



[TRADUCTION]

Citation : *Commission de l'assurance-emploi du Canada c AL*, 2023 TSS 1032

Tribunal de la sécurité sociale du Canada Division d'appel

Décision

Partie appelante : Commission de l'assurance-emploi du Canada
Représentante : Dani Grandmaître

Partie intimée : A. L.
Représentant : Philip Cornish

Décision portée en appel : Décision rendue par la division générale le
14 décembre 2022 (GE-22-1889)

Membres du Tribunal : Pierre Lafontaine
Janet Lew
Neil Nawaz

Mode d'audience : Vidéoconférence
Date de l'audience : Le 23 mai 2023
Personnes présentes à l'audience : Représentante de l'appelante
Intimée
Représentant de l'intimée

Date de la décision : Le 1^{er} août 2023
Numéro de dossier : AD-23-13

Décision

[1] L'appel est accueilli. La division générale a fait une erreur de droit, car elle a mal interprété le sens du terme « inconduite » tel qu'il est utilisé dans la *Loi sur l'assurance-emploi*. Nous rendons la décision que la division générale aurait dû rendre et nous excluons la prestataire du bénéfice des prestations d'assurance-emploi.

Aperçu

[2] La prestataire, A. L., travaillait comme commis à l'inscription des patients pour X, un réseau d'hôpitaux dans l'est de l'Ontario.

[3] Le 29 octobre 2021, X a placé la prestataire en congé sans solde parce qu'elle a refusé de confirmer qu'elle s'était fait vacciner contre la COVID-19¹. La Commission de l'assurance-emploi du Canada a refusé de lui verser des prestations d'assurance-emploi, car elle a conclu que le non-respect de la politique de vaccination de l'employeur constituait une inconduite.

[4] La prestataire a porté le refus de la Commission en appel devant le Tribunal de la sécurité sociale. Après l'audience en personne, la division générale du Tribunal a accueilli l'appel. Elle a conclu qu'il n'y avait pas eu d'inconduite de la part de la prestataire. Elle a jugé que cette dernière n'avait pas manqué à une obligation résultant expressément ou implicitement de son contrat de travail. Elle a décidé que la convention collective de la prestataire lui donnait le droit de refuser la vaccination. Elle a estimé que les droits constitutionnels de la prestataire avaient été violés.

[5] La Commission n'était pas d'accord avec la décision de la division générale. Elle a donc demandé la permission de faire appel à la division d'appel. Selon la Commission, la division générale a fait les erreurs suivantes :

- Elle a interprété la notion d'inconduite d'une façon incompatible avec la *Loi sur l'assurance-emploi* et la jurisprudence pertinente.

¹ La prestataire a été congédiée le 13 novembre 2021.

- Elle a conclu que la politique de vaccination de l'employeur n'était pas une obligation résultant de façon expresse ou implicite du contrat de travail de la prestataire.
- Elle a agi au-delà de ses pouvoirs en concluant que la politique de vaccination de X contrevenait aux conditions de la convention collective de la prestataire.

[6] La division d'appel a donné à la Commission la permission de faire appel. Elle a jugé qu'il était possible de soutenir, entre autres, que la division générale avait excédé son pouvoir lorsqu'elle a conclu que la politique contrevenait aux dispositions de la convention collective. Plus tôt cette année, un comité formé de trois membres de la division d'appel a organisé une audience pour faire le tour des questions en litige.

[7] Après avoir examiné les arguments des deux parties, nous concluons que la décision de la division générale doit être annulée.

Question en litige

[8] Il y a quatre moyens d'appel à la division d'appel. La partie appelante doit démontrer que la division générale a fait l'une des choses suivantes² :

- elle a agi de façon injuste;
- elle a outrepassé ses pouvoirs ou refusé de les exercer;
- elle a mal interprété la loi;
- elle a fondé sa décision sur une erreur de fait importante.

[9] Dans le présent appel, nous devons décider si l'une ou l'autre des affirmations de la Commission correspondait à au moins l'un des moyens d'appel mentionnés ci-dessus et, si la réponse est oui, nous devons voir si elles étaient fondées.

² Selon l'article 58(1) de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*.

Analyse

[10] La division générale a conclu que le refus de la prestataire de se faire vacciner ne constituait pas une inconduite au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*. Elle a fondé sa décision sur les conclusions suivantes :

- Aucune loi fédérale ou provinciale n'obligeait qui que ce soit à se faire vacciner contre la COVID-19.
- La convention collective et le contrat de travail de la prestataire ne contenaient aucune obligation explicite ou implicite de se faire vacciner contre la COVID-19.
- La prestataire n'était pas obligée de se conformer à toutes les politiques de son employeur, pas même à la vaccination obligatoire.
- La prestataire avait le droit, sous le régime de la common law et de sa convention collective, de refuser tout vaccin recommandé ou requis.
- L'employeur a ouvert de façon unilatérale la convention collective de la prestataire et imposé une nouvelle condition essentielle à l'emploi sans son consentement ou celui de son syndicat.
- La Commission ne s'est pas acquittée de sa responsabilité, c'est-à-dire de prouver qu'en choisissant de ne pas se faire vacciner, la prestataire a manqué à une obligation explicite ou implicite envers son employeur.

[11] La division d'appel a examiné la décision de la division générale ainsi que le droit applicable et les éléments de preuve qui l'ont menée à cette décision. Nous avons conclu que la division générale avait fait deux erreurs connexes. Tout d'abord, elle a mal interprété la notion d'inconduite au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*. Ensuite, elle est allée au-delà de ses pouvoirs en décidant du bien-fondé d'un grief entre un employeur et son employée.

La division générale a mal interprété le sens du terme « inconduite »

[12] Il est important de garder à l'esprit qu'aux fins de l'assurance-emploi, le terme « inconduite » a un sens précis qui ne correspond pas nécessairement à celui du mot qu'on utilise au quotidien. Une personne peut être exclue du bénéfice des prestations d'assurance-emploi en raison d'une inconduite, mais cela ne veut pas nécessairement dire qu'elle a « mal » agi³.

[13] Selon la loi, l'inconduite se résume à deux éléments : 1) la personne a délibérément enfreint la politique de son employeuse ou employeur et 2) elle savait que la violation pouvait entraîner une suspension ou un congédiement. La division générale a fait une erreur quand elle a conclu que, même si ces deux éléments étaient prouvés, une personne pouvait tout de même ne pas être coupable d'inconduite si la politique de son employeur était illégale ou incompatible avec les conditions du contrat de travail.

– Une inconduite est tout geste intentionnel qui est susceptible d'entraîner la perte d'un emploi

[14] L'objet (le but) de la *Loi sur l'assurance-emploi* est de protéger les personnes qui perdent leur emploi de façon involontaire, et non celles qui sont responsables de la perte de leur emploi. La *Loi* prévoit qu'un prestataire « est exclu du bénéfice des prestations s'il perd un emploi en raison de son inconduite⁴ ». La *Loi* ne définit pas l'inconduite, mais les cours ont interprété le terme⁵.

³ Dans la décision *Karelia c Canada (Ressources humaines et Développement des compétences)*, 2012 CAF 140, la Cour d'appel fédérale a expliqué qu'il importait peu de savoir si l'employé pouvait être « blâmé » pour la conduite à l'origine de son congédiement. Selon la Cour, « [la] conduite pertinente est celle liée à l'emploi ».

⁴ Selon l'article 30 de la *Loi sur l'assurance-emploi*.

⁵ Dans ses observations écrites, la prestataire a fait valoir que, comme la *Loi sur l'assurance-emploi* ne définit pas l'inconduite, le terme devrait « s'interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit » conformément aux instructions données par la Cour suprême du Canada dans la décision *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, 1998 CanLII 837 (CSC), [1998] 1 RCS 27. Nous sommes d'accord pour dire que, comme elle apporte une solution de droit, la *Loi sur l'assurance-emploi* s'interprète de façon large dans la mesure du possible. Mais il est important de se rappeler que l'affaire *Rizzo* porte surtout sur les principes d'interprétation **des lois**. Même si la *Loi sur l'assurance-emploi* ne précise pas ce qu'est une inconduite, les cours ont comblé le vide en déterminant le concept par l'établissement d'un critère détaillé comportant plusieurs volets. En tant que membres d'un tribunal administratif, nous avons l'obligation d'appliquer ce critère.

[15] La Cour d'appel fédérale a confirmé que, pour qu'il y ait inconduite, il faut que la conduite soit délibérée. En d'autres termes, elle doit être consciente, voulue ou intentionnelle⁶. L'inconduite comprend aussi une conduite qui est si insouciance qu'elle est presque délibérée.

[16] Il y a inconduite si les prestataires savaient ou auraient dû savoir que leur conduite pouvait les empêcher de remplir leurs obligations envers leur employeur et que la possibilité de se faire congédier pour cette raison était bien réelle.

[17] Il doit y avoir un lien de causalité entre l'inconduite reprochée aux prestataires et leur emploi. L'inconduite doit donc constituer un manquement à une obligation résultant expressément ou implicitement du contrat de travail⁷.

– L'inconduite n'a rien à voir avec ce qu'un employeur fait ou non

[18] Selon la division générale, l'obligation de se faire vacciner contre la COVID-19 ne correspondait pas à une obligation implicite. En effet, l'employeur de la prestataire n'a pas pris le temps de négocier l'ajout d'une partie (addendum) à la convention collective pour rendre la vaccination obligatoire d'une façon claire et nette⁸. Nous percevons ici un soupçon de raisonnement circulaire – la division générale semble suggérer qu'il ne peut pas y avoir d'obligation implicite sans que les parties manifestent l'intention de la rendre explicite.

[19] Cependant, l'analyse de la division générale comporte un plus gros problème : elle remet en question la façon dont l'employeur a d'abord mis en œuvre sa politique de vaccination contre la COVID-19.

Dans cette affaire, l'employeur a ouvert unilatéralement la convention collective de la prestataire et a imposé une nouvelle condition d'emploi essentielle sans son consentement ni celui de l'équipe de négociation. En fait, il a instauré une politique sans

⁶ Voir la décision *Mishibinijima c Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 36 et la décision *Canada (Procureur général) c Secours*, [1995] FCJ n° 210.

⁷ Voir la décision *Canada (Procureur général) c Lemire*, 2010 CAF 314. Voir aussi la décision *Canada (Procureur général) c Brissette (CA)*, 1993 CanLII 3020 (CAF), [1994] 1 CF 684 : « Il peut s'agir d'une condition morale ou matérielle explicite ou implicite. »

⁸ Voir le paragraphe 47 de la décision de la division générale.

consultation et sans égard au contrat de travail déjà signé. Cette modification a établi une nouvelle exigence essentielle (vaccination ou exemption valide), puisqu'à défaut d'être vaccinée ou d'obtenir une exemption autorisée, une personne risquait d'être congédiée. La prestataire n'avait pas d'autre choix que de remplir la condition pour conserver son emploi⁹.

[20] Ce passage semble indiquer que la division générale a confondu des concepts juridiques distincts. Se demander s'il existe une obligation explicite ou implicite est une chose. C'en est une autre de se demander si l'obligation a été imposée de façon valable. Le deuxième point dépasse le cadre de la législation relative à l'assurance-emploi.

[21] Il y a inconduite quand, de façon intentionnelle, on ne respecte pas une obligation expresse ou implicite et qu'on perd son emploi pour cette raison. Lorsqu'elle a décidé que l'employeur de la prestataire avait imposé unilatéralement une « nouvelle condition d'emploi essentielle », la division générale a mis l'accent sur les faits et gestes de l'employeur au lieu de regarder la conduite de l'employée. C'est une erreur de droit.

[22] Le rôle de la division générale n'est pas de décider si la politique de l'employeur est équitable ou légale. Son rôle est de voir si les faits et gestes de l'employée répondent au critère essentiel de l'inconduite au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*¹⁰. Il n'appartient pas au Tribunal de décider si l'employeur avait tort de congédier la prestataire ou s'il a violé ses droits de la personne. Ces questions relèvent d'autres autorités.

– Il n'est pas nécessaire que la politique de l'employeur tire son origine de la loi

[23] Comme nous l'avons mentionné, la division générale a conclu que la politique de vaccination de X n'était pas une obligation qui résultait de façon implicite du contrat de travail de la prestataire. Elle a fondé cette conclusion sur le fait que les lois provinciales et fédérales n'obligeaient personne à se faire vacciner contre la COVID-19.

⁹ Voir le paragraphe 52 de la décision de la division générale.

¹⁰ Voir la décision *Canada (Procureur général) c Lemire*, 2010 CAF 314.

[24] Plus précisément, la division générale a fait référence à une directive de l'Ontario : la directive n° 6 exigeait que les établissements de soins de santé de la province adoptent, mettent en œuvre et appliquent une politique de vaccination contre la COVID-19. La division générale a souligné que, même si la directive n° 6 avait forcé les établissements de soins de santé à élaborer une politique, elle n'imposait pas à leur personnel l'obligation absolue de se faire vacciner. Ainsi, l'employeur de la prestataire avait rendu la vaccination obligatoire sans avoir à le faire.

[25] La division générale a conclu que, comme la vaccination était « volontaire », la prestataire n'avait pas manqué à une obligation explicite ou implicite envers son employeur¹¹. Par contre, le droit qu'avait la prestataire de refuser le vaccin contre la COVID-19 n'était pas un élément pertinent dans l'analyse de l'inconduite. Le gouvernement n'obligeait pas la prestataire à se faire vacciner. C'est son employeur qui le lui demandait. Ensuite, la division générale s'est demandé jusqu'où l'employeur pouvait aller dans l'application de sa politique de vaccination. Mais ce n'était pas la bonne question à se poser.

[26] Les employeuses et les employeurs sont responsables de la gestion des activités quotidiennes dans le milieu de travail. Rien ne les force à justifier par une loi précise chaque politique élaborée à cette fin¹². En faisant un lien entre l'inconduite et le fondement légal de la politique de vaccination de X, la division générale a ignoré une nouvelle fois la jurisprudence établie qui précise que la conduite d'un employeur n'est pas en cause.

– Une activité légale peut constituer une inconduite

[27] La division générale a laissé entendre que le droit de refuser de se faire vacciner en tant que citoyenne donnait aussi à la prestataire le droit de refuser la vaccination en tant qu'employée sans subir aucune conséquence. Par la suite, la division générale a conclu que l'exercice d'un droit légal ne pouvait pas être considéré comme une inconduite : « En effet, je n'ai pas pu trouver une seule affaire où une partie prestataire

¹¹ Voir les paragraphes 62 et 63 de la décision de la division générale.

¹² Voir la décision *Dubeau c Canada (Procureur général)*, 2019 CF 725.

avait posé un geste permis selon la loi, et où l'on a tout de même conclu à l'inconduite simplement parce que le geste avait été jugé délibéré¹³. »

[28] La loi n'est toutefois pas aussi limpide que la division générale semble le croire. Dans de nombreuses affaires, on a jugé que les personnes qui demandaient de l'assurance-emploi étaient coupables d'inconduite alors qu'elles avaient simplement exercé une activité légitime ou un droit légal, sans plus. En voici quelques exemples :

- Il y a eu une conclusion d'inconduite après que l'employée d'un établissement métis a exprimé dans les médias sociaux son désaccord au sujet des salaires du conseil et a publié en ligne un règlement modifié (qui était déjà public¹⁴).
- Il y a eu une conclusion d'inconduite dans le cas d'une finisseuse d'armoires de cuisine qui a emporté son téléphone à la salle de bain, ce qui violait une politique interdisant explicitement un tel comportement¹⁵.
- Il y a eu une conclusion d'inconduite après qu'un opérateur de machine a désobéi à un ordre de son patron, qui lui demandait de cesser de porter un masque orné d'un drapeau des confédérés (il a soutenu que c'était un symbole de fierté, et non de haine¹⁶).

[29] Dans chacune de ces affaires, la personne a été exclue du bénéfice des prestations d'assurance-emploi même si, en contrevenant à une règle ou à une politique, elle exerçait un droit légal.

– L'assurance-emploi ne vise pas la réparation des torts subis au travail

[30] Souvent, les personnes qui acceptent un emploi renoncent de façon volontaire à certains droits. Par exemple, elles peuvent accepter de se soumettre régulièrement à des tests de dépistage. Ou elles peuvent, en toute connaissance de cause, renoncer à

¹³ Voir le paragraphe 79 de la décision de la division générale.

¹⁴ Voir la décision *TT c Commission de l'assurance-emploi du Canada*, 2023 TSS 81.

¹⁵ Voir la décision *CS c Commission de l'assurance-emploi du Canada*, 2017 TSSDAE 406.

¹⁶ Voir la décision *MT c Commission de l'assurance-emploi du Canada*, 2021 TSS 506.

une partie de leur droit à la liberté d'expression, comme au droit de critiquer publiquement l'organisation qui les emploie.

[31] Pendant la durée de l'emploi, l'organisation peut tenter d'imposer des politiques qui empiètent sur les droits de son personnel, mais chaque personne est libre de quitter son emploi si elle souhaite exercer pleinement ses droits. Si elle estime qu'une nouvelle politique viole son contrat de travail ou sa convention collective, elle peut déposer un grief ou poursuivre l'organisation pour congédiement injustifié. Si elle croit qu'une nouvelle politique viole son intégrité physique ou sa liberté d'expression, elle peut traîner l'organisation devant la cour ou un tribunal des droits de la personne. Par contre, le régime d'assurance-emploi n'offre pas les recours juridiques qui permettent de régler de tels différends¹⁷.

[32] La Cour fédérale a confirmé que, même si une personne a un motif légitime de porter plainte contre son employeur, « il n'appartient pas aux contribuables canadiens de faire les frais de la conduite fautive de l'employeur par le biais des prestations d'assurance-emploi¹⁸ ».

– La décision de la division générale s'écarte des principes établis par la jurisprudence

[33] Il fallait que la division générale évalue les faits et gestes de la prestataire pour décider :

- si elle était au courant de la politique de son employeur;
- si elle a ignoré de façon délibérée la politique de son employeur;
- si elle connaissait ou aurait dû connaître les conséquences du non-respect de la politique de son employeur.

[34] Toutefois, comme nous l'avons vu, la division générale n'a pas évalué ce que la prestataire a fait. Elle a plutôt cherché à savoir si la conduite de l'employeur était

¹⁷ Voir la décision *Paradis c Canada (Procureur général)*, 2016 CF 1282.

¹⁸ Voir la décision *Dubeau c Canada (Procureur général)*, 2019 CF 725.

appropriée. Son analyse s'est écartée de la jurisprudence d'application obligatoire ainsi que de la jurisprudence établie par le Tribunal au sujet de l'inconduite.

[35] Cette jurisprudence ramène constamment les mêmes principes sur la table :

- Il y a inconduite quand on enfreint une règle ou une politique établie par son employeuse ou employeur.
- Le critère relatif à l'inconduite porte sur les faits et gestes de la personne employée, et non sur ceux de l'organisation qui l'emploie¹⁹.
- La règle ou la politique peut être explicite ou implicite²⁰.
- Il faut que la violation de la règle ou de la politique soit intentionnelle ou d'une telle insouciance qu'elle est presque intentionnelle²¹.
- Il faut que la personne sache que le non-respect de la règle ou de la politique pourrait nuire à ses fonctions et entraîner sa suspension ou son congédiement²².

[36] Comme la loi réduit l'évaluation de l'inconduite à quelques questions précises, la division générale n'avait pas le pouvoir de décider si la politique de vaccination de l'employeur était raisonnable ou équitable. Elle ne pouvait pas non plus décider si la politique contredisait le contrat de travail de la prestataire ni si elle violait ses droits constitutionnels ou ses droits de la personne.

[37] La division générale n'avait pas non plus le pouvoir de décider si l'employeur aurait dû offrir à la prestataire une exemption médicale ou religieuse ou s'il aurait dû tenir compte de sa réticence à se faire vacciner²³.

¹⁹ Voir la décision *Canada (Procureur général) c Bedell*, (CAF), [1984] ACF n° 515.

²⁰ Voir la décision *Canada (Procureur général) c Lemire*, 2010 CAF 314.

²¹ Voir la décision *Mishibinijima c Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 36 et la décision *McKay-Eden c Sa Majesté La Reine*, A-402-96.

²² Voir la décision *Mishibinijima c Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 36 et la décision *Nelson c Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 22.

²³ Voir la décision *Mishibinijima c Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 36.

[38] De plus, la division générale n'a pas expliqué pourquoi elle ne respectait pas la jurisprudence actuelle. Selon la Cour suprême du Canada, une décision raisonnable est une décision a) qui est fondée sur une analyse intrinsèquement (de nature) cohérente et rationnelle et b) qui est justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles est assujettie la personne qui rend la décision²⁴. Dans la présente affaire, la division générale a mis de côté certaines des contraintes juridiques que comporte l'analyse de l'inconduite aux fins de l'assurance-emploi.

– Une affaire récente met en doute l'approche adoptée par la division générale pour évaluer l'inconduite

[39] Dans une décision récente, la Cour fédérale a confirmé la définition habituellement stricte de l'inconduite dans le contexte précis de l'obligation de se faire vacciner contre la COVID-19. Comme dans le cas qui nous occupe, l'affaire *Cecchetto* portait sur le refus d'un prestataire de l'assurance-emploi de suivre la politique de vaccination contre la COVID-19 que son employeur avait imposée de façon unilatérale²⁵.

[40] La Cour fédérale a confirmé que le Tribunal n'est pas autorisé à se pencher sur l'équité ou la légitimité du fondement de la politique de vaccination d'une organisation :

[traduction]

Malgré les arguments du demandeur, le fait que la division d'appel n'a pas évalué le bien-fondé, la légitimité ou la légalité de la directive n° 6 ni rendu de décision à ce sujet ne justifie pas l'annulation de sa décision. Ce genre de conclusion ne relevait ni du mandat ni de la compétence du Tribunal de la sécurité sociale, que ce soit à la division d'appel ou à la division générale²⁶.

[41] La Cour a convenu que, lorsqu'il a fait le choix délibéré de ne pas suivre la politique de vaccination, M. Cecchetto a manqué à une obligation envers son

²⁴ Voir le paragraphe 85 de la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65.

²⁵ Voir la décision *Cecchetto c Canada (Procureur général)*, 2023 CF 102 (en anglais seulement).

²⁶ Voir le paragraphe 48 de la décision *Cecchetto c Canada (Procureur général)*, 2023 CF 102, où sont citées la décision *Canada (Procureur général) c Caul*, 2006 CAF 251 et la décision *Canada (Procureur général) c Lee*, 2007 CAF 406.

employeur et a donc perdu son emploi en raison d'une inconduite au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*²⁷. La Cour a précisé que le système juridique offrait d'autres voies par lesquelles M. Cecchetto aurait pu porter plainte pour congédiement injustifié ou atteinte aux droits de la personne.

[42] Il se trouve que M. Cecchetto était au courant du dossier de la prestataire et de la décision de la division générale qui fait l'objet du présent appel. Devant la Cour fédérale, il l'a utilisée pour faire valoir que lui aussi avait droit aux prestations d'assurance-emploi même s'il avait refusé de se conformer à la politique de vaccination de son employeur.

[43] Dans ses motifs, la Cour a reconnu la décision de la division générale, mais elle l'a jugée peu convaincante parce que a) elle n'était pas d'application obligatoire et b) elle portait sur ce que la Cour a décrit comme des [traduction] « faits très différents » de la situation de M. Cecchetto²⁸. Voici une différence importante : la Cour a souligné que la politique de l'employeur dans la présente affaire ne permettait aucune exemption ni solution de rechange à la vaccination. En revanche, M. Cecchetto a perdu son emploi parce qu'il n'avait pas respecté l'obligation de se soumettre chaque semaine à des tests antigéniques et de fournir les résultats négatifs à son employeur.

[44] La Cour fédérale a fait ces remarques en passant, mais nous acceptons sa conclusion voulant que l'affaire de la prestataire ait un [traduction] « fondement factuel essentiellement différent » de celle de M. Cecchetto. Par contre, cela n'empêche pas la décision *Cecchetto* d'être pertinente pour l'analyse de la présente affaire. Même si la décision *Cecchetto* fait état de faits qui lui sont propres, elle confirme le principe selon lequel le rôle de la division générale n'est pas de juger la conduite d'une employeuse ou d'un employeur qui tente d'établir et d'appliquer ses politiques internes. Elle confirme

²⁷ Voir le paragraphe 30 de la décision *Cecchetto c Canada (Procureur général)*, 2023 CF 102 (en anglais seulement), qui mentionne la décision *Canada (Procureur général) c Bellavance*, 2005 CAF 87.

²⁸ La Cour fédérale a fait référence à la décision qui fait l'objet du présent appel à l'aide de sa citation neutre : *AL c Commission de l'assurance-emploi du Canada*, 2022 TSS 1428.

aussi que la division générale n'a pas le pouvoir de vérifier si de telles politiques sont équitables ou légales²⁹.

– **Le fait que la division générale cite correctement les dispositions de la loi ne suffit pas**

[45] Il semble important de souligner que, malgré ses lacunes, la décision de la division générale contient de nombreux énoncés juridiques qui sont, à première vue, corrects. Dans plus d'une section, la division générale a résumé et cité avec exactitude des principes juridiques fondamentaux, mais elle les a ensuite ignorés ou déformés dans son analyse.

[46] À un moment donné, la division générale a écrit qu'elle pouvait seulement examiner le comportement de l'employée³⁰. Mais elle passe ensuite une bonne partie de sa décision à expliquer comment, à son avis, l'employeur de la prestataire a imposé une nouvelle condition d'emploi de façon unilatérale et injustifiée.

[47] À un autre endroit, la division générale a écrit ceci :

Je n'ai pas à examiner les actions de l'employeur. **Pour savoir si la politique de l'employeur est légale, si elle enfreint la *Charte canadienne des droits et libertés* ou si elle est déraisonnable, la prestataire doit s'adresser à une autre instance compétente.** Je suis limité à examiner la façon d'agir de la prestataire et à décider si elle peut être qualifiée d'inconduite au sens de la *Loi*³¹ [c'est moi qui souligne].

[48] Cet énoncé est jusque-là exact. Cependant, quelques lignes plus loin, la division générale poursuit ainsi :

Je le répète : je n'ai pas à examiner les actions de l'employeur. **Mais la prestataire soulève un point pertinent concernant son droit à l'intégrité physique.**

²⁹ Voir le paragraphe 32 de la décision *Cecchetto c Canada (Procureur général)*, 2023 CF 102 (en anglais seulement).

³⁰ Voir le paragraphe 18 de la décision de la division générale, qui cite la décision *Paradis c Canada (Procureur général)*, 2016 CF 1282.

³¹ Voir le paragraphe 70 de la décision de la division générale.

[...]

La common law canadienne reconnaît depuis longtemps qu'une personne a le droit de contrôler les interventions sur son corps. Il revient à chaque personne de décider des traitements médicaux qu'elle accepte.

La common law confirme que la prestataire a un fondement juridique (un « droit ») pour ne pas accepter un traitement médical, y compris la vaccination. Si la vaccination est donc volontaire, la prestataire a le choix de l'accepter ou de la refuser³² [c'est moi qui souligne].

[49] La division générale a décidé que la prestataire avait le droit d'accepter ou non un traitement médical. Elle a conclu que son refus de se faire vacciner ne pouvait pas être considéré comme un geste répréhensible qui l'exclurait du bénéfice des prestations d'assurance-emploi.

[50] Les personnes qui rendent une décision ne peuvent pas s'en tenir à énoncer correctement la loi. Elles doivent aussi l'appliquer correctement. Dans la présente affaire, la division générale a affirmé à juste titre qu'elle ne pouvait pas décider si la politique de l'employeur violait les droits que la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à la prestataire. Mais, dans la suite de son analyse, c'est précisément ce qu'elle a fait.

– La division générale a fait une erreur de droit, et non une erreur mixte de fait et de droit

[51] Il est bien établi que la division d'appel ne peut pas examiner les questions mixtes de fait et de droit³³. La prestataire affirme que la division générale a fait une erreur mixte de fait et de droit, et pas seulement une erreur de droit, comme l'avance la Commission.

[52] Selon la prestataire, la principale conclusion de la division générale était que la Commission ne s'est pas acquittée de sa responsabilité de prouver qu'il y avait eu

³² Voir les paragraphes 73, 75 et 76 de la décision de la division générale.

³³ Voir la décision *Garvey c Procureur général du Canada*, 2018 CAF 118, la décision *Cameron c Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 100 et la décision *Quadir c Procureur général du Canada*, 2018 CAF 21.

inconduite de sa part. Elle soutient que, comme cette conclusion était fondée à la fois sur des conclusions de fait et sur l'interprétation du droit, elle dépassait la portée du mandat de la division d'appel.

[53] Nous jugeons que cet argument n'est pas convaincant. Chaque affaire présentée à la division générale entraîne l'analyse des lois en vigueur et l'évaluation de la preuve disponible. Lorsque la division générale donne une interprétation particulière de la loi, elle doit l'appliquer aux faits établis par la preuve.

[54] C'est ce qui s'est produit dans la présente affaire, même s'il semble qu'aucun des faits importants n'était contesté. Les parties s'entendent sur deux choses. Premièrement, la prestataire était au courant de la politique de vaccination de son employeur. Deuxièmement, elle a désobéi de façon intentionnelle tout en sachant qu'il y aurait des conséquences. Le désaccord des parties porte sur des questions de droit uniquement, plus précisément sur le sens exact du terme inconduite et sur la question de savoir s'il faut qu'une obligation implicite soit une condition essentielle à l'emploi.

[55] Selon la prestataire, dont l'interprétation des moyens d'appel est erronée, la plupart des affaires qui sont soumises à la division d'appel lui seraient interdites parce qu'elles soulèvent des questions mixtes de fait et de droit. Suivant sa conclusion logique, la position de la prestataire empêcherait effectivement la division d'appel d'intervenir, sauf dans les affaires où la justice naturelle est en cause. Un tel résultat serait absurde et nous doutons que l'intention du Parlement allait en ce sens.

La division générale a excédé son pouvoir

[56] Lorsqu'il s'agit d'évaluer l'inconduite, le Tribunal ne peut pas examiner le bien-fondé d'un différend entre une personne et l'organisation pour laquelle elle travaille. Cette interprétation de la *Loi sur l'assurance-emploi* peut sembler injuste à la prestataire, mais c'est celle que les cours ont adoptée à maintes reprises et que la division générale était obligée de suivre.

[57] Le critère de l'inconduite vise à décider si les prestataires savaient ou auraient dû savoir que leur conduite entraînerait un congédiement. La personne qui rend la

décision ne doit pas tenir compte de la conduite de l'employeuse ou de l'employeur ni des principes juridiques qui s'appliquent en dehors du contexte de l'assurance-emploi, comme le droit du travail ou les droits de la personne³⁴.

[58] Dans cette optique, la division générale a dépassé sa compétence de plusieurs façons :

- Elle a décidé que X avait imposé de façon unilatérale sa politique de vaccination, et ce, en contravention de la convention collective³⁵. Elle a conclu que l'employeur avait ouvert de façon unilatérale le contrat de travail de la prestataire et imposé une nouvelle condition essentielle à l'emploi sans son consentement.
- Elle a décidé que la politique de vaccination de X violait l'intégrité physique de la prestataire³⁶. Elle a conclu que la prestataire avait le droit de refuser un traitement médical sans compromettre son admissibilité aux prestations d'assurance-emploi³⁷.
- Elle a décidé que la politique de X dépassait le cadre normal des protocoles de santé et de sécurité³⁸. Elle a conclu que la vaccination obligatoire n'est pas comme le port d'un gilet de sécurité ou le lavage des mains avant de manipuler de la nourriture.

[59] Il n'appartenait pas à la division générale de trancher ces questions. Ses conclusions dépassaient la portée de l'analyse de l'inconduite qui est décrite par la jurisprudence. En s'aventurant dans les domaines du droit du travail, du droit constitutionnel et du droit relatif à la santé publique, la division générale a excédé sa compétence³⁹. Comme la Cour fédérale l'a confirmé dans la décision *Cecchetto*, la

³⁴ Voir la décision *Paradis c Canada (Procureur général)*, 2016 CF 1282.

³⁵ Voir le paragraphe 52 de la décision de la division générale.

³⁶ Voir le paragraphe 75 de la décision de la division générale.

³⁷ Voir le paragraphe 80 de la décision de la division générale.

³⁸ Voir le paragraphe 49 de la décision de la division générale.

³⁹ Voir la décision *Canada (Procureur général) c Lemire*, 2010 CAF 314.

division générale fait une erreur quand elle règle des questions que la loi lui interdit d'aborder⁴⁰.

Réparation

Il y a deux façons de corriger les erreurs de la division générale

[60] Quand la division générale fait une erreur, la division d'appel peut la corriger de deux façons : 1) elle peut renvoyer l'affaire à la division générale pour qu'elle la juge à nouveau ou 2) elle peut rendre la décision que la division générale aurait dû rendre⁴¹.

[61] Le Tribunal doit voir à ce que l'appel se déroule aussi rapidement que les circonstances, l'équité et la justice naturelle le permettent. La Cour d'appel fédérale a aussi affirmé que les personnes qui rendent une décision doivent tenir compte du temps qui s'écoule avant le règlement des demandes de prestations. Près de deux ans se sont écoulés depuis que la prestataire a demandé des prestations d'assurance-emploi. Un renvoi à la division générale retarderait inutilement la résolution de l'affaire.

Le dossier est assez étoffé pour trancher l'affaire sur le fond

[62] Dans la présente affaire, les faits ne sont pas contestés et les autres questions en litige portent entièrement sur des questions de droit et de compétence. Les parties ont eu toutes les chances de présenter par écrit et de vive voix des arguments sur le fond de la présente affaire. Et la division d'appel a accès à ces arguments.

[63] Par conséquent, nous sommes en mesure d'évaluer la preuve dont disposait la division générale et de rendre la décision qu'elle aurait dû rendre si elle n'avait pas fait d'erreur. À notre avis, si la division générale avait bien compris les dispositions légales sur l'inconduite, elle en serait arrivée à une conclusion différente. Notre propre évaluation du dossier nous convainc que le refus de la prestataire de se conformer à la

⁴⁰ Voir le paragraphe 32 de la décision *Cecchetto c Canada (Procureur général)*, 2023 CF 102 (en anglais seulement).

⁴¹ Selon l'article 59(1) de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*.

politique de vaccination de son employeur constituait une inconduite et, qu'en conséquence, elle est exclue du bénéfice des prestations d'assurance-emploi.

La Commission devait prouver seulement quatre choses

[64] La loi dit qu'on ne peut pas toucher de prestations d'assurance-emploi si l'on perd son emploi en raison d'une inconduite. La *Loi sur l'assurance-emploi* ne définit pas l'inconduite. Cependant, comme nous l'avons vu, les cours ont établi un critère à quatre volets pour évaluer l'inconduite :

- Il faut que l'employeuse ou l'employeur ait adopté une politique.
- À titre d'employée, la personne doit être au courant de la politique.
- Il faut que la personne refuse délibérément de se conformer à la politique.
- Il faut que la personne puisse prévoir que le refus de respecter la politique entraînera la perte de son emploi.

Il y a eu inconduite quand la prestataire a refusé de suivre la politique de vaccination de son employeur

[65] Dans la présente affaire, la preuve a établi les faits suivants :

- Le 7 septembre 2021, l'employeur a adopté une politique obligeant tout son personnel à fournir la preuve de l'administration de la première dose du vaccin contre la COVID-19 au plus tard le 28 octobre 2021, sous peine d'une suspension de deux semaines⁴².
- La politique exigeait que chaque membre du personnel démontre avoir reçu toutes les doses du vaccin au plus tard le 12 novembre 2021, sous peine de congédiement⁴³.

⁴² Voir la politique de X sur l'immunisation contre la COVID-19, publiée le 7 septembre 2021, à la page GD3-29 du dossier d'appel.

⁴³ Voir la politique de X sur l'immunisation contre la COVID-19, publiée le 7 septembre 2021, à la page GD3-29.

- L'employeur a fait parvenir plusieurs courriels à la prestataire pour lui rappeler que le non-respect de la politique dans les délais prescrits entraînerait la perte de son emploi⁴⁴.
- La prestataire a elle-même reconnu la politique dans un message envoyé à son employeur⁴⁵.
- La prestataire n'a pas demandé d'exemption médicale, comme le permettait la politique⁴⁶.
- Le 28 octobre 2021, la prestataire a été placée en congé sans solde parce qu'elle n'avait pas confirmé qu'elle avait reçu une première dose. Le 13 novembre 2021, elle a été congédiée parce qu'elle refusait toujours de divulguer son statut vaccinal.

[66] Compte tenu de ces faits, nous avons la conviction que la prestataire a perdu son emploi en raison d'une inconduite. Elle était au courant de la politique de son employeur. Elle a enfreint la politique de façon intentionnelle, car elle a refusé de dire si elle s'était fait vacciner dans les délais fixés par son employeur. Elle savait ou aurait dû savoir que le refus de se faire vacciner dans les délais prescrits pouvait entraîner une suspension et un congédiement.

[67] Ce dénouement était prévisible pour deux raisons. Premièrement, la prestataire a été informée de façon explicite qu'elle serait suspendue ou congédiée si elle ne respectait pas la politique. Deuxièmement, son employeur a clairement indiqué qu'elle ne pourrait pas remplir ses fonctions sans être vaccinée.

⁴⁴ Voir divers courriels et avis des gestionnaires de X, qui sont datés du 11 août 2021 (à la page GD3-39), du 7 septembre 2021 (à la page GD3-37) et du 9 septembre 2021 (à la page GD3-35).

⁴⁵ Voir l'avis de responsabilité que la prestataire a envoyé à A. W., président et chef de la direction de X, le 7 octobre 2021, à la page GD3-119.

⁴⁶ Voir le document Renseignements supplémentaires de Service Canada, daté du 24 février 2022, à la page GD3-27. Il semble que la politique comportait une disposition sur l'exemption médicale – voir la section intitulée [traduction] « Détails de la phase 3 pour le personnel, les bénévoles et le personnel étudiant » à la page GD3-31 du dossier d'appel.

[68] Le préambule de la politique de X précise ceci :

[traduction]

Les hôpitaux ont un devoir de diligence envers la protection des travailleuses et travailleurs au titre de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, la protection des patientes et patients ainsi que la continuité du service aux termes de la *Loi sur les hôpitaux publics*. Les organismes de soins de santé doivent demeurer vigilants, réagir à des situations qui évoluent rapidement et tenir compte de tous les renseignements pertinents à un moment donné.

Les personnes non vaccinées qui fournissent des soins de santé dans des milieux à haut risque, comme les hôpitaux, posent un risque pour les patientes et patients et pour leurs collègues. Elles courent elles-mêmes des risques et mettent en danger la capacité du système de santé en raison de l'introduction ou de la réintroduction potentielle de la COVID-19 dans le milieu de travail⁴⁷.

[69] Les circonstances décrites ci-dessus ont établi un lien de causalité, comme l'exige la décision *Lemire*, entre l'inconduite reprochée à la prestataire et la perte de son emploi⁴⁸. La prestataire croyait peut-être que refuser de suivre la politique ne faisait pas de mal à son employeur, mais au regard de l'assurance-emploi, ce n'était pas à elle d'en décider.

La conduite de l'employeur n'est pas pertinente

[70] La prestataire soutient que X a agi de façon injuste, car il l'a forcée à choisir entre son emploi et ce qu'elle considérait comme son droit de refuser un traitement médical. Voici ses arguments :

- Aucune loi fédérale ou provinciale ne l'obligeait à se faire vacciner.
- La directive n° 6 demandait seulement aux établissements de santé de l'Ontario d'élaborer une politique de vaccination. Elle ne les obligeait pas à imposer la vaccination à tout leur personnel.

⁴⁷ Voir la politique de X sur l'immunisation contre la COVID-19, publiée le 7 septembre 2021, à la page GD3-29 du dossier d'appel.

⁴⁸ Voir la décision *Canada (Procureur général) c Lemire*, 2010 CAF 314.

- Sa convention collective donnait précisément au personnel de X le droit de refuser un vaccin.
- Elle a offert de travailler de la maison ou de se soumettre régulièrement à des tests, mais X a refusé d'envisager les mesures d'adaptation qu'elle lui suggérait.

[71] Malheureusement pour la prestataire, aucun de ces éléments n'est utile pour décider si elle est coupable d'inconduite aux fins de l'assurance-emploi. Comme nous l'avons vu, la loi a évolué de façon à exclure l'examen de la conduite d'une employeuse ou d'un employeur qui établit, met en œuvre et applique des politiques en milieu de travail. Peu importe ce que X a fait ou non, il n'en demeure pas moins qu'il avait adopté une politique et que la prestataire a délibérément refusé de la suivre même si elle savait qu'il y aurait des conséquences. C'est tout ce qui importe.

[72] La question de savoir si le fait que X a refusé d'offrir des mesures d'adaptation à la prestataire est déraisonnable ou non dépasse la compétence du Tribunal. La loi n'exigeait peut-être pas que tout le personnel de la santé se fasse vacciner, mais dès que X a adopté une politique stricte, la prestataire devait la suivre sous peine de perdre son emploi pour inconduite.

[73] Nous n'avons pas non plus le pouvoir d'interpréter la convention collective de la prestataire⁴⁹. Il n'est pas évident que cette entente empêche effectivement X de rendre n'importe quel vaccin obligatoire (on pourrait soutenir qu'il vise seulement le vaccin contre la grippe). Même si c'était une évidence, cela n'aurait aucune incidence sur la question de savoir si le refus de la prestataire de se faire vacciner constituait une inconduite. En effet, les différends entre l'employée et l'employeur, tout comme les autres sujets abordés dans la présente section, relèvent du droit du travail et de l'emploi.

⁴⁹ Voir l'article 19 de la convention collective entre X et la section locale 4727 du Syndicat canadien de la fonction publique, à la page GD7-234 du dossier d'appel.

[74] Dans un argument présenté après l'audience, le représentant légal de la prestataire a fait référence à une décision rendue par la Cour fédérale dans l'affaire *Astolfi* : selon lui, elle met en garde contre l'application étroite du critère juridique de l'inconduite⁵⁰. Il avance qu'il faut tenir compte de la conduite de l'employeur pour décider si les prestataires ont enfreint de façon délibérée les règles du milieu de travail.

[75] Nous avons examiné la décision *Astolfi*, mais nous avons conclu qu'elle ne s'appliquait que partiellement à la situation de la prestataire.

[76] Dans l'affaire *Astolfi*, le prestataire avait l'impression que le président-directeur général de son entreprise l'avait harcelé durant une rencontre. Après la rencontre, M. Astolfi a dit à son employeur qu'il travaillerait de la maison jusqu'à ce qu'une enquête soit menée et que la situation soit réglée. L'employeur lui a ordonné de se présenter en personne au bureau sous peine de mesures disciplinaires. Comme le prestataire a continué à travailler de la maison, l'employeur a jugé que son absence était une « inconduite » et il l'a congédié.

[77] La Cour fédérale a conclu que la division générale aurait dû tenir compte de la conduite de l'employeur avant le congédiement pour voir si la conduite de M. Astolfi était intentionnelle ou non. La Cour a conclu qu'il fallait examiner ses allégations de harcèlement dans leur contexte global.

[78] Toutefois, dans la présente affaire, les faits sont différents : X a mis en œuvre une politique qui s'appliquait à tout son personnel. Rien ne laisse croire, contrairement à l'affaire *Astolfi*, que l'employeur a ciblé activement son employée.

Conclusion

[79] Nous accueillons l'appel d'une voix unanime.

⁵⁰ Voir les observations supplémentaires présentées par l'intimée le 7 juillet 2023 (document AD27 au dossier d'appel), dans lesquelles elle cite la décision *Astolfi c Canada*, 2020 CF 30.

[80] La division générale a fait des erreurs de droit et de compétence lorsqu'elle a évalué la légalité et la légitimité de la politique de X sur la vaccination obligatoire.

[81] Après avoir mené notre propre examen du dossier, nous avons la conviction que le refus de la prestataire de se conformer à la politique constituait une inconduite au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*.

Pierre Lafontaine

Janet Lew

Neil Nawaz

Membres de la division d'appel