation centrale de discrimination fondée sur la situation de famille ne concerne pas les obligations liées à la garde d'enfants.

[80] Dans le présent cas, l'allégation de discrimination vise l'application, par l'employeur, d'une norme selon laquelle il s'en remet à SC pour formuler des recommandations, alors même que ces recommandations reposeraient sur des présomptions inexactes et stéréotypées à l'égard des personnes ayant une déficience, sans tenir compte des besoins réels et des circonstances de certains groupes, notamment les employés ayant une déficience ou, comme en l'espèce, les employés ayant des personnes à charge avec une déficience.

[81] Dans le présent cas, la discrimination repose uniquement sur la qualité de père d'un enfant ayant une déficience du fonctionnaire, et non sur des enjeux liés à la conciliation des obligations professionnelles et des besoins en matière de garde d'enfants.

[82] Selon le fonctionnaire, *Johnstone* ne s'applique pas lorsqu'il y a un traitement différentiel ou un traitement préjudiciable fondé uniquement sur la situation de famille. Par exemple, si un employé était licencié uniquement parce qu'il s'est marié ou est devenu parent, *Johnstone* ne trouverait aucune application.

[83] Le fonctionnaire m'a renvoyé à *Brown*, une affaire mettant en cause deux membres mariés de la GRC. Selon la décision, la caporale Brown soutenait avoir été écartée d'une promotion en raison des coûts de mutation liés au fait de devoir trouver un poste pour son mari dans de petits détachements. Le fonctionnaire soutient que le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu que l'employeur avait fait preuve de discrimination à l'égard de la caporale Brown en raison de son état matrimonial, qu'il a accordé beaucoup d'importance au pouvoir discrétionnaire de l'employeur en matière de promotions et que certains facteurs pouvaient valablement expliquer qu'elle n'ait pas obtenu la promotion visée.

[84] Le fonctionnaire m'a aussi renvoyé à *Gill*, une affaire dans laquelle le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique a conclu que des parents de même sexe avaient fait l'objet de discrimination fondée sur la situation de famille lorsque le service de l'état civil provincial leur a refusé le droit de faire inscrire leur nom sur les certificats de naissance.

[85] Dans *McKenna*, la Cour d'appel fédérale a confirmé l'existence d'un cas à première vue de discrimination fondée sur la situation de famille lorsque des enfants adoptés à l'étranger par des Canadiens devaient se faire naturaliser pour obtenir la

citoyenneté canadienne, alors que les enfants biologiques de Canadiens nés à l'étranger recevaient la citoyenneté de plein droit.

[86] Le fonctionnaire soutient qu'il a satisfait au critère de la preuve à première vue. Il est le père de l'enfant, qui a une déficience, et fait donc partie d'un groupe protégé. Il ne fait guère de doute qu'il a subi un préjudice : l'employeur a refusé d'autoriser le déplacement de l'enfant à Nairobi et a, par conséquent, annulé l'affectation du fonctionnaire. Celui-ci a dû réorganiser les plans familiaux et a perdu l'occasion professionnelle ainsi que les avantages financiers qui y étaient associés. Sa carrière a pâti de la perte de cette occasion d'avancement.

[87] La principale question à trancher est celle de savoir si la situation de famille du fonctionnaire a eu un lien avec l'effet préjudiciable ou a constitué un facteur dans la manifestation de celui-ci. Le fonctionnaire n'a pas pu être affecté à Nairobi parce que l'employeur a refusé d'autoriser l'enfant à l'accompagner.

[88] Conformément au paragraphe 9.3.5 de la DSE 9, il incombe à l'employeur de statuer sur l'autorisation médicale pré-affectation. Tous les éléments de preuve concordent sur un point : le fournisseur de services médicaux, SC, formule une recommandation à l'intention de l'employeur, mais il revient à AMC de prendre la décision.

[89] La DSE 9 fait partie des Directives sur le service extérieur du CNM, et les DSE sont intégrées dans la convention collective, à l'article 42. Lorsque la DSE renvoie au fournisseur de services médicaux, il s'agit de SC.

[90] Malgré le libellé clair de la DSE, l'employeur a créé une règle selon laquelle il s'en remet entièrement à la recommandation de SC pour décider de l'autorisation médicale pré-affectation. En gros, l'employeur a renoncé à exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère la convention collective conclue avec le syndicat.

[91] La décision de l'employeur de renoncer à exercer son pouvoir discrétionnaire peut paraître neutre et sans effet pour la plupart des employés; cependant, elle a un impact disproportionné sur les employés ayant une déficience ou sur ceux ayant des personnes à charge avec une déficience, pour lesquels l'équipe de SC chargée de l'évaluation peut ne pas avoir les connaissances nécessaires.

[92] Mme Nairne a déclaré que l'équipe chargée des évaluations se spécialise en médecine des voyages, et non dans des maladies particulières ou rares. L'équipe se concentre sur la situation médicale au lieu d'affectation.

[93] L'autre enfant du fonctionnaire a obtenu l'autorisation, ce qui tend à indiquer que ce n'était pas la situation médicale au lieu d'affectation qui posait problème, mais la situation médicale de la personne, en l'occurrence l'enfant qui a des problèmes de santé.

[94] Comme l'équipe médicale de SC n'est pas composée d'experts en maladies particulières, il appartient à l'employé ou à la personne à charge de fournir des renseignements et, au besoin, un avis d'un médecin spécialiste.

[95] Il est clair que SC n'accorde aucune importance aux renseignements et aux avis émanant d'un médecin personnel ou d'un spécialiste. Dans aucune de ses multiples lettres, SC n'explique pourquoi l'avis du Dr Zucker a été écarté. En fait, SC ne mentionne nulle part l'avis du Dr Zucker. Ainsi, à la lecture des lettres par lesquelles SC a refusé d'accorder l'autorisation médicale, il n'est pas possible de savoir qu'un autre médecin avait donné son avis. Cette situation est particulièrement problématique vu le contraste marqué entre l'évaluation de SC et celle du Dr Zucker.

[96] Mme Nairne a confirmé que, normalement l'équipe de SC ne communique pas avec le médecin pour discuter d'éventuelles préoccupations, et la preuve du fonctionnaire corrobore que SC n'a pas joint le Dr Zucker avant de recommander que l'enfant ne soit pas déclaré apte du point de vue médical.

[97] En conséquence, l'employeur a décidé de ne pas tenir compte d'un avis d'un autre professionnel de la santé, en dépit du libellé clair du paragraphe 9.3.5 de la DSE 9. Il en résulte un traitement inéquitable pour les personnes qui ne relèvent pas de l'expertise de l'équipe de SC. Comme dans le cas de l'enfant, le manque de connaissances au sein de SC et l'apparente mise à l'écart des avis de spécialistes externes risquent de désavantager les personnes concernées. Par ailleurs, les personnes ayant une déficience sont particulièrement exposées à des stéréotypes – par exemple qu'elles seraient infirmes ou inaptes, ou qu'il conviendrait, par paternalisme, de les exclure de toute participation à la société dans son ensemble, pour leur propre protection.

[98] La décision de refuser l'autorisation médicale à l'enfant était manifestement inéquitable et discriminatoire. Le Dr Zucker était clairement d'avis que l'enfant pouvait se rendre à Nairobi; or, l'équipe de SC a fondé son évaluation sur un outil de mesure spécifique inadapté à la maladie en cause. Dès lors, les allégations de discrimination sont suffisamment étayées.

[99] L'employeur ne conteste pas que l'affectation a été annulée parce que l'enfant ne pouvait pas se rendre à Nairobi et que le fonctionnaire refusait de s'y rendre sans lui. Il n'a donné aucune raison pour écarter l'avis du Dr Zucker, sinon qu'il dit devoir s'appuyer sur un processus vicié. Rien dans la preuve ne justifie, sur le plan juridique, le fait que l'employeur persiste à se fier aveuglément à la recommandation de SC. C'est là tout ce dont le fonctionnaire a besoin pour établir une preuve à première vue de discrimination.

[100] L'employeur a adopté une règle consistant à se fonder exclusivement sur la recommandation de SC comme décision finale, même lorsque la preuve montre que les hypothèses de SC au sujet d'une personne sont inexactes et contraires au paragraphe 9.3.5 de la DSE 9. Cette règle – qui consiste à écarter l'avis du spécialiste de l'enfant – est plus susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur une personne ayant une déficience et sur sa famille.

[101] L'employeur ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait d'établir une défense à l'égard de la preuve à première vue de discrimination. Une fois une telle preuve établie, le fardeau passe à l'employeur, qui doit démontrer avoir tenté de prendre des mesures d'adaptation atténuant l'effet préjudiciable, ou que tout accommodement supplémentaire aurait entraîné une contrainte excessive.

[102] Le fonctionnaire soutient que l'employeur ne peut démontrer que sa décision était raisonnablement nécessaire pour réaliser un but légitime lié au travail, ni qu'il a pris des mesures d'adaptation ou subi une contrainte excessive.

[103] Même si l'employeur invoque le risque et le devoir de diligence, aucune preuve ne précise la nature du risque ni en quoi l'autorisation médicale de l'enfant aurait engagé ce devoir.

[104] Le fonctionnaire a également fait valoir que l'employeur avait fait preuve de discrimination à son égard en raison de son association avec une personne ayant une déficience, à savoir l'enfant.

[105] Le fonctionnaire m'a renvoyé à la jurisprudence relative à la discrimination par association, selon laquelle la personne directement visée par un traitement discriminatoire n'est pas nécessairement la seule à pouvoir en être victime. À cet égard, il a notamment cité les décisions *Singh* et *Menghani*, selon lesquelles les lois sur les droits de la personne ne s'intéressent pas tant à l'intention derrière l'acte discriminatoire qu'à ses effets. Il a fait valoir que ce raisonnement trouvait appui à l'article 12 du Code de l'Ontario, lequel interdit expressément la discrimination fondée sur des rapports, une association ou des activités avec une personne identifiée par un motif de distinction illicite. À cet égard, le fonctionnaire m'a aussi renvoyé à la décision *Idealogic*.

[106] Le fonctionnaire fait valoir que, même si la *LCDP* ne contient pas la même disposition que le Code de l'Ontario, le même principe s'en dégage.

2. Les mesures de réparation

[107] Le fonctionnaire souhaite être placé dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si l'employeur n'avait pas fait preuve de discrimination, c'est-à-dire obtenir réparation pour la perte de salaire et d'avantages sociaux, ainsi que les indemnités prévues par les DSE.

[108] Le fonctionnaire sollicite les réparations suivantes :

- une déclaration selon laquelle l'employeur a fait preuve de discrimination à son égard;
- une ordonnance enjoignant à l'employeur de respecter le libellé du paragraphe 9.3.5 de la DSE, de tenir compte des évaluations effectuées par d'autres médecins et de veiller à ce que les évaluations des employés et des personnes à leur charge ne soient pas discriminatoires;
- le paiement d'une somme de 51 839 \$, à titre de perte de salaire;
- le paiement d'une somme de 68 639,16 \$, à titre de perte d'avantages sociaux;
- des dommages-intérêts de 12 000 \$ en vertu de l'article 53(2)e) de la *LCDP*;
- des dommages-intérêts de 5 000 \$ en vertu de l'article 53(3) de la *LCDP*.

[109] Le fonctionnaire a exposé dans ses arguments écrits la méthode suivant laquelle il a calculé les dommages-intérêts.

B. Pour l'employeur

[110] L'employeur m'a aussi renvoyé à la *LCDP*, au Code de l'Ontario; *Johnstone*; *Moore*; *Meiorin*; *Idealogic*; *Giguere*; *Singh*; *Menghani*; *McIlvenna*; *Burchill c. Le Procureur général du Canada*, [1981] 1 C.F. 109 (C.A.); *Lee c. Administrateur général (Agence canadienne d'inspection des aliments)*, 2008 CRTFP 5; *Miller c. Conseil du Trésor (Service correctionnel du Canada)*, 2022 CRTESPF 10; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 RCS 868 (« *Grismer* »); *Mohr c. Ligue nationale de hockey*, 2022 CAF 145; *Matos c. Conseil du Trésor (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2023 CRTESPF 77; *Gueye c. Conseil du Trésor (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2022 CRTESPF 41; *McNeil c. Conseil du Trésor (ministère des Pêches et des Océans)*, 2021 CRTESPF 89; *Cheung c. Conseil du Trésor (Service correctionnel du Canada)*, 2014 CRTEFP 1; *Eady c. Conseil du Trésor (Service correctionnel du Canada)*, 2019 CRTESPF 71; *Tarek-Kaminker c. Canada (Procureur général)*, 2023 CAF 135; *Milinkovich c. Conseil du Trésor (ministère des Transports)*, 2024 CRTESPF 50; *Flatt c. Conseil du Trésor (ministère de l'Industrie)*, 2014 CRTEFP 2 (confirmée dans 2015 CAF 250); *Board of Education of Regina School Division No. 4 of Saskatchewan v. Canadian Union of Public Employees, Local 3766*, 2018 CanLII 122658 (SK LA); *Canadian Staff Union v. CUPE*, [2006] C.L.A.D. No. 452 (QL); *Stockless c. Conseil du Trésor (Service correctionnel du Canada)*, 2013 CRTFP 62; et *Tate v. West Telemarketing*, 2005 BCHRT 530.

1. L'objection fondée sur *Burchill*

[111] L'employeur soutient que le fonctionnaire a tenté d'élargir la portée du grief, en contravention de la règle énoncée dans *Burchill*. Il fait valoir que le fonctionnaire a soulevé, au stade de l'arbitrage, des allégations qui ne figuraient pas dans la formule de grief initiale et qui n'avaient pas été évoquées lors de la présentation du grief.

[112] Selon la règle énoncée dans *Burchill*, l'employeur a le droit d'être informé des détails du grief afin de pouvoir se pencher correctement sur les problèmes qui y sont soulevés. Lorsque le grief est reformulé ou qu'on y ajoute de nouveaux éléments après la fin de la procédure, la raison d'être même de la procédure peut être sapée. À cet égard, l'employeur me renvoie à *Lee*.

[113] Dans sa formule de grief, le fonctionnaire allègue que l'employeur a violé l'article 43 de la convention collective, ainsi que les articles 7, 8, 10 et 11 de la *LCDP* lorsqu'il a annulé son affectation à Nairobi. Les caractéristiques protégées mentionnées sont la déficience et la situation de famille. L'employeur affirme que lors de l'audience, le fonctionnaire a tenté d'élargir la portée du grief en alléguant une violation du paragraphe 9.3.5 de la DSE 9, au motif qu'AMC n'aurait pas examiné les lettres du médecin traitant de l'enfant et se serait fondé exclusivement sur les recommandations de SC, même si ces recommandations reposaient prétendument sur des considérations discriminatoires. Selon l'employeur, ces allégations constituent un ajout par rapport au grief initial.

[114] L'employeur ajoute que la DSE 9 ne prescrit pas à AMC de prendre en compte de l'évaluation écrite du médecin personnel d'un employé ou d'une personne à charge; en vertu du paragraphe 9.3.3 de la DSE 9, c'est le fournisseur de services médicaux qui examine de telles évaluations, et non AMC. Il soutient en conséquence n'avoir enfreint aucune disposition de la DSE 9.

2. Le bien-fondé du grief

[115] Suivant la *LCDP*, l'instruction d'une plainte pour atteinte aux droits de la personne se fait en deux étapes. D'abord, le plaignant doit établir l'existence de discrimination à première vue. 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 la loi.

[116] Le critère à trois volets permettant d'établir l'existence de discrimination à première vue a été énoncé par la Cour suprême du Canada dans *Moore*. Selon ce critère, le plaignant doit démontrer qu'il possède une caractéristique protégée contre la discrimination, qu'il a subi un effet préjudiciable dans le cadre de son emploi et que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable. Le critère de *Moore* s'applique peu importe que l'employé allègue une discrimination directe ou une discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

[117] S'agissant du premier volet du critère de *Moore*, il appartient au fonctionnaire de démontrer qu'il possède une caractéristique protégée contre la discrimination. Le fonctionnaire n'est pas atteint d'une déficience et ne possède donc pas lui-même cette caractéristique. Il soutient toutefois que la discrimination alléguée découle de son

association avec une personne ayant une déficience, soit son enfant. Or, à l'échelle fédérale, la discrimination par association n'est pas prévue par la législation applicable. La jurisprudence invoquée par le fonctionnaire provient de l'Ontario, où cette forme de discrimination est expressément prévue à l'article 12 du Code de l'Ontario.

[118] Le fonctionnaire fait valoir que, même si la *LCDP* ne contient pas de disposition équivalente, le même principe s'en dégage. Les règles d'interprétation de la loi ne vont pas en ce sens; en fait, c'est l'inverse. Le principe de l'exclusion implicite veut que l'absence de mention d'un élément par le législateur permette de déduire qu'il a été délibérément exclu (voir *Mohr*). L'absence de discrimination par association dans la *LCDP* permet de déduire que le législateur avait l'intention de l'exclure.

[119] Par ailleurs, l'article 7 de la *LCDP* confirme que la discrimination par association n'était pas visée. Cet article prévoit qu'il s'agit d'un acte discriminatoire « de le défavoriser en cours d'emploi », la version anglaise énonçant « *to differentiate adversely in relation to an employee* ». Le libellé « *in relation to an employee* » diffère de celui utilisé dans les autres administrations. L'employeur a renvoyé au libellé des lois de l'Ontario et de la Colombie-Britannique.

[120] De plus, il s'agit d'un grief dénonçant une violation de la convention collective, laquelle est un contrat entre l'employeur et le syndicat qui fixe les conditions d'emploi d'un groupe déterminé d'employés. L'article 43 vise expressément l'élimination de la discrimination « à l'égard d'une fonctionnaire ».

[121] Le fonctionnaire fait référence à des décisions dans lesquelles la Cour d'appel fédérale et le TCDP ont utilisé le terme « victime ». Ces affaires s'inscrivaient dans le contexte de l'immigration et sont propres au régime et aux objectifs de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (L.C. 2001, ch. 27). Une analyse similaire a été faite dans *Menghani*, où le TCDP a indiqué qu'en égard aux intérêts et aux fins de la *Loi sur l'immigration*, le plaignant (parrain d'un membre de sa famille à l'étranger) pouvait également être considéré comme une « victime ». Il n'existe aucune circonstance analogue dans le cas présent.

[122] Le fonctionnaire a également cité *McIlvenna*, mais celle-ci portait sur une requête préliminaire en rejet pour défaut de compétence. Bien que la requête ait été rejetée, le TCDP a déclaré qu'il avait besoin de plus de renseignements pour se

prononcer. Dès lors, le fonctionnaire n'est pas en mesure de satisfaire au premier volet du critère de *Moore*, et il n'est pas nécessaire d'examiner les deuxième et troisième volets.

[123] Si la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral (la « Commission ») conclut que le fonctionnaire peut effectivement invoquer la déficience comme caractéristique protégée, ce dernier doit tout de même prouver qu'il a subi un effet préjudiciable. Or, il n'a pas subi d'effet préjudiciable. AMC ne lui a pas interdit d'aller à Nairobi; il l'a encouragé à y aller seul. Le fonctionnaire avait déjà accepté une affectation sans accompagnement dans le passé, mais il n'était pas disposé à le faire cette fois-ci. C'était sa décision. Par ailleurs, il n'a jamais perdu le poste de Nairobi, car celui-ci ne lui avait jamais été assigné.

[124] Après avoir renoncé au poste à Nairobi, le fonctionnaire a conservé le poste qu'il occupait à Ottawa, avec le même salaire, les mêmes avantages sociaux et les mêmes tâches. Rien ne l'empêchait de présenter sa candidature pour d'autres affectations lors des rondes ultérieures. Le fait qu'il n'était pas satisfait de la tournure des événements concernant l'affectation à Nairobi ne suffit pas à établir l'existence d'un effet préjudiciable.

[125] Si la Commission conclut que le fonctionnaire possède une caractéristique protégée et qu'il a subi un effet préjudiciable, ce dernier doit alors démontrer que l'effet préjudiciable était lié à la caractéristique protégée. À cette fin, il doit établir que la déficience de l'enfant a été un facteur de cet effet. À supposer qu'il y ait eu un effet préjudiciable, il n'existe aucun lien entre celui-ci et le lieu en cause, soit Nairobi.

[126] Au moment de l'audience, le fonctionnaire se trouvait à Abu Dhabi, et SC avait accordé l'autorisation médicale permettant à l'enfant de l'accompagner. Par conséquent, ce n'est pas la déficience qui aurait causé l'effet préjudiciable, mais plutôt le lieu d'affectation. L'enfant n'a été jugé inapte en raison de sa déficience, mais en raison du lieu de l'affectation. La déficience est restée la même; seul le lieu a changé.

[127] *Johnstone* établit le cadre juridique applicable en matière de discrimination fondée sur la situation de famille.

[128] *Johnstone* ne se distingue pas de *Moore*; il en précise simplement l'application aux affaires portant sur la situation de famille. Cette lecture est d'ailleurs reprise dans

Miller. La Commission a confirmé que *Johnstone* constitue le cas définitif en matière de discrimination fondée sur la situation de famille.

[129] Bien que le fonctionnaire soutienne qu'il ne s'agit pas d'une affaire relative aux obligations liées à la garde des enfants, les faits démontrent le contraire. Il s'est opposé aux conclusions de SC et au refus de l'autorisation médicale en raison des obligations de soins qu'il a envers son enfant. La recommandation de SC l'a amené à se demander comment il allait s'en acquitter. C'est d'ailleurs ce qui ressort de la correspondance qu'il a adressée à l'employeur : [traduction] « Des règles aussi floues ont manifestement pour effet de désavantager les personnes comme moi qui assument d'importantes responsabilités en matière de soins [...] » et « [c]omme père qui assume des responsabilités en matière de soins, je serai sans équivoque : je ne laisserai pas un enfant atteint d'une déficience aux seuls soins de [sa] mère et de son frère ».

[130] La situation du fonctionnaire se distingue de celle qu'il expose dans ses arguments. Dans *Gill* et *McKenna*, les actes discriminatoires allégués n'avaient pas d'incidence directe sur les obligations de garde d'enfants du parent. L'affaire *Gill* portait sur le droit de faire inscrire les parents de même sexe sur les certificats de naissance et l'affaire *McKenna* concernait le processus de naturalisation en vue d'obtenir la citoyenneté canadienne. Dans la présente affaire, la décision de refuser l'autorisation médicale à l'enfant du fonctionnaire a nui à la capacité de ce dernier de s'acquitter de ses responsabilités en matière de soins. Par suite de cette décision, le fonctionnaire a dû faire des choix quant à la manière d'assurer les soins.

[131] La décision *Brown* se distingue également des circonstances du présent cas puisqu'elle ne mettait pas en cause des enfants. Il y a, dans *Brown*, confusion entre l'état matrimonial et la situation de famille; cette affaire doit plutôt être examinée sous l'angle de la discrimination fondée sur l'état matrimonial.

[132] Toutes les affaires citées par le fonctionnaire sont antérieures à *Johnstone*.

[133] Les circonstances de la présente affaire ne commandent pas de s'écarter de *Johnstone*. Compte tenu des éléments de choix personnel en cause, on comprend toutefois pourquoi le fonctionnaire chercherait à s'en écarter.

[134] Le fonctionnaire ne peut satisfaire aux critères de *Johnstone*. Selon ces critères, il doit convaincre la Commission de ce qui suit :

- 1) un enfant ou des enfants étaient sous sa garde ou sa surveillance;
- 2) l'obligation liée à la garde d'enfants en cause engageait sa responsabilité juridique pour cet enfant (ou ces enfants), par opposition à un choix personnel;
- 3) il a fait des efforts raisonnables pour respecter ces obligations liées à la garde d'enfants grâce à des solutions de rechange raisonnables, mais une telle solution n'était pas raisonnablement accessible;
- 4) la règle en milieu de travail contestée nuisait d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à l'exécution des obligations liées à la garde d'enfants.

[135] Le fonctionnaire n'est pas en mesure de satisfaire aux deuxième et troisième critères de *Johnstone*. S'agissant du deuxième critère, la preuve révèle que l'obligation de garde d'enfants n'engageait pas sa responsabilité juridique, mais relevait plutôt d'un choix personnel. L'enfant n'avait pas besoin de soins particuliers de sa part. Même s'il incombe juridiquement au fonctionnaire de veiller à ce que l'enfant reçoive des soins, il existe plusieurs façons de s'acquitter de cette obligation. Lorsque le fonctionnaire résidait à Ottawa, la garde d'enfants était assurée par une bonne d'enfants résidente à temps plein.

[136] Dans *Flatt*, la Commission a rejeté un grief pour discrimination fondée sur la situation de famille lié à une demande de télétravail visant à permettre à la fonctionnaire s'estimant lésée d'allaiter son enfant. En rejetant le grief, la Commission a affirmé que l'obligation légale du parent est d'alimenter son enfant et que la façon dont un parent s'acquitte de cette obligation est un choix; l'allaitement est un tel choix, mais il ne consiste pas en le seul choix. L'éventail de choix peut parfois se restreindre à un seul choix, auquel cas le choix ne constitue plus un choix, mais une obligation légale.

[137] Dans le cas présent, l'obligation légale du fonctionnaire est de pourvoir aux soins de son enfant. Plusieurs moyens permettent de s'en acquitter, et le fait que l'enfant aille à Nairobi n'en était qu'un. Le fonctionnaire avait choisi d'aller à sa précédente affectation sans être accompagné. À cet égard, l'employeur m'a également renvoyé à l'affaire *Board of Education of Regina School Division No. 4 of Saskatchewan*.

[138] Aucun élément de preuve, médical ou autre, n'établissait en l'espèce que l'enfant du fonctionnaire devait recevoir des soins de sa part. Le fonctionnaire a reconnu, en contre-interrogatoire, que d'autres prodiguaient des soins à l'enfant et qu'il n'existait

aucun besoin particulier exigeant qu'il s'en charge lui-même. Le fonctionnaire et son épouse ont présenté leur appréciation subjective de ce qui était le mieux pour l'enfant et leur préférence, mais cela n'équivaut pas à une responsabilité légale.

[139] Le fonctionnaire ne peut pas non plus satisfaire au troisième critère de *Johnstone*, à savoir qu'il a fait des efforts raisonnables pour respecter ses obligations liées à la garde d'enfants grâce à des solutions de rechange raisonnables, mais qu'une telle solution n'était pas raisonnablement accessible.

[140] Dans son témoignage, le fonctionnaire a confirmé que le processus de sélection des affectations repose largement sur des choix personnels. Comme tous les ASE qui briguent des affectations, le fonctionnaire peut décider de ce qui est important pour lui et sélectionner les postes en fonction de ses critères personnels. Il a donc fait ses choix et a procédé à une sélection selon ses critères. L'employeur affirme simplement qu'il s'agit de choix. Le fonctionnaire disposait d'autres options pour s'acquitter de ses obligations, mais il n'en a exploré aucune. Il aurait pu choisir un autre lieu d'affectation; comme il l'a indiqué, les affectations ne lui sont pas imposées. Il pouvait présenter sa candidature à un maximum de huit affectations, cinq au même niveau et trois à un niveau supérieur. Il a expliqué les raisons de sa sélection.

[141] Le fonctionnaire a laissé entendre qu'il ne serait pas pris en considération pour une promotion à moins d'avoir effectué des affectations à niveau de difficulté élevé. M. Lemieux a témoigné que tel n'était pas le cas, précisant qu'à sa connaissance, personne n'avait été écarté d'un processus de promotion faute d'expérience suffisante dans une affectation à niveau de difficulté élevé.

[142] Le fonctionnaire a en outre soutenu qu'il serait difficile sur le plan financier d'accepter une affectation dont le niveau de difficulté est moindre en raison des coûts associés à un médicament particulier (qui, selon lui, sont partiellement couverts par l'indemnité pour difficultés, laquelle augmente avec le niveau de difficulté). Rien n'indiquait que le fonctionnaire ne pouvait pas financièrement se permettre d'accepter une affectation à niveau de difficulté moindre. Des postes assortis d'un niveau de difficulté moindre peuvent aussi relever d'une classification supérieure.

[143] Le fonctionnaire aurait également pu participer à la ronde suivante du cycle des affectations après s'être désisté du poste de Nairobi. Il a déclaré qu'il n'avait pas posé

sa candidature et qu'il n'était pas intéressé à faire les démarches nécessaires pour obtenir une autre affectation.

[144] Le fonctionnaire aurait pu aller à Nairobi sans être accompagné. Il l'avait déjà fait. Il a d'ailleurs indiqué qu'il en était capable. S'agissant des options de garde pour l'enfant à Ottawa, le fonctionnaire et son épouse ont indiqué n'avoir fait aucune démarche pour en trouver. L'épouse a déclaré ne pas avoir cherché à remplacer la bonne d'enfant résidente à temps plein, car elle n'était pas à l'aise à l'idée d'avoir quelqu'un d'autre chez elle. C'était leur choix, mais cela ne signifie pas que l'option consistant à aller à Nairobi sans être accompagné était déraisonnable.

[145] L'employeur m'a aussi renvoyé à l'affaire *Canadian Staff Union*, dans laquelle le fonctionnaire s'estimant lésé avait postulé un poste à Halifax alors qu'il vivait à St. John's; il voulait occuper le poste d'Halifax depuis St. John's pour ne pas s'éloigner de ses deux fils et de sa mère âgée. Après avoir conclu que le fonctionnaire s'estimant lésé n'avait pas établi à première vue qu'il y avait eu discrimination, l'arbitre a déclaré que, malgré les [traduction] « choix déchirants que devait faire » le fonctionnaire s'estimant lésé et le fait que « les fils du fonctionnaire s'estimant lésé bénéficiaient sans aucun doute grandement de sa présence régulière à St. John's [...] », « [...] ces derniers n'avaient pas besoin de soins particuliers de sa part, et le fonctionnaire s'estimant lésé aurait pu s'organiser pour assurer leur bien-être en son absence ». De plus, l'arbitre a déclaré que [traduction] « [...] d'innombrables couples vivent séparés pendant de longues périodes en raison des exigences de leur emploi ».

[146] La conciliation des soins aux enfants et des obligations professionnelles est un véritable casse-tête pour les familles. Le présent dossier illustre bien la multitude de choix et de solutions de rechange raisonnables qui s'offrent aux parents. Certaines décisions ont pu être déchirantes, mais il s'agissait tout de même de choix, et le droit est clair : seules les obligations légales, et non les choix, sont protégées par la loi en matière de droits de la personne.

a. Le fonctionnaire ne peut satisfaire au critère de *Moore*

[147] Même sans appliquer le cadre établi dans *Johnstone*, le fonctionnaire ne peut satisfaire au critère de *Moore*. Plus précisément, il ne satisfait pas aux deuxième et troisième volets : il n'a pas subi d'effet préjudiciable et n'a démontré que l'effet allégué était lié au motif de distinction.

[148] Le fonctionnaire n'a pas subi d'effet préjudiciable puisqu'il a choisi de ne pas se rendre à Nairobi sans être accompagné, ce qui a entraîné l'annulation de l'affectation. Ce n'est pas l'employeur qui a pris cette décision. Par ailleurs, le fonctionnaire n'a pas perdu l'affectation, car celle-ci ne lui avait jamais été officiellement attribuée. Il n'aurait reçu la confirmation de sa nomination qu'après avoir obtenu l'approbation du CCA et satisfait à toutes les exigences administratives. Ces conditions n'ont pas été remplies.

[149] Le fonctionnaire ne peut établir de lien entre l'effet préjudiciable et le motif de distinction, car c'est le lieu d'affectation – et non la déficience de l'enfant ni l'obligation de soins – qui est lié à l'effet préjudiciable. Le fait que l'enfant ait été jugé apte, du point de vue médical, à se rendre à Abu Dhabi le confirme.

b. L'exigence d'une évaluation médicale conforme à la DSE 9 constitue une exigence professionnelle justifiée (EPJ)

[150] Si la Commission conclut que le fonctionnaire a établi une preuve à première vue de discrimination, l'employeur soutient que l'exigence d'une évaluation médicale conforme à la DSE 9 est une EPJ. L'article 15(2) de la *LCDP* prévoit ce moyen de défense, à savoir que les mesures destinées à répondre aux besoins d'une personne ou d'une catégorie de personnes visées constituent, pour la personne qui doit les prendre, une contrainte excessive en matière de coûts, de santé et de sécurité.

[151] Dans *Meiorin*, la Cour suprême du Canada a fixé le critère applicable, à savoir que l'employeur doit démontrer :

- 1) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;
- 2) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;
- 3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive.

[152] Le fonctionnaire soutient qu'AMC aurait dû déroger au processus d'évaluation prévu à la DSE 9, en examinant et en appréciant directement l'avis du Dr Zucker plutôt que de s'en remettre au fournisseur de services médicaux.

[153] S'agissant du premier volet du critère relatif à l'EPJ, à savoir que la norme a été adoptée dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause, l'exigence selon laquelle le fournisseur de services médicaux doit examiner les avis des médecins traitants – plutôt qu'AMC – a été adoptée dans le but de garantir des évaluations précises et complètes de l'aptitude médicale à vivre et à travailler à l'étranger. La norme vise aussi à préserver la confidentialité des renseignements médicaux des employés, car AMC n'a pas accès aux renseignements que les employés communiquent au fournisseur. Contrairement à AMC, le fournisseur peut apprécier l'avis du médecin personnel compte tenu des renseignements qu'il dispose sur l'état de santé de l'employé ou de la personne à charge et sur les conditions propres au lieu d'affectation, et ainsi dresser un bilan complet. Mme Nairne a témoigné que c'est ainsi que procède le fournisseur. Le but est rationnellement lié à l'exécution du travail, car il est essentiel de disposer d'évaluations exactes et complètes pour s'assurer que les ASE soient en mesure de mener à bien leur affectation en toute sécurité.

[154] Le deuxième volet du critère relatif à l'EPJ est également respecté. Nulle preuve ne permet de conclure à l'existence d'intentions malveillantes ou de mauvaise foi en ce qui concerne la DSE 9, ou plus précisément le paragraphe 9.3.3. Le fonctionnaire n'a d'ailleurs pas soutenu que cette disposition avait été introduite de mauvaise foi dans le but d'empêcher des employés ayant une déficience (ou des employés avec des personnes à charge ayant une déficience) d'obtenir des affectations (ou de voyager dans le cadre d'une affectation, selon le cas). Le fournisseur de services médicaux dispose de renseignements auxquels la plupart des médecins personnels n'ont pas accès, notamment sur la sécurité des services médicaux offerts au lieu d'affectation.

[155] Le troisième volet du critère relatif à l'EPJ est également respecté; le paragraphe 9.3.3 est raisonnablement nécessaire pour garantir que les employés (et leurs personnes à charge) sont aptes à servir à l'étranger. Pour les raisons déjà exposées – à savoir l'accès à des données d'envergure mondiale et la mise en relation de ces données avec les renseignements médicaux de l'employé auxquels AMC n'a pas accès –, il est raisonnablement nécessaire de s'en remettre au fournisseur pour examiner les avis des médecins personnels afin de garantir que des évaluations complètes soient réalisées en ce qui concerne l'aptitude médicale à vivre et à travailler à l'étranger.

[156] S'agissant des mesures d'adaptation, AMC n'aurait pas été en mesure de répondre aux besoins du fonctionnaire sans subir une contrainte excessive. En contre-interrogatoire, le fonctionnaire a affirmé qu'il souhaitait qu'AMC suive le processus; or, c'est précisément ce qu'a fait AMC. Il a suivi le processus. En réalité, ce que le fonctionnaire demandait, c'était qu'AMC ne suive pas le processus, agisse contrairement au paragraphe 9.3.3 de la DSE 9, examine l'avis médical du Dr Zucker et privilégie cet avis par rapport à celui du fournisseur de services médicaux.

[157] En substance, le fonctionnaire demandait à AMC de procéder à l'évaluation de l'enfant sur la base d'un tableau médical incomplet. AMC n'avait pas accès à la correspondance de SC et ne disposait pas non plus de tous les renseignements fournis par le Dr Zucker. Une telle démarche aurait entraîné une contrainte excessive, car elle aurait exposé l'enfant à des risques importants pour sa santé et sa sécurité.

[158] SC a conclu que le lieu d'affectation n'était pas sûr pour l'enfant. Il a confirmé cette décision après avoir reçu des renseignements supplémentaires de la part du fonctionnaire, notamment une autre lettre du Dr Zucker.

[159] Même si AMC s'était écarté de la DSE 9 afin de procéder à sa propre analyse de la recommandation du Dr Zucker et avait décidé de suivre cette recommandation, il ne disposait pas de renseignements suffisants pour mettre en place des mesures d'adaptation et ainsi permettre à l'enfant d'aller à Nairobi. Comme aucune limitation particulière n'avait été signalée, AMC ne disposait pas des renseignements lui permettant d'évaluer les mesures d'adaptation nécessaires. Les employeurs ne peuvent se prononcer sur les mesures d'adaptation sur la base de conjectures; ils doivent disposer de renseignements clairs sur les limitations médicales de la personne concernée. Or, aucun renseignement de cette nature n'a été fourni.

c. Le fonctionnaire n'a pas droit à la réparation sollicitée

[160] Le fonctionnaire réclame des dommages-intérêts sous trois chefs : perte de salaire, indemnité différentielle de poste et autres avantages découlant des DSE. Toutes ces réclamations sont hypothétiques, puisque rien ne garantissait qu'il obtienne l'affectation.

[161] Le fonctionnaire fait valoir qu'il a dû accepter une affectation moins bien rémunérée au niveau FS-03 à Abu Dhabi. C'est inexact : le fonctionnaire n'avait pas à

accepter quelconque affectation. AMC n'exige pas des ASE qu'ils acceptent des postes. De plus, c'est par choix que le fonctionnaire a posé sa candidature à Abu Dhabi plutôt qu'à un poste intérimaire au groupe et niveau FS-04 ailleurs.

[162] Si la Commission conclut que le fonctionnaire a droit à une indemnité pour perte de salaire, l'affectation n'était pas de trois ans, mais de deux ans seulement. L'employeur a exposé dans ses arguments écrits la différence entre le salaire applicable aux deux affectations pour les années 2021 à 2023.

[163] Les indemnités différentielles de poste sont versées afin de reconnaître les conditions indésirables qui peuvent exister dans certains postes. Elles ne sont pas assimilables à un salaire ni à une prime. C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'affaire *Stockless*. Elles sont versées en compensation de l'inconfort inhérent aux conditions de vie. Elles n'ont pas la nature d'un traitement ni celle d'avantages. Étant donné que le fonctionnaire n'a jamais vécu à Nairobi, il n'a pas droit à cette indemnité.

[164] Si la Commission conclut que le fonctionnaire a droit à une indemnité de poste pour Nairobi, le montant réclamé est inexact, car l'affectation à Nairobi n'était que pour deux ans. L'employeur a exposé dans ses arguments écrits la différence entre les indemnités de poste applicables aux deux affectations pour les années 2021 à 2023.

[165] Le fonctionnaire réclame également d'autres prestations au titre des DSE, notamment les DSE 55, 56 et 56.11, sans expliquer pourquoi il a droit à ces montants ni comment ils ont été calculés.

[166] Le fonctionnaire réclame 12 000 \$ et affirme que ce montant est justifié parce qu'il connaîtra une progression de carrière plus lente du fait qu'il a perdu le poste de Nairobi et qu'il a été très affecté par la discrimination présumée. La preuve ne permet toutefois pas de conclure que le fonctionnaire serait écarté pour une promotion professionnelle parce qu'il n'a pas été affecté à Nairobi. Un montant plus approprié serait de 2 500 \$, comme il est indiqué dans *Tate*.

[167] L'employeur demande que le grief soit rejeté.

C. Réplique du fonctionnaire

1. L'objection fondée sur *Burchill*

[168] L'objection de l'employeur repose sur une mauvaise compréhension de l'argumentation du fonctionnaire et sur une mauvaise application du principe énoncé dans *Burchill*.

[169] Le fonctionnaire ne cherche pas à soulever une nouvelle question; il ne soutient pas que l'employeur a enfreint le paragraphe 9.3.5 de la DSE 9, mais que l'interprétation et l'application de ce paragraphe illustrent l'approche discriminatoire de l'employeur, de même que l'absence de toute démarche visant à mettre en place des mesures d'adaptation. L'employeur a omis de tenir compte des circonstances propres à l'enfant ou des éléments fournis par son médecin traitant, alors qu'il est tenu de le faire en vertu du paragraphe 9.3.5 et des lois sur les droits de la personne.

[170] Selon *Burchill*, on ne peut élargir la portée d'un grief par l'ajout d'allégations nouvelles; il n'a toutefois pas pour effet de restreindre les arguments pouvant être avancés à l'appui de la question déjà soulevée. Les arguments relatifs au paragraphe 9.3.5 de la DSE 9 ne constituent pas des questions distinctes et nouvelles; ils ont été présentés pour étayer et illustrer l'argument central de discrimination.

2. Les principes d'interprétation de la loi appuient les allégations de discrimination par association

[171] Selon l'article 7 de la *LCDP*, constitue un acte discriminatoire, « s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects, [...] de défavoriser [un individu] en cours d'emploi ». Par conséquent, l'article 7 couvre non seulement les moyens directs utilisés pour défavoriser un employé, mais aussi les moyens indirects. Le libellé est suffisamment souple pour inclure les situations où un employé subit indirectement un traitement défavorable en raison de son association avec une personne faisant partie d'un groupe protégé. Interprétée correctement, l'expression « par des moyens indirects » couvre les situations où un employé est défavorisé en raison de son association avec une personne visée par un motif protégé; elle ne restreint donc pas la portée de l'interdiction aux seuls cas où l'employé appartient lui-même au groupe protégé.

[172] Le fonctionnaire m'a renvoyé à *British Columbia Human Rights Tribunal c. Schrenk*, 2017 CSC 62.

[173] Comme il est indiqué dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 445, il convient d'interpréter les lois sur les droits de la personne d'une façon large et en fonction de leur objet.

[174] La thèse selon laquelle la convention collective limite l'examen de la discrimination aux seuls motifs qui touchent directement et personnellement l'employé, et interdit la discrimination par association, est erronée pour les mêmes raisons que celles qui ont été exposées plus haut.

[175] Les lois sur les droits de la personne sont implicitement intégrées aux conventions collectives. À cet égard, le fonctionnaire m'a renvoyé à *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42.

[176] L'employeur défend en outre une application formaliste du troisième volet du critère de *Moore*, tant en matière de déficience que de situation de famille. Or, il est évident que, n'eût été sa déficience, l'enfant aurait obtenu l'autorisation médicale pour aller à Nairobi, et le fonctionnaire n'aurait pas été privé de l'occasion de se rendre à ce poste avec sa famille. L'argument est que l'effet préjudiciable subi par le fonctionnaire n'est pas uniquement lié au lieu de l'affectation, mais également à la déficience de l'enfant.

3. La discrimination fondée sur la situation de famille a été clairement établie

[177] Le fait que l'employeur s'appuie sur *Johnstone* témoigne d'une incompréhension fondamentale de la nature du grief. Le fonctionnaire réitère que le cadre établi dans *Johnstone* ne s'applique pas en l'espèce. Ce cadre s'applique aux mesures d'adaptation en milieu de travail liées aux obligations de garde d'enfants. Il ne s'applique pas aux situations où la discrimination résulte d'un traitement défavorable fondé sur la situation de famille, alors qu'aucune demande de mesures d'adaptation n'a été formulée.

[178] La jurisprudence invoquée par l'employeur en matière de situation de famille ne s'applique pas, car toutes les décisions citées portent sur des demandes de mesures d'adaptation au travail où il était allégué que les modalités de travail en vigueur faisaient obstacle à l'exécution des obligations de garde d'enfants.

4. L'employeur ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de présenter une défense contre la discrimination

[179] Au troisième volet du critère, il incombe à l'employeur de démontrer que la mise en œuvre de mesures d'adaptation entraînerait une contrainte excessive. Pour ce faire, il doit fournir des éléments de preuve objectifs, réels et quantifiables. Des affirmations de nature anecdotique ou impressionniste ne suffisent pas.

[180] Les arguments avancés par l'employeur pour défendre sa position ne sont pas à propos : ils ne visent pas à justifier la norme ou la règle discriminatoire en cause, mais se rapportent plutôt à des questions distinctes, comme le processus ayant mené à la recommandation de SC, lequel a peut-être contribué à la discrimination.

[181] Si l'on s'en tient aux considérations pertinentes, à savoir les normes appliquées pour refuser l'autorisation à l'enfant, il ne fait aucun doute que l'employeur n'a pas satisfait au troisième volet du critère de *Meiorin*. Dans ces circonstances, l'employeur ne peut pas s'appuyer sur la recommandation de SC à titre d'exigence professionnelle justifiée.

[182] L'employeur ne saurait s'exonérer de son obligation d'entamer un processus de mesures d'adaptation en soutenant qu'il ne pouvait pas outrepasser l'avis de SC puisqu'il ne disposait pas de renseignements suffisants sur l'état de santé de l'enfant; un tel argument met plutôt en évidence son défaut de prendre des mesures d'adaptation. L'obligation de participer au processus d'adaptation de l'employeur est prévue au paragraphe 9.3.5 de la DSE 9.

[183] L'employeur a également fait valoir que l'enfant subirait un préjudice injustifié du fait qu'il encourait des risques pour sa santé et sa sécurité. Cependant, aucune preuve attestant l'existence de tels risques n'a été produite. Comme il est indiqué dans *Grismer*, les risques pour la santé et la sécurité ne peuvent être simplement allégués, ils doivent être prouvés.

[184] Le fonctionnaire m'a aussi renvoyé à *Anderson c. Conseil du Trésor (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2023 CRTESPF 75; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 445; *Casper c. Conseil du Trésor (ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2023 CRTESPF 36; *Chin c. Conseil du Trésor (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2022 CRTESPF 53; *Delage c. Conseil du Trésor (ministère des Pêches et des Océans)*, 2008 CRTFP 56; *Mellon*

c. Canada (Développement des Ressources humaines), 2006 TCDP 3; *Mohawk Council of Akwesasne v. Ahkwesasne Police Assn.*, 2003 CanLII 89493 (CA LA); *Parry Sound (District) Conseil d'administration des services sociaux*; et *Sears v. Honda of Canada Mfg.*, 2014 HRTO 45.

IV. Motifs

A. L'état de santé de l'enfant

[185] D'après les renseignements fournis, l'enfant avait, au moment des faits pertinents, entre deux et trois ans. Le fonctionnaire et Mme Le ont présenté certains éléments de preuve concernant l'état de santé de l'enfant, témoignant ainsi leur compréhension de l'état de santé de celui-ci. Ni l'un ni l'autre ne sont des professionnels de la santé.

[186] La Commission n'a eu accès qu'à un nombre limité de renseignements médicaux, fournis par le Dr Zucker dans les deux lettres qu'il a rédigées. Elle n'a toutefois pas pu consulter les notes ou les dossiers cliniques de l'enfant, ni les évaluations ou les notes des deux autres médecins spécialistes – présentés dans les documents comme des médecins du CHEO – qui étaient mentionnés et qui ont participé aux soins de l'enfant. Les notes de consultation de ces deux médecins ont été transmises à SC en février 2021 dans le cadre du processus d'évaluation médicale.

[187] De plus, la Commission n'a reçu aucune motivation détaillée des professionnels de la santé de SC sur l'évaluation de l'état de santé de l'enfant ni sur l'analyse qui a mené au refus de lui accorder l'autorisation médicale pour accompagner le fonctionnaire à Nairobi.

[188] Aucun des professionnels de la santé qui ont traité ou évalué l'enfant n'a témoigné à l'audience.

[189] D'après la preuve documentaire, après que SC ait recommandé de ne pas accorder l'autorisation à l'enfant, le fonctionnaire a écrit à M. Lemieux pour l'exhorter à accepter l'avis du Dr Zucker plutôt que la décision de SC. Il a repris cette position dans ses arguments écrits et a ajouté que certains outils d'évaluation utilisés par SC n'étaient pas appropriés et que d'autres outils, qu'il estime plus adaptés, auraient dû être considérés. Aucun professionnel de la santé n'a témoigné quant à la pertinence d'un outil par rapport à un autre, seule l'opinion du fonctionnaire a été entendue.

[190] Le Dr Zucker a indiqué dans sa lettre du 10 mars que l'enfant avait, à ce moment-là, [traduction] « des besoins médicaux pédiatriques complexes ». Eu égard aux éléments déposés à l'audience – en l'absence de l'ensemble des notes et dossiers cliniques, des autres évaluations réalisées par au moins deux autres médecins spécialistes du CHEO et par une équipe d'au moins six médecins de SC et d'un témoignage d'expert –, la Commission ne peut retenir que ce qu'a indiqué le Dr Zucker : l'enfant avait des besoins médicaux pédiatriques complexes. En conséquence, je n'ai pas exposé les particularités de la maladie telle qu'elle a été décrite, ni la façon dont cette maladie touche l'enfant; je n'ai pas non plus exposé le pronostic ni le traitement, tels qu'ils ont été décrits par le fonctionnaire et Mme Le ou dans la correspondance du Dr Zucker.

B. Nairobi

[191] Il va de soi que tout n'est pas égal à l'échelle du globe. Certains pays sont réputés riches et souvent qualifiés de « développés », alors que d'autres sont réputés pauvres et souvent qualifiés de « sous-développés ». De plus, les niveaux de vie, les soins de santé et la sécurité diffèrent grandement d'un endroit à l'autre; certains étant plus avancés, d'autres moins. Il y a des pays que le gouvernement fédéral considère comme « dangereux », et pour lesquels il publie des avis déconseillant d'y voyager.

[192] AMC a établi un système d'évaluation, sur une échelle de un à cinq, pour les postes et les missions afin de les classer en fonction de leur niveau de difficulté. Ce système module les sommes supplémentaires (indemnités) auxquelles peuvent prétendre les ASE. Le niveau un correspond aux pays où les conditions sont les moins difficiles, tandis que le niveau cinq correspond à ceux où les conditions sont les plus difficiles. Le Kenya est évalué au niveau quatre. Je n'ai reçu aucun détail quant à la manière dont le niveau de difficulté d'un poste est déterminé.

[193] Aucune preuve ne m'a été présentée sur le système de santé du Kenya en général ou sur la situation à Nairobi en particulier. Il ressort toutefois que le fonctionnaire avait fait quelques recherches et reçu un courriel d'un établissement de Nairobi lui indiquant que cet établissement pouvait prodiguer certains des traitements ou thérapies au sujet desquels il s'était enquis. La Commission n'a aucun moyen d'évaluer le degré d'exactitude de cette information.

[194] À ce moment-là, le monde se trouvait encore au cœur de la pandémie de COVID-19. Pour rappel, au Canada, la première campagne de vaccination contre la COVID-19 a débuté à la fin de 2020. Par la suite, plusieurs campagnes (dont certaines en deux doses) ont été déployées. Il va sans dire que nous en savons aujourd'hui beaucoup plus sur la COVID-19 qu'en 2020 et 2021, lorsque la maladie commençait à se propager.

[195] C'est donc dans ce contexte que la discrimination alléguée se serait produite.

C. L'objection fondée sur *Burchill*

[196] Dans la décision *Stewart c. Conseil du Trésor (Service correctionnel du Canada)*, 2024 CERTESPF 48, au paragraphe 116, j'ai expliqué la règle énoncée dans *Burchill* :

[116] En termes simples, la règle énoncée dans Burchill prévoit qu'une fois qu'une partie engage une procédure et fait certaines allégations dans cette procédure qui forment le fondement de la mesure corrective qu'elle demande à l'encontre de l'autre partie ou des autres parties, elle ne peut pas plus tard, au cours de la procédure, changer ses allégations pour les remplacer par autre chose. La règle vise à empêcher une partie de modifier le raisonnement ou la nature d'une plainte ou d'un grief, de sorte que l'autre partie doive répondre à des allégations différentes et peut-être à un critère juridique différent.

[197] Le présent grief porte clairement sur l'allégation de discrimination formulée par le fonctionnaire au motif que l'enfant n'a pas été autorisé à se rendre au lieu d'affectation à Nairobi, au Kenya.

[198] Comme il est exposé dans la partie consacrée aux faits, le grief repose sur l'allégation selon laquelle la discrimination concernait le processus d'autorisation médicale. Le fait que le fonctionnaire n'ait pas nommément visé la DSE 9, plus précisément les paragraphes 9.3.3 ou 9.3.5, ne suffit pas à satisfaire au critère établi dans *Burchill* : l'essence du grief demeure inchangée. La règle issue de *Burchill* fait en sorte que la partie intimée connaisse les arguments à réfuter. Dans le cas présent, il ne fait aucun doute que l'employeur connaissait les arguments qu'il devait réfuter et savait en quoi consistait le grief.

[199] Il est certes utile pour les parties et pour la Commission de disposer du plus de précisions possible; toutefois, la présentation à l'audience de renseignements additionnels qui demeurent dans le cadre de l'allégation, malgré le fait que le grief lui-

même soit peu détaillé, ne contrevient pas à la règle issue de *Burchill* et ne modifie pas l'essence du grief. En réalité, puisque l'autorisation médicale est au cœur du grief, la DSE 9 est clairement en cause et fait partie intégrante du grief.

D. Le bien-fondé du grief

1. Le critère de *Johnstone* s'applique-t-il?

[200] Le critère énoncé dans *Johnstone*, que la Commission – dont moi-même – a appliqué à plusieurs reprises, définit les paramètres permettant de conclure à l'existence d'une discrimination fondée sur la caractéristique protégée qu'est la situation de famille lorsqu'il est allégué qu'aucune mesure d'adaptation n'a été prise pour tenir compte des obligations liées à la garde d'enfants. Il vise les situations où une règle régissant le milieu de travail entrave la capacité de l'employé de s'acquitter de ces obligations.

[201] En l'espèce, la situation est différente. Les obligations liées à la garde d'enfants du fonctionnaire sont en toile de fond, mais elles ne font pas l'objet du différend.

[202] Comme dans *Moniz c. Conseil du Trésor (ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement)*, 2023 CRTESPF 79, autre décision portant sur la situation de famille et l'application des DSE, le litige porte sur un refus allégué d'accorder au fonctionnaire la même occasion d'affectation et les avantages afférents que ceux consentis aux autres employés. L'enfant du fonctionnaire a un problème de santé qui répond à la définition de « déficience » aux fins de la convention collective et de la *LCDP*. N'eût été ce problème de santé, l'enfant aurait vraisemblablement reçu l'autorisation médicale pour voyager, le fonctionnaire aurait été affecté à Nairobi, sa famille l'aurait accompagné, et il n'y aurait pas eu de grief.

[203] Le fonctionnaire est un ASE. Je n'ai pas reçu copie de la description de travail des niveaux FS-03 ou FS-04, mais je connais bien les fonctions du groupe FS. Les ASE viennent de tous les horizons et accomplissent des tâches très variées. S'ils occupaient un poste dans un autre ministère de l'administration centrale plutôt qu'à AMC, ils ne seraient pas classés FS et appartiendraient à une unité de négociation différente. Le travail des ASE se caractérise par des affectations récurrentes à l'étranger, habituellement pour des périodes de plusieurs années. Ils travaillent et appuient le gouvernement du Canada partout dans le monde.

[204] Les ASE ont souvent un conjoint et une famille; leur travail implique non seulement qu'ils soient affectés à l'étranger pendant un certain temps, mais aussi que leur conjoint et leur famille les accompagnent. À cet égard, la convention collective intègre les DSE, négociées entre l'employeur et le syndicat, qui énoncent les règles applicables aux affectations à l'étranger et prévoient, notamment, les modalités d'accompagnement des membres de la famille.

[205] Un bon exemple est la DSE 58, qui établit les indemnités différentielles de poste en fonction du niveau de difficulté attribué aux différents postes. Non seulement elle fixe les indemnités de poste en fonction de leur niveau de difficulté par rapport aux autres (sur une échelle de un à cinq), mais elle module les montants selon que l'ASE se rend seul à son poste ou avec sa famille. Par exemple, Nairobi est évaluée au niveau quatre. Si le fonctionnaire s'était rendu à ce poste sans être accompagné, il aurait reçu une indemnité de 12 917 \$; si son épouse et ses deux enfants l'avaient accompagné, le montant aurait été de 20 022 \$.

[206] Le fonctionnaire a déposé un grief au motif qu'il a vu ses chances d'être affecté à Nairobi compromises en raison d'une discrimination fondée sur l'état de santé de son enfant. La situation de famille ne se limite pas aux obligations liées à la garde d'enfants, même si nombre de dossiers soumis à la Commission se rapportent à ces obligations. Je suis convaincu que cette notion a une portée beaucoup plus large et qu'elle peut englober d'autres formes de discrimination fondée sur la situation de famille, comme les soins aux aînés, ainsi que l'identité particulière des membres de la famille ou le type de situation de famille (voir *Grant c. Conseil du Trésor (Agence des services frontaliers du Canada)*, 2021 CRTESPF 84, aux paragraphes 97 à 103; *Hicks c. Ressources humaines et Développement social Canada*, 2013 TCDP 20, au par. 41; confirmée dans *Canada (Procureur général) c. Hicks*, 2015 CF 599; et *B. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2002 CSC 66, aux paragraphes 39 à 41 et 57).

[207] Ni la convention collective ni la *LCDP* ne mentionnent la discrimination par « association » dans les mêmes termes que le Code de l'Ontario ou que certaines causes citées par le fonctionnaire. Toutefois, les mots employés le sous-entendent. L'expression retenue est « situation de famille », et non « obligations liées à la garde d'enfants ». Si la situation de famille devait se réduire à ces obligations, le texte l'aurait indiqué. Ce n'est pas le cas. Le terme « famille » est évolutif et peut prendre un sens large. En effet, la définition de la famille est aujourd'hui plus large qu'il y a 50 ans,

même si, dans sa forme la plus simple et traditionnelle, on y voit des parents et des enfants unis par un lien de parenté.

[208] Le fonctionnaire et l'enfant entrent clairement dans cette définition traditionnelle et simple de la famille. En l'espèce, la situation de famille du fonctionnaire tient à sa qualité de parent, mais aussi de parent d'un enfant ayant une déficience. À cet égard, je note que l'article 3.1 de la *LCDP* dispose que les « [...] actes discriminatoires comprennent les actes fondés sur un ou plusieurs motifs de distinction illicite ou l'effet combiné de plusieurs motifs ». Par conséquent, la discrimination fondée sur la situation de famille peut constituer une forme de discrimination par association, et elle est expressément mentionnée dans la convention collective et dans la *LCDP*.

[209] Le grief porte sur le refus allégué d'une possibilité d'affectation et des avantages afférents en raison des caractéristiques de la famille du fonctionnaire et n'a rien à voir avec les obligations liées à la garde d'enfants; le critère de *Johnstone* ne s'applique donc pas.

2. Le fonctionnaire a-t-il fait l'objet de discrimination?

[210] Le fonctionnaire avait le fardeau initial de la preuve. Il a allégué avoir fait l'objet d'une discrimination de la part de l'employeur, fondée sur la situation de famille et la déficience, en contravention de la clause de non-discrimination de la convention collective et de la *LCDP*.

[211] Dans *Diks c. Conseil du Trésor (Service correctionnel du Canada)*, 2019 CRTESPF 3, la Commission a énoncé comme suit le critère à appliquer dans les affaires de discrimination en milieu de travail :

[...]

76 Afin de montrer qu'un employeur a fait preuve de discrimination, le fonctionnaire doit d'abord établir une preuve prima facie de l'existence de discrimination. La preuve suffisante jusqu'à preuve contraire 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 fonctionnaire, en l'absence de réplique de l'employeur intimé (voir Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears, [1985] 2 R.C.S. 536, au paragraphe 28 (« O'Malley »)).

77 Un employeur faisant face à une preuve prima facie peut éviter une conclusion défavorable en déposant des éléments de preuve d'une explication raisonnable qui démontre que ses actions n'étaient pas, en fait, discriminatoires ou en établissant un moyen de défense prévu par la loi qui justifie la discrimination (A.B. c. Eazy Express Inc., 2014 TCDP 35, au paragraphe 13).

[...]

[212] Comme il est énoncé dans *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 CSC 30, pour établir l'existence d'une discrimination à première vue, le plaignant (ou le fonctionnaire s'estimant lésé, selon le cas) doit démontrer qu'il a une caractéristique protégée contre la discrimination, qu'il a subi un effet préjudiciable quelconque et que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable. La preuve de l'intention discriminatoire n'est pas requise pour démontrer l'existence d'une discrimination à première vue. Au paragraphe 45, la Cour suprême du Canada a refusé d'ajouter un quatrième élément, soit la nécessité de conclure à un processus décisionnel stéréotypé ou arbitraire. Il y était indiqué ce qui suit :

[45] [...] L'objectif de protéger les gens contre un traitement arbitraire ou stéréotypé ou contre un traitement qui crée un désavantage par la perpétuation d'un préjudice est atteint par l'exigence qu'il y ait un lien entre le motif protégé et le traitement préjudiciable. L'existence d'un traitement arbitraire ou stéréotypé n'est pas une exigence distincte à laquelle il faut satisfaire pour établir la discrimination prima facie. En exigeant autre chose, on s'attache à tort à « la question de savoir s'il existe une attitude, plutôt qu'un effet, discriminatoire », ce dernier étant le point de mire de l'analyse sur la discrimination [...]

[213] Le fonctionnaire est un ASE qui, en raison des exigences de son poste, est périodiquement affecté à l'étranger. Un processus d'attribution des postes existe et a été décrit plus haut. Il a également été exposé que les ASE sont affectés pour des périodes de plusieurs années, et non de quelques semaines ou mois. Les DSE, qui font partie de la convention collective, tiennent compte du fait que les ASE partent avec les conjoints et, selon le cas, leurs personnes à charge. En outre, lorsqu'un ASE est en poste à l'étranger, il reçoit une indemnité différentielle de poste; le montant dépend de deux facteurs : le niveau de difficulté attribué à l'affectation (comparativement à la vie au Canada), et le fait que l'ASE soit seul ou accompagné de membres de sa famille. Plus le nombre de personnes à charge qui l'accompagnent est élevé, plus le montant de l'indemnité est élevé.

[214] Dans le cadre du processus d'affectation, tous les ASE appelés à être affectés à l'étranger doivent subir une évaluation médicale et obtenir une autorisation médicale pour le lieu d'affectation. S'ils partent avec un conjoint ou des personnes à charge, ceux-ci doivent eux aussi recevoir l'autorisation médicale. Tous les ASE et tous les membres de leur famille passent par ce processus, lequel est réalisé par le fournisseur de services médicaux, SC.

[215] Le grief découle de l'obligation imposée au fonctionnaire et à ses personnes à charge de se soumettre à une évaluation médicale, et plus particulièrement de l'évaluation de l'enfant, que SC a jugé inapte pour le poste en cause, à Nairobi, au Kenya.

[216] Pour établir une preuve à première vue de discrimination, la première étape consiste à démontrer que l'employé possède une caractéristique protégée, ce qui est simple étant donné que la plupart des caractéristiques protégées prévues dans la convention collective et dans la *LCDP* s'appliquent, à un titre ou à un autre, à tout le monde ou presque.

[217] Dans le cas présent, le fonctionnaire est le père de l'enfant. À l'époque, l'enfant vivait avec le fonctionnaire, son épouse, Mme Le, et un frère aîné. Il ne fait aucun doute qu'il s'agissait d'une unité familiale et que le fonctionnaire était une personne possédant la caractéristique protégée de la situation de famille. Encore une fois, la situation de famille du fonctionnaire tient à sa qualité de parent d'un enfant ayant une déficience. J'en conclus que le fonctionnaire cumule les caractéristiques protégées de situation de famille et de déficience. Partant, la première condition est remplie.

[218] La deuxième étape consiste à démontrer que le fonctionnaire a subi un effet préjudiciable et que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable.

[219] La preuve a révélé que le processus d'affectation s'est déroulé en plusieurs rondes; dans le cycle 2021, il semble y avoir eu trois rondes. Les ASE posent leur candidature à plusieurs postes (certains à leur niveau, d'autres à un niveau supérieur), puis s'engage un exercice de jumelage avec les missions à la recherche d'ASE. Tous les ASE et tous les postes ne sont pas forcément jumelés dès le départ. Des jumelages se précisent au fil des rondes, puis des comités se réunissent (les détails n'étaient pas déterminants pour la présente affaire); certains ASE sont alors appariés à un poste et

informés qu'ils sont les candidats pressentis. Tous les postes ne sont pas pourvus; par conséquent, une autre ronde est effectuée. M. Lemieux a déclaré qu'il fallait deux ou trois rondes avant que tous les postes soient pourvus.

[220] En résumé, lors des réunions du comité, on décide quels ASE et quels postes correspondent le mieux, et si la mission entérine le jumelage, l'ASE est informé qu'il est retenu, sous réserve de l'autorisation de sécurité et de l'autorisation médicale. Autrement dit, le poste lui est attribué à condition qu'il ait franchi les obstacles en matière de sécurité et de santé.

[221] Dans le cas présent, le fonctionnaire a été informé qu'il était l'ASE pressenti pour le poste de Nairobi. De fait, tout indiquait qu'il obtiendrait ce poste – même si l'affectation n'avait pas été officialisée et que la documentation n'avait pas été complétée – puisqu'au cours de la période pertinente, l'employeur lui avait offert de partir à Nairobi sans être accompagné.

[222] Le poste de Nairobi était un poste FS-04, alors que le fonctionnaire était classé FS-03; il s'agissait donc d'un poste intérimaire. L'affectation était d'une durée de deux ans, ce qui signifie que le fonctionnaire aurait occupé un intérim de deux ans. En outre, le poste était évalué au niveau de difficulté quatre. Le fonctionnaire et son épouse ont expliqué les raisons pour lesquelles il souhaitait ce poste : il s'agissait d'un intérim à un niveau supérieur, il pensait que le travail y serait stimulant, et il y avait des possibilités d'emploi pour son épouse.

[223] Lorsque SC a recommandé que l'enfant ne soit pas autorisé à se rendre à ce lieu d'affectation, le fonctionnaire a déclaré qu'il n'accepterait pas le poste s'il ne pouvait pas être accompagné. Il a également affirmé qu'il ne se retirerait pas du processus. En bref, il a indiqué à l'employeur qu'il estimait que le processus était inéquitable et l'a contraint à trancher; l'employeur a donc tranché.

[224] Je conclus que le fonctionnaire a subi un effet préjudiciable : refus d'un intérim de deux ans, avec hausse salariale (FS-03 à FS-04) et accompagnement familial pendant l'affectation.

[225] La dernière étape consiste à déterminer si la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable. Il ne fait aucun doute que c'est le cas. Si le fonctionnaire n'est pas allé à Nairobi, c'est parce que SC n'a pas

accordé l'autorisation médicale à l'enfant. Abstraction faite, pour l'instant, de la question de savoir si la décision était celle du fonctionnaire ou de l'employeur, le non-aboutissement de l'affectation résulte directement de la conclusion de SC selon laquelle l'enfant ne devait pas se rendre à Nairobi. La combinaison des caractéristiques protégées que sont la situation de famille et la déficience a donc été un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable.

[226] Le fonctionnaire ayant établi une preuve à première vue de discrimination, il revient à l'employeur de démontrer que ses actes reposaient sur une EPJ.

[227] Comme il est indiqué dans *Meiorin*, pour déterminer s'il s'agit d'une EPJ, l'employeur doit établir ce qui suit :

- 1) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;
- 2) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;
- 3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive.

[228] L'employeur et le fonctionnaire ont une vision quelque peu différente de la règle en cause dans le présent grief.

[229] Pour l'employeur, la règle en cause veut que l'employé et les personnes à charge qui l'accompagneront en affectation soient jugés aptes, du point de vue médical, en vertu de la DSE 9.

[230] La DSE 9 prévoit les dispositions ci-après, lesquelles ont, en partie, donné naissance à la règle en cause :

[...]

9.1.1 Avant d'être affecté à un poste à l'étranger, ou d'être muté d'un poste à l'étranger à un autre poste, le fonctionnaire aura droit, ainsi que chacune des personnes à sa charge qui partagera sa résidence au poste, ou qui sera inscrite à plein temps dans un établissement d'enseignement situé hors du Canada, à un examen médical; ils peuvent aussi être tenus de subir, comme condition à l'affectation ou mutation d'un poste à l'étranger à un autre poste,

un examen dentaire ou médical comprenant au besoin des services de spécialistes, des tests psychologiques, des radiographies et des vaccins [...]

[...]

9.3.1 Le fournisseur des services médicaux enverra à l'administrateur général une évaluation d'aptitude au travail à l'égard de tout examen médical que l'on fait subir en vertu de la présente directive.

[...]

9.3.3 Lorsqu'une question d'ordre médical est en litige, le fonctionnaire a le droit de demander à son médecin personnel de présenter un avis médical écrit au fournisseur des services médicaux qui l'étudiera et présentera à l'administrateur général une autre évaluation d'aptitude au travail tenant compte de l'avis médical du médecin du fonctionnaire.

9.3.4 Au nom de l'employeur, un avis médical écrit et indépendant qui doit être pris en compte dans l'évaluation de l'aptitude au travail peut être demandé :

a) par l'administrateur général lorsque l'administrateur général n'est pas satisfait de l'évaluation de l'aptitude au travail prévue au paragraphe 9.3.1 et un deuxième avis médical écrit n'a pas été fourni en vertu du paragraphe 9.3.3; ou

b) par le fournisseur de services médicaux lorsqu'il détermine qu'il y a un écart important entre les avis médicaux écrits fournis en vertu des paragraphes 9.3.1 et 9.3.3.

9.3.5 Pour décider de l'affectation du fonctionnaire, l'administrateur général doit tenir compte des évaluations médicales et dentaires qui lui sont présentées en vertu des paragraphes 9.3.1, 9.3.2, 9.3.3 et 9.3.4.

[...]

[231] Selon le fonctionnaire, la règle comporte un critère additionnel, à savoir que l'employeur se considère lié par les décisions du fournisseur de services médicaux (SC en l'espèce).

[232] Je n'ai aucune difficulté à conclure que l'employeur a satisfait aux deux premiers volets du critère énoncé dans *Meiorin*, au regard de la norme qu'il a définie. La norme semble avoir été adoptée dans un but rationnellement lié à l'emploi et dans un but légitime lié au travail. S'assurer qu'un employé est médicalement apte à occuper un poste à l'étranger est rationnellement lié à l'envoi d'employés à l'étranger, dans des pays où les conditions sanitaires, les normes de soins et les installations peuvent différer de celles du Canada et où certains problèmes de santé peuvent ne pas être pris

en charge de manière adéquate, exposant ainsi l'employé ou un membre de sa famille à une maladie grave ou au décès. Rien n'indique que l'employeur ait adopté cette norme pour un motif autre que le but légitime lié au travail.

[233] J'en viens au troisième volet du critère de *Meiorin*, auquel l'employeur n'a pas satisfait.

[234] La DSE 9 n'énonce nulle part qu'AMC, ou l'autorité déléguée à AMC, est tenu d'accepter la décision du fournisseur de services médicaux (SC). En résumé, la DSE 9 prévoit que les employés et les personnes à charge qui les accompagnent en affectation ont droit à un examen médical (paragraphe 9.1.1). Il s'agit d'un droit conféré à l'employé, et non d'une obligation pesant sur l'employeur. Toutefois, la DSE 9 prévoit également que l'employeur peut exiger, comme condition à l'affectation, que l'employé se soumette à un examen médical (ou dentaire, selon le cas).

[235] Le paragraphe 9.3.1 de la DSE 9 prévoit que l'évaluation d'aptitude au travail réalisée par le fournisseur de services médicaux (SC) doit être envoyée à l'administrateur général. Le paragraphe 9.3.3 énonce ensuite que l'employé a le droit de demander à son médecin personnel de présenter un avis médical écrit au fournisseur de services médicaux, qui l'étudiera et présentera à l'administrateur général une évaluation en tenant compte de l'avis médical.

[236] Le paragraphe 9.3.4 prévoit que l'employeur et le fournisseur de services médicaux peuvent recourir à un autre fournisseur que SC pour obtenir un avis médical indépendant.

[237] Enfin, le paragraphe 9.3.5 précise que l'administrateur général, pour décider de l'affectation de l'employé, tient compte des évaluations médicales qui lui sont présentées, y compris celles du fournisseur de services médicaux, du médecin personnel ou l'avis médical indépendant.

[238] M. Lemieux a témoigné qu'AMC acceptait la décision ou recommandation de SC, en sa qualité de fournisseur de services médicaux. Cette position, ou cette « règle » faute d'un meilleur terme, découle des lignes directrices, selon lesquelles « [u]ne autorisation médicale de Santé Canada pour l'employé et toutes les personnes à charge est requise [...] » (paragraphe 5C)).

[239] La décision relative à l'affectation d'un employé, selon le paragraphe 9.3.5 de la DSE 9, appartient à l'administrateur général. Je n'ai reçu aucun élément indiquant que l'administrateur général aurait délégué ce pouvoir à SC. D'ailleurs, la DSE 9, et plus précisément le paragraphe 9.3.4, prévoit la façon dont l'évaluation peut se poursuivre en cas de divergence entre l'avis du fournisseur (SC) et celui du médecin personnel (en l'occurrence, le Dr Zucker). Elle permet notamment de solliciter un autre avis.

[240] Il y a manifestement une divergence entre l'avis de SC et ce que le Dr Zucker a écrit dans ses deux lettres. Je ne peux dire si SC a justement évalué l'enfant, et si ce dernier devait être considéré inapte au voyage, ni si le Dr Zucker a raison. De nombreux paramètres entrent en jeu, notamment :

- comprendre la nature exacte de la maladie de l'enfant, telle qu'expliquée par un professionnel de la santé spécialisé dans cette maladie;
- comprendre la nature exacte du risque encouru par l'enfant en raison de sa maladie;
- comprendre la nature exacte du risque encouru par l'enfant en raison des conditions sanitaires ou médicales du Kenya en 2021;
- comprendre l'état du système de santé au Kenya à l'époque, y compris les installations disponibles ou non; ces éléments ont pu amener SC à conclure à l'inaptitude de l'enfant à voyager.

[241] Je ne souscris pas à la thèse du fonctionnaire selon laquelle l'administrateur général aurait dû préférer l'avis du Dr Zucker à celui de SC. Comme je l'ai exposé dans la section consacrée aux faits, je n'ai entendu aucun professionnel de la santé, je n'ai vu aucune note clinique ni aucun dossier médical concernant l'enfant, et je n'ai eu que les deux lettres du Dr Zucker. J'ai entendu les parents de l'enfant et, d'après les lettres du Dr Zucker et leur témoignage, l'enfant est atteint d'une maladie rare, qui semble avoir été bien prise en charge au Canada. En définitive, en ce qui concerne la question de savoir si l'enfant était médicalement apte à aller à Nairobi, je ne peux dire qui avait raison, SC ou le Dr Zucker.

[242] Le troisième volet du critère de *Meiorin* consiste essentiellement à démontrer qu'il est impossible de mettre en œuvre des mesures d'adaptation pour des employés ayant les caractéristiques en cause sans imposer une contrainte excessive à l'employeur. Cet élément n'a pas été établi.

[243] La DSE 9, qui est intégrée dans la convention collective, prévoit justement des mesures d'adaptation pour les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le fonctionnaire (c.-à-d. un employé qui a une famille et qui doit, ainsi que les personnes à sa charge, subir un examen médical à des fins d'affectation). La situation aurait simplement pu être soumise à un évaluateur médical indépendant, comme le prévoient les paragraphes 9.3.4 et 9.3.5. Comme cette option est expressément prévue par les DSE et qu'elle est intégrée dans la convention collective, il est difficile de soutenir qu'elle imposerait une contrainte excessive à l'employeur. Je n'ai reçu ni entendu aucune preuve expliquant pourquoi un professionnel de la santé indépendant n'aurait pas pu être mandaté pour trancher la question.

[244] L'employeur fait aussi valoir qu'il n'avait pas suffisamment de renseignements pour mettre en œuvre des mesures d'adaptation permettant à l'enfant de se rendre à Nairobi. Comme aucune limitation particulière n'avait été signalée, il n'avait pas les renseignements nécessaires pour envisager de telles mesures. Selon l'employeur, personne (y compris le fonctionnaire et le Dr Zucker) ne lui a fourni de tels renseignements.

[245] Par cet argument, l'employeur semble vouloir reporter sur le fonctionnaire la responsabilité qui lui incombe d'évaluer la question des mesures d'adaptation. S'agissant de la contrainte excessive, la Cour suprême du Canada a indiqué qu'il peut être utile d'examiner la procédure qui a été adoptée pour étudier la question des mesures d'adaptation, la teneur réelle d'une norme plus conciliante ou celle des raisons pour lesquelles l'employeur n'a pas offert une telle norme (voir *Meiorin*, au par. 66). Il ne fait aucun doute que le fonctionnaire a participé activement au processus d'évaluation médicale et a fourni les renseignements demandés par l'employeur. Si l'employeur estimait avoir besoin de plus de renseignements pour se prononcer sur la question des mesures d'adaptation, il n'a pas expliqué pourquoi il n'a ni cherché à en obtenir auprès du fonctionnaire ni sollicité l'avis d'un professionnel de la santé indépendant.

[246] L'employeur soutient enfin qu'écarter l'évaluation de SC aurait entraîné des risques importants pour la santé et la sécurité de l'enfant. Rien n'obligeait l'employeur à écarter l'évaluation de SC. En revanche, il lui incombait de considérer pleinement la question des mesures d'adaptation au moment de rendre la décision quant à l'affectation de l'employé, ainsi que le prévoit le paragraphe 9.3.5 de la DSE 9.

L'employeur n'a pas démontré avoir examiné la question des mesures d'adaptation au-delà de l'évaluation de SC, et encore moins que cette démarche aurait entraîné une contrainte excessive.

[247] Comme l'employeur n'a pas satisfait au troisième volet du critère de *Meiorin*, il n'a pas établi l'existence d'une EPJ et, partant, n'a pas opposé de défense à la preuve à première vue de discrimination.

[248] Par conséquent, je conclus que l'employeur a fait preuve à l'égard du fonctionnaire d'une discrimination fondée sur une combinaison de caractéristiques protégées, à savoir la situation de famille et la déficience.

E. Les mesures de réparation

[249] Comme réparation, le fonctionnaire a demandé ce qui suit :

- une déclaration selon laquelle l'employeur a contrevenu à la convention collective;
- une indemnité pour perte de salaire correspondant à la différence entre le salaire de FS-04 qu'il aurait touché s'il était allé à Nairobi et le salaire de FS-03 qu'il a perçu au Canada pendant la période allant d'août 2021 à août 2022, puis à Abu Dhabi durant son affectation, qui était également de niveau FS-03;
- une indemnité pour la perte de l'indemnité différentielle de poste, calculée sur la base des éléments suivants :
 - la différence entre Nairobi et Abu Dhabi, la première étant évaluée au niveau quatre et la seconde au niveau deux seulement, et
 - le supplément de 50 % étant donné que le fonctionnaire avait été affecté au Myanmar et que, s'il avait été affecté à Nairobi, la période entre les affectations aurait été inférieure aux 42 mois prévus à la DSE 58, si bien que l'indemnité différentielle de poste aurait été majorée;
- les autres avantages prévus par les DSE qui découlent des affectations à l'étranger;
- des dommages-intérêts de 12 000 \$ en vertu de l'article 53(2)e) de la *LCDP* pour préjudice moral;
- des dommages-intérêts de 5000 \$ en vertu de l'article 53(3) de la *LCDP* pour conduite délibérée et inconsiderée.

1. Perte de salaire, indemnité de poste et autres avantages prévus par les DSE

[250] Ces pertes ont été réclamées au motif que le fonctionnaire devrait se trouver dans la situation qui aurait été la sienne, n'eût été la discrimination.

[251] La difficulté réside dans le fait que la preuve dont je dispose, bien qu'elle établisse qu'il y a eu discrimination, ne me convainc pas que l'enfant aurait obtenu l'autorisation médicale pour aller à Nairobi. Comme il a déjà été exposé, même si le Dr Zucker estimait que l'enfant pouvait voyager, je n'ai entendu ni vu aucune preuve indiquant que le Dr Zucker était au courant de la situation sanitaire ou médicale à Nairobi ou au Kenya, ni de l'état des établissements de santé locaux.

[252] Comme je l'ai indiqué, je n'ai entendu aucun professionnel de la santé et je n'ai pas vu l'intégralité du dossier médical de l'enfant (notamment les notes cliniques, dossiers et résultats de tests). Je n'ai pas non plus entendu les professionnels de SC qui auraient participé à l'évaluation de l'enfant et à la formulation de la recommandation le concernant.

[253] Si de tels éléments avaient été produits, ou si une preuve d'expert avait été présentée afin d'aider la Commission à se prononcer à cet égard, il aurait peut-être été possible de déterminer si la recommandation de SC était fondée. À défaut, il n'était pas acquis que l'enfant aurait été déclaré médicalement apte à voyager. Cela dit, je ne peux exclure la possibilité qu'il ait pu l'être.

[254] En fin de compte, si les démarches appropriées avaient été entreprises, on aurait pu se faire une idée plus précise de l'état de santé de l'enfant et des risques liés au voyage. Tel n'a pas été le cas. Les parties pouvaient cependant déposer une preuve plus complète afin d'offrir à la Commission un portrait plus fidèle de la situation de l'enfant en lien avec un voyage et un séjour à Nairobi durant la période en cause. Faute d'une telle preuve, les deux parties partagent la responsabilité.

[255] Dans ces circonstances, j'estime approprié d'accorder au fonctionnaire une indemnité équivalant à la moitié (50 %) de la différence salariale entre son poste FS-03 et le poste FS-04 par intérim pour la durée de l'affectation à Nairobi. Il semble subsister une incertitude entre les parties quant à la durée de cette affectation. Selon le formulaire d'évaluation de santé en vue d'une affectation versé au dossier conjoint, la durée était de deux ans.

[256] Le fonctionnaire a donc droit à la moitié (50 %) de la différence entre le salaire de FS-03 et celui de FS-04 par intérim qu'il aurait gagné pendant les deux années d'affectation à Nairobi. Par ailleurs, le fonctionnaire aurait eu droit à une augmentation salariale au cours de la deuxième année à Nairobi; il convient donc de prendre en compte cette augmentation dans le calcul.

[257] S'agissant de l'indemnité de poste, la DSE 58 indique qu'elle est versée « [...] afin de reconnaître les conditions indésirables qui peuvent exister dans certains postes ». Le fonctionnaire n'est pas allé à Nairobi et n'a pas eu à endurer ces conditions indésirables, pas plus que sa famille. Par conséquent, je ne suis pas disposé à lui accorder une telle indemnité. De même, je considère que la demande d'indemnisation formulée au titre d'autres DSE n'est pas fondée. Le fonctionnaire a certes mentionné les DSE 55, 56 et 56.11, mais sans expliquer leur applicabilité ni le fondement de son droit à une indemnisation.

2. Dommages-intérêts au titre de la LCDP

[258] La preuve a révélé que le fonctionnaire a fait l'objet d'une discrimination fondée sur la situation de famille et la déficience. L'indemnisation pour préjudice moral en vertu de l'article 53(2)e) de la LCDP vise notamment à « [...] préserver la dignité et l'autonomie personnelle de la demanderesse, ainsi qu'à reconnaître la nature humiliante et dégradante des pratiques discriminatoires » (*Madame Unetelle c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 183, au par. 28). Pour déterminer le montant des dommages-intérêts à accorder pour préjudice moral, il est utile d'évaluer la gravité objective de l'acte discriminatoire et l'effet de la discrimination sur le fonctionnaire (*Christoforou c. John Grant Haulage Ltd.*, 2021 TCDP 15, au par. 105).

[259] À cet égard, le fonctionnaire a notamment déclaré que ses possibilités de promotion ont été diminuées et que sa progression de carrière a été ralentie. Je ne dispose toutefois que de son appréciation personnelle à cet égard; aucun élément de preuve ne l'étaye, de sorte qu'il s'agit d'une simple spéculation. Bien que le fonctionnaire ait été affecté en 2022 à Abu Dhabi au niveau FS-03 (et non FS-04), aucune preuve ne m'a été fournie quant aux autres affectations offertes lors de ce cycle ni quant aux postes pour lesquels il a posé sa candidature.

[260] Le fonctionnaire et sa famille ont dû se réorganiser; cela dit, cela fait partie du processus pour les ASE et les affectations à l'étranger. Ces affectations impliquent souvent un bouleversement important.

[261] Il est difficile d'évaluer le montant pour préjudice moral, car il s'agit d'un élément hautement subjectif. Dans *Slivinski c. Conseil du Trésor (Statistique Canada)*, 2021 CRTESPF 35, j'ai attribué 15 000 \$ en vertu de l'article 53(2)e) de la *LCDP*. Il ressort de cette décision qu'il existait une relation de travail extrêmement toxique qui a poussé la fonctionnaire à prendre un congé de maladie et qui lui a valu d'être victime d'un leurre, c'est-à-dire qu'elle s'est vu remettre une lettre d'attentes à l'égard de son rendement qui, selon moi, avait été rédigée par ses supérieurs dans le but de l'ébranler, de la discréditer, de la punir et de la contrarier. La situation en l'espèce est certes moins grave; elle n'en demeure pas moins importante.

[262] Les courriels que le fonctionnaire a adressés au moment où AMC a refusé l'autorisation médicale de voyager à l'enfant font clairement ressortir sa frustration, sa colère, sa déception et son chagrin. Le fonctionnaire a également affirmé à quel point cette discrimination l'avait bouleversé, notamment en raison de la manière dont l'employeur percevait l'enfant.

[263] J'ai également été informé du processus de candidature. Les ASE y consacrent clairement beaucoup d'efforts (planification et demandes). Je ne doute pas que le fait de ne pas être affecté à Nairobi, après tout le travail accompli, a été un facteur déterminant dans la décision du fonctionnaire de ne pas participer à la troisième ronde, lui qui, à la première, pouvait postuler jusqu'à huit affectations. Cette situation a visiblement accru sa frustration et sa déception et renforcé son sentiment que le processus était vicié et biaisé à son égard.

[264] À titre de comparaison, le fonctionnaire se fonde sur la décision *Idealogic*, dans laquelle la Cour supérieure de justice de l'Ontario a ordonné le versement de 15 000 \$ à la plaignante pour préjudice moral, perte de dignité et d'estime de soi après qu'elle ait été licenciée parce qu'elle souhaitait télétravailler pour s'occuper de son mari atteint d'une déficience. En revanche, l'employeur cite l'affaire *Tate*, dans laquelle le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique a accordé 2 500 \$ pour atteinte à la dignité dans un dossier de discrimination fondée sur l'âge. Plus récemment, le Tribunal canadien des droits de la personne a rendu d'autres décisions

comparables dans lesquelles la discrimination fondée sur la situation de famille a donné lieu à l'octroi d'une indemnité pour préjudice moral, notamment dans les affaires *Lock c. Première Nation de Peters*, 2023 TCDP 55 (12 500 \$), *Ka-Nowpasikow c. Nation crie de Poundmaker*, 2023 TCDP 38 (10 000 \$) et *O'Bomsawin c. Conseil des Abénakis d'Odanak*, 2017 TCDP 4 (10 000 \$).

[265] Dans le cas présent, la conduite est moins grave que dans *Idealogic*, où la personne a perdu son emploi. Par rapport au préjudice émotionnel important (stress, honte, anxiété, tristesse) dans *Lock*, l'effet sur le fonctionnaire n'est pas aussi étendu, quoique plus significatif que le [traduction] « comportement insultant » décrit dans *Tate*. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, je fixe à 10 000 \$ le montant à accorder en vertu de l'article 53(2)e) de la *LCDP*.

[266] Le fonctionnaire réclame également des dommages-intérêts de 5 000 \$ en vertu de l'article 53(3) de la *LCDP*. Cette disposition permet d'accorder jusqu'à 20 000 \$ lorsqu'il est établi que l'employeur a commis l'acte discriminatoire de façon délibérée ou inconsidérée. Il s'agit d'une disposition punitive visant à dissuader ou à décourager ceux qui se livrent de façon délibérée à des actes discriminatoires. Dans *Canada (Procureur général) c. Douglas*, 2021 CAF 89, au par. 8, la Cour d'appel fédérale a confirmé l'approche énoncée dans *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2013 CF 113, au par. 155, à savoir qu'un acte délibéré doit être intentionnel, tandis qu'un acte inconsidéré témoigne d'un mépris ou d'une indifférence quant aux conséquences.

[267] Dans *Slivinski*, j'ai accordé à la fonctionnaire une indemnité de 10 000 \$ pour un acte délibéré et inconsidéré. Dans cette affaire, la superviseure immédiate de la fonctionnaire et la superviseure de cette dernière avaient clairement créé un climat de travail toxique et avaient inventé des histoires pour discréditer et punir la fonctionnaire. Il s'agissait clairement d'un acte délibéré et inconsidéré. Dans *Ka-Nowpasikow* et *O'Bomsawin*, le Tribunal canadien des droits de la personne a accordé respectivement 5 000 \$ et 7 000 \$ pour discrimination fondée sur la situation de famille.

[268] Dans le cas présent, la solution au problème des avis médicaux divergents se trouvait dans la DSE 9. L'employeur a maintenu sa position alors qu'il disposait manifestement d'un moyen de régler le problème – et de le faire de façon relativement simple. Sans que la conduite ait été nécessairement délibérée, elle a certes été

inconsidérée puisque l'employeur s'est entièrement remis à SC pour s'acquitter de son obligation de prendre des mesures d'adaptation et qu'il a négligé d'examiner toutes les avenues jusqu'à ce qu'il en résulte pour lui une contrainte excessive. Si le préjudice n'était pas aussi grave que celui constaté dans *Slivinski*, il justifie néanmoins l'octroi d'une indemnité; en conséquence, j'accorde la somme de 5 000 \$, ainsi que le fonctionnaire l'a demandé, en vertu de l'article 53(3) de la *LCDP*.

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

(L'ordonnance apparaît à la page suivante)

V. Ordonnance

[270] Le grief est accueilli.

[271] L'employeur a contrevenu à la clause 43.01 de la convention collective.

[272] L'employeur versera au fonctionnaire la moitié (50 %) de la différence entre le salaire pour le poste de FS-03 et celui pour le poste intérimaire de FS-04 qu'il aurait gagné pendant les deux années d'affectation à Nairobi. Le calcul du salaire tiendra compte de l'augmentation salariale que le fonctionnaire aurait reçue au cours de sa deuxième année d'affectation.

[273] L'employeur versera au fonctionnaire une indemnité de 10 000 \$ pour préjudice moral conformément à l'article 53(2)e) de la *LCDP*.

[274] L'employeur versera au fonctionnaire la somme de 5 000 \$ à titre d'indemnité spéciale en vertu de l'article 53(3) de la *LCDP*.

Le 19 décembre 2025.

Traduction de la CRTESPF

**John G. Jaworski,
une formation de la Commission
des relations de travail et de l'emploi
dans le secteur public fédéral**