



[TRADUCTION]

Citation : *KM c Commission de l'assurance-emploi du Canada*, 2023 TSS 99

Tribunal de la sécurité sociale du Canada Division d'appel

Décision

Partie appelante : K. M.

Partie intimée : Commission de l'assurance-emploi du Canada
Représentante : Josée Lachance

Décision portée en appel : Décision de la division générale datée du 28 août 2022
(GE-22-1275)

Membre du Tribunal : Janet Lew

Mode d'audience : Téléconférence
Date de l'audience : Le 18 janvier 2023
Personnes présentes à l'audience : Appelant
Représentante de l'intimée

Date de la décision : Le 25 janvier 2023
Numéro de dossier : AD-22-672

Décision

[1] L'appel est rejeté.

Aperçu

[2] L'appelant, K. M. (prestataire), fait appel de la décision de la division générale. La division générale a conclu que le prestataire a été suspendu en raison d'une inconduite. En d'autres termes, elle a jugé qu'il a fait quelque chose qui a entraîné sa suspension. Le prestataire n'a pas respecté la politique de vaccination obligatoire de son employeur (et son employeur ne lui a pas accordé d'exemption religieuse).

[3] Ayant jugé qu'il y a eu inconduite, la division générale a conclu que le prestataire n'était pas admissible aux prestations d'assurance-emploi.

[4] Le prestataire soutient que la division générale a commis des erreurs de procédure, de droit et de fait. Plus précisément, il dit que la division générale n'a pas examiné s'il était admissible aux prestations en raison de l'autre emploi qu'il a occupé. Il fait aussi valoir que la division générale n'a pas tenu compte de ses droits fondamentaux et religieux. Il soutient également que la division générale n'a pas pris en considération sa convention collective.

[5] Le prestataire demande à la division d'appel de rendre la décision qu'il estime que la division générale aurait dû rendre. Il affirme que la division générale aurait dû conclure qu'il n'y a pas eu d'inconduite et qu'il est admissible aux prestations d'assurance-emploi.

[6] L'intimée, la Commission de l'assurance-emploi du Canada, soutient que la division générale n'a commis aucune erreur sur la question de l'inconduite. Elle demande à la division d'appel de rejeter l'appel.

Question préliminaire

[7] Le prestataire a déposé une copie de certaines parties de sa convention collective. La division générale n'en avait pas de copie.

[8] Habituellement, la division d'appel n'accepte pas de nouveaux éléments de preuve s'ils ne faisaient pas partie du dossier présenté à la division générale. Toutefois, la Commission ne s'oppose pas à ce que la convention collective fasse partie de la preuve. Elle affirme que le prestataire y a fait référence pendant l'audience de la division générale.

[9] Comme la convention collective contient des renseignements généraux que le prestataire a mentionnés pendant l'audience de la division générale, je l'accepte en preuve.

Questions en litige

[10] Les questions en litige dans cet appel sont les suivantes :

- a) La division générale a-t-elle omis d'examiner si le prestataire était admissible aux prestations d'assurance-emploi en raison de son deuxième emploi?
- b) La division générale a-t-elle omis de tenir compte des droits fondamentaux et religieux du prestataire?
- c) La division générale a-t-elle omis de tenir compte de la convention collective du prestataire?
- d) Si la division générale a commis une erreur, comment devrait-elle être corrigée?

Analyse

[11] La division d'appel peut modifier les décisions de la division générale si elles contiennent des erreurs de compétence, de procédure, de droit ou certains types d'erreurs de fait¹.

¹ Voir l'article 58(1) de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*.

[12] Pour ce qui est des erreurs de fait, il faut que la division générale ait fondé sa décision sur une erreur commise de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments de preuve portés à sa connaissance.

La division générale a-t-elle omis d'examiner si le prestataire était admissible aux prestations d'assurance-emploi en raison de son deuxième emploi?

[13] Le prestataire soutient que la division générale n'a pas examiné s'il était admissible aux prestations d'assurance-emploi en raison du deuxième emploi qu'il occupait. Le prestataire a travaillé pour deux hôpitaux différents. Il affirme que si la division générale avait pris en considération cet autre emploi, elle aurait reconnu qu'il était admissible aux prestations d'assurance-emploi.

[14] Bien que le prestataire ait soulevé cet argument devant la division générale, celle-ci n'avait pas le pouvoir de décider s'il était admissible aux prestations en raison de son deuxième emploi. La division générale ne pouvait traiter que des questions qui découlent de la décision de révision de la Commission. La Commission a seulement abordé la question de l'inconduite en rapport avec le premier emploi du prestataire.

[15] La Commission doit rendre une décision (et une décision de révision) sur une question avant que le prestataire puisse faire appel à la division générale. Dans la présente affaire, la Commission n'a jamais rendu de décision au sujet du deuxième emploi du prestataire. Le prestataire ne peut donc pas faire appel d'une décision qui n'existe pas.

[16] La Commission explique que dans cette affaire, le prestataire a toujours la possibilité de lui demander de décider s'il est admissible aux prestations en raison de ce deuxième emploi.

[17] Si le prestataire souhaite que la question soit approfondie, il a la possibilité de demander à la Commission de rendre une décision à ce sujet. Pour être claire, je ne rends pas de décision, dans un sens ou dans l'autre, sur la question de savoir si le prestataire est admissible aux prestations en raison de son deuxième emploi.

La division générale a-t-elle omis de tenir compte des droits fondamentaux et religieux du prestataire?

[18] Le prestataire soutient que la division générale n'a pas tenu compte de ses fondamentaux et religieux. Il fait valoir que la politique de vaccination de son employeur portait atteinte à ses droits, de sorte qu'il n'y a pas eu d'inconduite parce qu'il ne l'a pas respectée. Il dit que si la division générale avait tenu compte de ses droits, elle aurait conclu qu'il n'y avait pas eu d'inconduite.

[19] L'article 5 de la convention collective du prestataire prévoit qu'il ne peut y avoir de discrimination envers un employé en raison de sa race, de ses croyances, de sa couleur, de son âge, de son sexe, de son état civil, de sa nationalité, de son ascendance, de son lieu d'origine, de sa situation familiale, d'une déficience, de son orientation sexuelle, de son appartenance politique et de ses activités politiques, ou de son lieu de résidence².

[20] La division générale a reconnu l'argument du prestataire selon lequel son employeur et sa politique de vaccination portaient atteinte à ses droits. La division générale a jugé que le recours du prestataire était d'entreprendre des démarches en cours ou devant tout autre tribunal qui pourrait examiner ses arguments fondés sur les droits. Autrement dit, s'il peut établir qu'il y a eu violation de ses droits, un autre tribunal pourrait l'indemniser pour cette violation.

[21] Dans l'affaire *McNamara*³, la Cour d'appel fédérale a déclaré que l'accent doit être mis sur le comportement de l'employé. La Cour d'appel a souligné que l'article 30 de la *Loi sur l'assurance-emploi* se lit comme suit : « si [le prestataire] perd son emploi en raison de son inconduite ».

[22] M. McNamara avait fait valoir qu'il avait été congédié injustement, mais la Cour d'appel a déclaré qu'il disposait d'autres recours pour sanctionner le comportement de son employeur.

² Voir l'article 5 de la convention collective du prestataire à la page AD2-1 du dossier d'appel.

³ Voir la décision *Canada (Procureur général) c McNamara*, 2007 CAF 107.

[23] La Cour fédérale a tiré une conclusion semblable dans l'affaire *Paradis*. M. Paradis avait été congédié après avoir échoué à un test de dépistage de drogues. Il a soutenu que son employeur aurait dû lui offrir des mesures d'adaptation parce que sa toxicomanie était protégée par les lois provinciales sur les droits de la personne et la politique de l'entreprise. La Cour a conclu ce qui suit : [traduction] « Il reviendra à une autre instance de régler la question de savoir si l'employeur aurait dû [...] proposer des mesures d'adaptation raisonnables [à M. Paradis] pour l'aider à surmonter sa toxicomanie⁴. »

[24] Dans l'affaire *Mishibinijima*⁵, M. Mishibinijima a soutenu que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* s'appliquait. Il était souvent absent ou en retard au travail en raison de son alcoolisme. Il a fait valoir qu'il avait une déficience et que son employeur aurait dû faire quelque chose pour composer avec celle-ci. La Cour d'appel a convenu avec le juge-arbitre (le prédécesseur de la division d'appel) que la question des droits de M. Mishibinijima ou la question de savoir si son employeur aurait dû lui offrir des mesures d'adaptation n'étaient pas pertinentes. La Cour d'appel a jugé que l'accent devait être mis sur la question de savoir si M. Mishibinijima avait perdu son emploi en raison d'une inconduite.

[25] La division générale n'a pas omis de tenir compte des droits fondamentaux et religieux du prestataire lorsqu'elle a examiné s'il y avait eu inconduite. Il ressort clairement de la jurisprudence que ce ne sont pas des considérations pertinentes. Les tribunaux ont déclaré que l'accent doit être mis sur la question de savoir si la conduite d'un employé constitue une inconduite au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*.

La division générale a-t-elle omis de tenir compte de la convention collective du prestataire?

[26] Le prestataire soutient que la division générale n'a pas pris en compte les modalités de sa convention collective. Plus précisément, il affirme que 1) sa convention collective n'exigeait pas la vaccination contre la COVID-19 et 2) elle permettait

⁴ Voir la décision *Paradis c Canada (Procureur général)*, 2016 CF 1282.

⁵ Voir la décision *Mishibinijima c Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 36.

également aux employés de refuser la vaccination et que, lorsqu'une personne refuse la vaccination, l'employeur est tenu de la réaffecter à un autre poste.

– **La convention collective n'exigeait pas la vaccination**

[27] Le prestataire fait valoir que comme sa convention collective n'exigeait pas la vaccination contre la COVID-19, il n'avait pas à se faire vacciner même après que son employeur ait introduit une politique de vaccination obligatoire. Il dit donc qu'il n'y a pas eu d'inconduite.

[28] La Commission reconnaît volontiers que la division générale n'a pas examiné cet argument.

[29] Toutefois, un employeur peut imposer unilatéralement toute règle ou politique, même si le syndicat n'y souscrit pas. Un employeur peut imposer n'importe quelle règle ou politique si elle satisfait à ce qu'on appelle généralement le « critère de la décision *KVP* ». Le critère découle de la décision rendue par l'arbitre Robinson dans l'affaire *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537 et KVP Co*⁶. La Cour suprême du Canada a approuvé le critère de la décision *KVP*⁷, ce qui signifie qu'il s'agit d'un bon critère qui devrait être appliqué.

[30] Le critère de la décision *KVP* a été appliqué dans de nombreuses sentences arbitrales, ainsi que dans au moins une décision⁸ récente d'un tribunal pour décider si un employeur peut unilatéralement introduire une règle ou une politique.

[31] Selon le critère de la décision *KVP*, la règle ou la politique doit satisfaire aux exigences suivantes :

- Elle ne doit pas être incompatible avec la convention collective.

⁶ Voir la décision *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, et KVP Co.* (1965), 1965 CanLII 1009 (ON LA), 16 L.A.C. 73 (O.N.L.A.).

⁷ Voir la décision *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 RCS 458.

⁸ Voir la décision *Parmar c Tribe Management Inc.*, 2022 CSCB 675.

- Elle ne doit pas être déraisonnable.
- Elle doit être claire et sans équivoque.
- Elle doit être portée à l'attention de l'employé concerné avant que l'entreprise ne puisse y donner suite.
- L'employé doit être avisé qu'une violation de cette règle ou de cette politique peut entraîner son congédiement si celle-ci sert de fondement au congédiement.
- La règle ou la politique doit être appliquée de façon constante par l'entreprise dès son introduction.

[32] Dans la présente affaire, le prestataire soutient que la politique de vaccination de l'employeur est incompatible avec sa convention collective. Il ne dit pas que la politique de vaccination n'était pas claire, vague ou déraisonnable, que son employeur ne l'a pas portée à son attention avant d'y donner suite ou qu'il n'a pas appliqué la politique de façon constante. Le prestataire ne dit pas non plus qu'il n'a pas été averti ni qu'il n'était pas au courant des conséquences du non-respect de la politique.

[33] Le prestataire affirme que la politique de vaccination contre la COVID-19 de son employeur est incompatible avec la convention collective. Il affirme que la convention permet aux employés de refuser la vaccination et exige que l'employeur réaffecte les employés pendant les éclosions, alors que la politique de vaccination contre la COVID-19 ne prévoit rien de tout cela.

[34] L'article 21 de la convention collective se lit comme suit :

[traduction]

21.01 Vaccination antigrippale

Les parties conviennent que la vaccination antigrippale peut être bénéfique pour les patients et les employés. Sur recommandation relative à un établissement ou à une ou des zones spécifiquement désignées dudit établissement par le

médecin hygiéniste ou conformément aux lois provinciales, les règles suivantes s'appliquent :

- a) Les hôpitaux reconnaissent que les employés ont le droit de refuser toute vaccination recommandée ou requise.
- b) Si un employé refuse de prendre le vaccin recommandé ou exigé en vertu de la présente disposition, il sera réaffecté pendant la période d'éclosion, à moins que la réaffectation ne soit pas possible, auquel cas il sera mis en congé sans solde.

[35] L'article 21.01 de la convention collective fait spécifiquement référence à la vaccination antigrippale. Il ne s'applique pas dans le cas du prestataire parce que la politique de l'employeur porte sur la vaccination contre la COVID-19.

[36] Même si le champ d'application de l'article 21.01 de la convention collective était suffisamment vaste ou avait été élargi de manière à couvrir la vaccination contre la COVID-19, la politique de vaccination contre la COVID-19 de l'employeur ne serait pas incompatible ni en contradiction avec la convention collective :

- i. La politique de vaccination contre la COVID-19 permettait aussi au prestataire de refuser de se faire vacciner.
- ii. Le prestataire a continué de travailler pendant une éclosion de COVID-19. Après l'éclosion, lorsque l'employeur a décidé qu'une réaffectation n'était pas possible, le prestataire a été mis en congé⁹. Cette pratique était également conforme à la convention collective.

[37] Comme la politique de vaccination contre la COVID-19 de l'employeur satisfaisait aux exigences du critère de la décision *KVP*, l'employeur du prestataire pouvait l'adopter.

[38] En effet, l'employeur était tenu de mettre en place une politique de vaccination aux termes d'une directive provinciale émise par le médecin hygiéniste en chef. Le fait que la convention collective n'exigeait pas la vaccination contre la COVID-19 n'avait

⁹ Le prestataire a confirmé qu'il a continué à travailler lorsqu'il y a eu une éclosion de COVID-19 à son lieu de travail. Cependant, son employeur a mis les employés non vaccinés en congé après l'éclosion.

donc aucune importance. L'employeur a mis en place une politique de vaccination, comme l'exigeait la province, et les employés devaient donc s'y conformer.

[39] La convention collective ne prévalait pas sur la politique de vaccination de l'employeur. La division générale n'avait donc pas à tenir compte de la convention collective. La division générale n'a pas omis de tenir compte de la convention collective parce qu'elle ne régissait pas la situation du prestataire en ce qui concerne la vaccination contre la COVID-19.

– **Le prestataire affirme que la convention collective lui permettait de refuser toute vaccination**

[40] Le prestataire soutient que la convention collective lui permettait de refuser toute vaccination. Ceci étant, il soutient qu'il n'a pas commis d'inconduite lorsqu'il a refusé la vaccination.

[41] J'ai reproduit ci-dessus les sections pertinentes de l'article 21.01 de la convention collective. L'article mentionne spécifiquement la vaccination antigrippale.

[42] Les parties à la convention collective ont (vraisemblablement) signé la convention collective avant le début de la pandémie de COVID-19. Il est clair que les parties voulaient que l'article s'applique uniquement à la vaccination antigrippale. Si les parties avaient envisagé d'autres vaccinations, elles auraient sûrement précisé que l'article n'était pas limité à la vaccination antigrippale.

[43] Étant donné que la convention collective (l'article 21.01) ne s'appliquait pas, la division générale n'a pas omis de la prendre en considération.

[44] Même si la convention collective ne s'appliquait pas, le prestataire pouvait refuser la vaccination contre la COVID-19. Il avait toujours le droit d'exercer son choix. Il pouvait refuser la vaccination. Cela ne voulait toutefois pas dire que l'exercice de son choix était sans conséquences.

[45] Dans l'affaire *Parmar*¹⁰, la Cour devait décider si un employeur était autorisé à mettre une employée en congé sans solde parce qu'elle n'avait pas respecté une politique de vaccination obligatoire. M^{me} Parmar s'est opposée à la vaccination parce qu'elle s'inquiétait de son efficacité à long terme et de ses éventuelles répercussions négatives sur la santé¹¹.

[46] Dans cette affaire, la Cour a reconnu qu'il était [traduction] « extraordinaire qu'un employeur adopte une politique en milieu de travail qui a une incidence sur l'intégrité corporelle d'une employée », mais elle a jugé que la politique de vaccination en question était raisonnable, compte tenu des [traduction] « défis sanitaires extraordinaires posés par la pandémie mondiale de COVID-19¹² ». La Cour a ajouté ce qui suit :

[traduction]

[154] [...] **[Les politiques de vaccination obligatoire] n'obligent pas les employés à se faire vacciner. Elles contraignent plutôt à faire un choix entre se faire vacciner et continuer à gagner un revenu, ou rester non vacciné et perdre un revenu [...]**

[155] Je remarque que dans l'affaire *Maddock v Colombie-Britannique*, 2022 CSCB 1065, le juge en chef Hinkson est parvenu à une conclusion similaire en ce qui concerne l'exigence d'une preuve de vaccination dans les restaurants. Au paragraphe 78, le juge en chef Hinkson a écrit que de telles politiques « n'obligent pas une personne à se soumettre à un quelconque traitement médical, ni ne lui interdisent de le faire » : par. 78. **Au contraire, les individus demeurent plutôt libres de faire des choix dans les limites de la politique. La PVO n'a pas, pour reprendre les termes de la décision *Maddock*, [laissé M^{me} Parmar] sans autre choix raisonnable que d'accepter un traitement qu'elle ne voulait pas subir** » : par. 78-79. M^{me} Parmar a conservé le choix de rester en congé sans solde.

(C'est moi qui souligne.)

¹⁰ Voir la décision *Parmar v Tribe Management Inc.* (en anglais seulement), 2022 CSCB 1675.

¹¹ Voir le paragraphe 65 de la décision *Parmar*.

¹² Voir le paragraphe 65 de la décision *Parmar*.

[47] Même si la convention collective ne s'appliquait pas parce qu'elle ne portait que sur la vaccination antigrippale, le prestataire avait toujours le choix entre se faire vacciner ou ne pas se faire vacciner.

L'argument du prestataire concernant les autres travailleurs

[48] Enfin, le prestataire soutient que la conduite d'autres employés de la fonction publique, comme les travailleurs des transports en commun, n'a pas été considérée comme une inconduite. Ces travailleurs étaient assujettis à une politique de vaccination et ont également été mis en congé (ou congédiés) après avoir refusé de se faire vacciner. Certains de ces travailleurs ont depuis repris le travail parce que leurs employeurs ont levé les politiques de vaccination.

[49] Le prestataire soutient que, tout comme ces autres travailleurs, sa conduite ne devrait pas être considérée comme une inconduite au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi* parce que son employeur le rappellera aussi au travail à un moment donné.

[50] Chaque cas doit être évalué en fonction des faits qui lui sont propres. La situation des autres travailleurs est hypothétique et peut être différente de celle du prestataire. En l'état actuel des choses, le fait que des travailleurs aient été réintégrés dans leurs fonctions ou rappelés au travail peut n'avoir aucun rapport avec leur conduite à l'origine de leur mise en congé. Selon le prestataire, des employeurs ont réintégré des travailleurs parce qu'ils avaient levé les politiques de vaccination. Cela ne dit rien sur la conduite pour laquelle ces travailleurs ont été mis en congé.

Conclusion

[51] Pour les motifs énoncés ci-dessus, je conclus que la division générale n'a pas omis de tenir compte de la convention collective du prestataire, de ses droits fondamentaux et religieux et de son deuxième emploi. Le prestataire peut s'informer auprès de la Commission sur son deuxième emploi et sur la question de savoir s'il est admissible aux prestations en raison de celui-ci.

[52] L'appel est rejeté.

Janet Lew
Membre de la division d'appel