



Référence : *KK c Commission de l'assurance-emploi du Canada*, 2023 TSS 549

[TRADUCTION]

Tribunal de la sécurité sociale du Canada Division d'appel

Décision

Appelante : K. K.

Intimée : Commission de l'assurance-emploi du Canada
Représentantes : Josée Lachance (par vidéoconférence) et Isabelle Thiffault (par observations écrites, 13 janvier 2023)

Décision portée en appel : Décision de la division générale datée du 13 juillet 2022 (GE-22-1743 et GE-22-1745)

Membre du Tribunal : Janet Lew

Mode d'audience : Vidéoconférence

Date de l'audience : Le 29 novembre 2022

Personnes présentes à l'audience : Appelante
Représentantes de l'intimée

Date de la décision : Le 3 mai 2022

Numéro de dossier : AD-22-464 et AD-22-465

Décision

[1] Il est fait droit à l'appel en grande partie. La division générale a négligé certains éléments de preuve sur les questions de l'inconduite et de la disponibilité.

[2] Il n'y a pas eu d'inconduite de la part de l'appelante, K. K. (prestataire). Elle était disponible pour travailler aux fins de la *Loi sur l'assurance-emploi (Loi)* et elle n'était pas exclue du bénéfice des prestations d'assurance-emploi après le 15 novembre 2021, sauf du 16 décembre 2021 au 12 janvier 2022.

Aperçu

[3] La prestataire interjette appel de la décision de la division générale. La division générale a conclu que l'employeur de la prestataire, un établissement de soins de longue durée, avait suspendu cette dernière pour inconduite. La prestataire n'avait pas respecté la politique de vaccination contre la COVID-19 de l'employeur qui exigeait qu'elle reçoive deux doses de vaccin au plus tard le 15 novembre 2021.

[4] La division générale a conclu en outre que la prestataire n'était pas disponible pour travailler du 16 novembre 2021 au 11 mars 2022 aux fins de la *Loi*. Elle était donc inadmissible au bénéfice des prestations d'assurance-emploi du 16 novembre 2021 au 11 mars 2022.

[5] La prestataire soutient que la division générale a commis des erreurs de droit et de fait lorsqu'elle a décidé qu'elle avait été suspendue pour inconduite et qu'elle n'était pas disponible pour travailler. Elle nie qu'il y ait eu inconduite. Elle affirme qu'elle était toujours prête et disposée à travailler et disponible pour le faire.

[6] L'intimée, la Commission de l'assurance-emploi du Canada, a fait valoir initialement que la division générale n'avait commis aucune erreur. Lors de l'audience devant la division d'appel, elle a reconnu que la division générale avait négligé certains éléments de preuve qui auraient pu modifier le résultat. La Commission a fait valoir qu'il y avait lieu de renvoyer l'affaire à la division générale pour évaluation à titre de juge des

faits. Cela permettrait également à la prestataire de déposer de nouveaux éléments de preuve à l'appui de sa demande.

[7] Je conclus que la division générale a négligé certains éléments de preuve. Au lieu de renvoyer l'affaire à la division générale pour qu'elle rende une nouvelle décision, je conclus qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour me permettre de rendre la décision que la division générale aurait dû rendre. Je conclus que la preuve démontre qu'il n'y a pas eu d'inconduite. Je conclus également que la prestataire était disponible, sauf du 16 décembre 2021 au 12 janvier 2022, période au cours de laquelle elle n'a fait aucune démarche pour se trouver un emploi.

Questions en litige

[8] Les questions en litige dans le présent appel sont les suivantes :

- a) La division générale a-t-elle négligé de prendre en considération l'un ou l'autre des éléments de preuve de la prestataire concernant son état de santé?
- b) La division générale a-t-elle négligé de prendre en considération certains éléments de preuve lorsqu'elle a évalué la disponibilité de la prestataire pour travailler?

Analyse

[9] La division d'appel peut intervenir dans les décisions de la division générale s'il existe 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*.

La division générale a-t-elle négligé de prendre en considération l'un ou l'autre des éléments de preuve de la prestataire concernant son état de santé?

[10] La prestataire soutient que la division générale n'a pas tenu compte du fait qu'elle avait des problèmes de santé qui l'avaient obligée à prendre un congé pour raisons médicales. La prestataire ne nie pas qu'elle ait été au courant de la politique de vaccination de son employeur, mais elle soutient ce qui suit :

- i. La politique de l'employeur ne devrait pas s'appliquer aux employés en congé autorisé;
- ii. La politique ne précisait pas qu'elle s'appliquait aux personnes en congé ou que ces dernières devaient s'y conformer pendant qu'elles étaient en congé;
- iii. Comme elle était en congé pour raisons médicales et que la politique ne disait pas qu'elle s'appliquait aux personnes en congé, la prestataire a cru qu'elle n'avait à s'y conformer qu'après son retour au travail.

[11] La prestataire a été incapable de travailler du 4 octobre 2021 au 17 novembre 2021 en raison de problèmes de santé mentale importants². Elle a été en congé pour raisons médicales pendant toute cette période.

[12] La prestataire a témoigné qu'elle était immobilisée et incapable de sortir du lit la plupart du temps en raison de sa maladie. Elle a déclaré que, même si elle était au courant des exigences de vaccination de son employeur, elle allait très mal, elle avait des pensées négatives et elle n'était pas en mesure de s'occuper de sa vaccination³.

² Voir la note du médecin de famille de la prestataire datée du 10 mars 2022, à la page GD 3-99.

³ Approximativement entre 28 min 0 s et 28 min 15 s, 1 h 1 min 23 s et 1 h 2 min 41 s, et 1 h 11 min 0 s et 1 h 12 min 16 s de l'enregistrement audio de l'audience tenue devant la division générale.

[13] La prestataire affirme également qu'elle ne savait pas quand elle se rétablirait et quand elle serait en mesure de retourner au travail. Elle a déclaré qu'une fois qu'elle s'est sentie mieux, elle s'est immédiatement fait vacciner⁴.

[14] La prestataire soutient que si la division générale avait tenu compte de cette preuve, elle aurait accepté qu'elle n'avait pas agi volontairement. Et si elle n'avait pas agi volontairement, il ne pouvait y avoir d'inconduite⁵.

[15] La Commission soutient que la prestataire affirme essentiellement que la politique était déraisonnable et que son employeur aurait dû prendre des mesures d'adaptation à son égard pour des raisons médicales.

– **La prestataire était au courant de la politique de vaccination de son employeur.**

[16] La preuve au dossier concernant la date à laquelle la prestataire pourrait avoir pris connaissance de la politique de son employeur comprend ce qui suit :

- La politique de vaccination de l'employeur a été approuvée le 17 juin 2021⁶.
- L'employeur a déclaré qu'un courriel daté du 23 septembre 2021 avait informé tout le personnel de la politique de vaccination de la ville. Tous les membres du personnel des soins de longue durée de la ville devraient être entièrement vaccinés au plus tard le 5 novembre 2021⁷. La note de service mentionnait que les employés qui n'étaient pas entièrement vaccinés seraient mis en congé sans solde⁸.
- L'employeur a signalé que le ministère des Soins de longue durée a envoyé une note de service datée du 1^{er} octobre 2021, suivant laquelle tous les employés

⁴ À environ 1 h 2 min 0 s de l'enregistrement audio de l'audience tenue devant la division générale.

⁵ La division générale a défini l'inconduite au para 25. Elle a écrit que pour qu'il y ait inconduite, la conduite doit être délibérée.

⁶ Voir le Resident Care Manual [guide des soins aux résidents], à la page GD 3-77.

⁷ Voir les Renseignements supplémentaires concernant la demande de prestations datés du 2 mars 2022, aux pages GD 3-45 et GD 3-46, points 6 et peut-être 9.

⁸ Voir la note de service de l'employeur datée du 23 septembre 2021, adressée à tout le personnel, à la page GD 3-63.

devaient fournir une preuve de deux doses de vaccin au plus tard le 15 novembre 2021⁹.

- Le 1^{er} octobre 2021, l'employeur a envoyé un courriel au personnel au sujet de sa politique de vaccination. Il a ajouté qu'une personne n'ayant pas reçu la deuxième dose ne serait pas autorisée à entrer dans le foyer de soins¹⁰.
- L'employeur a informé la Commission que tous les membres du personnel devaient recevoir deux doses de vaccin au plus tard le 15 novembre 2021. Mais que, s'ils n'avaient qu'une dose, ils pourraient continuer à travailler jusqu'au 15 décembre 2021. Par la suite, les employés devraient avoir reçu deux doses pour continuer à travailler¹¹.

[17] Dans l'état actuel des choses, la division générale n'a tiré aucune conclusion quant au moment où l'employeur a communiqué sa politique à la prestataire ou au moment où la prestataire a pris connaissance des exigences de son employeur sous le régime de la politique. Cette preuve était importante parce que si, comme l'allègue la prestataire, elle n'avait pris connaissance de la politique qu'à la fin du mois de septembre ou que le 1^{er} octobre 2021 au plus tard, elle n'aurait peut-être pas eu suffisamment de temps pour obtenir deux doses et ainsi se conformer à la politique de son employeur.

[18] La division générale a conclu que l'employeur avait envoyé le 1^{er} octobre 2021 à tous les membres du personnel un courriel dans lequel il avait mentionné que tous les employés devaient fournir une preuve de vaccination complète au plus tard le 15 novembre 2021.

⁹ Voir les Renseignements supplémentaires concernant la demande de prestations, datés du 2 mars 2022, à la page GD 3-46, point 1. Voir également la note de service du Ministère, datée du 1^{er} octobre 2021, à la page GD 3-51.

¹⁰ Voir les Renseignements supplémentaires concernant la demande de prestations, datés du 2 mars 2022, à la page GD 3-46.

¹¹ Voir les Renseignements supplémentaires concernant la demande de prestations, datés du 1^{er} mars 2022, à la page GD 3-44.

[19] La division générale a conclu également que l'employeur a écrit par lettre à la prestataire le 18 octobre 2021. La prestataire était en congé pour raisons médicales à ce moment-là. On peut lire dans cette lettre que, si elle se faisait vacciner après le 15 novembre 2021, elle ne pourrait retourner au travail qu'une fois qu'elle aurait prouvé qu'elle était entièrement vaccinée. La lettre mentionnait que les employés non vaccinés seraient mis en congé¹².

[20] Malgré cela, la division générale a décidé que la prestataire savait que son employeur ne lui permettrait pas de retourner au travail tant qu'elle n'aurait pas fourni la preuve qu'elle avait reçu deux doses de vaccin. La division générale a conclu que la prestataire savait que son omission de se conformer à la politique de vaccination de l'employeur mettait son emploi en danger¹³.

[21] La division générale a pris note du témoignage de la prestataire. Elle a convenu qu'elle savait que la politique de vaccination de l'employeur signifiait qu'elle ne pouvait pas retourner au travail si elle n'avait pas reçu deux doses après le 15 novembre 2021¹⁴.

– **La division générale a conclu que la preuve médicale établissait que la conduite de la prestataire était délibérée**

[22] La division générale n'a pas mentionné la date à laquelle la prestataire a commencé son congé pour raisons médicales ni la date à laquelle son médecin l'a considérée comme étant apte à retourner au travail.

[23] La division générale savait toutefois que la prestataire était invalide et incapable de travailler en raison de ses problèmes de santé mentale. Elle a fait référence aux notes du médecin selon lesquelles la prestataire était invalide et incapable de travailler pour ces raisons.

[24] La division générale a conclu que ces notes n'établissaient pas que la prestataire était incapable de se faire vacciner en raison de son état de santé. La division générale

¹² Voir la lettre de l'employeur datée du 18 octobre 2021, à la page GD 3-76.

¹³ Voir la décision de la division générale au para 43.

¹⁴ Voir la décision de la division générale au para 39.

a conclu également que les notes ne disaient pas que la prestataire n'était pas en mesure de lire ou de comprendre la politique de l'employeur sur la vaccination en raison de son état de santé mentale ou cognitive. (La prestataire ne prétend pas qu'elle n'était pas en mesure de lire ou de comprendre la politique de son employeur, de sorte qu'il ne s'agissait pas d'une question pertinente de toute façon.)

[25] La division générale a conclu que la décision de la prestataire de retarder la vaccination était délibérée. Elle a conclu que la prestataire n'avait pas prouvé que sa santé mentale, physique ou cognitive l'avait empêchée d'agir volontairement et de faire des choix délibérés au sujet du vaccin. Autrement dit, elle a conclu que la prestataire avait consciemment, délibérément ou intentionnellement choisi de ne pas se faire vacciner¹⁵.

– **Ce que les notes du médecin disaient au sujet des problèmes de santé de la prestataire**

[26] Le médecin de famille de la prestataire a produit des notes médicales. Elles ont révélé ce qui suit :

- 20 octobre 2021¹⁶ – le médecin a appuyé le maintien de l'absence de la prestataire au travail. Le médecin était d'avis que la prestataire était incapable de travailler pour des raisons de santé. Il ferait un suivi dans deux ou trois semaines.
- 4 novembre 2021¹⁷ – la prestataire était encore invalide. Le médecin était d'avis qu'elle était invalide depuis le 4 octobre et que ni un changement dans les tâches professionnelles ni une réduction des heures ne pouvaient répondre aux besoins de la prestataire.
- 10 mars 2022 – Le médecin a écrit que, lorsqu'il a parlé avec la prestataire au téléphone le 5 octobre 2021, il était évident qu'elle [traduction] « ne pouvait pas à

¹⁵ Voir la décision de la division générale au para 25, où elle définit l'inconduite comme étant une conduite consciente, délibérée ou intentionnelle.

¹⁶ Voir la note du médecin datée du 20 octobre 2021, à la page GD 3-87.

¹⁷ Voir la note du médecin datée du 4 novembre 2021, à la page GD 3-84.

ce moment-là exercer les activités de son emploi »¹⁸. Au 17 novembre, elle s'était améliorée en ce qui concerne sa santé mentale et sa capacité de fonctionner, de sorte qu'elle pouvait retourner au travail sans restriction.

[27] Les notes du médecin ont établi que la prestataire était incapable de travailler en raison de problèmes de santé mentale.

– **Le médecin de la prestataire était d'avis que la prestataire ne pouvait pas exercer les activités de son emploi**

[28] Dans sa dernière note, le médecin a écrit que la prestataire était incapable d'exercer les activités de son emploi. La division générale n'a pas abordé cette opinion en particulier.

[29] La division générale aurait dû préciser si elle avait examiné la question de savoir si les « activités de l'emploi [de la prestataire] » comprenaient la vaccination. Comme l'employeur exigeait la vaccination de ses employés, l'opinion du médecin aurait pu inclure la vaccination lorsqu'il a écrit que la prestataire ne pouvait pas exercer les activités de son emploi.

[30] L'opinion du médecin au sujet de l'incapacité de la prestataire d'exercer les activités de son emploi aurait dû inciter la division générale à examiner les autres éléments de preuve portés à sa connaissance. J'aborderai cette question plus en détail ci-après.

– **Les notes du médecin ne disent rien sur l'étendue des limitations de la prestataire**

[31] À l'évidence, les notes du médecin n'établissent pas que l'état de santé de la prestataire a empêché cette dernière de se faire vacciner.

[32] Toutefois, les notes ne permettent pas de penser non plus que la prestataire était capable de se faire vacciner pendant son congé pour raisons médicales. En fait, il ne semble pas que le médecin de la prestataire ait même réfléchi à la question de la

¹⁸ Voir la note du médecin datée du 10 mars 2022, à la page GD 3-99.

capacité de la prestataire de choisir de se faire vacciner. Le médecin n'a pas du tout pris en compte ou abordé cette question en particulier dans ses notes.

[33] Pour cette raison, la division générale aurait dû chercher à voir s'il y avait d'autres éléments de preuve qui mettaient en lumière la santé mentale de la prestataire lorsqu'elle s'est demandé si le retard de la prestataire à se faire vacciner était volontaire. La division générale aurait dû se demander si d'autres éléments de preuve appuyaient ses conclusions sur les opinions médicales ou étaient incompatibles avec celles-ci.

[34] Si ces éléments de preuve étaient incompatibles avec ses conclusions sur les opinions médicales, la division générale avait le devoir d'expliquer pourquoi elle les avait rejetés pour justifier ses conclusions.

– **Autres éléments de preuve : la prestataire a témoigné qu'elle était immobilisée et alitée**

[35] La division générale a contesté les prétentions de la prestataire au sujet des notes du médecin. Elle a tenté d'amener la prestataire à admettre que les notes du médecin ne disaient pas que son état de santé mentale l'avait empêchée de se faire vacciner.

[36] La prestataire a demandé comment elle pourrait se faire vacciner, compte tenu de la gravité de ses problèmes de santé mentale. Elle a témoigné qu'elle était en grande partie immobilisée et incapable de quitter son lit pendant son congé pour raisons médicales. La prestataire a également noté qu'elle s'est fait vacciner dès qu'elle s'est sentie mieux.

[37] Cela concordait avec ce que la prestataire a dit à la Commission. La prestataire a parlé à la Commission de ses problèmes de santé¹⁹.

¹⁹ Voir, par exemple, les Renseignements supplémentaires concernant la demande de prestations, datés du 21 avril 2022, à la page GD 3-101.

– **La division générale n’a pas abordé le témoignage de la prestataire concernant son état de santé et ses répercussions sur elle**

[38] La division générale n’a pas dit — d’une façon ou d’une autre — si elle avait rejeté le témoignage de la prestataire selon lequel elle était immobilisée et alitée. Elle n’a pas dit non plus si elle a conclu que la prestataire manquait de crédibilité ou que son témoignage n’était pas fiable. Elle n’a tout simplement pas abordé le témoignage de la prestataire. Or, cette preuve était importante pour démontrer si la conduite de la prestataire était délibérée.

[39] La division générale a négligé cette preuve, c’est-à-dire l’incidence des problèmes de santé mentale de la prestataire sur sa capacité de fonctionner. Il s’agit d’une erreur qui permet à la division d’appel d’intervenir dans la décision de la division générale.

[40] Toutefois, il y a aussi la question de la disponibilité de la prestataire.

La division générale a-t-elle négligé certains éléments de preuve lorsqu’elle a évalué la disponibilité de la prestataire pour travailler?

[41] La prestataire soutient que la division générale a commis une erreur de fait lorsqu’elle a décidé qu’elle n’était pas disponible pour travailler du 16 novembre 2021 au 11 mars 2022. Elle affirme qu’elle était prête, disposée et apte à travailler tout au long de cette période, particulièrement après le 12 janvier 2022. À cette date, elle avait reçu une deuxième dose du vaccin contre la COVID-19.

[42] La thèse initiale de la Commission est que la division générale n’a commis aucune erreur sur la question de savoir si la prestataire était disponible pour travailler. La Commission note que la division générale a examiné chacun des « facteurs de l’arrêt *Faucher* »²⁰ lorsqu’elle a évalué la disponibilité de la prestataire. La division générale a examiné ce qui suit :

²⁰ Dans l’arrêt *Faucher c Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, 1997 CanLII 4856, la Cour d’appel fédérale a énoncé trois facteurs qui, selon elle, doivent tous être pris en compte et soupesés dans l’évaluation de la disponibilité.

- i. la question de savoir si la prestataire a exprimé le désir de retourner sur le marché du travail aussitôt qu'un emploi convenable lui serait offert;
- ii. la question de savoir si la prestataire a exprimé ce désir par des démarches pour se trouver un emploi convenable;
- iii. la question de savoir si la prestataire a fixé des conditions personnelles susceptibles de limiter indûment ses chances de réintégrer le marché du travail.

[43] La division générale a conclu que la prestataire voulait retourner au travail. Toutefois, la division générale a conclu que la prestataire n'en faisait pas assez pour trouver un emploi. Elle a reconnu que la prestataire avait postulé un emploi dans une boulangerie et avait communiqué avec deux autres établissements de soins. La division générale n'a pas conclu qu'il s'agissait de démarches de recherche d'emploi raisonnables. Il ne suffisait pas d'attendre que son employeur la rappelle au travail.

[44] De même, la division générale a conclu que la prestataire avait limité indûment ses chances de retourner au travail parce que sa principale activité de recherche d'emploi avait consisté à attendre de retourner travailler chez son employeur habituel. Son employeur a exigé que les employés reçoivent deux doses, puis il a exigé plus tard que les employés reçoivent un troisième vaccin, avant de pouvoir reprendre le travail.

[45] Habituellement, un prestataire ne peut pas simplement attendre que son employeur l'appelle au travail. Il doit chercher activement du travail.

[46] Comme il s'écoulerait un certain temps avant que la prestataire puisse satisfaire aux exigences de son employeur, la division générale a conclu que la prestataire aurait dû chercher un emploi plus activement et qu'elle aurait dû élargir ses démarches de recherche d'emploi.

[47] Pourtant, la conclusion de la division générale sur la question de la disponibilité ne témoigne pas de ses propres constatations. La division générale a conclu que la

politique de l'employeur sur l'obtention d'un troisième vaccin n'était pas claire. Elle a écrit :

Je conclus que l'employeur a communiqué en des termes clairs sa politique concernant deux doses de vaccin, mais qu'il ne l'a pas informée clairement de sa politique mise à jour sur les doses de rappel. Le fait que l'employeur a permis à la prestataire de retourner au travail le 14 mars 2022, avant qu'elle reçoive une dose de rappel, me montre que la politique de l'employeur sur le troisième vaccin contre la COVID-19 n'était pas claire.²¹

[48] La division générale n'a pas tenu compte du fait que la politique de l'employeur sur le troisième vaccin n'était pas claire en ce qui concerne la question de la disponibilité. La prestataire a dit à la Commission qu'elle pensait retourner au travail peu après avoir reçu sa deuxième dose. Elle a également dit à la Commission que certains de ses collègues de travail qui n'avaient pas reçu le vaccin de rappel travaillaient. Elle a témoigné en outre que son employeur manquait de personnel et qu'il cherchait des employés qui pourraient accepter des quarts de travail supplémentaires. Cela l'a amenée à croire que son employeur lui permettrait de retourner au travail plus tôt²².

[49] Il s'agissait d'éléments importants parce qu'ils portaient sur le caractère raisonnable des démarches de la prestataire pour trouver un emploi convenable et sur la question de savoir si elle avait établi des conditions personnelles qui auraient pu limiter ses chances de retourner sur le marché du travail.

[50] La Commission convient qu'il s'agissait de faits pertinents dont la division générale aurait dû tenir compte lorsqu'elle a évalué les facteurs de l'arrêt *Faucher*.

²¹ Voir la décision de la division générale au para 48.

²² Voir les Renseignements supplémentaires concernant la demande de prestations, datés du 25 février 2022, à la page GD 3-27, et les Renseignements supplémentaires concernant la demande de prestations, datés du 14 avril 2022, à la page GD 3-100.

Réparation

[51] Comment puis-je corriger les erreurs de la division générale? La Commission me demande de renvoyer l'affaire pour réexamen à la division générale, car elle est le juge des faits. La prestataire ne s'oppose pas à cette mesure.

[52] La prestataire affirme qu'il existe de nouveaux éléments de preuve qu'elle pourrait déposer si l'affaire est renvoyée à la division générale. Par exemple, elle pourrait déposer les politiques de vaccination mises à jour de son employeur.

[53] Ces politiques mises à jour concernent spécifiquement les personnes en congé. Autrement dit, la prestataire s'appuierait sur les politiques mises à jour pour mettre en évidence les anciennes politiques qui s'appliquaient lorsqu'elle était en congé pour raisons médicales. Elle affirme que les politiques mises à jour et les anciennes politiques montreront qu'il était raisonnable pour elle de croire qu'elle n'avait pas à se faire vacciner lorsqu'elle était en congé pour raisons médicales.

[54] Mais j'ai la preuve nécessaire pour rendre la décision que la division générale aurait dû rendre sur les questions de l'inconduite et de la disponibilité. De plus, les deux parties ont bénéficié d'une audience équitable et ont eu la possibilité de présenter leurs arguments à la division générale. Je substituerai donc ma propre décision à celle de la division générale.

– Faits généraux relatifs à la question de l'inconduite

[55] L'employeur de la prestataire a instauré une politique de vaccination. Il exigeait que tous les employés soient vaccinés contre la COVID-19. Sinon, ils seraient mis en congé sans solde pour une durée indéterminée. L'employeur a déclaré que tous les employés savaient depuis près de deux ans qu'ils devraient être vaccinés²³.

²³ Voir les Renseignements supplémentaires concernant la demande de prestations, datés du 1^{er} mars 2022, à la page GD 3-44.

[56] La preuve démontre que l'employeur a approuvé la politique en juin 2021²⁴. Selon l'employeur, il a communiqué cette politique à tout le personnel, y compris à la prestataire, le 23 septembre 2021 et de nouveau le 1^{er} octobre 2021.

[57] La prestataire se souvient d'avoir reçu un avis de la politique de vaccination de son employeur le 1^{er} octobre 2021. La note de service de son employeur indiquait que le personnel devrait fournir une preuve de vaccination complète au plus tard le 15 novembre 2021. (La note de service de l'employeur du 23 septembre 2021 exigeait la vaccination complète au plus tard le 5 novembre 2021.) L'employeur a par la suite modifié ces dates.

[58] L'employeur a informé la Commission que tous les membres du personnel devaient recevoir deux doses du vaccin au plus tard le 15 novembre 2021. Mais s'ils n'avaient qu'une dose à cette date, ils pourraient continuer à travailler jusqu'au 15 décembre 2021. L'employeur a exigé que les membres du personnel aient deux doses pour continuer à travailler après le 15 décembre 2021²⁵.

[59] À peu près au même moment, la prestataire a signé une « lettre de préavis de responsabilité » adressée à son employeur²⁶. Elle s'opposait à l'exigence de l'employeur selon laquelle les employés devaient se faire vacciner, à défaut de quoi ils devraient subir certaines conséquences, comme un congédiement ou un congé sans solde. Cela confirme que la prestataire était au courant de la politique de vaccination de son employeur. (La prestataire a témoigné qu'elle avait signé la lettre de préavis parce que ses collègues lui avaient demandé de la signer.)

²⁴ Voir le Resident Care Manual, aux pages GD 3-77 à GD 3-79.

²⁵ Voir les Renseignements supplémentaires concernant la demande de prestations, datés du 1^{er} mars 2022, à la page GD 3-44.

²⁶ Voir la lettre de préavis de responsabilité, aux pages GD 3-66 à GD 3-75. L'employeur a fait référence à cette pétition, mais il a déclaré que la prestataire l'avait signée le 25 octobre 2021. Voir les Renseignements supplémentaires concernant la demande de prestations, datés du 2 mars 2022, à la page GD 3-45.

- **La prestataire était en arrêt de travail en raison de problèmes de santé mentale**

[60] Vers la troisième semaine de septembre 2021, la prestataire a commencé à éprouver des problèmes de santé mentale²⁷. Elle a communiqué avec son médecin de famille le 21 septembre 2021, mais elle n'a pu obtenir un rendez-vous avant le 4 octobre 2021. Elle était déjà en congé.

[61] Le médecin de famille de la prestataire a fourni une note datée du 10 mars 2022²⁸. Il a confirmé que la prestataire était incapable de travailler du 4 octobre 2021 au 17 novembre 2021 en raison de problèmes de santé mentale.

[62] L'employeur a écrit à la prestataire pendant son congé pour raisons médicales, soit le 18 octobre 2021²⁹. Il a informé la prestataire que quiconque n'avait pas satisfait à la norme de vaccination au 15 novembre 2021 ne serait pas autorisé à entrer dans les établissements de soins de longue durée.

[63] L'employeur a également écrit à la prestataire le 4 novembre 2021 en réponse à son courriel daté du 3 novembre 2021³⁰. Il a énoncé les responsabilités de la prestataire envers l'employeur dans le contexte de la facilitation de son retour au travail³¹. Essentiellement, l'employeur voulait savoir s'il devrait prendre des mesures d'adaptation pour la prestataire et, le cas échéant, lesquelles, compte tenu des limitations médicales qu'elle pourrait avoir. L'échange entre la prestataire et son employeur n'était pas lié à la politique sur la vaccination.

²⁷ Voir les Renseignements supplémentaires concernant la demande de prestations, datés du 25 février 2022, à la page GD 3-27.

²⁸ Voir la note du médecin de famille datée du 10 mars 2022, à la page GD 3-99.

²⁹ Voir la lettre de l'employeur datée du 18 octobre 2021, à la page GD 3-76.

³⁰ Courriel de la prestataire daté du 3 novembre 2021, à la page GD3-84.

³¹ Voir la lettre de l'employeur datée du 4 novembre 2021, à la page GD 3-82.

○ **La prestataire a reçu sa première dose de vaccin à la mi-novembre 2021**

[64] La prestataire a tenté d'obtenir son premier vaccin le 15 novembre 2021. On la lui a refusée parce qu'elle n'était pas bien. Elle a reçu son premier vaccin deux jours plus tard, soit le 17 novembre 2021³².

[65] L'employeur a informé la Commission que, comme la prestataire n'avait reçu sa première dose qu'après le 15 novembre 2021, elle devrait attendre deux semaines après sa deuxième dose avant de pouvoir retourner au travail³³.

[66] La prestataire a déclaré qu'elle avait pris un rendez-vous pour une deuxième dose de vaccin le 15 décembre 2021³⁴. Toutefois, la prestataire a-t-elle déclaré, ce rendez-vous a été reporté au 12 janvier 2022, car les autorités de santé publique avaient déclaré qu'il valait mieux que les doses soient espacées de huit semaines³⁵. Elle a déclaré qu'elle pousserait son employeur à la laisser retourner au travail, sans avoir à purger une période d'attente de 14 jours après sa deuxième dose³⁶.

[67] La Commission a demandé à la prestataire pourquoi elle avait attendu jusqu'au 15 novembre 2021 pour se faire vacciner contre la COVID-19. La prestataire a répondu qu'elle [traduction] « était encore aux prises avec des problèmes de santé mentale et qu'elle était sous les soins de son médecin »³⁷.

[68] Comme l'a fait remarquer la division générale, le médecin de famille n'a pas déclaré que des raisons de santé avaient empêché la prestataire de se faire vacciner. La prestataire a témoigné que la question de la vaccination ne s'est tout simplement

³² Vers 1 h 35 min 50 s de l'enregistrement audio de l'audience devant la division générale, la prestataire a confirmé la date à laquelle elle a reçu sa première dose.

³³ Voir les Renseignements supplémentaires concernant la demande de prestations, datés du 2 mars 2022, à la page GD 3-45.

³⁴ Voir les Renseignements supplémentaires concernant la demande de prestations datés du 23 novembre 2021, à la page GD 3-22.

³⁵ Voir les Renseignements supplémentaires concernant la demande de prestations datés du 21 décembre 2021, à la page GD 3-24.

³⁶ Voir les Renseignements supplémentaires concernant la demande de prestations datés du 21 décembre 2021, à la page GD 3-24.

³⁷ Voir les Renseignements supplémentaires concernant la demande de prestations, datés du 1^{er} mars 2022, à la page GD 3-42.

pas posée avec son médecin³⁸. Elle s'est concentrée sur ses problèmes de santé mentale. Le médecin n'a donc pas abordé la question de la vaccination.

[69] La prestataire a témoigné qu'elle était parfois assaillie de pensées suicidaires³⁹. Elle a été en grande partie immobilisée pendant son congé de maladie, anéantie par ses problèmes de santé mentale au point où elle ne pouvait pas sortir du lit.

[70] Le fait que la prestataire était en grande partie alitée en raison de ses problèmes de santé mentale a démontré qu'elle souffrait d'un trouble de la santé grave et invalidant qui l'empêchait de travailler. Je conclus que ces problèmes l'ont également empêchée de se faire vacciner.

– Inconduite

[71] La division générale a établi le critère juridique pour l'inconduite. Elle a écrit ce qui suit :

[25] Pour qu'il y ait une inconduite au sens de la loi, la conduite doit être délibérée. Cela signifie que la conduite était consciente, voulue ou intentionnelle [référence omise]. L'inconduite doit aussi être une conduite si insouciant qu'elle frôle le caractère délibéré [référence omise]. La prestataire n'a pas à avoir une intention coupable (autrement dit, elle n'a pas à vouloir faire quelque chose de mal) pour que son comportement soit une inconduite au sens de la loi [référence omise].

[26] Il y a inconduite si la prestataire savait ou aurait dû savoir que sa conduite pouvait nuire à l'exécution de ses fonctions envers son employeur et qu'il existait une possibilité réelle de suspension pour cette raison [référence omise].

[72] Compte tenu de la gravité de l'état de santé de la prestataire, on ne peut pas dire que sa conduite a été délibérée. Ses troubles de santé mentale invalidants l'ont empêchée de prendre une décision consciente, délibérée ou intentionnelle au sujet de la vaccination.

³⁸ Voir la décision de la division générale au para 31.

³⁹ Approximativement entre 1 h 15 min 38 s et 1 h 19 min 10 de l'enregistrement audio de l'audience devant la division générale.

[73] La prestataire a suivi les recommandations de traitement. Lorsque son état de santé s'est amélioré, elle a pu s'occuper de sa vaccination afin de pouvoir retourner au travail le plus rapidement possible.

[74] La prestataire a reçu sa première dose du vaccin à la première occasion, le 17 novembre 2021. Elle s'attendait à être entièrement vaccinée avec une deuxième dose au plus tard à la mi-décembre 2021. Toutefois, elle affirme que les autorités sanitaires ont prolongé l'intervalle entre les doses et l'ont porté à huit semaines, de sorte que la prestataire n'a pu obtenir ses deux vaccins avant le 12 janvier 2022.

[75] L'employeur de la prestataire ne lui permettrait pas de retourner au travail tant qu'elle n'aurait pas reçu deux vaccins. La prestataire a dû rester en congé autorisé après le 17 novembre 2021. Malgré cela, je conclus qu'il n'y a pas eu d'inconduite de sa part.

- **Il n'y a pas eu d'inconduite dans le cas de la prestataire**

[76] Je conclus qu'il n'y a pas eu d'inconduite parce que la prestataire n'a pas été en mesure de se conformer aux exigences de son employeur en raison de la gravité de son état de santé. Elle n'a pas pris de décision consciente, délibérée ou intentionnelle, car sa santé mentale nuisait à sa capacité de se faire vacciner. Elle était rongée par des pensées suicidaires et était en grande partie alitée.

[77] La prestataire a également démontré qu'une fois que son état de santé ne l'a plus empêchée de se faire vacciner, elle a agi le plus rapidement possible pour tenter de satisfaire aux exigences de son employeur.

- **Y a-t-il inconduite si la conformité à une politique est requise pendant un congé pour raisons médicales?**

[78] Je reconnais qu'il y a aussi la question de savoir si un employeur peut effectivement imposer ses politiques à un employé qui est en congé pour raisons médicales. Autrement dit, peut-il y avoir une inconduite en lien avec le congé d'un employé pour raisons médicales?

[79] En l'espèce, pour avoir reçu les deux doses au 15 novembre 2021, la prestataire aurait dû se faire vacciner à un moment où elle était mentalement incapable de le faire. Il me semble qu'il n'y aurait pas d'inconduite dans les cas où un employé n'est pas en mesure de se conformer aux politiques ou aux règles de l'employeur pour des raisons liées à un congé pour raisons médicales. Toutefois, je n'ai pas pleinement examiné cette question.

[80] La Commission m'exhorte à renvoyer l'affaire à la division générale pour que la question soit pleinement débattue. J'estime qu'il n'est pas nécessaire de le faire dans le contexte des faits en l'espèce et je ne vois pas la nécessité de prolonger cette affaire.

– Disponibilité

[81] La prestataire doit encore prouver qu'elle était disponible pour travailler, mais qu'elle n'a pas été en mesure de trouver un emploi convenable lorsqu'elle était en congé.

[82] Il y a trois périodes distinctes aux fins de déterminer si la prestataire était disponible pour travailler : 1) entre le 16 novembre 2021 et le 15 décembre 2021, 2) entre le 16 décembre 2021 et le 12 janvier 2022 et 3) entre le 13 janvier 2022 et le 11 mars 2022.

[83] Comme je l'ai mentionné précédemment, dans le cadre de l'évaluation de la disponibilité, les facteurs suivants doivent être pris en compte :

- i. la question de savoir si la prestataire a exprimé le désir de retourner sur le marché du travail aussitôt qu'un emploi convenable lui serait offert;
- ii. la question de savoir si la prestataire a exprimé ce désir par des démarches pour se trouver un emploi convenable;
- iii. la question de savoir si la prestataire a fixé des conditions personnelles susceptibles de limiter indûment ses chances de réintégrer le marché du travail.

[84] La division générale a admis que la prestataire avait exprimé le désir de retourner sur le marché du travail aussitôt qu'un emploi convenable lui serait offert. Les parties n'ont pas contesté cette conclusion. Je n'ai donc pas à tenir compte de ce facteur.

[85] Je dois déterminer si la prestataire a fait des démarches raisonnables pour trouver un emploi convenable et si elle a établi des conditions personnelles qui auraient pu limiter indûment ses chances de réintégrer le marché du travail.

– **La disponibilité de la prestataire entre le 16 novembre 2021 et le 15 décembre 2021**

[86] Il y avait peu d'éléments de preuve devant la division générale concernant les types d'emploi qui seraient considérés comme étant convenables pour la prestataire. Mais personne ne conteste que la formation et l'expérience de travail de la prestataire étaient limitées.

[87] En novembre 2021, la prestataire travaillait comme préposée aux services de soutien à la personne depuis plus de 25 ans chez le même employeur. Son expérience de travail et sa formation n'étaient pas diversifiées. Elle a également déclaré qu'elle n'avait pas beaucoup de compétences⁴⁰. Il y avait donc tout simplement peu d'emplois convenables pour la prestataire à l'extérieur du milieu des soins de longue durée ou de la santé.

[88] La prestataire a témoigné qu'elle a postulé des emplois en novembre et au début de décembre 2021⁴¹. Elle a postulé un emploi dans une boulangerie et a communiqué avec quelques établissements de soins infirmiers. Elle a témoigné qu'elle n'avait postulé aucun emploi [traduction] « à l'extérieur de [son] domaine »⁴².

⁴⁰ Approximativement entre 1 h 22 min 25 s et 1 h 23 min 14 s de l'enregistrement audio de l'audience devant la division générale.

⁴¹ Approximativement entre 1 h 21 min 50 s et 1 h 23 min 55 s de l'enregistrement audio de l'audience devant la division générale.

⁴² À environ 1 h 23 min 10 s de l'enregistrement audio de l'audience devant la division générale.

[89] Je conclus que les démarches de recherche de la prestataire pour trouver un emploi convenable du 16 novembre au 15 décembre 2021 étaient suffisantes⁴³, compte tenu du délai assez court et des types d'emploi qui lui convenaient. En fin de compte, la prestataire n'a pas satisfaisait aux exigences des établissements de soins, car elle n'était pas entièrement vaccinée à l'époque.

[90] La division générale a conclu que la prestataire avait établi des conditions personnelles parce qu'elle attendait de retourner travailler chez son employeur habituel. On ne peut dire avec certitude quelle période était visée par les conclusions de la division générale, mais le fait que la prestataire cherchait activement du travail en novembre et au début de décembre 2021 montre qu'elle n'a pas établi cette condition personnelle à ce moment-là.

[91] Je conclus que la prestataire était disponible pour travailler entre le 16 novembre et le 15 décembre 2021.

– La disponibilité de la prestataire entre le 16 décembre 2021 et le 12 janvier 2022

[92] La prestataire avait pris rendez-vous pour recevoir sa deuxième dose le 15 décembre 2021. Mais, à un certain moment, les autorités sanitaires provinciales ont prolongé l'intervalle entre la première et la deuxième dose. Son rendez-vous a donc été reporté à la mi-janvier 2022.

[93] On ne peut dire avec certitude, sur le fondement de la preuve, à quel moment la prestataire a appris que l'intervalle entre les doses avait été prolongé. Mais la prestataire devait savoir au moins au 15 décembre 2021 qu'elle ne retournerait pas au travail ce mois-là et qu'elle n'y retournerait que lorsqu'elle aurait reçu sa deuxième dose.

⁴³ La division générale a conclu que les démarches de recherche d'emploi de la prestataire étaient insuffisantes, mais elle a utilisé une période plus longue, soit jusqu'en mars 2022. Elle n'a apparemment pas tenu compte de ce qui constituait un emploi convenable pour la prestataire, compte tenu de son expérience de travail et de sa formation.

[94] Ainsi, sachant qu'elle n'exercerait pas son emploi habituel entre le 16 décembre 2021 et le 12 janvier 2022, la prestataire devait démontrer qu'elle était disponible pour travailler pendant cette période.

[95] Il n'y a aucune preuve ni aucune indication de la prestataire qu'elle a entrepris des démarches pour trouver un emploi convenable dans cette période. Bien qu'elle ait pu avoir une expérience de travail et une formation limitées, elle n'a pas, par exemple, évalué quelque possibilité d'emploi que ce soit, réseauté, communiqué avec des employeurs potentiels ou autre.

[96] Pour cette raison, je conclus que la prestataire n'était pas disponible pour travailler aux fins de la *Loi* du 16 décembre 2021 au 12 janvier 2022.

– **La disponibilité de la prestataire entre le 13 janvier et le 11 mars 2022**

[97] Les parties n'ont pas contesté la conclusion de la division générale selon laquelle la politique de l'employeur sur le troisième vaccin contre la COVID-19 n'était pas claire.

[98] La prestataire a envoyé un courriel à son employeur le 13 janvier 2022 pour confirmer qu'elle pourrait retourner au travail le 26 janvier 2022. Toutefois, son employeur l'a informée qu'il avait une nouvelle politique. Tous les employés qui étaient en congé devaient dorénavant recevoir une troisième dose avant de retourner au travail. La prestataire ne pourrait donc pas retourner au travail avant le 6 avril 2022⁴⁴.

[99] J'accepte la conclusion de la division générale selon laquelle la politique mise à jour de l'employeur n'était pas claire. Malgré la politique mise à jour, la prestataire a continué de croire qu'elle retournerait bientôt au travail. D'une part, certains de ses collègues de travail qui n'avaient pas de troisième dose travaillaient. D'autre part, l'employeur de la prestataire manquait de personnel et cherchait des employés qui accepteraient des quarts de travail supplémentaires.

⁴⁴ Voir les Renseignements supplémentaires concernant la demande de prestations, datés du 25 février 2022, à la page GD 3-27.

[100] Dans ce contexte, il n'était pas nécessaire que la prestataire cherche du travail. En raison des messages portant à confusion de son employeur, la prestataire a raisonnablement (même s'il s'agissait d'une erreur) compris que son employeur la laisserait retourner au travail dès qu'elle aurait reçu sa deuxième dose. Elle souligne le fait que des collègues de travail sont retournés sur le marché du travail sans avoir à attendre deux semaines après un deuxième vaccin.

[101] La question de savoir si la prestataire a établi des conditions personnelles entre le 12 janvier et le 11 mars 2022 n'est pas pertinente, compte tenu du fait que la prestataire s'attendait à retourner au travail peu après le 12 janvier 2022.

– **Résumé de la question de la disponibilité**

[102] La prestataire était disponible pour travailler entre le 16 novembre et le 15 décembre 2021, période au cours de laquelle elle cherchait activement du travail.

[103] En ce qui concerne la période comprise entre le 13 janvier et le 11 mars 2022, l'employeur a conclu qu'il accueillait de nouveau les employés au travail. La prestataire s'attendait raisonnablement à retourner au travail bientôt. Donc, de ce point de vue, l'absence de démarches de recherche d'emploi était en fait raisonnable. Cela signifiait qu'elle était disponible pour travailler.

[104] La prestataire n'était pas disponible pour travailler du 16 décembre 2021 au 12 janvier 2022, période au cours de laquelle elle n'a cherché activement aucun emploi. Elle est inadmissible au bénéfice des prestations d'assurance-emploi pour cette période.

Conclusion

[105] Je fais droit à l'appel en grande partie.

[106] Il n'y a pas eu d'inconduite dans le cas de la prestataire. Elle avait des problèmes de santé mentale qui l'empêchaient d'agir volontairement.

[107] La prestataire était disponible pour travailler après le 15 novembre 2021, sauf du 16 décembre 2021 au 12 janvier 2022. Elle savait que son employeur ne la laisserait pas retourner au travail, mais elle n'a entrepris aucune démarche de recherche d'emploi pendant cette période. Elle n'est pas admissible au bénéfice des prestations d'assurance-emploi pour cette période seulement.

Janet Lew
Membre de la division d'appel