



[TRADUCTION]

Citation : *DD c Commission de l'assurance-emploi du Canada*, 2024 TSS 28

Tribunal de la sécurité sociale du Canada **Division d'appel**

Décision

Appelant : D. D.

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

Décision portée en appel : Décision de la division générale datée du 10 mars 2023
(GE-22-3119)

Membre du Tribunal : Stephen Bergen

Mode d'audience : En personne

Date de l'audience : Le 1^{er} décembre 2023

Personne présente à l'audience : Appelant

Date de la décision : Le 9 janvier 2024

Numéro de dossier : AD-23-346

Décision

[1] Je rejette l'appel.

[2] La division générale a commis une erreur de fait importante. J'ai corrigé cette erreur et j'ai rendu la décision que la division générale aurait dû rendre.

[3] J'ai rendu la même décision que la division générale, mais pour des motifs différents. Le prestataire est exclu du bénéfice des prestations parce que son employeur l'a congédié pour inconduite.

Aperçu

[4] D. D. est l'appelant. Cet appel porte sur sa demande de prestations d'assurance-emploi. Je l'appellerai donc le prestataire. Son employeur l'a congédié pour avoir enregistré des conversations avec d'autres membres du personnel sans leur consentement et pour avoir refusé de détruire les enregistrements lorsqu'on lui a demandé de le faire.

[5] L'intimée, la Commission de l'assurance-emploi du Canada a conclu que l'employeur du prestataire avait congédié celui-ci pour inconduite. Par conséquent, la Commission l'a exclu du bénéfice des prestations d'assurance-emploi. Elle n'a pas modifié sa décision lorsque le prestataire lui a demandé de procéder à une révision.

[6] Le prestataire a fait appel devant la division générale du Tribunal de la sécurité sociale. La division générale a rejeté son appel. Il a donc fait appel devant la division d'appel.

[7] Je rejette son appel. Le prestataire soutient à juste titre que la division générale a commis une erreur de fait importante. J'ai corrigé l'erreur et j'ai rendu la décision que la division générale aurait dû rendre. Toutefois, j'arrive quand même au même résultat que la division générale. L'employeur a congédié le prestataire pour inconduite.

Questions préliminaires

[8] Certains des documents fournis par le prestataire à la division d'appel, comme une lettre de l'avocat de l'employeur comportant des pièces jointes, constituaient de nouveaux éléments de preuve auxquels la division générale n'avait pas accès¹. De même, certains propos du prestataire tenus lors de son audience devant la division d'appel se sont immiscés dans les nouveaux éléments de preuve.

[9] À quelques exceptions près, la division d'appel ne tient pas compte des nouveaux éléments de preuve. Elle ne peut prendre en compte que des éléments de preuve dont la division générale était saisie².

[10] Aucun des nouveaux éléments de preuve n'était constitué de renseignements généraux et n'a été fourni pour faire valoir que le processus de la division générale était injuste. L'objectif était plutôt de contester les conclusions de fait de la division générale. Cela ne correspond à aucune des exceptions possibles.

[11] Je n'examinerai aucun de ces nouveaux éléments de preuve.

Question en litige

[12] La division générale a-t-elle commis une erreur de fait importante en ayant une mauvaise compréhension de la preuve constituée par la politique de confidentialité de l'employeur?

Analyse

Principes généraux

[13] La division d'appel ne peut tenir compte que des erreurs qui relèvent de l'un des moyens d'appel suivants :

- Le processus d'audience de la division générale n'était pas équitable d'une façon ou d'une autre.

¹ Voir la page AD7.

² Voir l'arrêt *Sharma c Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 48.

- La division générale n'a pas tranché une question qu'elle aurait dû trancher. Ou encore, elle s'est prononcée sur une question qu'elle n'avait pas le pouvoir de trancher (erreur de compétence).
- La division générale a rendu une décision entachée d'une erreur de droit³.
- La division générale a fondé sa décision sur une erreur de fait importante⁴.

Erreur de fait importante

[14] La division générale a commis une erreur de fait importante. Elle a ignoré ou mal compris la politique de confidentialité de l'employeur qui était en vigueur au moment où le prestataire a été congédié.

[15] Le prestataire a enregistré les conversations d'autres membres du personnel sans leur consentement les 17 et 18 novembre 2020. L'employeur a informé le prestataire qu'il avait enfreint sa politique de confidentialité et lui a demandé de détruire ces enregistrements le 3 décembre 2020.

[16] Le prestataire était en congé de maladie à compter du 12 novembre 2020 (soit avant de recevoir les appels qu'il a enregistrés) et il s'est avéré qu'il s'est absenté du travail pendant un certain temps. Il a communiqué avec l'employeur au sujet de son retour au travail en novembre 2021.

[17] L'employeur a demandé à nouveau au prestataire de détruire les enregistrements le 26 janvier 2022, le 31 janvier 2022 et le 15 février 2022. Il a été prévenu chaque fois qu'il pourrait être congédié s'il refusait. L'employeur a finalement congédié le prestataire le 28 février 2022.

[18] La politique de confidentialité de l'employeur est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006. Toutefois, la division générale a été saisie de deux versions de la

³ Il s'agit d'une version en langage simple des trois moyens. Le texte intégral figure à l'article 58(1) de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social* (Loi sur le MEDS).

⁴ Il s'agit d'une version en langage simple des trois moyens. Le texte intégral figure à l'article 58(1) de la *Loi sur le MEDS*.

politique de confidentialité de l'employeur. Chaque version avait une date d'entrée en vigueur différente.

[19] Une version de la politique se décrit comme une révision datée du 19 mars 2010⁵. Cette version n'interdisait pas expressément l'enregistrement d'autres membres du personnel sans consentement ni ne suggérait de conséquences pour un tel enregistrement.

[20] L'élément de la version du 19 mars 2010 qui se rapproche le plus d'une telle interdiction est sa section « Consentement ». Selon cette version, la connaissance et le consentement d'une personne sont requis avant que des renseignements personnels puissent être recueillis, utilisés ou divulgués.

[21] Toutefois, cette section de la politique semble porter surtout sur les obligations de l'employeur en matière de confidentialité. Elle décrit précisément comment l'**employeur** recueillera des renseignements ou obtiendra le consentement. De plus, la section se trouve entre deux autres sections qui limitent les actions de l'employeur. La section précédente explique les fins pour lesquelles l'**employeur** peut recueillir des renseignements personnels auprès des clients et du personnel. La section qui suit traite de la façon dont l'**employeur** limitera sa collecte de renseignements ainsi que son utilisation, sa divulgation et sa conservation⁶.

[22] Je n'accepte pas que la section sur le consentement de la politique de mars 2010 traite de la situation dans laquelle un membre du personnel enregistre sa conversation avec un autre membre du personnel.

[23] La deuxième version de la politique de confidentialité dans le dossier est celle du 15 décembre 2021⁷. Il s'agit de la version qui comprend une interdiction d'enregistrer les conversations du personnel sans consentement mutuel.

⁵ Pages GD3-58-63.

⁶ Voir la page GD3-59.

⁷ Voir les pages GD3-43 à 48.

[24] La division générale s'est fondée sur la deuxième version de la politique de confidentialité datée du 15 décembre 2021. Elle affirme que le prestataire l'a signée. De toute évidence, la division générale n'a pas remarqué que le dossier comportait deux versions de la politique de confidentialité de l'employeur.

[25] Le prestataire a effectué les enregistrements en novembre 2020. La deuxième version de la politique de confidentialité datée du 15 décembre 2021 n'aurait pu exister quand le prestataire a réalisé les enregistrements ou quand l'employeur lui a dit pour la première fois qu'il avait enfreint sa politique de confidentialité.

[26] La seule politique de confidentialité dont la division générale a été saisie et qui aurait pu s'appliquer au moment des enregistrements est la version du 19 mars 2010.

[27] De même, la version de la politique du 15 décembre 2021 n'aurait pas pu exister lorsque le prestataire a accusé réception par écrit des règles de conduite, du guide de référence des conducteurs et du manuel de l'employé inclus. La signature du prestataire ne se trouve que sur deux formulaires. Même si ces deux formulaires se retrouvent dans le dossier tout de suite après la version de la politique de décembre 2021, ils ne sont pas associés à juste titre à cette politique⁸.

[28] L'un des formulaires signés précise qu'il a été [traduction] « révisé le 10 avril 2014 »; le prestataire l'a signé le 13 mai 2014. L'autre formulaire est rattaché à la révision du 2 mars 2009, qu'il a signée le 12 mai 2014.

[29] En plus de s'appuyer sur la version de la politique de décembre 2021, la division générale s'est également fiée à sa compréhension des admissions du prestataire découlant de son témoignage. Elle mentionnait que le prestataire savait que l'employeur disposait d'une politique de confidentialité selon laquelle il ne pouvait pas enregistrer d'autres membres du personnel sans leur consentement⁹.

⁸ Voir la page GD3-50.

⁹ Voir la décision de la division générale au para 58.

[30] Il s'agit toutefois d'une mauvaise description du témoignage du prestataire, qui découle probablement de sa mauvaise compréhension de la politique de l'employeur en vigueur au moment des enregistrements.

[31] Lors de l'audience devant la division générale, la membre a informé le prestataire de la teneur de la politique du 15 décembre 2021 au sujet de l'enregistrement sans consentement. Elle a dit au prestataire qu'il l'avait signée, puis lui a demandé s'il en était conscient. Le prestataire a répondu : [traduction] « Si je l'ai signée, j'en étais conscient¹⁰ ».

[32] Autrement dit, la division générale a présenté certains faits au prestataire comme s'ils étaient vrais, en se fondant sur une mauvaise compréhension de la preuve. Lorsque le prestataire a répondu qu'il était au courant de la politique, il a nuancé sa réponse en disant [traduction] « [...] **si je l'ai signée** ». Il n'a toutefois pas reconnu avoir signé une politique interdisant l'enregistrement sans consentement. Et la preuve dont la division générale a été saisie ne pouvait pas non plus étayer une telle conclusion (puisque cette politique n'existait pas au moment où il a signé).

[33] La division générale a conclu que le prestataire avait enfreint sciemment la politique de l'entreprise en effectuant les enregistrements et qu'il savait que ce geste pouvait lui faire perdre son emploi. Les deux conclusions dépendaient de l'erreur de la division générale au sujet du contenu de la politique réellement en vigueur et de l'effet de cette erreur sur l'interprétation du témoignage du prestataire par la division générale.

[34] La Commission reconnaît que la division générale s'est fondée sur la mauvaise politique. Toutefois, au dire de la Commission, cela ne signifie pas que la division générale a commis une erreur de fait importante. Elle renvoie à d'autres documents soumis en preuve, qui permettraient de déduire les obligations du prestataire en matière de confidentialité. Elle laisse entendre que la division générale s'est aussi appuyée sur ces autres éléments de preuve pour en arriver à la même conclusion¹¹. Elle soutient en

¹⁰ Écoute de l'enregistrement audio de l'audience de la division générale à 51 min 20 s.

¹¹ Voir la page AD6-6.

outre que la décision de la division générale n'était pas seulement fondée sur l'inconduite du prestataire lorsqu'il a effectué les enregistrements, mais aussi sur son refus de les détruire.

[35] Je n'accepte pas ces arguments.

[36] Premièrement, les motifs de la division générale n'indiquent pas qu'elle s'est fondée sur d'autres éléments de preuve pour conclure que le prestataire a enfreint la politique de confidentialité de l'employeur. Elle ne s'est fondée que sur la politique de confidentialité de l'employeur, renvoyant à la version du 15 décembre 2021¹².

[37] Deuxièmement, il n'est pas évident que les autres documents au dossier mentionnés dans les observations de la Commission visaient à empêcher les membres du personnel d'enregistrer leurs propres conversations privées avec d'autres membres du personnel.

[38] J'ai déjà expliqué le contexte de la section « Consentement » qui se trouve dans la version de politique applicable¹³. Cette section de la politique semble régir les actions de l'employeur. Elle ne traite pas de la conduite des employés.

[39] L'autre document auquel la Commission fait référence est la lettre de congédiement. La lettre comprend un rappel de l'obligation des membres du personnel de traiter comme confidentiels tout renseignement [traduction] « confidentiel ou exclusif » obtenu dans le cadre de leur emploi¹⁴.

[40] Les enregistrements portaient sur les quarts de travail attribués, les itinéraires, les heures rémunérées et le camion qui lui a été assigné. Il est peu probable que lui ou quelque membre du personnel que ce soit comprenne d'après le libellé de la lettre de

¹² Voir la décision de la division générale au para 63. La division générale a tiré cette citation de la politique figurant aux pages GD3-43 à 48 que la division générale mentionne au paragraphe 13 de sa décision.

¹³ Au para 21 qui précède.

¹⁴ Voir la page GD3-35.

cessation d'emploi qu'il doit garder le silence au sujet des discussions qu'ils ont eues relativement aux conditions de leur emploi.

[41] Le libellé laisse croire que la propriété intellectuelle, les secrets commerciaux et d'autres renseignements de cette nature doivent demeurer confidentiels. Personne n'a laissé entendre que les discussions portaient sur ce genre de chose.

[42] En ce qui concerne la question de l'insubordination du prestataire, je conviens qu'il a ignoré la demande de l'employeur de détruire les enregistrements. Toutefois, je ne suis pas d'accord pour dire que cette preuve obligeait la division générale à conclure que le prestataire a été congédié pour inconduite.

[43] La division générale a compris que l'employeur avait justifié sa demande et son avertissement au sujet du congédiement par la façon dont le prestataire avait enfreint sa politique de confidentialité¹⁵. Si la division générale concluait que le prestataire n'a pas manqué à une obligation envers l'employeur en enregistrant les conversations, il lui serait loisible de conclure que son refus de se conformer à la demande ne constituait pas un manquement à une obligation envers l'employeur selon le contexte. Le refus d'appliquer une directive de l'employeur n'est pas nécessairement une inconduite¹⁶.

Résumé

[44] La décision de la division générale reposait sur des erreurs de fait.

[45] Elle a mal compris la preuve au sujet de la politique de confidentialité de l'employeur et du témoignage du prestataire. Cela a influé sur sa conclusion selon laquelle le prestataire avait enfreint la politique de confidentialité de l'employeur en enregistrant d'autres membres du personnel sans leur consentement.

[46] Cette erreur pourrait avoir influé sur sa conclusion selon laquelle le refus du prestataire de détruire les enregistrements était également une inconduite.

¹⁵ Voir la décision de la division générale au para 61.

¹⁶ Décision *Astolfi c Canada (Procureur général)*, 2020 CF 30.

Réparation

[47] Je dois décider ce que je ferai pour corriger les erreurs de la division générale. Je peux rendre la décision que la division générale aurait dû rendre ou lui renvoyer l'affaire pour réexamen¹⁷.

[48] Le prestataire m'a demandé de rendre la décision que la division générale aurait dû rendre. La Commission suggère que je renvoie la question à la division générale pour réexamen.

[49] J'admets que le dossier est assez complet pour que je puisse rendre la décision.

Définition de l'inconduite

[50] Pour qu'un prestataire soit exclu pour inconduite, il doit d'abord être congédié pour cette conduite. La lettre de congédiement de l'employeur indiquait qu'il avait congédié le prestataire pour deux raisons. Elle mentionnait que le prestataire avait enfreint sa politique de confidentialité en enregistrant d'autres membres du personnel sans leur consentement et que son refus de se conformer à une demande de destruction des enregistrements était de l'insubordination.

[51] Il incombe à la Commission de démontrer que l'employeur a congédié le prestataire pour la conduite qu'il allègue être de l'inconduite et que cette conduite est dûment qualifiée d'inconduite.

Le prestataire a-t-il été congédié pour la conduite que l'on allègue être une inconduite?

[52] J'admets que l'employeur a congédié le prestataire pour les motifs énoncés dans la lettre de congédiement, du moins en partie. Je reconnais que le prestataire avait soulevé d'autres préoccupations au sujet des pratiques de son employeur dans le passé et qu'il a dit que l'employeur voulait se débarrasser de lui. Toutefois, il a fourni

¹⁷ Voir l'article 59(1) de la Loi sur le MEDS.

peu de détails et il n'a pas nié que l'employeur l'avait congédié parce qu'il refusait de détruire les enregistrements.

[53] L'employeur peut avoir eu d'autres motifs pour congédier le prestataire. Cependant, la loi exige seulement que l'inconduite soit un motif déterminant de son congédiement; il n'est pas nécessaire que ce soit le seul motif¹⁸.

La conduite du prestataire répondait-elle à la définition juridique d'inconduite?

[54] Pour conclure que la conduite du prestataire constitue une inconduite, je dois conclure que le prestataire s'est livré à la conduite *volontairement*¹⁹. Cela signifie que sa conduite doit être intentionnelle ou si insouciant qu'elle doit être presque délibérée. Je dois également conclure que le prestataire savait ou aurait dû savoir qu'il manquait à une obligation envers l'employeur et que le congédiement était donc une possibilité réelle²⁰.

[55] Je vais maintenant décider si la Commission a établi que la conduite du prestataire (soit l'enregistrement, soit le refus de détruire l'enregistrement) répond à la définition d'inconduite.

– Violation de la politique de l'employeur en enregistrant sans consentement

[56] J'accepte les éléments de preuve non contestés suivants comme des faits.

- a) Le prestataire a enregistré son superviseur, K. C., et un autre gestionnaire, J. B., sans leur consentement.
- b) Les enregistrements ont été effectués par inadvertance; ils sont le résultat d'une application de téléphone cellulaire sur le téléphone personnel du prestataire qui a enregistré toutes les conversations, sauf les appels provenant de numéros « sûrs ».

¹⁸ Arrêt *Mishibinijima c Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 36.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Voir les arrêts *Canada (Procureur général) c Nolet*, A-517-91 et *Canada (Procureur général) c Lemire*, 2010 CAF 314.

- c) K. C. et J. B. sont à l'origine de ces appels effectués le 17 novembre 2020 et le 18 novembre 2020 respectivement.
- d) Au moment où le prestataire a reçu ces appels, il était à la maison et non au travail.
- e) Le prestataire a supprimé les enregistrements des deux appels, les envoyant ainsi à la corbeille de son appareil.
- f) Le prestataire croyait que son employeur avait trafiqué les registres et il avait soulevé cette question auprès de l'employeur par le passé²¹. Le prestataire croyait en outre que l'employeur ne payait pas à ses chauffeurs toutes les heures auxquelles ils avaient droit²².
- g) Le prestataire a discuté de sa préoccupation au sujet des heures non rémunérées lors de l'appel avec K. C. qui a été enregistré. Ce n'était pas la première fois qu'il soulevait cette préoccupation auprès de l'employeur²³.
- h) L'employeur a suspendu le prestataire parce qu'il a menacé l'employeur lors de son premier appel avec K. C.²⁴.
- i) Le prestataire a récupéré les conversations dans la corbeille et en a transmis une copie au chef de la direction de l'employeur pour prouver que ses remarques avaient été prises hors contexte. Après avoir examiné les commentaires du prestataire, le chef de la direction a annulé la suspension du prestataire.
- j) L'employeur a écrit au prestataire le 3 décembre 2020 que les enregistrements du prestataire contrevenaient à sa politique de confidentialité. L'employeur lui a demandé de détruire les enregistrements et de divulguer toute personne avec qui il

²¹ Voir les pages GD3-77 et GD3-90.

²² Page GD3-90.

²³ Écoute de l'enregistrement audio GD11 à 18 min 55 s et 20 min 15 s.

²⁴ Écoute de l'enregistrement audio GD11 à 22 min 30 s.

les a partagés. Par souci de simplicité, je qualifierai la directive de l'employeur de directive de « détruire les enregistrements ».

- k) Le prestataire a pris un congé de maladie à compter du 14 novembre 2020. Le 23 novembre 2021, on a rappelé au prestataire qu'il devait détruire les enregistrements avant de reprendre le travail.
- l) L'employeur a modifié sa politique de confidentialité en décembre 2021. Après avoir apporté les changements, il a envoyé des lettres répétant qu'il demandait au prestataire de détruire les enregistrements. Ces lettres étaient datées du 26 janvier 2022, du 31 janvier 2022, du 15 février 2022 et du 11 février 2022. Chaque lettre de mise en demeure comprenait l'avertissement selon lequel le défaut du prestataire de se conformer entraînerait son congédiement.
- m) L'employeur a congédié le prestataire le 28 février 2022. Dans son document de congédiement, il a déclaré que le prestataire avait enfreint la politique de l'employeur en matière de confidentialité en effectuant les enregistrements. Il a également déclaré que le prestataire avait fait preuve d'insubordination parce qu'il avait refusé de détruire les enregistrements comme l'exige l'employeur.

[57] J'admets également que la version du 19 mars 2010 de la politique de confidentialité de l'employeur était la version en vigueur au moment où le prestataire a enregistré les conversations. Cette version n'interdisait pas aux membres du personnel d'enregistrer d'autres membres du personnel sans leur consentement.

[58] L'employeur a révisé sa politique le ou vers le 15 décembre 2021. Je reconnais que la politique révisée interdit au personnel d'enregistrer des conversations avec d'autres membres du personnel sans leur consentement.

[59] La preuve au dossier n'établit pas que les enregistrements des conversations téléphoniques du prestataire avec K. C. et J. B. en novembre 2020 ont enfreint une politique officielle de l'employeur alors en vigueur. De même, la preuve n'établit pas que le prestataire était assujéti à une politique ou à une condition d'emploi implicite qui lui

interdisait d'enregistrer les appels entrants dans l'intimité de son propre domicile et pendant ses temps libres.

[60] La Commission n'a pas démontré que le prestataire a manqué à une politique de l'employeur ou à toute autre obligation qu'il avait envers l'employeur en enregistrant les conversations. Pour cette raison, il ne s'agissait pas d'une inconduite pour le prestataire d'enregistrer les conversations, car l'inconduite est définie dans la jurisprudence aux fins de la *Loi*.

– **Refus de détruire les enregistrements**

[61] Le refus du prestataire de détruire les enregistrements était l'une des causes déterminantes de son congédiement. La lettre de congédiement indiquait clairement que l'employeur congédiait le prestataire pour insubordination parce qu'il a refusé de détruire les enregistrements lorsqu'on lui a demandé de le faire²⁵.

[62] L'inconduite doit d'abord contrevenir à une obligation d'un prestataire envers son employeur. Par conséquent, je procéderai d'abord à une analyse pour établir si le prestataire avait à l'égard de l'employeur l'obligation d'obéir à sa demande de destruction des enregistrements.

[63] Le prestataire a fait valoir que l'employeur l'a appelé à la maison, pendant ses temps libres et sur son téléphone personnel. Il a ajouté que l'employeur n'avait aucune attente en matière de confidentialité. Il a soutenu que les enregistrements étaient sa propriété personnelle et que l'employeur n'avait pas le droit d'exiger leur destruction. Pour l'essentiel, il faisait valoir qu'il n'avait envers l'employeur aucune obligation de se conformer à cette directive particulière.

[64] Je comprends le point de vue du prestataire. On s'attendrait à ce que les demandes d'un employeur aux membres de son personnel comportent certaines limites.

²⁵ Voir la page GD3-71.

[65] L'employeur a fait valoir que les enregistrements contrevenaient à sa politique pour justifier sa demande que le prestataire détruise les enregistrements. J'ai déjà conclu que la politique de l'employeur n'interdisait pas l'enregistrement en novembre 2020 lorsque le prestataire les a effectués.

[66] Une fois que le prestataire a fait les enregistrements (mais avant son congédiement), l'employeur a présenté une version de décembre 2021 de sa politique de confidentialité. Cette version interdit expressément au personnel d'effectuer des enregistrements sans consentement. Toutefois, elle n'obligeait pas un membre du personnel à détruire les enregistrements existants qui étaient antérieurs à la version de décembre 2021 de la politique de confidentialité.

[67] L'obligation du prestataire ne figure pas dans la politique de l'employeur. S'il a l'obligation de détruire les enregistrements, elle doit se trouver ailleurs.

[68] Il s'agit de savoir si le refus du prestataire d'obtempérer à la demande de l'employeur constitue une inconduite, en l'absence d'une exigence de la politique ou d'une condition d'emploi. Cela est lié à la question de savoir si la conduite elle-même de l'employeur peut être prise en compte au moment de décider si le comportement d'un prestataire constitue une inconduite.

Les politiques, les directives ou les mesures de l'employeur sont pertinentes par rapport à l'inconduite du prestataire.

Fondement juridique

[69] Dans la décision *Astolfi*, la Cour fédérale a conclu que les actions d'un prestataire ne pouvaient être considérées comme une inconduite sans que l'on tienne compte de la conduite de l'employeur²⁶.

[70] Dans les faits de l'affaire *Astolfi*, un prestataire a vécu une mauvaise expérience avec son employeur. L'employeur et lui ont tenu une réunion au cours de laquelle l'employeur a perdu son sang-froid. L'employeur s'est adressé au prestataire en criant

²⁶ *Supra* note 16.

et a tapé sur son bureau. Par conséquent, le prestataire a décidé de travailler chez lui. Lorsque l'employeur lui a ordonné de revenir travailler au bureau, il a refusé. Le prestataire n'était plus à l'aise de travailler avec l'employeur dans le même bureau que celui-ci.

[71] Avant l'examen de la Cour dans l'affaire *Astolfi*, la Commission avait d'abord décidé que le prestataire avait perdu son emploi en raison de son inconduite. Le prestataire a fait appel à la division générale, qui a rejeté son appel. La division générale a déclaré que la conduite de l'employeur n'était pas pertinente. Lorsque le prestataire a fait appel de nouveau devant la division d'appel, celle-ci a refusé d'accorder la permission de faire appel parce qu'elle n'a trouvé aucune erreur dans la décision de la division générale.

[72] Toutefois, la Cour fédérale a conclu que la décision de la division d'appel était déraisonnable. La Cour a reconnu que dans d'autres décisions judiciaires, la conduite de l'employeur était jugée non pertinente. Cependant, elle a rejeté l'idée que tel était toujours le cas. Elle disait que la conduite de l'employeur devait être considérée dans le « contexte global »²⁷.

[73] Dans l'affaire *Astolfi*, la Cour pouvait trancher comme elle l'a fait parce qu'elle était en mesure de distinguer ses faits. En d'autres termes, elle considérait ses propres faits comme très différents des faits dans ces autres affaires. La Cour s'est concentrée sur la façon dont la conduite de l'employeur (qui a influencé celle du prestataire) s'est produite **avant** que le prestataire ne se livre à l'inconduite reprochée. Dans les autres cas, la conduite de l'employeur est survenue **après** l'inconduite du prestataire²⁸.

[74] Le Tribunal a défini la « conduite de l'employeur » de façon qu'elle englobe l'imposition de règles et de politiques par l'employeur. Il a également conclu qu'un prestataire a manqué à son obligation envers l'employeur pour le simple fait d'avoir désobéi à la règle ou à la politique de l'employeur²⁹. Le Tribunal a conclu à plusieurs

²⁷ *Ibid*, aux para 33-34.

²⁸ *Supra*, note 16, aux para 31-32.

²⁹ Voir par exemple la décision *Commission de l'assurance-emploi du Canada c AL*, 2023 TSS 1032.

reprises que la conduite de l'employeur n'était pas pertinente. Il est allé jusqu'à affirmer que ni le caractère raisonnable, ni l'équité, ni la légalité des politiques de l'employeur ne sont pertinents pour la question de l'inconduite³⁰. Ces décisions laissent croire que lorsqu'un prestataire est congédié pour avoir désobéi à une politique de l'employeur, sa désobéissance sera considérée comme un manquement à son obligation envers l'employeur, ce qui marque la fin de l'affaire.

[75] Dans ces décisions, le Tribunal a suivi les décisions des tribunaux dans lesquelles la conduite de l'employeur était jugée non pertinente³¹. Ils ont généralement refusé d'appliquer la décision *Astolfi*.

[76] La décision *Astolfi* est une décision exécutoire. Le Tribunal est conscient qu'il ne peut l'ignorer. Dans chaque cas où le Tribunal s'est écarté de la décision *Astolfi*, il l'a fait en distinguant les faits particuliers de sa propre affaire des faits à la base de la décision *Astolfi*.

[77] Dans une décision, un membre du Tribunal a suivi l'exemple de l'affaire *Astolfi*. Il a distingué ses faits de l'affaire *Astolfi* de la même façon que les faits dans l'affaire *Astolfi* ont été distingués des décisions judiciaires selon lesquelles la conduite de l'employeur n'était pas pertinente (comme dans *Caul* ou *Paradis*³²). Le membre a conclu que la conduite de l'employeur n'était pas pertinente dans cette affaire parce qu'elle s'est produite *après* l'inconduite du prestataire³³.

[78] Bon nombre des décisions du Tribunal dans lesquelles la conduite de l'employeur a été écartée concernaient une conduite de l'employeur représentée par la politique d'application générale de l'employeur. Le Tribunal a conclu que ce genre de

³⁰ *Ibid* aux para 22 et 36. Toutefois, dans l'affaire *Canada (Procureur général) c Bedell*, A-1716-83, la Cour d'appel fédérale laisse entendre que la nature des directives de l'employeur peut comporter certaines limites. La Cour a conclu que les actions de la prestataire constituaient une inconduite parce qu'elle a « délibérément refusé de se conformer aux directives *légitimes* de son employeur *relativement à son travail à titre d'employée* ».

³¹ Voir par exemple *Canada (Procureur général) c McNamara* 2007 CAF 107; *Paradis c Canada (Procureur général)*, 2016 CF 1282; *Dubeau c Canada (Procureur général)*, 2019 CF 725; *Canada (Procureur général) c Caul*, 2006 CAF 251.

³² *Ibid*.

³³ *MC c Commission de l'assurance-emploi du Canada*, 2023 TSS 300.

conduite visée par la « politique » diffère beaucoup de la conduite de l'employeur qui cible expressément le prestataire, comme c'était le cas dans l'affaire *Astolffi*³⁴.

[79] Dans quelques cas, le Tribunal a accepté la pertinence de la conduite de l'employeur et a même conclu que la conduite du prestataire ne constituait pas une inconduite fondée en grande partie sur le comportement de l'employeur. Dans chacun de ces cas, la conduite de l'employeur est survenue **avant** la conduite qualifiée d'inconduite du prestataire (comme dans l'affaire *Astolffi*). Cependant, il convient d'ajouter que la conduite de l'employeur dans ces cas ciblait précisément le prestataire ou l'affectait de façon unique.

[80] Dans un cas, la conduite de l'employeur a forcé un prestataire à choisir entre désobéir ou subir des conséquences importantes et (apparemment) inévitables sur sa santé³⁵. Dans un autre cas, l'employeur imposait des coûts financiers importants au prestataire³⁶.

[81] La jurisprudence laisse entendre que la conduite de l'employeur peut être pertinente lorsqu'elle survient avant (et qu'elle a probablement influencé) l'inconduite reprochée, et aussi lorsqu'elle touche un prestataire ou qu'elle l'affecte de façon unique. Le refus d'un prestataire d'obéir aux ordres d'un employeur est moins susceptible d'être qualifié d'inconduite lorsque l'obéissance impliquerait un préjudice ou une perte inévitable.

Traitement uniforme en vertu de la loi

[82] Dans la présente décision, le prestataire a été exclu du bénéfice des prestations parce que l'employeur l'a congédié pour inconduite. Toutefois, les prestataires peuvent également être exclus s'ils quittent volontairement leur emploi sans justification. Comme l'a souligné la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Easson*, les deux notions [inconduite et

³⁴ Voir notamment les décisions *DN c Commission de l'assurance-emploi du Canada*, 2023 TSS 1133, *MB c Commission de l'assurance-emploi du Canada*, 2023 TSS 1147 et *EC c Commission de l'assurance-emploi du Canada*, 2020 TSS 363.

³⁵ Voir la décision *NL c Commission de l'assurance-emploi du Canada*, 2022 TSS 307.

³⁶ Voir la décision *Commission de l'assurance-emploi du Canada c AK*, 2020 TSS 155.

départ volontaire sans justification] sont liées pour servir la logique et pour des raisons d'ordre pratique³⁷.

[83] Si la conduite de l'employeur n'est jamais prise en compte, cela signifierait que les prestataires pourraient être traités différemment en vertu de la loi selon qu'ils ont démissionné ou qu'ils ont été congédiés pour inconduite.

[84] Il peut y avoir des circonstances dans lesquelles une politique, une ordonnance ou une directive de l'employeur est telle qu'un prestataire n'aurait pas d'autre solution raisonnable que de démissionner. Le prestataire pourrait tout de même remplir les conditions requises pour recevoir des prestations s'il démissionne pour éviter une condition ou un ordre de travail scandaleux. Toutefois, si l'employeur congédiait le prestataire parce qu'il a refusé de se conformer avant qu'il ait la possibilité de démissionner, il serait probablement exclu du bénéfice des prestations.

[85] À titre d'exemple, la *Loi* définit un certain nombre de circonstances pertinentes quant à une « justification » (départ volontaire). Certaines de ces circonstances ont un lien sans équivoque avec la conduite de l'employeur, comme « les pratiques d'un employeur contraires à la loi » ou « les conditions de travail constituant un danger pour la santé ou la sécurité ». Si un employeur ne veut pas modifier ses demandes et insiste sur la conformité, le prestataire peut être fondé à quitter son emploi.

[86] *Si l'employeur demandait à un prestataire de faire quelque chose d'illégal ou l'obligeait à travailler dans des fonctions ou dans des conditions présentant un risque pour sa santé ou sa sécurité*, cela serait — à mon avis — pertinent pour décider si son refus devait être considéré comme une inconduite.

[87] J'admets que la nature et l'effet des directives d'un employeur à l'égard d'un prestataire peuvent être pertinents. Ils ne peuvent être ignorés dans tous les cas où

³⁷ Arrêt *Procureur général du Canada c Easson*, A-1598-92; voir aussi l'arrêt *Canada (Procureur général) c Eppel*, A-3-95.

l'inconduite correspond au refus du prestataire de se conformer aux ordres de l'employeur.

Pertinence de la conduite de l'employeur dans cette affaire

[88] Je reconnais que la conduite de l'employeur dans cette affaire est pertinente pour décider si le refus du prestataire de détruire les enregistrements peut être qualifié d'inconduite.

[89] La conduite de l'employeur au cours du mois ayant précédé la demande de l'employeur (décembre 2020) de détruire les enregistrements a probablement influencé le refus du prestataire.

[90] Le lendemain du premier enregistrement de K. C., J. B. a téléphoné pour suspendre le prestataire pour ce qu'il avait compris des propos du prestataire lors de sa conversation avec K. C. Le prestataire a appris plus tard qu'on lui reprochait d'avoir proféré une menace au cours de cet appel. Pour sa défense, le prestataire a remis au chef de la direction de l'employeur des copies des enregistrements. L'enregistrement a établi que ses remarques avaient été prises hors contexte, ce qui a donné lieu à sa réintégration.

[91] Sa suspension abrupte fondée sur une accusation non étayée, combinée à la façon dont il a défendu avec succès son emploi à l'aide de ses enregistrements, fournit un contexte important pour ses actions. Les enregistrements constituaient le bouclier du prestataire contre l'accusation selon laquelle il avait menacé l'entreprise. À mon avis, il serait raisonnable qu'il se méfie de l'employeur et qu'il possède sa propre copie.

[92] Ma décision selon laquelle la conduite de l'employeur est pertinente est conforme à la décision *Astolfi* et à la façon dont le Tribunal a distingué ou appliqué la décision *Astolfi* dans ses décisions antérieures : la directive de l'employeur de détruire les enregistrements était antérieure au refus du prestataire. Il ne s'agissait pas d'une politique ou d'une directive d'application générale, et elle n'était pas étayée par une telle politique ou directive. Il s'agissait d'une demande active et précise ciblant uniquement le prestataire et sa situation particulière.

La conduite de l'employeur dispense-t-elle le prestataire d'obéir à sa directive de détruire les enregistrements?

[93] La conduite de l'employeur était pertinente et a probablement influencé la décision du prestataire. Toutefois, cela ne dispense pas le prestataire de suivre la directive de l'employeur de détruire les enregistrements.

[94] Comme il a été mentionné précédemment, le Tribunal a conclu seulement dans quelques cas qu'un prestataire n'a pas commis d'inconduite en raison de la conduite de l'employeur. Dans ces cas, la conduite de l'employeur a nui au prestataire ou risquait de lui causer un préjudice.

[95] La directive de l'employeur enjoignant au prestataire de détruire les enregistrements ne l'exposait pas à un risque de préjudice physique. Cela ne l'a pas forcé non plus à participer à quoi que ce soit d'illégal, voire de contraire à l'éthique. L'employeur ne l'obligeait pas à choisir entre son emploi d'une part et sa santé ou ses finances d'autre part. Aucune preuve n'établissait que la directive de l'employeur a créé des circonstances dans lesquelles le prestataire n'avait d'autre solution raisonnable que de démissionner (si l'employeur ne l'avait pas congédié en premier) ou a contribué à de telles circonstances.

[96] L'expérience du prestataire auprès de l'employeur l'a peut-être rendu réticent face à l'idée de futurs moyens de pression, mais les directives de l'employeur n'ont pas empêché le prestataire de se défendre. Il est très peu probable que l'employeur impose de nouveau sa suspension ou le congédie en raison de son accusation antérieure, tout simplement parce que le prestataire n'avait plus de copie des enregistrements. L'employeur ne pouvait nier que les enregistrements ont déjà existé. Il savait que le prestataire avait soumis une copie de ces enregistrements dans une demande ou une plainte présentée à un autre forum administratif³⁸.

³⁸ Voir la page GD3-92. Le prestataire a dit à la Commission qu'il avait des « affaires » à la Commission canadienne des droits de la personne (CCDP) et une affaire au Conseil canadien des relations industrielles (CCRI). Il a dit à l'employeur qu'il avait soumis les enregistrements à la CCDP. Voir la page GD3-39.

[97] Si le prestataire craignait de perdre son emploi, il aurait dû être très clair pour lui que le risque de désobéir à la directive de détruire les enregistrements l'emportait sur le risque de les détruire effectivement. L'employeur avait averti explicitement et à plusieurs reprises le prestataire qu'il envisageait de le licencier parce qu'il ne s'est pas conformé à la directive.

[98] De plus, la destruction de la copie des enregistrements numériques par le prestataire ne lui causait que peu ou pas de préjudice. Elle ne lui aurait rien coûté et il aurait été simple et pratiquement sans effort de confirmer qu'il l'avait fait.

[99] L'information ne serait pas non plus perdue de façon irrémédiable. L'employeur a exigé que le prestataire détruise sa propre copie des enregistrements, mais pas toutes les copies existantes. Si le prestataire prévoyait utiliser les enregistrements à des fins légitimes, comme la preuve dans une autre procédure judiciaire, il aurait probablement été en mesure d'obtenir une autre copie. Il avait soumis les enregistrements à la CCDP et au Conseil des relations industrielles (CCRI)³⁹. Il pourrait obtenir un résumé de la preuve d'enregistrement à partir du rapport de la CCDP (sinon une copie de l'enregistrement) et il serait en mesure de récupérer une copie de l'enregistrement réel à partir du dossier public, si la CCDP renvoyait l'affaire au Tribunal canadien des droits de la personne. Le processus du CCRI est public, de sorte que ses enregistrements feraient partie du dossier public et seraient accessibles.

[100] J'admets que les enregistrements étaient la propriété personnelle du prestataire. J'admets en outre que l'employeur ne pouvait pas le contraindre à détruire les enregistrements ou à divulguer les personnes avec qui il avait discuté de leur contenu. Toutefois, cela ne signifie pas que le prestataire pouvait refuser de détruire les enregistrements tout en conservant son emploi.

[101] Une directive de l'employeur qui était purement arbitraire, capricieuse, vengeresse ou non liée à l'emploi aurait peut-être une certaine incidence sur la question de savoir si le prestataire doit obéir à cette directive. Toutefois, rien ne laisse entendre

³⁹ Écoute de l'enregistrement audio de l'audience de la division générale à 1 h 4 min.

que c'était bien le cas de la directive de l'employeur dans la présente affaire. En fait, l'employeur aurait très bien pu avoir de bonnes raisons d'insister pour que le prestataire détruise sa copie des enregistrements.

[102] Le PDG de l'employeur avait écouté les enregistrements. Il a probablement apprécié la délicatesse d'au moins une des questions discutées. L'enregistrement révèle que K. C. a présenté au prestataire l'offre de l'employeur d'aborder certaines de ses conditions de travail et exigences salariales. Il s'agit notamment d'une volonté de payer au prestataire des heures qui n'avaient pas été payées auparavant. La discussion suppose que l'employeur offrirait cette concession au prestataire à titre de cas spécial et qu'il ne s'agissait pas d'une offre qu'il avait faite à d'autres membres du personnel⁴⁰.

[103] L'employeur n'a pas expliqué pourquoi il exigeait la destruction des enregistrements. Toutefois, si les enregistrements donnent à penser que l'employeur était disposé à accorder au prestataire une sorte de traitement de faveur ou de concession (comme il semble le faire), on peut imaginer pourquoi l'employeur ne voudrait pas que d'autres membres du personnel en entendent parler.

[104] Peu importe si cela décrit une partie de la motivation de l'employeur, l'importance que l'employeur accorde à sa préoccupation était ou aurait dû être évidente pour le prestataire.

[105] Je ne peux affirmer avec certitude pourquoi le prestataire a refusé de suivre les directives de l'employeur. Outre son affirmation d'un intérêt abstrait pour la propriété privée, il n'a jamais expliqué pourquoi il avait refusé de détruire les enregistrements. En l'absence apparente d'explication raisonnable, l'employeur aurait pu raisonnablement craindre que le prestataire ait eu l'intention d'utiliser les enregistrements d'une manière contraire à ses propres intérêts.

[106] Comme je l'ai déjà mentionné, l'un des éléments de l'inconduite est qu'il doit s'agir d'une conduite qui contrevient à une obligation du prestataire envers son employeur. Je conclus que le prestataire avait envers son employeur une obligation de

⁴⁰ Voir la page GD3-93. De plus, écoutez l'enregistrement audio à GD11 à 20 min 20 s.

loyauté et que son refus de confirmer la destruction de ses copies était incompatible avec cette obligation. Le prestataire a démontré qu'il avait perdu confiance envers son employeur et il a probablement signifié à l'employeur qu'il ne pouvait pas lui faire confiance non plus. Cela a enfreint la relation employeur-employé fondamentale (que le prestataire a comprise comme un motif de mesures disciplinaires⁴¹). De plus, je conclus que le manquement était « assez grave » pour constituer une inconduite⁴².

– **Le refus du prestataire était-il délibéré?**

[107] Le refus du prestataire était délibéré. Il a refusé clairement et explicitement de confirmer qu'il avait détruit les enregistrements. Il s'agissait d'un rejet voulu et intentionnel de la directive de l'employeur.

[108] Le dossier révèle que le prestataire était atteint de dépression à divers moments, y compris lorsqu'il a fait les enregistrements⁴³. Toutefois, je n'admets pas que cela ait été pris en compte dans son refus. Celui-ci ne résultait pas d'une incapacité momentanée ou d'un manque de jugement. Il a déclaré que sa dépression [traduction] « est quelque chose [qu'il] peut gérer, car il est une personne très fonctionnelle » en novembre 2021⁴⁴.

[109] Il aurait pu détruire les enregistrements à n'importe quel moment entre la première demande de l'employeur en décembre 2020 et ses multiples demandes en janvier et février 2022. Il a soutenu jusqu'à ce jour qu'il était justifié de refuser la directive de l'employeur de détruire les enregistrements.

– **Le prestataire aurait-il dû savoir que le refus de détruire les enregistrements pouvait mener à son congédiement?**

[110] J'admets que le prestataire savait que son refus pouvait mener à son congédiement.

⁴¹ Voir la page GD3-75.

⁴² Arrêt *Canada (Procureur général) c Langlois*, A-94-95, A-94-96.

⁴³ Voir la page GD3-21.

⁴⁴ Voir la page GD3-54.

[111] L'employeur lui a d'abord dit qu'il devait détruire les enregistrements peu après leur création, puis après le départ du prestataire en congé. Lorsqu'il a tenté de revenir au travail en novembre 2021, l'employeur lui a rappelé sur-le-champ qu'il avait insisté sur la destruction des enregistrements et que le prestataire ne pouvait pas revenir au travail sans le faire. Au cours des semaines qui ont suivi, l'employeur l'a averti à plusieurs reprises qu'il le licencierait s'il ne se conformait pas à sa demande.

[112] Le prestataire a reconnu qu'il avait refusé de le faire et il a admis qu'il n'était pas étonné que l'employeur l'ait congédié en conséquence.

– **L'employeur a-t-il congédié le prestataire pour son inconduite?**

[113] J'ai déjà conclu que l'employeur a congédié le prestataire pour son refus de se conformer à la directive de l'employeur. La lettre de congédiement le mentionne explicitement. Je comprends que le prestataire croit que l'employeur voulait de toute façon se débarrasser de lui. Cependant, il n'a pas nié que son refus de détruire les enregistrements constituait au moins une raison pour laquelle il a été congédié.

[114] L'employeur a congédié le prestataire pour inconduite.

Conclusion

[115] Je rejette l'appel. La division générale a commis une erreur de fait importante. J'ai substitué ma propre décision et corrigé l'erreur, mais j'obtiens le même résultat que la division générale.

Stephen Bergen
Membre de la division d'appel