



[TRADUCTION]

Citation : *CP c Commission de l'assurance-emploi du Canada*, 2023 TSS 1049

Tribunal de la sécurité sociale du Canada

Division d'appel

Décision

Partie appelante : C. P.

Partie défenderesse : Commission de l'assurance-emploi du Canada

Représentant : Daniel McRoberts

Décision portée en appel : Décision rendue par la division générale le 23 janvier 2023 (GE-22-3082)

Membre du Tribunal : Neil Nawaz

Mode d'audience : Vidéoconférence

Date de l'audience : Le 19 juin 2023

Personnes présentes à l'audience : Appelant
Représentant de l'intimée

Date de la décision : Le 7 août 2023

Numéro de dossier : AD-23-193

Décision

[1] L'appel est rejeté. La division générale a maintenu sa décision.

Aperçu

[2] Le prestataire, C. P., fait appel d'une décision de la division générale, lui refusant des prestations d'assurance-emploi.

[3] Le 31 mai 2021, le prestataire a commencé à travailler comme comptable pour un cabinet juridique. Le 27 octobre 2021, le cabinet juridique l'a congédié après qu'il a refusé de se faire vacciner contre la COVID-19. La Commission de l'assurance-emploi du Canada a décidé qu'elle n'avait pas à verser de prestations d'assurance-emploi au prestataire parce que le non-respect de la politique de vaccination de son employeur constituait une inconduite.

[4] La division générale du Tribunal était d'accord avec la Commission. Elle a conclu que le prestataire avait délibérément enfreint la politique de vaccination de son employeur. Elle a aussi jugé que le prestataire savait ou aurait dû savoir que le non-respect de la politique entraînerait probablement son congédiement.

[5] Le prestataire a ensuite demandé la permission de faire appel de la décision de la division générale. Il a soutenu que la division générale avait commis les erreurs suivantes :

- elle a ignoré le fait que son refus de se faire vacciner ne violait aucune clause expresse ou implicite de son contrat de travail;
- elle n'a pas reconnu que son employeur avait modifié de façon considérable les conditions de son contrat de travail;
- elle a adopté un critère d'inconduite qui n'est pas appuyé par la jurisprudence.

[6] J'ai accordé au prestataire la permission de faire appel parce que je croyais qu'il avait au moins une cause défendable. Plus précisément, j'ai pensé qu'il était possible que la division générale ait ignoré un principe tiré d'une affaire intitulée *Fakhari*¹.

[7] J'ai tenu une audience pour discuter en détail des préoccupations du prestataire. Maintenant que j'ai entendu les arguments des deux parties, j'ai conclu que la division générale n'avait commis aucune erreur.

Question en litige

[8] Il y a quatre moyens d'appel à la division d'appel. Une partie prestataire doit démontrer que la division générale a :

- a agi de façon injuste;
- outrepassé ses pouvoirs ou refusé de les exercer;
- mal interprété la loi;
- a fondé sa décision sur une erreur de fait importante².

[9] Dans le présent appel, je devais décider si l'une ou l'autre des allégations du prestataire relevait d'un ou de plusieurs des moyens d'appel susmentionnés et, dans l'affirmative, si elles étaient fondées.

Analyse

[10] J'ai examiné la décision de la division générale, ainsi que le droit et les éléments de preuve qu'elle a utilisés pour en arriver à cette décision. Je suis convaincu que la division générale n'a commis aucune erreur.

La division générale n'a pas mal interprété la loi

[11] Lorsqu'il s'agit d'évaluer l'inconduite, le Tribunal ne peut pas évaluer le bien-fondé d'un différend entre une employée ou un employé et son employeur. Cette interprétation de la *Loi sur l'assurance-emploi* peut sembler injuste au prestataire, mais

¹ Voir la décision *Fakhari c Canada (Procureur général)* (1996), 197 N. R. 300.

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

les tribunaux l'ont adoptée à maintes reprises et la division générale était tenue de la suivre.

– **On entend par inconduite toute action intentionnelle et susceptible d'entraîner la perte d'un emploi**

[12] Le prestataire soutient que se faire vacciner n'a jamais été une condition de son emploi. Il fait valoir qu'en le forçant à le faire sous la menace d'un congédiement, son employeur a porté atteinte à ses droits.

[13] Je ne trouve pas ces arguments convaincants.

[14] Il est important de garder à l'esprit que le terme « inconduite » a un sens précis aux fins de l'assurance-emploi qui ne correspond pas nécessairement à son usage quotidien. La division générale a défini l'inconduite comme suit :

Selon la jurisprudence, pour être considérée comme une inconduite, la conduite doit être délibérée. Cela signifie que la conduite était consciente, voulue ou intentionnelle. L'inconduite comprend également une conduite qui est si insouciante qu'elle est presque délibérée.

Il n'est pas nécessaire que le prestataire ait eu une intention coupable (c'est-à-dire qu'il ait voulu faire quelque chose de mal) pour que son comportement soit une inconduite au sens de la loi.

Il y a inconduite si le prestataire savait ou aurait dû savoir que sa conduite pouvait l'empêcher de remplir ses obligations envers son employeur et qu'il y avait une réelle possibilité qu'il soit congédié pour cette raison³.

[15] Ces paragraphes montrent que la division générale a bien résumé le droit relatif à l'inconduite. Elle a ensuite conclu à juste titre que, lorsqu'elle détermine l'admissibilité à l'assurance-emploi, elle n'a pas le pouvoir de décider si les politiques d'un employeur sont raisonnables, justifiables ou même légales.

³ Voir les paragraphes 17 à 19 de la décision de la division générale, qui citent la décision *Mishibinijima c Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 36, la décision *McKay-Eden c Sa Majesté la Reine*, A-402-96 et la décision *Procureur général du Canada c Secours*, A-352-94.

– **Les contrats de travail n’ont pas à définir explicitement l’inconduite**

[16] Le prestataire soutient que rien dans son contrat de travail et sa convention collective ne l’obligeait à se faire vacciner contre la COVID-19. Cependant, la jurisprudence dit que là n’est pas la question. Ce qui importe, c’est de savoir si l’employeur a une politique et si l’employé l’a délibérément ignorée. Dans sa décision, la division générale a formulé les choses ainsi :

Je dois me concentrer uniquement sur la *Loi sur l’assurance-emploi*. Je ne peux pas décider si le prestataire a d’autres options au titre d’autres lois. Il ne m’appartient pas de décider si le prestataire a été congédié à tort ou si l’employeur aurait dû prendre des dispositions raisonnables pour le prestataire (lui offrir des mesures d’adaptation). Je ne peux examiner qu’une seule chose : si ce que le prestataire a fait ou omis de faire est une inconduite au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*⁴.

[17] Ce passage fait écho à une affaire appelée *Lemire*, dans laquelle la Cour d’appel fédérale avait dit ceci :

Pour déterminer si l’inconduite pourrait mener à un congédiement, il doit exister un lien de causalité entre l’inconduite reprochée au prestataire et son emploi; l’inconduite doit donc constituer un manquement à une obligation résultant **expressément ou implicitement** du contrat de travail

Il ne s’agit pas, cependant, de décider si le congédiement est justifié ou non au sens du droit du travail, mais plutôt de déterminer selon une appréciation objective de la preuve s’il s’agit d’une inconduite telle que son auteur pouvait normalement prévoir qu’elle serait susceptible de provoquer son congédiement⁵. [c’est moi qui souligne]

[18] Dans l’affaire *Lemire*, la cour a conclu que l’employé, qui était livreur pour un restaurant, avait commis une inconduite en vendant des cigarettes de contrebande dans le stationnement du restaurant en dehors des heures de travail. La Cour a conclu

⁴ Voir le paragraphe 20 de la décision de la division générale, qui cite la décision *Canada (Procureur général) c McNamara*, 2007 CAF 107.

⁵ Voir les paragraphes 14 et 15 de la décision *Canada (Procureur général) c Lemire*, 2010 CAF.

que c'était le cas même si son employeur n'avait pas de politique explicite contre une telle conduite.

[19] Dans la présente affaire, l'employeur du prestataire avait une politique explicite liée à la sécurité au travail et au retour éventuel des membres du personnel au bureau⁶.

– **L'affaire *Fakhari* a été dépassée par les affaires subséquentes**

[20] Comme je l'ai mentionné, la division générale a déclaré qu'une inconduite survient lorsqu'un membre du personnel enfreint délibérément une règle de travail en sachant que des conséquences sont susceptibles de s'ensuivre. La division générale a ajouté : « La loi ne dit pas que je dois tenir compte du comportement de l'employeur. Je dois plutôt me concentrer sur ce que le prestataire a fait ou omis de faire et sur la question de savoir si cela constitue une inconduite au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi* »⁷.

[21] Toutefois, le prestataire a mentionné l'affaire *Fakhari*, une décision de la Cour d'appel fédérale qui semble permettre aux décideurs d'examiner le comportement d'un employeur pour déterminer si une partie prestataire a été congédiée de façon appropriée pour inconduite.

[22] L'affaire *Fakhari* concernait un entraîneur qui a été embauché par un collègue communautaire pour organiser une ligue de volleyball en soirée. Après un certain temps, le collègue a découvert que l'entraîneur partait tôt pour travailler comme éducateur sportif dans un centre de loisirs situé à proximité. Confronté, l'entraîneur a nié, contre toute preuve, qu'il était sous contrat ailleurs. Le collègue a mis fin à son emploi.

[23] La Commission a refusé de verser des prestations d'assurance-emploi à l'entraîneur après avoir conclu qu'il avait perdu son emploi en raison de sa propre inconduite. L'affaire a été portée devant un conseil arbitral (un organisme aujourd'hui

⁶ Voir la politique et la procédure de vaccination obligatoire contre la COVID-19 de Goodmans LLP, datée du 20 septembre 2021, à la page GD3-38 du dossier d'appel.

⁷ Voir le paragraphe 19 de la décision de la division générale.

disparu qui était à peu près semblable à la division générale d'aujourd'hui). Elle a conclu que l'entraîneur n'avait pas commis d'inconduite, parce qu'il n'avait jamais reçu d'avertissement au sujet de ses fonctions qui se chevauchaient et que son déni n'était pas un mensonge, mais plutôt une [traduction] « réaction de panique ».

[24] Le juge-arbitre (une position analogue à celle de la division d'appel) n'était pas d'accord avec le conseil. Il a conclu que l'entraîneur avait commis une inconduite en violant les termes de son contrat de travail, puis en mentant à ce sujet. Il a également conclu qu'il était [traduction] « exagéré et illogique » que la Commission justifie le mensonge de l'entraîneur comme étant une [traduction] « réaction de panique ».

[25] Après avoir procédé à un contrôle judiciaire, la Cour d'appel fédérale a infirmé la décision du juge-arbitre. Elle a conclu que, même si l'entraîneur avait été [traduction] « loin d'être franc avec son employeur », le juge-arbitre n'avait pas le droit de substituer son évaluation de la crédibilité de l'entraîneur à celle du conseil arbitral. Elle a également conclu que la Commission avait raison de tenir compte des [traduction] « circonstances concomitantes » entourant le congédiement de l'entraîneur, y compris la conduite du collègue. La Cour d'appel fédérale a écrit :

[traduction]

L'évaluation subjective par l'employeur du type d'inconduite qui justifie le congédiement pour un motif valable ne peut être considérée comme contraignante pour un conseil arbitral. Il n'est pas difficile d'envisager des cas où les actions d'un employé pourraient être correctement qualifiées d'inconduite, **mais la décision de l'employeur de congédier cet employé sera considérée à juste titre comme arbitraire, sinon déraisonnable.** Nous ne croyons pas que la simple assurance d'un employeur qu'il croit que la conduite en question constitue une inconduite et qu'il s'agit de la raison du congédiement, satisfait au fardeau de la preuve qui incombe à la Commission⁸ [...] [c'est moi qui souligne]

[26] Ce passage laisse entendre que les actions de l'employeur, tout comme celles de l'employé, sont sujettes à un examen minutieux lors de l'évaluation de l'inconduite.

⁸ Voir la décision *Fakhari v Canada (Procureur général)* (1996), 197 N. R. 300 (en anglais seulement).

Pour cette raison, le prestataire soutient que la division générale aurait dû tenir compte des actions de son employeur avant de le déclarer inadmissible à l'assurance-emploi.

[27] À la division générale, le prestataire a souligné que son employeur l'a embauché à la fin de mai 2021, soit quelques mois seulement avant l'introduction de sa politique de vaccination obligatoire. À ce moment-là, la pandémie faisait rage depuis plus d'un an, mais les vaccins devenaient largement disponibles partout au Canada. Le prestataire a déclaré que si son employeur avait laissé entendre au cours de son entrevue d'embauche que se faire vacciner serait bientôt une condition pour conserver son emploi, il aurait peut-être continué de chercher ailleurs. Il a plutôt été embauché pour être congédié seulement quelques mois plus tard, même s'il a passé la majeure partie de son temps à travailler de la maison où il ne posait aucun risque pour ses collègues.

[28] Lorsque j'ai accordé la permission de faire appel, je me suis demandé si *Fakhari* avait bel et bien dit ce qu'il semblait dire et, dans l'affirmative, si l'affaire demeurerait valable en droit. J'ai invité les parties à expliquer comment *Fakhari* pouvait être concilié avec d'autres affaires qui ont adopté une approche plus impitoyable envers l'inconduite.

[29] Maintenant, après avoir entendu les parties, j'ai conclu que depuis plus de deux décennies, *Fakhari* a été remplacé par de nouveaux développements dans la loi. Je fonde cette conclusion sur une série d'affaires, car celles-ci ordonnent fermement aux décideurs de ne pas tenir compte des actions de l'employeur lorsqu'ils évaluent l'inconduite :

- Une affaire où un employé ayant 14 ans de service a été congédié sans avertissement préalable pour avoir fumé un joint pendant le travail, alors qu'il y avait des preuves que d'autres travailleurs ont reçu des sanctions allégées pour un comportement similaire, comme boire au travail : « **le rôle du conseil arbitral n'était pas de se demander si la sévérité de la sanction imposée par l'employeur était justifiée** ou non ou si le geste de l'employé

constituait un motif valable de congédiement, mais plutôt de se demander si ce geste posé par l'employé constituait une inconduite au sens de la Loi.⁹ »

- Une affaire où un employé a été congédié pour avoir échoué à un test de dépistage alors qu'il en avait réussi un autre seulement sept jours plus tôt et qu'on lui avait fait croire qu'au moins 90 jours s'écoulaient entre les tests : « Dans l'interprétation et l'application de l'article 30 de la Loi, **ce qu'il convient à l'évidence de retenir ce n'est pas le comportement de l'employeur**, mais bien celui de l'employé [...] L'employé qui fait l'objet d'un congédiement injustifié a, pour sanctionner le comportement de l'employeur, d'autres recours qui permettent d'éviter que par le truchement des prestations d'assurance-emploi les contribuables canadiens fassent les frais du comportement incriminé.¹⁰ »
- Une affaire où un employé a été congédié pour absentéisme répété, même s'il y avait des preuves que son employeur savait qu'il était atteint d'une invalidité, soit une dépendance à l'alcool : « Même si les mesures que prend ou aurait dû prendre l'employeur concernant le problème d'alcoolisme de l'employé peuvent être pertinentes pour décider s'il y a eu inconduite ou non, **le fait que l'employeur a omis de s'acquitter de son obligation de prendre des mesures d'accommodement en faveur de son employé, conformément aux dispositions de la LCDP, ne constitue pas, selon moi, une question pertinente.**¹¹ »
- Cas où un employé a été congédié pour avoir échoué à un test de dépistage du cannabis alors qu'il avait reçu une ordonnance de marijuana à des fins médicales pour traiter le TDAH : « Le TSS-DA et le TSS-DG ont conclu à juste titre que **la conduite de l'employeur ne constitue pas un facteur déterminant aux termes de l'article 30 de la LAE [...]** Bien que le

⁹ Voir la décision *Canada (Procureur général) c Marion*, 2002 CAF 185, au paragraphe 3.

¹⁰ Voir la décision *Canada (Procureur général) c McNamara*, 2007 CAF 107, au paragraphe 23.

¹¹ Voir la décision *Mishibinijima c Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 36, au paragraphe 23.

demandeur soit fermement convaincu d'avoir été traité injustement par son employeur, il n'a pas relevé d'erreur susceptible de contrôle [...]»¹² »

[C'est moi qui souligne dans les citations ci-dessus.]

[30] Ces affaires, qui donnent toutes à penser que la conduite d'un employeur n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer l'inconduite présumée d'un membre du personnel, semblent contredire l'affaire *Fakhari*. Je fais cette observation en sachant que deux des affaires énumérées ci-dessus (*Marion* et *McNamara*) ont cité *Fakhari*. Néanmoins, je suis convaincu que, quelle que soit la position de la Cour au milieu des années 1990, elle a évolué depuis pour adopter la position plus stricte qui prévaut aujourd'hui.

– **Une affaire récente valide l'interprétation de la loi par la division générale**

[31] Plus tôt cette année, la Cour fédérale a réaffirmé l'approche de la division générale à l'égard de l'inconduite dans le contexte précis des mandats de vaccination contre la COVID-19. Comme dans la présente affaire, *Cecchetto* portait sur le refus d'un prestataire de se conformer à la politique de vaccination contre la COVID-19 de son employeur¹³. La Cour fédérale a confirmé la décision de la division d'appel selon laquelle le Tribunal n'est pas autorisé à répondre à ces questions par la loi :

[traduction]

Malgré les arguments du demandeur, il n'y a aucun fondement pour infirmer la décision de la division d'appel parce qu'elle n'a pas évalué le bien-fondé, la légitimité ou la légalité de la directive n° 6 [la politique du gouvernement de l'Ontario sur le vaccin contre la COVID-19] ni rendu de décision à ce sujet. Ce genre de conclusion ne relevait ni du mandat ni de la compétence de la division d'appel, ni de la division générale du Tribunal de la sécurité sociale¹⁴.

¹² Voir la décision *Paradis c Canada (Procureur général)*, 2016 CF 1282, aux paragraphes 31 et 33.

¹³ Voir la décision *Cecchetto v Canada (Procureur général)*, 2023 FC 102 (en anglais seulement).

¹⁴ Voir la note 5 de *Cecchetto*, au paragraphe 48, qui cite la décision *Canada (Procureur général) c Caul*, 2006 CAF 251 et la décision *Canada (Procureur général) c Lee*, 2007 CAF 406.

[32] La Cour fédérale a convenu qu'en choisissant délibérément de ne pas suivre la politique de vaccination de l'employeur, M. Cecchetto avait perdu son emploi en raison d'une inconduite au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*. La Cour a déclaré qu'il y avait d'autres façons, dans le cadre du système juridique, que le prestataire aurait pu faire valoir son congédiement injustifié ou ses revendications en matière de droits fondamentaux.

[33] Dans la présente affaire, comme dans l'affaire *Cecchetto*, les seules questions qui comptent sont de savoir si le prestataire a enfreint la politique de vaccination de son employeur et, dans l'affirmative, si cette infraction était délibérée et susceptible d'entraîner sa suspension ou son congédiement. Dans la présente affaire, la division générale avait de bonnes raisons de répondre « oui » aux deux questions.

La division générale a examiné tous les éléments de preuve pertinents

[34] Devant la division générale, le prestataire a fait valoir qu'il n'était pas coupable d'inconduite parce que son contrat de travail ne l'obligeait pas à se faire vacciner. Il a dit qu'il avait des antécédents familiaux d'une maladie auto-immune qui provoque la coagulation et qu'il était préoccupé par les répercussions potentielles du vaccin sur sa santé. Il a souligné que son employeur n'a rien dit au sujet d'une éventuelle politique de vaccination lorsqu'il a été interviewé pour le poste. Il a insisté sur le fait que s'il avait su qu'une telle politique allait être mise en place seulement trois mois plus tard, il n'aurait pas accepté l'offre d'emploi de son employeur.

[35] D'après ce que je peux voir, la division générale n'a pas ignoré ces points. Elle ne leur a tout simplement pas accordé autant d'importance que le prestataire croyait. Compte tenu de la loi régissant l'inconduite, je ne vois pas en quoi la division générale a commis une erreur en évaluant la preuve disponible.

[36] Lorsque la division générale a examiné la preuve disponible, elle a tiré les conclusions suivantes :

- En septembre 2021, l'employeur du prestataire a adopté et communiqué une politique claire exigeant que le personnel soit entièrement vacciné d'ici la fin de l'année.
- L'employeur était libre d'établir la politique, même s'il ne l'a fait que quelques mois après l'embauche du prestataire.
- Le prestataire savait que le non-respect de la politique dans le délai prévu entraînerait une perte d'emploi.
- Le prestataire a intentionnellement refusé de confirmer qu'il avait été vacciné dans les délais prescrits.
- Le prestataire n'a pas réussi à convaincre son employeur qu'il satisfaisait à une des exceptions permises par la politique.

[37] Ces conclusions semblent refléter fidèlement les documents au dossier, ainsi que le témoignage du prestataire. Dans son rôle de juge des faits, la division générale a droit à une certaine latitude dans la façon dont elle choisit d'évaluer la preuve dont elle dispose¹⁵. Dans la présente affaire, après avoir examiné les documents disponibles et entendu les témoignages, la division générale a conclu que le prestataire connaissait la politique de son employeur et qu'il comprenait qu'il risquait d'être congédié s'il ne s'y conformait pas au plus tard le 31 décembre 2021. En l'absence d'erreur de fait importante, je ne vois aucune raison de remettre en question ces conclusions¹⁶.

Conclusion

[38] Je rejette l'appel. La division générale n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que le refus du prestataire de divulguer son statut vaccinal constituait une inconduite au sens de la loi. Le prestataire n'a pas droit aux prestations d'assurance-emploi.

¹⁵ Voir la décision *Simpson c Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 82.

¹⁶ Parmi les moyens d'appel d'une décision en matière d'assurance-emploi, il y a une conclusion de fait erronée « tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance ». Voir l'article 58(1)(c) de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*.

Neil Nawaz
Membre de la division d'appel