



Tribunal de la sécurité
sociale du Canada

Social Security
Tribunal of Canada

Numéro de dossier du Tribunal : GE-18-222
GE-18-348
GE-18-2075
GE-18-3044
GE-18-3456
GE-19-689

ENTRE :

**Laurie Chalifour-Racine
Émilie Bellemare
Karine Gravel
Véronique Dubois
Martine Theramene
Caroline Langevin**

Appelantes

et

Commission de l'assurance-emploi du Canada

Intimée

DÉCISION DU TRIBUNAL DE LA SÉCURITÉ SOCIALE
Division générale – Section de l'assurance-emploi

DÉCISION RENDUE PAR : Manon Sauvé

DATES DE L'AUDIENCE : 27 octobre 2020, 19 novembre 2020 et 11 mars
2021, observations supplémentaires 5 octobre
2021

DATE DE LA DÉCISION : 10 janvier 2022

DÉCISION

[1] L'appel est accueilli. Les appelantes ont démontré que les paragraphes 8 (2), 8 (5), 10 (10) et 12 (6) de la Loi sur l'assurance-emploi (LAE) violent le droit à l'égalité protégé par l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés (Charte).

[2] La Commission n'a pas démontré que cette violation se justifiait en vertu de l'article 1 de la Charte.

APERÇU

[3] Les six appelantes sont des femmes ayant des parcours différents sur le marché du travail, mais semblables pendant leur congé de maternité et parental. Elles ont perdu leur emploi et présenté une demande pour recevoir des prestations d'assurance-emploi régulières.

[4] Dans le cas des prestataires L.C.R, E. B. et K. G., la Commission a refusé de leur verser des prestations, parce qu'elles n'avaient pas suffisamment accumulé d'heures d'emploi pendant la période de référence.

[5] Concernant les prestataires V. D., M. T. et C.L., elles ne pouvaient prolonger la période de prestations, puisqu'elles avaient reçu des prestations de congé de maternité et parental, malgré qu'elles étaient admissibles à recevoir des prestations d'assurance-emploi régulières avant leur congé.

[6] Les deux catégories d'appelantes ne font pas partie des exceptions prévues à la Loi permettant la prolongation jusqu'à 104 semaines de la période de référence ou de prestations. Et elles ne pouvaient pas obtenir plus de 50 semaines de prestations.

[7] Selon les appelantes, les dispositions de la Loi¹ concernant la prolongation de la période de référence et de la période de prestations ainsi que la limite de 50 semaines de prestations sont discriminatoires. Elles ne respectent pas le droit à l'égalité prévu à la Charte².

¹ Les paragraphes 8 (2), 8 (5) et 10 (10) et 12 (6) de la Loi sur l'assurance-emploi

² L'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés

[8] Selon la Commission, les appelantes n'ont pas démontré que les dispositions sont discriminatoires. Le gouvernement peut mettre sur pied des mesures sociales, il n'a pas l'obligation de répondre à toutes les situations. Il est justifié de faire des choix, lorsqu'il instaure des mesures sociales.

[9] Même si les dispositions violaient le droit à l'égalité, elles se justifient dans le cadre d'une société libre et démocratique.

1. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

[10] Lorsqu'on soulève une question constitutionnelle, un long processus est enclenché. Pendant ce processus, la Cour suprême du Canada ³a rendu une décision concernant l'application du paragraphe 15 (1) de la Charte.

[11] Les parties ont eu l'occasion de présenter des observations supplémentaires à la lumière de cet arrêt de la Cour suprême du Canada rendu en 2020.

[12] Les parties ont également eu l'occasion de présenter des observations à la suite de la dernière audience tenue le 11 mars 2021. J'ai accordé aux parties jusqu'au 6 avril 2021.

[13] Le 10 août 2021, l'intimée a demandé au Tribunal la permission de soumettre des observations supplémentaires à la suite d'une décision rendue par la Cour d'appel fédérale. J'ai accordé aux parties l'occasion de présenter leurs observations.

[14] Par ailleurs, j'ai réuni les appels, parce qu'ils soulèvent la même question constitutionnelle selon le paragraphe 15 (1) de la Charte. Je tiens à souligner que plusieurs causes sont en suspens concernant ces questions.

2. QUESTIONS EN LITIGE

2.1 Est-ce que les paragraphes 8 (1), 8 (2), 8 (5), 10 (2), 10 (8) a), 10 (10) et 12 (6) de la LAE créent, à première vue, ou en raison de leur effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue prévu au paragraphe 15 (1) de la Charte?

³ Fraser c. Canada (Procureur général du Canada), 2020 SCC 28 (CanLII), <<http://canlii.ca/t/jb370>>

2.2. Est-ce qu'elles imposent un fardeau ou nient un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, perpétuer ou accentuer le désavantage ?

2.3. Dans l'affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la Charte ?

3. CONTEXTE

[15] Le régime d'assurance-emploi est un régime contributif qui fournit une assurance sociale aux Canadiennes et Canadiens qui ont subi une perte de revenu à la suite de la perte de leur emploi ou qui sont incapables de travailler en raison d'une maladie, d'une grossesse ou de la naissance d'un enfant ou des responsabilités parentales dont ils doivent s'acquitter pour prendre soin d'un nouveau-né ou d'un enfant nouvellement adopté.

[16] Il repose sur la participation récente au marché du travail⁴. L'objectif est d'indemniser les chômeurs pour une perte de revenus provenant de leur emploi et d'assurer une sécurité économique et sociale pendant un certain temps, afin qu'ils puissent retourner sur le marché du travail.

[17] Le régime d'assurance-emploi dispose d'un programme de congé de maternité et de congé parental pour les travailleurs qui contribuent au régime de l'assurance-emploi.

[18] Le gouvernement fédéral a transféré les sommes prévues pour le régime de prestations de maternité et parentales à la province de Québec⁵. En contrepartie, le Québec a établi son propre régime. Les prestataires qui reçoivent des prestations en vertu du RQAP⁶ ne devraient pas recevoir des prestations d'assurance-emploi pour la même période et les mêmes fins que celles prévues au régime québécois⁷.

⁴ Document d'information sur les dispositions législatives et sur la politique en matière d'assurance-emploi – Prestations régulières et prolongation de la période de référence (« Rapport »), 21 mai 2020, paragraphes 9, 19, 26 - 30, 45-48, Annexe C, Onglet 1.

⁵ Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, 2005 CSC 56

⁶ Régime québécois d'assurance parentale

⁷ Article 1.2.1 de L'ENTENTE FINALE CANADA-QUÉBEC SUR LE RÉGIME QUÉBÉCOIS D'ASSURANCE PARENTALE

3.1 Situation des appelantes

[19] Les appelantes sont des Québécoises qui travaillent dans différents domaines. Elles ont, en commun, d'avoir eu un enfant, d'en avoir pris soin et d'avoir perdu leur emploi. Elles ont demandé des prestations de maternité et parentales.

[20] Je vais expliquer la situation de chacune des appelantes. Elles se divisent en deux catégories.

Première catégorie : période de référence

[21] Depuis quelques années, **L.C-R**, travaille dans une banque. Elle cesse de travailler le 11 septembre 2016 en raison d'un congé de maternité et parental. Pendant 18 semaines, elle reçoit des prestations de maternité et 32 semaines de prestations parentales du RQAP.

[22] Le 13 décembre 2016, le poste de L.C-R est aboli. Elle est mise à pied. Elle reçoit un préavis de fin d'emploi qui vaut à 375 heures d'emploi assurable. Elle présente une demande pour recevoir des prestations d'assurance-emploi.

[23] La Commission refuse de lui verser des prestations d'assurance-emploi, parce qu'elle n'a pas accumulé suffisamment d'heures d'emploi assurable pendant la période de référence, soit du 6 novembre 2016 au 4 novembre 2017.

[24] **V. D.** travaille du 11 novembre 2015 au 27 avril 2017 pour la ville de Kirkland. Elle est enceinte de 4 mois au moment de perdre son emploi. Elle présente une demande pour recevoir des prestations d'assurance-emploi régulières. Elle reçoit 13 semaines de prestations régulières jusqu'à la naissance de son enfant. Du 27 août 2017 au 11 août 2018, elle reçoit 18 semaines de prestations de maternité et 32 semaines de prestations parentales pour une durée de 50 semaines en vertu du Régime québécois d'assurance-emploi RQAP.

[25] Le 15 août 2018, elle dépose une demande pour recevoir des prestations régulières d'assurance-emploi. Elle est disponible, mais incapable de se trouver un emploi.

[26] La Commission refuse de lui verser des prestations, parce qu'elle n'a pas accumulé suffisamment d'heures pendant sa période de référence entre le 13 août 2017 et le 11 août 2018.

[27] **M.T.** travaille dans le milieu médical à titre d'infirmière du 15 juillet 2013 au 7 juillet 2018. Du 4 juin 2017 au 19 mai 2018, elle reçoit 18 semaines de prestations de maternité et 32 semaines de prestations parentales en vertu RQAP. Elle est en vacances du 21 mai 2018 au 7 juillet 2018. Le 30 juillet 2018, elle est mise à pied en raison d'une fermeture administrative. Elle présente une demande pour recevoir des prestations d'assurance-emploi régulière.

[28] La Commission refuse de lui verser des prestations, parce qu'elle n'a pas accumulé suffisamment d'heures pendant sa période de référence du 6 août 2017 au 4 août 2018.

Deuxième catégorie : prolongation de la période de prestations

[29] **E.B.** travaille quelques jours au mois de décembre pour une commission scolaire. Elle travaille du 11 novembre 2015 au 23 juin 2016 pour un centre de femmes. Elle est mise à pied en raison d'un manque de travail.

[30] Le 25 juin 2016, elle présente une demande pour recevoir des prestations régulières. Une période de prestations est établie à partir du 26 juin 2016. Elle a le droit de recevoir 26 semaines de prestations. Elle reçoit 3 semaines de prestations, car elle retourne au travail le 8 août 2016 jusqu'au 29 septembre 2016.

[31] Du 2 octobre 2016 au 2 septembre 2017, l'appelante reçoit des prestations RQAP pour un total 45 semaines, dont 18 semaines de prestation de congé de maternité et 30 semaines de congé parental. Cela équivaut à 45 semaines sous le régime de l'assurance-emploi.

[32] Elle ne peut pas recevoir de prestations d'assurance-emploi régulières, parce qu'elle a atteint la période de 50 semaines de prestations.

[33] La Commission refuse de lui verser les prestations. Elle ne peut pas prolonger la période de prestations, parce qu'elle ne correspond pas aux exceptions prévues à la LAE. De plus, elle n'a pas accumulé suffisamment d'heures pendant la période de référence.

[34] **C.L.** travaille en production visuelle. Elle reçoit des prestations de congé de maternité entre le 29 avril 2018 et le 9 décembre 2018, elle reçoit 18 semaines de congé de maternité et 23 semaines de congé parental.

[35] La Commission refuse de lui verser des prestations, parce qu'elle n'a pas accumulé suffisamment d'heures pendant la période de référence. Elle ne peut pas prolonger la période de prestations, parce qu'elle ne répond pas aux exceptions.

[36] Dans son cas, la période de prestations d'assurance-emploi a été établie du 19 avril 2015 au 16 avril 2016. Elle veut prolonger la période, afin de recevoir des prestations régulières d'assurance-emploi.

[37] **K.G.** travaille depuis le 1er juin 2010 pour son employeur. En arrêt de travail pour une grossesse, elle reçoit 18 semaines de congé de maternité et 32 semaines de congé parental entre le 26 mars 2017 et le 10 mars 2018 en vertu du RQAP.

[38] Avant la fin de son congé de maternité, elle apprend que son poste est aboli. À la fin de son congé parental, elle présente une demande pour recevoir des prestations d'assurance-emploi.

[39] La Commission lui verse deux semaines de prestations d'assurance-emploi. Elle ne peut pas prolonger sa période de prestations, parce qu'elle ne correspond pas aux exceptions prévues à la Loi.

4. La Loi applicable

[40] Plusieurs conditions s'appliquent pour qu'un assuré soit admissible à recevoir des prestations d'assurance-emploi.

[41] Le paragraphe 7 (2) de la LAE établit un seuil d'admissibilité aux prestations d'assurance-emploi fondé sur les heures travaillées dans le cadre d'un emploi assurable (entre 420 et 700 heures), selon le taux de chômage régional. Les heures d'emploi assurables doivent toutes avoir été accumulées au cours de la période de référence qui est définie comme les 52 semaines précédant immédiatement le début de la période de prestations.

[42] La règle est que la période de référence d'un assuré est la plus courte des périodes suivantes : la période de 52 semaines qui précèdent le début d'une période de prestations ou la période qui débute en même temps que la période de prestations précédente.

[43] La LAE prévoit de prolonger la période de référence jusqu'à 104 semaines⁸, seulement lorsque le début de la période de prestations débute dans les 52 semaines précédant la demande. Voici dans quelle circonstance la période de référence peut être prolongée : la personne

a) était incapable de travailler par suite d'une maladie, d'une blessure, d'une mise en quarantaine ou d'une grossesse prévue par règlement ;

b) était détenue dans une prison, un pénitencier ou une autre institution de même nature et n'a pas été déclarée coupable de l'infraction pour laquelle elle était détenue ni de toute autre infraction se rapportant à la même affaire ;

c) recevait de l'aide dans le cadre d'une prestation d'emploi ;

d) touchait des indemnités en vertu d'une loi provinciale du fait qu'elle avait cessé de travailler parce que la continuation de son travail la mettait en danger ou mettait en danger son enfant à naître ou l'enfant qu'elle allaitait⁹.

[44] Cependant, il ne faut pas avoir reçu des prestations d'assurance-emploi. Les prestataires qui perdent leur emploi pendant ou après leur congé de maternité et parental ne peuvent pas utiliser les heures travaillées pour recevoir des prestations d'assurance-emploi régulières.

[45] Autrement dit, les appelantes ne peuvent pas prolonger leur période de référence, parce qu'elles ont déjà utilisé leurs heures d'emploi assurable pour le congé de maternité et parental. En fait, elles peuvent prolonger, mais jusqu'au début du versement des prestations versées en vertu du RQAP, puisque les heures travaillées ont servi à établir leurs prestations de congé de maternité et parental.

⁸ Paragraphe 8 (7) de la Loi sur l'assurance-emploi

⁹ Paragraphe 8 (2) de la Loi sur l'assurance-emploi

[46] Concernant la prolongation de la période de prestations, les prestataires peuvent en bénéficier dans la mesure où elles correspondent aux situations prévues à la LAE. Ainsi, « *la période de prestations qui a été établie au profit d'un prestataire est prolongée du nombre de semaines à l'égard desquelles le prestataire prouve, de la manière que la Commission peut ordonner, qu'il n'avait pas droit à des prestations parce que, selon le cas :*

a) il était détenu dans une prison, un pénitencier ou un autre établissement semblable et n'a pas été déclaré coupable de l'infraction pour laquelle il était détenu ni de toute autre infraction se rapportant à la même affaire ;

b) il touchait une rémunération versée en raison de la rupture de tout lien avec son ancien employeur ;

c) il touchait l'indemnité prévue pour un accident du travail ou une maladie professionnelle ;

d) il touchait des indemnités en vertu d'une loi provinciale du fait qu'il avait cessé de travailler parce que la continuation de son travail le mettait en danger ou, dans le cas d'une prestataire, mettait en danger son enfant à naître ou l'enfant qu'elle allaitait. »¹⁰

[47] Pour avoir le droit de prolonger sa période de prestations, il faut donc correspondre à une de ces situations. Tout comme dans le cas de la prolongation de la période de référence, il ne faut pas avoir reçu des prestations d'assurance-emploi pour en bénéficier.

[48] Par ailleurs, le paragraphe 12 (6) de la LAE limite à 50 semaines le nombre de semaines de prestations. Ainsi, ce nombre de semaines a été atteint par la plupart des appelantes pendant leur congé de maternité et parental.

5. ANALYSE

[49] Avant que je détermine si les dispositions de la LAE enfreignent le paragraphe 15 (1) de la LAE, la Commission a soutenu, d'emblée, que la Cour d'appel fédérale¹¹ a déjà décidé que la

¹⁰ Paragraphe 10 (10) de la Loi sur l'assurance-emploi. Les paragraphes (11), (12) et suivants prévoient d'autres situations.

limite du nombre de semaines pour lesquelles des prestations spéciales sont versées ne contrevient pas au paragraphe 15(1) de Charte.

[50] Dans un premier temps, je vais disposer de l'argument soulevé par la Commission concernant la règle de stare decisis. Dans l'affaire Sollbach¹², l'appelante a contesté le nombre de semaines auxquelles elle avait le droit dans le cadre d'un congé de maternité et de grossesse. Si elle avait reçu des prestations régulières, elle aurait eu droit à 52 semaines de prestations plutôt que 30 semaines de prestations spéciales. La loi crée une distinction entre les femmes enceintes et les autres.

[51] La Cour d'appel fédérale s'est basée sur les critères développés dans l'arrêt Law¹³ pour déterminer si le nombre de semaines allouées pour un congé de maternité et parental créait un préjudice en vertu du paragraphe 15 (1) de la Charte. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a déterminé, entre autres, qu'il y avait deux critères à considérer : un critère objectif la personne raisonnable et un critère subjectif ; la perspective de l'appelant.

[52] La Cour d'appel fédérale a considéré que la Loi n'était pas discriminatoire, parce que dans le contexte d'une personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables à celle de l'appelante, n'arriverait pas à la conclusion que le paragraphe 11 (6) porte atteinte à la dignité humaine. La prestataire a même reçu trois semaines supplémentaires. L¹⁴a Cour d'appel fédérale a analysé les faits à la lumière de ces critères. De plus, s'appuyant sur l'arrêt Law, la Cour d'appel fédérale a statué que les dispositions législatives contestées avaient pour objet une amélioration, cela renforce le point de vue qu'elle ne porte pas atteinte à la dignité humaine.

[53] Toujours selon la Commission, je suis liée par la règle « stare decisis¹⁵ vertical ». Ainsi, l'appelante n'a pas démontré que les présents dossiers constituent une exception à la règle. La

¹¹ Sollbach c. Canada, 1999 CanLII 9146 (CAF)

¹² Sollbach c. Canada, 1999 CanLII 9146 (CAF) confirmé par Miller c. Canada (Procureur général), 2002 CAF 370

¹³ Law c. Canada (ministère de l'Emploi et de l'Immigration), 1999 CanLII 675 (CSC)

¹⁴ Sollbach c. Canada, 1999 CanLII 9146 (CAF) paragraphe 14

¹⁵ Peut se traduire par : s'en tenir aux choses décidées. S'en tenir aux règles établies par les tribunaux supérieurs. Dans ce cas-ci, le Tribunal de la sécurité sociale est inférieur à la Cour d'appel fédérale. Je suis donc liée par leurs décisions.

Commission réfère à l'arrêt Bedford¹⁶. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a énoncé que pour ne pas suivre une décision d'un tribunal supérieur, la barre est haute. On peut réexaminer une question s'il s'agit d'une nouvelle question ou s'il y a eu une modification importante de la situation ou de la preuve.

[54] Selon les appelantes, je peux me prononcer sur cette question, puisque l'arrêt Law a été rendu sur des dispositions différentes de la LAE. On ne peut pas s'en tenir au cadre analytique de l'arrêt Law. Depuis 1999, le droit a évolué concernant l'application de l'article 15 de la Charte. Ainsi, la Cour suprême du Canada a rendu plusieurs décisions concernant l'article 15 de la Charte¹⁷, le cadre d'analyse a évolué. D'ailleurs, la Cour suprême du Canada a reconnu avoir révisé le cadre analytique pour l'application de l'article 15¹⁸.

[55] J'estime que je peux décider de la question constitutionnelle soumise par les appelantes. D'une part, le cadre d'analyse du paragraphe 15 de la Loi a évolué depuis l'arrêt Law. Le juge Lebel et la Juge Abella dans l'arrêt Québec c. A¹⁹ ont constaté l'évolution du cadre d'analyse du paragraphe 15(1) de la Charte. Elle a commencé dans Kapp et s'est modifiée dans Fraser. La Cour voulait répondre à des critiques formulées à propos du cadre proposé dans Law. Par exemple, le concept de la dignité humaine soulève des difficultés d'application lorsqu'on tente de l'utiliser comme critère juridique.

[56] De plus, dans l'arrêt Fraser, la majorité des juges a décidé d'éliminer la notion de stéréotype²⁰. La question est de savoir si la Loi a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer un désavantage.

[57] En fait, toujours selon la majorité :

¹⁶ Canada (Procureur général) c. Bedford, 2013 3 R.C.S.

¹⁷ R. c. Kapp, 2008, CSC 41 ; Withler c. Canada (Procureur général), 2011 CSC 12; Québec (procureur général) c. A, 2013 CSC 5; Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat, 2015 CSC 30 ; Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale), 2018 CSC 1 ; Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux, 2018 CSC 17 et j'ajouterai l'arrêt récent : Fraser c. Canada (Procureur général), 2020 CSC 28

¹⁸ Fraser c. Canada (Procureur général), 2020 CSC 28 ; Québec (Procureur général) c. A, 2013 CSC 5, par. 163

¹⁹ Québec (Procureur général) c. A, 2013 CSC 5, par. 160 et ss. (juge Lebel) et par. 324 et ss, juge Abella

²⁰ Voir paragraphes 27 et 78 de l'arrêt Fraser c. Canada (Procureur général), 2020 CSC 28

« L'objectif est d'examiner l'effet du préjudice causé au groupe touché. Le préjudice peut inclure [traduction] “une exclusion ou un désavantage économique, une exclusion sociale [. . .] des préjudices psychologiques [. . .] des préjudices physiques [. . .], [ou] une exclusion politique”, et il doit être examiné à la lumière des désavantages systémiques ou historiques auxquels fait face le groupe de demandeurs. »²¹

[58] Par ailleurs, la preuve soumise par les appelantes est différente de celle dans Sollbach. Dans la présente affaire, un expert a témoigné et des statistiques ont été produites.

[59] Enfin, à mon avis, la présente question en litige se distingue de celle de Sollbach. Dans cette affaire, la prestataire contestait le nombre de semaines auxquelles elle était admissible. Sa période de prestations ne pouvait pas dépasser 30 semaines. Alors que les prestataires qui perdent leur emploi pouvaient recevoir 52 semaines de prestations.

[60] Dans la présente affaire, les prestataires allèguent qu'elles sont discriminées par leur grossesse. En fait, les heures d'emploi assurable accumulées ont servi pour leur congé de maternité et parental. Si elles perdent leur emploi pendant ou peu après leur congé de maternité et parental, elles ne peuvent pas utiliser les heures d'emploi assurables. Elles sont exclues du régime d'assurance, parce qu'elles n'ont pas suffisamment accumulé d'heures d'emploi assurable. Et elles ont généralement atteint le maximum de 50 semaines de prestations pendant leur congé de maternité et parental.

[61] Pour ces raisons, je suis d'avis que je peux déterminer si les dispositions de la LAE sont discriminatoires à l'endroit des appelantes.

[62] Ce qui m'amène à déterminer si les appelantes sont discriminées en raison de leur sexe et de leur grossesse.

5.1 Le test de discrimination selon l'article 15 de la Charte

[63] L'objectif de l'article 15 de la Charte est de promouvoir l'égalité et de prévenir la discrimination. Il stipule que :

²¹ Voir paragraphe 76 de l'arrêt *Fraser c. Canada* (Procureur général), 2020 CSC 28

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

[64] Une Loi peut discriminer de façon explicite. Il s'agit de discrimination directe. Une Loi peut également discriminer par son effet. Dans un tel cas, elle peut sembler neutre, mais elle traite un groupe de façon inégale et injuste dans son application. Il s'agit de la discrimination indirecte ou la discrimination par effet préjudiciable.

[65] Peu importe que la discrimination soit directe ou indirecte, le test établi par la Cour suprême²² demeure le même.

[66] Par ailleurs, un motif énuméré est l'un des motifs énumérés à l'article 15 de la Charte. Le sexe est un motif prévu à l'article 15. Un motif analogue est un motif qui n'est pas énuméré à l'article 15. C'est une caractéristique personnelle importante. Un motif analogue est une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit changeante seulement à des coûts personnels inacceptables pour la personne²³.

[67] Dans cette perspective, la Cour suprême du Canada a établi un cadre d'analyse qui comprend deux volets pour évaluer une demande en vertu du paragraphe 15 (1) de la Charte :

2.1 Est-ce que les dispositions de la LAE créent, à première vue, ou de par leur effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue ?

2.2 Si c'est le cas, est-ce que la distinction impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage²⁴?

²² Paragraphe 27 dans *Fraser c. Canada* (Procureur général), 2020 SCS 28; *Withler c. Canada* (Procureur général), 2011 CSC 12

²³ page 528 *Egan c. Canada* (Procureur général), 1995 CanLII 98 (SCC), <<http://canlii.ca/t/1frkt>

²⁴ *Fraser c. Canada* (Procureur général), 2020 SCS 28; *Withler c. Canada* (Procureur général), 2011 CSC 12

[68] Avant de procéder à l'application du test en deux étapes. Je tiens à souligner qu'il n'est pas facile dans le présent dossier de maintenir la distinction entre les deux étapes. Il y a des chevauchements et certaines répétitions dans l'analyse de l'effet préjudiciable des dispositions de la LAE. Ce qui importe, comme l'a mentionné la juge Abella²⁵, c'est que le Tribunal se pose les questions pertinentes nécessaires lors de l'analyse, et non qu'il maintienne des cloisons étanches entre les deux étapes.

[69] Ainsi, la première étape vise à s'assurer qu'un tribunal examine seulement les distinctions que la Charte interdit. Ainsi, le paragraphe 15 (1) protège seulement les distinctions qui y sont énumérées ou celles analogues.

[70] Cependant, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue ne suffit pas pour établir une violation au titre du paragraphe 15 (1) de la Charte. À la seconde étape, il faut démontrer que la mesure législative a un effet discriminatoire parce qu'elle perpétue un désavantage²⁶.

[71] Autrement dit, pour que les dispositions créent par leur effet une distinction fondée sur des motifs interdits, elle doit avoir un effet disproportionné sur les membres du groupe protégé²⁷. Si c'est le cas, la première étape de l'analyse relative au paragraphe 15 (1) de la Charte est franchie. En fait, il faut regarder l'incidence des dispositions contestées, rechercher l'effet disproportionné sur les membres des groupes protégés.

[72] Par la suite, je procède à la deuxième étape. Je dois me demander si, compte tenu de tous les facteurs contextuels pertinents, y compris la nature et l'objet des dispositions législatives contestées se rapportant à la situation des appelantes, la distinction contestée crée une discrimination en perpétuant un désavantage à l'égard du groupe. Ce sont les appelantes qui ont le fardeau de démontrer que les dispositions font une distinction qui a un effet discriminatoire, parce qu'elles perpétuent, accentuent ou renforcent un préjugé. Elles peuvent présenter des statistiques ou des témoins experts.

²⁵ Paragraphe 82 : Fraser c. Canada (Procureur général), 2020 CSC

²⁶ Fraser c. Canada (Procureur général), 2020 CSC ; Withler c Canada (Procureur général), 2011 CSC 12

²⁷ Paragraphe 52 dans Fraser c. Canada (Procureur général), 2020 CSC 28

[73] La Cour²⁸ rappelait qu'« il n'existe pas de “modèle rigide” de facteurs pertinents à prendre en considération dans cette analyse (*Québec c. A*, par. 31, citant *Withler*, par. 66). L'objectif est d'examiner l'effet du préjudice causé au groupe touché. Le préjudice peut inclure [traduction] “une exclusion ou un désavantage économique, une exclusion sociale [. . .] des préjudices psychologiques [. . .] des préjudices physiques [. . .], [ou] une exclusion politique”, et il doit être examiné à la lumière des désavantages systémiques ou historiques auxquels fait face le groupe de demandeurs (*Sheppard* [2010], p. 62-63 [soulignement supprimé]). »

[74] Dans l'arrêt *Fraser*, la Cour a rappelé que la présence de préjugés et l'application de stéréotypes ne sont pas des facteurs nécessaires à prendre en compte dans l'analyse relative au paragraphe 15 (1) de la Charte²⁹.

[75] De plus, « il faut se garder de considérer que les arrêts *Kapp* et *Withler* ont pour effet d'imposer aux demandeurs invoquant l'art. 15 l'obligation additionnelle de prouver qu'une distinction perpétue une attitude imbue de préjugés ou de stéréotypes à leur endroit. Une telle démarche s'attache à tort à la question de savoir s'il existe une attitude, plutôt qu'un effet, discriminatoire, contrairement aux enseignements des arrêts *Andrews*, *Kapp* et *Withler*. [En italiques dans l'original ; par. 327.] »³⁰

[76] Une allégation de discrimination peut être faite au sujet d'une loi, d'une action du gouvernement ou d'un défaut d'action du gouvernement. Il faut répondre aux deux questions établies *Fraser* pour savoir si la demande est valide.

[77] Je ne crois pas qu'à ce stade de l'analyse, je dois prendre une approche particulière, parce qu'il s'agit d'un programme gouvernemental. Il ne s'agit pas de déterminer si la distinction est justifiée. Cet examen se fait à la prochaine étape, soit sous l'article 1 de la Charte. Sinon, on impose un fardeau supplémentaire aux appelantes³¹.

[78] Je ne crois pas également que l'approche prudente proposée par la Cour d'appel fédérale dans *Miceli-Riggins*³² soit en harmonie avec les décisions récentes³³ de la Cour suprême concernant l'analyse sous l'article 15. En fait, un objectif d'amélioration ne permet pas de soustraire l'examen fondé sur le paragraphe 15 (1) de la Charte. Sinon, aucune disposition des

²⁸ *Fraser* : paragraphe 76

²⁹ *Fraser* : paragraphe 78

³⁰ *Fraser* : paragraphe 78

³¹ *Fraser c. Canada* (Procureur général), 2020 CSC (CanLII) paragraphe 79

³² *Miceli-Riggins c. Canada* (Procureur général), 2013 CAF 158 plus spécifiquement le paragraphe 111

³³ *Fraser c. Canada* (Procureur général), 2020 CSC (CanLII) paragraphe 69.

lois sociales ne pourrait faire l'objet d'un examen. Je vais tout de même examiner la question de l'amélioration des lois sociales ultérieurement.

[79] Par ailleurs, je suis d'avis qu'il faut examiner la discrimination non pas sous l'angle que le régime de l'assurance-emploi n'a pas à rendre admissible chaque groupe ou sous-groupe d'assurés, comme dans l'arrêt *Miceli-Riggins*. En fait, le régime couvre une gamme d'événements dans la vie des assurés, par exemple une maladie, la perte d'un emploi, la maladie d'un proche, mais l'accouchement n'arrive qu'aux femmes³⁴.

[80] Maintenant, je vais procéder à la première étape. Je vais examiner l'incidence de la Loi sur le groupe protégé.

2.1 Les dispositions de LAE créent-elles une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue ?

[81] Selon les appelantes, les dispositions 8 (1), 8 (2), 8 (5) concernant la période de référence et 10 (2), 10 (8) a), 10 (10) concernant la période de prestations ainsi que 12 (6) de la LAE créent une distinction fondée sur le sexe et la grossesse.

[82] Afin de déterminer si les dispositions contestées créent une distinction, les appelantes doivent démontrer qu'elles se sont vues refuser un avantage accordé aux autres assurés ou imposer un fardeau en raison de leur sexe et de leur grossesse.

[83] La distinction peut se faire de façon directe ou indirecte. Dans le présent cas, je suis d'avis que les dispositions de la LAE n'excluent pas de façon directe les femmes. En effet, les conditions pour recevoir des prestations s'appliquent à tous les assurés.

[84] La discrimination indirecte, ou par un effet préjudiciable, existe lorsqu'une loi en apparence neutre a une incidence disproportionnée sur les membres d'un groupe bénéficiant d'une protection en vertu de la Charte. En fait, la Loi l'a désavantagée indirectement, comme le

³⁴ *Pregnancy as a "Personal Circumstance"?* *Miceli-Riggins and Canadian Equality Jurisprudence*, 2015 CanLIIDocs 121

prétendent les appelantes concernant le régime de l'assurance-emploi et plus spécifiquement les dispositions contestées³⁵.

[85] Il faut que les appelantes démontrent qu'elle a un effet disproportionné sur un groupe³⁶, dans le présent cas il s'agit des femmes qui ont des enfants.

Période de référence

[86] Trois appelantes prétendent que les dispositions concernant la détermination de la période de référence créent une distinction fondée sur le sexe et la grossesse.

[87] Lorsqu'une personne demande des prestations d'assurance-emploi régulière, parce qu'elle a perdu son emploi, elle doit avoir accumulé un nombre d'heures d'emploi assurable³⁷ pendant la période de référence. On tient compte du taux régional qui se situe entre 420 heures et 700 heures. On retient la période la plus courte : 52 dernières semaines ou le début de la dernière période de prestation.

[88] La Loi prévoit des exceptions à cette règle. Comme mentionné précédemment, trois des appelantes ne font pas partie de ses exceptions. En fait, elles ont utilisé les heures d'emplois assurables pour recevoir des prestations de congé de maternité et parental.

[89] Pendant leur congé, elles ont perdu leur emploi. Elles ont présenté une demande pour recevoir des prestations d'assurance-emploi régulières. La Commission a refusé de leur verser des prestations, parce qu'elles n'avaient pas accumulé suffisamment d'heures d'emploi assurable pendant la période de référence. Dans leur cas, la période de référence ne pouvait pas aller au-delà du début des prestations pour le congé de maternité et parental. Elles ne font pas partie des exceptions.

Période de prestations

[90] Les trois autres appelantes ont reçu leurs prestations de congé de maternité et parental, elles ont demandé de prolonger leur période de prestations, parce qu'elles ont perdu leur emploi

³⁵ Fraser ; Withler et Taypotat

³⁶ Withler c. Canada (Procureur général), CSC, 2011 paragraphe 64

³⁷ Article 7 de la Loi sur l'assurance-emploi

après leur congé. Elles ne pouvaient pas prolonger leur période de prestations, parce qu'elles ne font pas partie des situations prévues à la LAE. En fait, elles ne font pas partie des exceptions.

La limite des 50 semaines de prestations

[91] Les 6 appelantes soutiennent que la limite de 50 semaines est discriminatoire³⁸. Statistiquement, les femmes parviennent à 50 semaines de prestations plus souvent que les hommes, parce qu'elles accouchent et prennent soin des enfants et des membres de la famille. Lorsqu'elles perdent leur emploi avant, pendant ou après un congé de maternité, elles sont exclues du régime, parce que dans la plupart des cas, elles ont atteint les 50 semaines.

Témoignages des appelantes

[92] Je comprends que les faits concernant les demandes de prestations d'assurance-emploi ne sont pas contestés par les parties. Essentiellement, les appelantes sont en désaccord avec les dispositions de la Loi qui les empêchent de recevoir des prestations en raison de la perte de leur emploi.

[93] Je retiens des témoignages des appelantes qu'elles travaillent dans différents secteurs de l'économie. Elles ont obtenu des prestations de maternité et de congé parental. Elles ont perdu leur emploi pendant ou après leur congé en lien avec leur maternité. Elles n'étaient pas admissibles pour recevoir des prestations régulières.

[94] Par exemple, alors que L. R-C était en congé de maternité avec son enfant de 9 semaines. Elle a reçu un appel de son employeur pour l'informer que son poste était aboli en raison de coupes budgétaires. Après son congé de maternité, elle a présenté une demande pour recevoir des prestations d'assurance-emploi. Étant donné qu'elle avait obtenu des prestations de maternité et parentales, elle n'avait pas suffisamment accumulé d'heures. Elle ne pouvait pas travailler pendant son congé, parce qu'elle prenait soin de son enfant. Son conjoint ne pouvait pas prendre les semaines de congé parental en raison de son travail. Elle s'est donc retrouvée sans revenu et dépendante de son conjoint.

³⁸ Paragraphe 12 (6) de la Loi sur l'assurance-emploi.

[95] Chacune des appelantes s'est retrouvée dans une situation de dépendance monétaire ou avec des revenus moindres, parce qu'elles ne pouvaient pas obtenir des prestations pour la perte de leur emploi.

[96] Les appelantes se sont senties discriminées en raison de leur statut de femme qui a eu un enfant. Le régime ne leur permet pas d'obtenir des prestations, lorsqu'elles sont en chômage en raison de la perte d'un emploi. Elles sont pénalisées, parce qu'elles contribuent au maintien de la société. Elles seules peuvent y contribuer parce qu'il n'y a que les femmes qui peuvent avoir une grossesse. Ainsi, lorsqu'elles se retrouvent sans emploi, elles ne peuvent pas recevoir des prestations régulières.

L'expertise

[97] J'ai repris l'essentiel de la preuve fournie par l'experte des appelantes et le témoin spécialisé de l'intimée. Je rappelle que les appelantes doivent démontrer que les dispositions créent une distinction indirecte en raison de leur sexe et de leur grossesse.

[98] *Professeure Rose*³⁹ a témoigné comme expert pour les appelantes. L'expertise n'est pas contestée par la partie intimée. Elle a produit un rapport d'expert concernant « *La combinaison des prestations spéciales et des prestations régulières à l'assurance-emploi et l'impact d'une grossesse, d'une naissance ou de l'adoption d'une enfant sur le revenu des femmes* »⁴⁰.

[99] Je comprends que les appelantes sont des prestataires qui ont bénéficié du régime québécois d'assurance parentale. Cependant, les dispositions de la Loi s'appliquent à toutes les Canadiennes qui ont une grossesse. Je retiens donc les statistiques qui visent toutes les Canadiennes.

[100] Je suis d'avis que les statistiques fournies par l'experte sont fiables et de qualité. Elle s'est basée sur le *rapport de contrôle d'évaluation de l'assurance-emploi 2027-2018*, pour ses

³⁹ La professeure associée Ruth Rose-Lizée département des sciences économiques, Université du Québec à Montréal. Elle a enseigné pendant 35 ans.

⁴⁰ 15 mai 2020 GD35-2 à GD35-74.

comparaisons. Il s'agit de statistiques élaborées par la Commission⁴¹. Elle a également utilisé des études réalisées par des chercheurs sur les revenus des parents au Canada⁴².

[101] Ainsi, selon les statistiques produites à l'appui de son rapport, la professeure Rose a déclaré que les femmes utilisent 94,1 % des semaines de prestations de maternité et parentales et 58,8 % des autres prestations spéciales. Les statistiques ne sont pas contestées par la Commission.

[102] Selon les statistiques, les femmes risquent encore d'être en chômage après un congé de maternité/parental, malgré les dispositions de Lois provinciales et fédérales visant leur protection.

[103] Les femmes subissent une baisse de 40 % de leur revenu, sauf dans le cas où l'employeur ou une autre source offre un revenu. 57 % des mères ont affirmé que leur revenu diminue dans le mois suivant la naissance. L'écart entre les femmes qui ont eu un enfant et celles qui n'ont pas eu d'enfant est de 10 % après 4 ans et 5 % après 9 ans. Les écarts sont plus importants pour les femmes peu scolarisées et monoparentales.

[104] De plus, la professeure affirme que :

« Soulignons également, que ces chiffres ne tiennent pas compte des écarts de revenu entre les femmes et les hommes que l'on peut attribuer en grande partie au fait non seulement que les femmes portent les enfants et accouchent, mais aussi qu'elles ajustent leur participation au marché du travail afin de s'occuper des enfants. Il y a aussi beaucoup d'études qui démontrent que les emplois typiquement féminins sont sous-évalués et moins bien rémunérés parce que la société les assimile à des travaux domestiques et de soins aux personnes qui « n'exigeraient pas de qualifications particulières ». ⁴³

[105] Selon les études, le partage inégal des tâches domestiques continue d'être les causes principales du fait que les femmes participent moins souvent au marché du travail que les hommes et effectuent moins d'heures en moyenne. En 2015, les femmes ayant un enfant de

⁴¹ GD-34A

⁴² État des lieux sur les écarts de revenus entre les parents et les femmes et hommes sans enfant au Québec et dans le reste du Canada GD-34B

⁴³ GD34-5

moins de 18 ans effectuaient 60 % des travaux domestiques dont 65 % des soins aux enfants. Elles n'effectuaient que 39 % du travail rémunéré.

[106] Les femmes qui ont des enfants subissent des pertes à court et moyen terme. Elles s'absentent du marché du travail. La professeure Rose nomme ce phénomène le « motherhood penalty », alors que les hommes ont le « fatherhood bonus »⁴⁴.

[107] Toujours selon la professeure Rose : « c'est grandement en raison de la maternité qu'on assigne aux femmes un rôle prépondérant dans l'exécution des tâches domestiques, incluant les soins aux enfants et aux autres membres du ménage. Ces responsabilités limitent souvent leur activité sur le marché du travail et sont à la racine du fait que la pénalité résultant de la maternité dure au-delà de l'année de naissance d'un enfant ».⁴⁵

[108] De plus, sur l'ensemble des prestations de maternité et parentales combinées, les femmes prennent 94,1 % des semaines. Elles prennent également à 82,2 % des semaines de prestations spéciales (maladie qui peut être liée à la maternité, prendre soin d'un proche ou d'un enfant)⁴⁶.

[109] Ainsi, les femmes qui ont des enfants sont plus affectées par les mesures du régime :

« ... un nombre significatif de nouvelles mères son touchées par la règle de 50 semaines, alors que le nombre d'hommes concernés est très limité. Si ces femmes sont en chômage à la fin de leur congé de maternité/parental, elles ne sont pas admissibles à des prestations régulières. Si elles étaient en chômage et avaient touché des prestations régulières avant de commencer leur congé, leurs droits à des prestations de maternité, parentales, de maladie ou autres prestations spéciales sont amputés à l'assurance-emploi. Toutefois, ce n'est pas le cas au Québec où le droit aux prestations du RQAP n'est pas affecté ».⁴⁷

[110] Pour sa part, la Commission a fait témoigner, madame *Magali Brochu*, gestionnaire pour Emploi et développement social du Canada, direction de la politique de l'assurance-emploi pour les congés de maternité et parentale.

⁴⁴ Ruth Rose, La combinaison des prestations spéciales et des prestations régulières à l'assurance-emploi et l'impact d'une grossesse, d'une naissance ou de l'adoption d'un enfant sur le revenu des femmes [Rapport Rose], (2020) p. 50 et 51

⁴⁵ Ibid., p. 46

⁴⁶ GD34-20, rapport Rose

⁴⁷ GD34-30, Rapport Rose

[111] En fait, lors de son témoignage, elle a expliqué les principes de la Loi sur l'assurance-emploi. Elle n'a pas donné son opinion sur le rapport du Professeur Rose n'ayant pris connaissance que d'une partie.

[112] Selon madame Brochu, les prestations d'assurance-emploi offrent un soutien temporaire aux personnes qui perdent leur emploi de façon involontaire. Pour être admissible, il y a trois conditions qu'il faut remplir : avoir cotisé au régime de l'assurance-emploi, perdre son emploi de façon involontaire et avoir accumulé les heures nécessaires pendant sa période de référence.

[113] Plus la région est touchée sur le plan économique, moins elle devra avoir accumulé des heures d'emplois. Pendant qu'elle reçoit des prestations, elle doit être disponible pour travailler. Elle doit faire des recherches pour se trouver.

[114] Le principe fondamental est la participation active et récente au marché du travail. Ce n'est pas un régime social, comme l'aide sociale. Le régime de l'assurance-emploi est financé par les cotisations des travailleurs et des employeurs. Il s'agit d'une mise en commun du risque et les assurés sont soumis aux mêmes règles.

[115] Chaque prestataire a un délai de carence. Le taux de remplacement du revenu est de 55 %. Cela reflète l'équilibre entre répondre au besoin de l'assuré et un incitatif à retourner sur le marché du travail.

[116] Le régime sert aussi à verser des prestations pour des personnes qui doivent s'absenter du marché du travail pour les raisons suivantes : maladie, congé de maternité, congé parental, maladie d'un proche et compassion.

[117] L'objectif des prestations de maternité est d'offrir un soutien pendant 15 semaines pour permettre à une femme de récupérer de la grossesse et de l'accouchement. Elles sont offertes à partir de la 19^e semaine.

[118] L'objectif des prestations parentales est différent de celui de la maternité. Il est disponible pendant 52 semaines pour les parents de l'enfant qui s'absentent de leur travail pour prendre soin

de l'enfant. Il y en a deux types standard ou prolongé. Elles sont disponibles pour les hommes et les femmes.

[119] La période de référence sert à démontrer la participation récente au marché du travail. Il y a deux critères pour déterminer la période de référence. On va choisir la plus courte des deux périodes, soit les 52 dernières semaines ou depuis le début d'une prestation précédente.

[120] Concernant la période du début d'une prestation précédente, c'est qu'on ne veut pas que les heures accumulées servent pour établir deux périodes de prestations. On veut s'assurer qu'il y a un moment raisonnable entre le moment où les prestations sont versées et la période d'activité sur le marché du travail soit récente.

[121] La loi prévoit des exceptions pour permettre à des personnes qui ne pouvaient pas accumuler des heures d'emploi assurable et travailler pendant leur période de référence. Il s'agit de situation hors de leur contrôle.

[122] La prolongation de la période de référence de prestations vise à aider des assurés à établir une première période de prestations. De façon plus spécifique, la situation de la grossesse prévue par Règlement est celle où une femme est incapable de travailler en raison de sa grossesse. Cela n'inclut pas le congé parental.

[123] La prolongation de la période de référence ne permet pas d'aller au-delà de la période d'une première période de prestations. Dans le cas des appelantes, elles ont déjà établi une période de prestations, donc il faut prendre la période la plus courte.

[124] La loi est claire⁴⁸ pour déterminer qui peut recevoir des prestations d'assurance-emploi. Si on permettait de prolonger la période de référence, le concept de base de la participation récente au marché du travail ne serait pas respecté. Il y aurait une cumulation des avantages du régime. Cela représente un risque à l'intégrité du régime.

⁴⁸ Paragraphe 8 (5) de la Loi sur l'assurance-emploi

[125] L'admissibilité au régime d'assurance est déterminée selon la participation récente et active au marché du travail. Le compteur se remet à zéro lorsqu'une période de référence est établie.

[126] Toujours selon le témoin, tous les prestataires doivent avoir le même nombre d'heures, dépendant de sa région, pour établir des périodes de prestations. Selon les statistiques, 84 % des chômeurs ont rempli les conditions.

[127] En ce qui concerne la période de prestation, elle explique que cela correspond à la période pendant laquelle les prestations peuvent être versées. La période de 52 semaines appuie le concept de la participation récente au marché du travail. Les prestataires reçoivent des prestations temporairement. La période se termine soit après 50 semaines de prestations ; après la période de 52 semaines ou pour établir une nouvelle période de prestations.

[128] Pour déterminer le montant de la prestation, on tient compte du taux de chômage dans la région et du nombre d'heures d'emploi assurable du prestataire. Le maximum qu'un prestataire pouvait recevoir en 2019 est de 562 \$ par semaine.

[129] Il y a des motifs pour lesquels les prestataires peuvent prolonger la période de prestations. La période ne peut pas être de plus de 104 semaines. Il s'agit de situation hors du contrôle du prestataire.

[130] Questionné à savoir si l'augmentation du nombre de semaines de prestations d'assurance-emploi de congé parental de 30 semaines à 50 semaines par le législateur était toujours cohérente avec l'objectif du régime. Elle a répondu que oui, on vise le rattachement récent au marché du travail.

Observations des parties

[131] Selon les appelantes, ces dispositions ont un effet disproportionné sur les femmes. Ainsi, seules les femmes ont des enfants et il a été démontré qu'elles prennent soin des enfants plus de la majorité des cas.

[132] Il en résulte qu'elles ont un congé de maternité de 15 semaines et 35 semaines de congé parental. Nécessairement, elles atteignent les 50 semaines prévues par la Loi.

[133] De plus, elles sont exclues du régime si elles perdent leur emploi avant pendant ou après la maternité et le congé parental, parce qu'elles ont utilisé les heures d'emploi assurables.

[134] Qui plus est, l'argument de la Commission selon lequel l'objectif du régime est la participation active et récente au marché du travail ne s'applique pas nécessairement aux exceptions prévues par la Loi. Ainsi, une personne peut avoir subi un accident de la route, recevoir des indemnités d'un régime d'assurance provinciale pendant 38 semaines et être admissible à recevoir des prestations d'assurance-emploi. On ne peut pas affirmer dans son cas qu'il s'agit d'une participation récente au marché du travail.

[135] Par ailleurs, la Cour suprême du Canada a reconnu qu'il existe un partage inéquitable des tâches ménagères, principalement celles liées au soin des enfants⁴⁹.

[136] Par conséquent, les dispositions qui empêchent les femmes qui ont eu un enfant et en prennent soin ne peuvent pas prolonger leur période de référence ni leur période de prestations si elles perdent leur emploi, parce qu'elles ont déjà utilisé les heures assurables pour recevoir des prestations. Les dispositions de la Loi ont pour effet de les discriminer en raison de leur sexe et de leur grossesse.

[137] Les femmes sont plus touchées que les hommes par la limite du nombre de semaines de prestations⁵⁰. Les femmes combinent les différentes prestations et elles atteignent presque toujours la limite des 50 semaines. Pour leur part, les hommes combinent les prestations maladie, parentales et régulières. Dans la majorité des cas, ils ont droit à des prestations régulières pendant plusieurs mois.

[138] Par ailleurs, les règles particulières permettant de prolonger jusqu'à 104 semaines de la période de référence ou la période de prolongation ne tiennent pas la route avec le principe de la participation récente au marché du travail

⁴⁹ Fraser, par. 103 et 104

⁵⁰ Paragraphe 12 (6) de la LAE

[139] Selon les statistiques, les femmes risquent encore d'être en chômage après un congé de maternité/parental, malgré les dispositions de Lois provinciales et fédérales visant leur protection.

[140] Les femmes subissent une baisse de 40 % de leur revenu, sauf dans le cas où l'employeur ou une autre source offre un revenu. 57 % des mères ont affirmé que leur revenu diminue dans le mois suivant la naissance. L'écart entre les femmes qui ont eu un enfant et celles qui n'en ont pas est de 10 % après 4 ans et 5 % après 9 ans. Les écarts sont plus importants pour les femmes peu scolarisées et les monoparentales⁵¹.

[141] Selon les études, le partage inégal des tâches domestiques continue d'être les causes principales du fait que les femmes participent moins souvent au marché du travail que les hommes et effectuent moins d'heures en moyenne. En 2015, les femmes ayant un enfant de moins de 18 ans effectuaient 60 % des travaux domestiques dont 65 % des soins aux enfants. Elles n'effectuaient que 39 % du travail rémunéré.

[142] Selon les appelantes, il faut comparer les prestataires avec tous les hommes pouvant avoir recours à l'assurance-emploi. Il ne faut pas créer de sous-catégorie de travailleurs.

[143] Ainsi, parce qu'elles sont des femmes qui ont eu une grossesse, elles ne peuvent pas obtenir les avantages des autres assurés qui peuvent prolonger la période de référence et la période de prestations. De plus, elles atteignent le nombre de 50 semaines dans la plupart des cas. Par conséquent, elles sont exclues du régime si elles perdent leur emploi.

[144] Pour sa part, la Commission soutient que les femmes qui ont des enfants ne sont pas traitées différemment des autres assurés. Une des règles de base du programme de l'assurance-emploi est qu'il faut avoir accumulé un nombre minimal d'heures d'emploi assurables au cours des 52 semaines précédant la demande, afin d'établir une période de prestations. Si l'assuré était incapable de travailler en raison d'une maladie, blessure, mise en quarantaine, grossesse, détention, participation à une formation autorisée par la Commission ou un retrait préventif, sa

⁵¹ GD35-4

période de référence peut être prolongée d'autant de semaines⁵². Évidemment, il ne doit pas avoir reçu de prestations d'assurance-emploi.

[145] La Commission prétend que toutes les personnes qui n'ont pas accumulé 600⁵³ heures d'emploi assurables pendant la période de référence n'ont pas le droit de recevoir des prestations spéciales. Et bien que les femmes soient les seules bénéficiaires des prestations de maternité et de près de 90 % pour des prestations parentales, cela ne fait pas que des dispositions neutres créent une distinction indirecte sur la base du sexe. La Commission se base l'arrêt Thibaudeau⁵⁴.

[146] Selon la Commission, les appelantes ne peuvent pas prolonger leur période de référence, parce qu'elles ont déjà utilisé les heures d'emploi assurable pour son congé de maternité et parental. Le double emploi des heures d'emploi assurable est contraire aux principes d'assurance et d'attachement récent au marché du travail soutenant le programme d'assurance-emploi.

[147] Il n'y a pas de discrimination, parce que les hommes en congé parental sont traités de la même façon que les femmes ou les hommes et les femmes qui sont atteints d'une incapacité.

[148] Par ailleurs, la difficulté des femmes à rencontrer le nombre minimal d'heures qui ont donné naissance à un enfant et qui s'occupent n'est pas exclusive. Plusieurs personnes se trouvent limitées par le nombre de semaines⁵⁵. Le double emploi des heures assurables est contraire aux principes d'assurance et d'attachement au marché du travail. Les appelantes n'ont pas fait la preuve que les dispositions de la Loi créent un désavantage arbitraire relié à un motif énuméré au paragraphe 15 (1) de la Charte.

[149] Le paragraphe 12 (6) de LAE ne crée pas de distinction indirecte. Lorsque les prestations spéciales et régulières sont demandées, le maximum de semaines est de 50. Par exemple, dans le cas de L.C.R., elle a reçu 47 semaines de prestations de maternité et parentales. Elle ne pouvait pas recevoir plus de 50 semaines de prestations. Elle pouvait recevoir 3 semaines supplémentaires.

⁵² Paragraphe 8 (2) de la Loi sur l'assurance-emploi

⁵³ Pour les prestations spéciales, les assurés ont besoin de 600 heures d'emploi assurable

⁵⁴ Thibaudeau c. M.R.N, 1994 CanLII 3494 (CAF),

⁵⁵ Rapport statistique, par. 105, Annexe C onglet 1

[150] Même si les femmes sont plus concernées par les congés, toutes les personnes qui présentent une demande de prestations spéciales sont limitées. Elles sont soumises à une limite de 50 semaines.

Application

[151] Je suis d'avis que les prestataires ont démontré que les dispositions créent à première vue une distinction en raison du sexe et de la grossesse. En effet, les femmes sont exclues du régime de l'assurance-emploi parce qu'elles ont eu une grossesse. En recevant des prestations pour leur congé de maternité et parental, elles ne peuvent plus recevoir de prestations, si elles perdent leur emploi.

[152] Je n'adhère pas à la position de la Commission qui veut que certaines d'entre elles aient pu recevoir quelques semaines supplémentaires de prestations. En fait, elle applique la Loi à la situation des appelantes et conclut qu'elles ne sont pas admissibles à recevoir des prestations.

[153] La Commission prétend également que les prestataires sont traités comme les autres participants au régime d'assurance-emploi. Elle ne produit pas un effet disproportionné sur les femmes ayant eu des prestations d'assurance-emploi.

[154] Ainsi, en 2018, 129 335 demandes de prestations d'assurance-emploi ont été refusées, parce que les prestataires n'avaient pas suffisamment d'heures d'emploi assurables, soit 66 131 demandes faites par des femmes et 60 809 faites par des hommes⁵⁶. Dans l'arrêt Thibaudeau, la Cour d'appel fédérale a décidé qu'une distinction n'est pas prouvée par le nombre de personnes affectées, mais par la nature de l'effet de la Loi. Si les effets préjudiciables ont les mêmes effets pour les hommes que les femmes, bien qu'ils soient moins nombreux, on ne peut pas soutenir qu'il y a de la discrimination fondée sur le sexe⁵⁷.

[155] À mon avis, cette statistique ne dit rien de plus que ce qu'elle dit. Oui, il y a eu plus de femmes à qui l'on a refusé une demande de prestations d'assurance-emploi. Cependant, je ne sais pas pourquoi. Est-ce que la différence s'explique parce qu'elles ont eu un congé de maternité et

⁵⁶ La Commission a indiqué une référence, mais je ne l'ai pas trouvée.

⁵⁷ Thibaudeau c. M.R.N, 1994 CanLII 3494 (CAF),

parental, parce qu'elles ont pris soin d'un enfant ou d'un proche ? On ne le sait pas. Ce que l'on sait c'est que les femmes contribuent plus aux soins des enfants, de la famille et aux tâches domestiques.⁵⁸

[156] Par ailleurs, la Commission a déclaré à plusieurs reprises que le régime repose sur la participation récente au marché du travail. Par conséquent, si une femme cumule 50 semaines en congé de maternité et parentales, elle a atteint le maximum de semaines de prestations payables. Il s'agit d'une limite raisonnable.

[157] Je ne suis pas d'accord avec cette affirmation de la Commission. Je partage l'opinion de la professeure Rose concernant la participation qui n'est pas récente des personnes visées par les exceptions. Je m'explique. Les personnes qui ont été incarcérées et non déclarées coupables, les personnes mises en quarantaine ou en raison d'une grossesse peuvent prolonger leur période de référence ou de prestations. Sauf si elles n'ont pas demandé des prestations d'assurance-emploi. Autrement dit, qu'elles n'ont pas établi une période de prestations et ainsi utilisé les heures d'emploi assurable.

[158] Ces personnes peuvent ne pas avoir été récemment sur le marché du travail. Par exemple, une personne incarcérée pendant 10 mois qui est libérée, parce qu'elle est déclarée non coupable, peut faire une demande de prestations d'assurance-emploi. Si elle a accumulé suffisamment d'heures et répond aux critères, elle est admissible à recevoir des prestations d'assurance-emploi. Son attachement au marché du travail est comparable à celui des appelantes. La différence c'est que cette personne n'a pas utilisé les heures d'emploi assurable.

[159] Selon le témoignage des appelantes, le fait de ne pas pouvoir obtenir des prestations d'assurance-emploi régulières les maintient dans un lien de dépendance et de précarité. Certaines ont emprunté de l'argent, d'autres se sont fiées sur revenu de leur conjoint sinon elles ont utilisé leur REER.

⁵⁸ Voir études de la professeure Rose

[160] La Commission soutient qu'il s'agit d'un choix de la part des prestataires. Elles auraient pu se trouver un emploi pendant le congé de maternité ou parental, afin d'accumuler de nouvelles heures pour être admissible à recevoir des prestations d'assurance emploi régulières⁵⁹.

[161] D'ailleurs, une des appelantes a fait « ce choix ». Elle est retournée sur le marché du travail, elle a payé des frais de garderie privée et elle n'a pas utilisé la totalité de son congé parental. Toutefois, elle n'a pas accumulé suffisamment d'heures d'emploi pour être admissible à des prestations d'assurance-emploi régulières⁶⁰.

[162] Pourtant la Cour suprême du Canada a toujours conclu qu'une différence de traitement pouvait être discriminatoire, même si elle est fondée sur des choix⁶¹. Je suis d'accord avec les appelantes qu'il leur appartient de prendre un congé de maternité et parental ou de travailler pendant leur congé. Toutefois, elles n'ont pas à choisir entre des prestations spéciales ou régulières pour se protéger contre la perte d'un emploi. Sinon, il est inutile d'avoir un programme de congé de maternité et parental. Ce sont les femmes qui ont les enfants et qui prennent soin d'eux⁶².

[163] Selon les appelantes, pour celles qui ont pris l'entièreté des 50 semaines de prestations maternité/parentales disponibles, elles sont complètement exclues du bénéfice des prestations d'assurance-emploi régulières. La Loi ne permet pas de prolonger leur période de référence afin qu'elles puissent être admissibles. Sans oublier qu'une femme enceinte aura tendance à recevoir ses prestations de maternité dans la période entourant son accouchement. Pour sa part, l'homme aura la possibilité de choisir le moment où il recevra ses prestations parentales/paternité plutôt que ses prestations régulières en fonction de sa période de chômage, de ses contrats de travail et de son emploi.

[164] Je retiens du témoignage des appelantes qu'elles ont eu un congé de maternité et par la suite été en congé de parental. Elles ont perdu leur emploi pendant ou après leur retour au travail. Elles se sont heurtées aux dispositions de la Loi qui ne permettent pas d'utiliser les heures

⁵⁹ Paragraphe 43 GD53 argumentaire supplémentaire de la Commission

⁶⁰ Dossier GE-19-689

⁶¹ Fraser paragraphe 84

⁶² Le congé de maternité de 15 semaines est pour les femmes. Le congé parental, bien qu'il puisse être partagé, est pris la plupart du temps par les femmes.

d'emplois accumulés avant le congé de maternité et parental. En fait, les heures ont été utilisées pour recevoir les prestations pour la maternité et le congé parental.

[165] Les appelantes se sont senties discriminées en raison de leur statut de femme qui a eu un enfant. Le régime ne leur permet pas d'obtenir des prestations, lorsqu'elles sont en chômage en raison de la perte d'un emploi. Elles sont pénalisées, parce qu'elles contribuent au maintien de la société. Elles seules peuvent y contribuer parce qu'il n'y a que les femmes qui peuvent avoir une grossesse. Ainsi, lorsqu'elles se retrouvent sans emploi, elles ne peuvent pas recevoir des prestations régulières.

[166] Je suis d'avis que les appelantes ont démontré que les femmes sont un groupe désavantagé dans le milieu de travail. Historiquement les femmes ont joué et continuent de jouer un rôle largement plus actif dans le partage des tâches reproductives. D'ailleurs, dans l'arrêt Fraser, la Cour suprême rappelait que leur rôle au sein des ménages est un désavantage. Les femmes font des sacrifices pour des motifs d'ordre domestique.

[167] « Reconnaître la réalité de la division des tâches ménagères entre les genres et ses répercussions sur la vie professionnelle des femmes n'est pas une question nouvelle, pas plus qu'elle n'est contestable (...) »⁶³.

[168] En terminant, je ne suis pas d'accord avec la Commission qui compare les appelantes avec l'ensemble des prestataires qui demandent des prestations spéciales. Toutes les personnes peuvent être malades, en chômage, prendre soin d'un proche, être au chevet d'un proche en fin de vie⁶⁴. Seules les femmes peuvent donner naissance à un enfant. Non seulement elles doivent récupérer sur le plan physique et mental de leur grossesse, mais elles prennent soin de leur enfant par la suite dans la plupart des cas.

[169] Je suis d'avis que les appelantes ont démontré que les dispositions ont un effet disproportionné à l'égard des femmes qui prennent un congé de maternité et parental.

⁶³ Fraser, par. 103-104

⁶⁴ Quoique les statistiques démontrent que ce sont les femmes majoritairement qui prennent soin de leur proche.

2.2 Si c'est le cas, est-ce que les dispositions imposent un fardeau ou nient un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, perpétuer ou accentuer le désavantage ?

[170] Je vais maintenant procéder à la deuxième étape du test. Les appelantes doivent démontrer que les dispositions ont pour effet de perpétuer, accentuer ou renforcer un désavantage.

[171] En fait, il faut déterminer si les dispositions ont pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer un désavantage⁶⁵. L'objectif est d'examiner l'effet du préjudice causé au groupe touché. Cela peut inclure une exclusion ou un désavantage économique ou social...

[172] Pour la Commission, la Loi sur l'assurance-emploi a évolué au fil du temps. Elle soutient que la Loi s'est améliorée et cela permet maintenant aux femmes d'obtenir des prestations d'assurance-emploi pendant 50 semaines pour leur congé de maternité et parental.

[173] Je suis d'avis que la question n'est pas de savoir si la Loi s'est améliorée en permettant aux femmes d'obtenir 50 semaines de prestations. Mais, est-ce que les dispositions accentuent, renforcent ou perpétuent le désavantage ?

[174] Les appelantes ont présenté différents rapports et recommandations concernant la LAE, afin de démontrer qu'elle perpétue ou accentue un désavantage.

[175] Les appelantes soutiennent qu'historiquement, la LAE n'a pas considéré les femmes comme les hommes. En raison des conditions pour avoir accès à l'assurance-emploi, les femmes ont été exclues explicitement ou implicitement. Il fallait démontrer un attachement permanent au marché du travail. Or, comme elles cessaient de travailler en raison de la maternité, elles étaient exclues du régime. On ne voulait pas que les femmes « profitent du système » en cessant de travailler pour avoir un enfant⁶⁶.

[176] Dans cette perspective, les appelantes soutiennent que les dispositions contestées perpétuent un désavantage à l'égard des femmes. Si une femme perd son emploi pendant son

⁶⁵ Fraser, paragraphe 76

⁶⁶ Voir argumentaire supplémentaire des appelantes GD-61

congé de maternité et parental, elle n'a plus de protection. Elle doit donc se fier à ses économies ou au revenu de son conjoint. Cela maintient les femmes dans la pauvreté et dans un lien de dépendance. C'est considérer les revenus des femmes comme un salaire d'appoint qui ne mérite pas la même protection.

[177] Or, dans les faits les femmes contribuent au revenu du ménage. La grande majorité d'entre elles retournent sur le marché du travail⁶⁷. Les dispositions de la LAE institutionnalisent la contribution disproportionnée des femmes aux responsabilités à l'égard des enfants⁶⁸.

[178] Aujourd'hui, la Commission soutient que l'attachement au marché du travail doit être récent. Je comprends qu'avant les⁶⁹ femmes avaient de la difficulté à démontrer qu'elles avaient un attachement permanent au marché du travail, lorsqu'elles avaient des enfants.

[179] Mis à part accentuer un désavantage parce qu'elles sont des femmes, cet argument ne tient pas la route. Les exceptions prévues aux dispositions peuvent correspondre à des personnes qui n'ont pas d'attachement récent au marché du travail. Même une femme qui a eu une grossesse, mais qui n'a pas reçu des prestations d'assurance emploi dans le cadre de sa grossesse, peut avoir droit à des prestations régulières, si elle perd son emploi.

[180] Par contre, si elle demande des prestations pour un congé parental avec le régime d'assurance-emploi, elle est exclue des prestations régulières. Elle n'est plus protégée en cas de perte d'emploi.

[181] Par ailleurs, en excluant les femmes à une pleine protection en cas de chômage, cela perpétue l'idée qu'elles doivent se fier au salaire de leur conjoint. Le salaire des femmes demeure un salaire d'appoint, parce qu'elles doivent s'occuper des enfants après la grossesse. En fait, le régime valorise la participation au marché du travail pour être protégé en cas de perte d'emploi. Ce sont les hommes qui bénéficient du régime de l'assurance-emploi en cas de perte d'emploi. Les femmes qui ont une grossesse et un congé parental sont exclues du régime de protection.

⁶⁷ Rapport Rose, p. 36

⁶⁸ Fraser, par. 136

⁶⁹ Paragraphes 8 (5) et 10 (10) de la Loi sur l'assurance-emploi

[182] Elles peuvent avoir un enfant et prendre soin de ce dernier, mais elles ne peuvent pas perdre leur emploi pendant cette période. Si tel est le cas, elles n'ont plus de protection.

[183] En fait, le régime d'assurance-emploi en matière de congé de maternité et parental institutionnalise le rôle des femmes qui assument de façon disproportionnée les responsabilités à l'endroit des enfants. Elles ne sont plus protégées en cas de perte d'emploi, lorsqu'elles ont un enfant et assument les responsabilités familiales. Elles utilisent les heures d'emplois assurables pour prendre soin des autres.

[184] Alors que les hommes bénéficient pleinement de la protection en cas de perte d'emploi. Ils n'auront pas utilisé les heures d'emploi assurable ou si peu pour prendre soin d'un enfant⁷⁰. Ils pourront mieux planifier leur congé parental en fonction de la perte ou non d'un emploi.

[185] Selon la Commission, le régime de l'assurance-emploi ne perpétue pas un désavantage pour les prestataires. Au contraire, depuis sa mise en place, les programmes se sont améliorés dans l'intérêt des femmes. Par exemple, en 2000, la période d'admissibilité pour les prestations parentales est passée de 10 à 35 semaines⁷¹.

[186] Ainsi, les appelantes n'ont pas fait la preuve d'un désavantage préexistant. Historiquement, la Loi s'est toujours ajustée à la situation des femmes sur le marché du travail. Pour appuyer ses prétentions, la Commission a cité l'arrêt *Lesiuk*⁷².

[187] Dans cette affaire, la Cour a reconnu que les femmes se sont toujours heurtées à des obstacles à leur entrée sur le marché du travail et qu'il y a des préjugés et des stéréotypes, mais il n'a pas été démontré que les conditions minimales du régime ont été la source d'une longue période de désavantages⁷³.

[188] Il serait tout aussi exagéré que d'imaginer que des personnes raisonnables se trouvant dans la même situation se sentiraient diminuées en tant que travailleurs ou en tant que membre la

⁷⁰ Statistique de la professeure Rose

⁷¹ Voir les tableaux à GD-53-11

⁷² *Lesiuk c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 3

⁷³ Représentation de la Commission GD18-19

société du seul fait qu'elle n'aurait pas eu suffisamment d'heures d'emploi assurable pour obtenir des prestations⁷⁴.

[189] Par ailleurs, les statistiques démontrent que les hommes contribuent plus au régime de l'assurance-emploi que les femmes. Cela peut s'expliquer par le fait que ces dernières sont plus susceptibles que les hommes de connaître plus souvent des interruptions dans leur cheminement de carrière. Le régime est un contrepoids en permettant aux femmes de toucher des prestations pendant ces périodes.

[190] La Commission soutient également que les appelantes n'ont pas démontré que les dispositions les rabaissent en tant qu'être humain. Elles ne sont pas exclues du régime, mais elles en espèrent davantage.

[191] Le régime d'assurance-emploi ne peut pas répondre à tous les besoins des assurés. Citant *Lesiuk* « Il présente un vaste objet d'amélioration. Il verse des prestations aux cotisants importants qui se trouvent temporairement sans travail. »⁷⁵

[192] En fait, l'argument de la Commission confirme que les dispositions du régime perpétuent un désavantage. Ce sont les hommes qui cotisent le plus au régime, parce que les femmes doivent interrompre leur carrière pour avoir des enfants et en prendre soin.

[193] Les femmes reçoivent en majorité les prestations spéciales. Le régime couvre des événements dans la vie des assurés. Il s'agit de la maternité, de maladie, du congé parental, des soins aux enfants et aux proches. Ce sont les femmes qui accouchent, ont des problèmes de santé reliés à la grossesse, prennent soin d'enfants et des proches.

[194] En ne permettant pas aux femmes de prolonger leur période de référence, leur période de prestations et en limitant à 50 semaines les prestations, les dispositions créent une distinction qui perpétue le désavantage.

[195] Lorsque les femmes perdent leur emploi avant pendant ou après leur maternité et congé parental, elles n'ont plus de protection. Elles ont utilisé les heures d'emploi assurables pour leur

⁷⁴ *Idem*

⁷⁵ *Lesiuk* paragraphe 49

grossesse et le congé parental ainsi que prendre soin d'un enfant ou d'un proche malade. Pendant ce temps, les hommes reçoivent des prestations d'assurance-emploi régulières, parce qu'ils ont perdu un emploi. Ils peuvent les jumeler à des prestations maladie. Ils sont protégés sur le plan personnel, alors que les femmes sont protégées dans leur rôle de mère et d'aidante.

[196] Les appelantes ont témoigné avoir eu des problèmes financiers. Elles ont utilisé leur économie et devaient compter sur leur conjoint. Sinon, elles ont emprunté de l'argent à des proches ou travaillé pendant leur congé parental.

[197] La Commission soutient qu'il s'agit d'un choix. Portant, la Cour suprême du Canada a conclu qu'une différence de traitement pouvait être discriminatoire, même si elle est fondée sur un choix.⁷⁶

[198] Par ailleurs, la Commission a demandé l'autorisation de présenter des observations supplémentaires à la suite de l'arrêt *Weatherley*⁷⁷. Parce qu'il s'agit d'une première décision qui met en lumière l'application de l'arrêt *Fraser* dans le contexte d'une loi qui confère une protection sociale. Comme je l'ai mentionné précédemment, j'ai autorisé les parties à présenter leur observation.

[199] Dans cette affaire, l'appelante reçoit une pension de survivante à la suite du décès de son premier mari. Elle se remarie et le deuxième conjoint décède. Elle demande à recevoir une deuxième pension de survivante. Devant la division générale du Tribunal, elle obtient gain de cause. En appel de la décision, la division d'appel donne raison à la Commission.

[200] L'appelante demande la révision judiciaire de la décision rendue par la division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale. La Cour rejette la demande au motif que la preuve n'est pas convaincante et lacunaire.

[201] La Commission soutient les appelantes doivent démontrer un lien de causalité entre les dispositions législatives contestées et un impact disproportionné en raison du sexe ou d'un autre motif protégé par la Charte.

⁷⁶ *Fraser* paragraphe 84

⁷⁷ *Weatherley c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 158

[202] Ainsi, elles n'ont pas démontré qu'elles sont désavantagées en tant que femmes en raison des limites et interdictions dans la Loi ; la limite du nombre de semaines de prestations, la limite pour les motifs de prolonger la période de référence et la période de prestations et l'interdiction de prolonger la période de référence. Il est insuffisant de démontrer qu'un régime de prestations ne corrige pas un désavantage existant afin de répondre à la première étape du paragraphe 15 (1) de la Charte.

[203] La Cour d'appel fédérale a également rappelé que les tribunaux devraient se retenir d'intervenir dans les régimes de prestations complexes. Les dispositions d'une loi sociale ne violent pas nécessairement la Charte en ne répondant pas à tous les besoins ou la situation des appelantes. Ce n'est pas parce qu'un programme ne répond pas aux besoins de tous qu'il faut conclure à la violation de la Charte.

[204] Selon les appelantes, la décision de la Cour d'appel fédérale constitue une application qui diffère de celle de l'espèce. Elle ne constitue pas du droit nouveau, elle applique les principes déjà édictés par la Cour suprême du Canada.

[205] La Cour a rejeté la demande pour insuffisance de preuve qui comprenait deux pages donnant des informations générales sur les veuves âgées.

[206] Par ailleurs, même s'il est difficile de déclarer des lois sociales contraires au paragraphe 15 (1) de la Charte, lorsqu'il est prouvé que les dispositions contestées ont un effet discriminatoire, la Cour doit conclure que la loi porte atteinte au droit constitutionnel à l'égalité, même si elle confère des avantages sociaux et que l'atteinte au droit est raisonnable compte tenu du contexte⁷⁸.

[207] Je suis d'avis que les appelantes ont démontré que la distinction perpétue un désavantage en excluant les femmes du régime, lorsqu'elles ont reçu des prestations pour leur maternité et congé parental.

⁷⁸ Québec (Procureur général) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux, 2018 CSC 17, par. 42

[208] Je retiens que la preuve présentée par les appelantes n'a pas été contredite par la Commission. Leur témoin n'a pas été en mesure de répondre à certaines questions dans le cadre du contre-interrogatoire de la représentante des appelantes.

[209] La preuve qui a été présentée par la Commission est plutôt une explication du régime et les améliorations qui ont été apportées au fil des ans. Cela ne démontre pas, à mon avis, que la preuve des appelantes est insuffisante.

[210] Par ailleurs, je ne suis pas d'accord avec la Commission, lorsqu'elle soutient que les appelantes doivent établir un lien de causalité entre la LAE et le désavantage. Dans l'arrêt Fraser, ce sont les juges dissidents qui ont maintenu qu'il devait y avoir un lien de causalité⁷⁹. La majorité des juges n'ont pas retenu cet élément dans l'analyse sous 15(1) de la Charte.

[211] Je suis d'avis que les appelantes ont démontré que les dispositions contestées les privent d'un avantage que les autres assurés n'ont pas en raison de leur sexe et de leur grossesse. Pour en arriver à cette conclusion, j'ai tenu compte du témoignage des prestataires et du rapport de l'experte professeure Rose.

Justification

2.3 Dans l'affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés ?

[212] Maintenant que j'ai décidé que les appelantes ont démontré que les dispositions de la Loi violent le droit à l'égalité, la Commission (le gouvernement) doit prouver que cette violation peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique⁸⁰. En fait, il revient à celui qui veut maintenir la violation de démontrer qu'elle est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

⁷⁹ Fraser : paragraphe 175 et ss. Les juges Brown et Rowe

⁸⁰ Egan c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 513 (ci-après Egan), par 63-64, par.182 ; Canada (Procureur général) c. Hislop, 2007 CSC 10, par. 43

[213] Pour y parvenir, deux critères doivent être respectés : l'objectif de la mesure doit être urgent et réel et le degré suffisant de proportionnalité entre l'objectif et le moyen utilisé. L'analyse doit se faire en tenant compte de la portée de l'atteinte, du moyen retenu ou des effets de la mesure. Par la suite, le moyen par lequel l'objectif est réalisé doit être proportionné. L'analyse de la proportionnalité comporte trois éléments : le lien rationnel avec l'objectif, l'atteinte minimale au droit et la proportionnalité entre les effets de la mesure et l'objectif législatif énoncé :⁸¹

- a) L'objectif doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles.
- b) Il y a un degré suffisant de proportionnalité entre l'objectif et le moyen utilisé pour l'atteindre ;
 - i. La restriction doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif
 - ii. La restriction ne porte pas atteinte au droit ou à la liberté plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre l'objectif, et
 - iii. il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure qui restreint le droit en question et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif.

a) L'objectif doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles.

[214] C'est la Commission qui doit démontrer que le fait de ne pas permettre la prolongation de la période de référence, de prestations ainsi que la limite des 50 semaines permet d'atteindre un objectif réel et urgent⁸².

[215] Dans la présente affaire, la Commission a fait valoir que de s'assurer que les prestataires sont des membres actifs du marché du travail et qu'ils gardent un attachement récent au marché du travail sont des préoccupations urgentes et réelles.

⁸¹ R. c. Oakes [1986] 1 R.C.S. 103, par. 68 à 71

⁸² Idem.

[216] Ainsi, le fait d'exclure la perte d'un emploi pendant un congé de maternité ou parental est raisonnable et permet d'atteindre les objectifs urgents et réels. Il faut avoir accumulé suffisamment d'heures d'emploi assurable pendant la période de référence. Cela permet d'avoir une participation récente au marché du travail lorsque la demande est présentée. C'est pour cette raison que la Loi prévoit qu'il faut prendre la période la plus courte⁸³. Les mêmes heures d'emplois ne peuvent pas servir à établir une autre période de prestations d'assurance-emploi. Il doit y avoir une participation active et récente au marché du travail puisqu'il doit y avoir une proximité entre le paiement des cotisations et le moment où la personne subit une interruption d'emploi.

[217] La limite des motifs permettant de prolonger la période de référence et de prestations est raisonnable parce qu'elle assure une proximité entre les paiements des cotisations. Elle permet la viabilité du régime d'assurance-emploi. Elle se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles d'enrayer l'indigence causée par le chômage et encadre le rattachement des chômeurs au marché du travail.

[218] Pour sa part, les appelantes soutiennent que la Commission n'a pas identifié d'objectif urgent et réel expliquant pourquoi les femmes en congé de maternité et parental sont exclues des mesures qui leur permettraient d'établir une participation récente au marché du travail.

[219] Je constate que la Commission présente souvent l'argument que le régime vise à verser des prestations à ceux qui sont rapprochés du marché du travail.

[220] Je suis d'avis que la Commission n'a pas démontré que l'objectif de la mesure se rapporte à des préoccupations réelles et urgentes. En effet, les prestataires ne sont pas plus ou moins éloignées du marché du travail que les exceptions prévues à la Loi. Prenons l'exemple d'une personne qui a été incarcérée pendant 9 mois et elle n'est pas reconnue coupable. Avant son incarcération, elle remplissait les conditions pour être admissible à recevoir des prestations d'assurance-emploi. Elle a le droit de recevoir des prestations d'assurance-emploi. Pourtant, elle est éloignée du marché du travail depuis plusieurs mois. L'argument de la Commission ne tient donc pas.

⁸³ Article 18 de la Loi sur l'assurance-emploi

[221] La Commission soutient que des mesures pour les chômeurs sont urgentes et réelles pour combattre l'indigence. En fait, le régime de l'assurance-emploi permet à des personnes qui ont perdu leur emploi d'avoir un soutien temporaire. Je suis d'accord avec la Commission que le régime vise à soutenir temporairement les assurés qui ont perdu leur emploi. Il s'agit de l'objectif général du régime ; assurer une proximité raisonnable entre la participation récente au marché du travail et le soutien financier, encourager la réintégration dans le marché du travail ; empêcher la dépendance au régime et garantir la viabilité du régime⁸⁴.

[222] Cependant, les dispositions qui sont l'objet du présent appel concernent leur impact sur les femmes qui accouchent et qui prennent soin de leur enfant. Le régime leur permet de recevoir des prestations pour cette raison, mais si elles perdent leur emploi, elles sont exclues du régime.

[223] Par ailleurs, j'estime que la Commission n'a pas fait la preuve que d'inclure les femmes qui ont des enfants aux exceptions prévues par la Loi le met en péril. La Commission l'allègue, son témoin le déclare, mais il n'a pas été démontré devant le Tribunal que le régime ne serait pas viable. Sans compter qu'elle n'est pas en mesure d'établir combien de femmes sont exclues du bénéfice des prestations régulières pour ce motif.

[224] Par contre, les appelantes ont démontré que le régime est excédentaire ce qui entraîne une réduction du taux des cotisations depuis quelques années.

[225] Je conclus que la Commission n'a pas démontré d'objectifs urgents et réels justifiant d'exclure du régime les appelantes qui ont perdu leur emploi avant, pendant ou après leur grossesse et congé parental.

[226] Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que je poursuive l'analyse sous l'article 1.

Réparation

[227] Les appelantes demandent au Tribunal de déclarer les paragraphes 8 (2), 8 (5), 10 (2), 10 (8) a), 10 (10) et 12 (6) de la LAE inconstitutionnels, parce que contraire au paragraphe 15 (1) de la Charte canadienne des droits et libertés.

⁸⁴ Observations supplémentaires de la Commission GD -53

[228] Elles demandent au Tribunal de déclarer inopérant les paragraphes 8 (2), 8 (5), 10 (8) a), 10 (10) et 12 (6) de Loi sur l'assurance-emploi.

[229] Elles demandent d'autoriser le paiement de prestations régulières d'assurance-emploi pour chacune des périodes admissibles.

[230] J'estime que la réparation appropriée est de déclarer que les dispositions violent le droit à l'égalité des femmes qui ont eu un enfant en les excluant du régime de l'assurance-emploi lorsqu'elles perdent leur emploi.

[231] Il appartient au gouvernement d'élaborer des mesures pour leur permettre de bénéficier du même avantage que les assurés qui perdent leur emploi.

CONCLUSION

[232] Je conclus que les appelantes ont démontré que les paragraphes 8 (2), 8 (5), 10 (2), 10 (8) a), 10 (10) et 12 (6) de la Loi sur l'assurance-emploi de la Loi sur l'assurance-emploi violent le droit à l'égalité, selon l'article 15 de la Charte des droits et libertés de la personne.

[233] Je conclus que la Commission n'a pas démontré que ces violations se justifient dans le cadre d'une société juste et démocratique.

[234] Je déclare les paragraphes 8 (2), 8 (5), 10 (2), 10 (8) a), 10 (10) et 12 (6) de la Loi sur l'assurance-emploi inconstitutionnels, parce qu'ils sont contraires au paragraphe 15 (1) de la Charte canadienne des droits et libertés.

[235] Il appartient au gouvernement de prendre les mesures nécessaires pour que les appelantes puissent obtenir des prestations d'assurance-emploi régulières pour la perte de leur emploi.

[236] L'appel est accueilli.

Manon Sauvé
Membre, Division générale - Section de l'assurance-emploi

MODE D'AUDIENCE	Vidéoconférence
COMPARUTIONS	Me Kim Bouchard pour les appelantes Me Suzette Bernard pour l'intimée