

Cour fédérale



Federal Court

Date : 20170131

Dossier : T-1184-16

Référence : 2017 CF 120

Ottawa (Ontario), le 31 janvier 2017

En présence de monsieur le juge Roy

ENTRE :

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

demandeur

et

YOLANDE BERNIER

défenderesse

JUGEMENT ET MOTIFS

[1] Le Procureur général du Canada (le demandeur) se pourvoit en contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision rendue par la Division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale (DA-TSS). Cette décision est relative au refus de la DA-TSS de permettre l'appel d'une décision rendue par la Division générale du Tribunal de la sécurité sociale (DG-TSS). La demande de contrôle judiciaire est présentée en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* (LRC (1985), ch F7) :

I. Le cadre juridique

[2] Il importe d'abord de bien situer en quoi consiste le recours. Si la DA-TSS avait rendu une décision en appel sur le mérite de la demande faite par Madame Bernier pour obtenir des prestations d'assurance emploi, le recours approprié eut été devant la Cour d'appel fédérale à qui est conférée la juridiction d'entendre les demandes de contrôle judiciaire visant la DA-TSS, sauf en ce qui a trait aux décisions rendues quant à des permissions d'en appeler. Or, il s'agit exactement de ce dont il est ici question. Le Procureur général demande le contrôle judiciaire du refus de la DA-TSS de permettre qu'un appel ait lieu de la décision de la DG-TSS.

[3] L'article 58 de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social* (LC 2005, ch 34) prévoit que la permission d'en appeler d'une décision de la DG-TSS sera refusée si la Division d'appel est convaincue que « l'appel n'a aucune chance raisonnable de succès » (para 58(2)). Par ailleurs, la même Loi stipule les seuls moyens d'appel disponibles. Je reproduis les paragraphes 58(1) et (2) :

Moyens d'appel

58 (1) Les seuls moyens d'appel sont les suivants :

a) la division générale n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;

b) elle a rendu une décision entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier;

Grounds of appeal

58 (1) The only grounds of appeal are that

(a) the General Division failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

(b) the General Division erred in law in making its decision, whether or not the error appears on the face of the record; or

c) elle a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.	(c) the General Division based its decision on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.
--	---

Critère**Criteria**

(2) La division d'appel rejette la demande de permission d'en appeler si elle est convaincue que l'appel n'a aucune chance raisonnable de succès.	(2) Leave to appeal is refused if the Appeal Division is satisfied that the appeal has no reasonable chance of success.
---	---

[4] La DG-TSS aura conclu que madame Bernier n'a pas perdu son emploi pour inconduite aux termes de l'article 30 de la *Loi sur l'assurance-emploi* (LC 1996 ch 23). De l'avis du demandeur, ce serait bien en raison d'inconduite que la défenderesse aurait perdu son emploi, ce qui l'empêche en vertu de la *Loi sur l'assurance-emploi* de bénéficier de prestation d'assurance-emploi. L'alinéa 30 (1) de cette loi est libellé de la façon suivante :

Exclusion : inconduite ou départ sans justification**Disqualification — misconduct or leaving without just cause**

30 (1) Le prestataire est exclu du bénéfice des prestations s'il perd un emploi en raison de son inconduite ou s'il quitte volontairement un emploi sans justification, à moins, selon le cas :

30 (1) A claimant is disqualified from receiving any benefits if the claimant lost any employment because of their misconduct or voluntarily left any employment without just cause, unless

a) que, depuis qu'il a perdu ou quitté cet emploi, il ait exercé un emploi assurable pendant le nombre d'heures requis, au titre de l'article 7 ou 7.1, pour recevoir des prestations de chômage;

(a) the claimant has, since losing or leaving the employment, been employed in insurable employment for the number of hours required by section 7 or 7.1 to qualify to receive benefits; or

b) qu'il ne soit inadmissible, à l'égard de cet emploi, pour l'une des raisons prévues aux articles 31 à 33. **(b)** the claimant is disentitled under sections 31 to 33 in relation to the employment.

(...)

[5] La DA-TSS, au stade de la permission d'en appeler, ne doit pas soupeser la preuve et ainsi rendre une décision au mérite. Elle doit plutôt être convaincue que l'appel n'a aucune chance raisonnable de succès, une barre sensiblement plus basse que celle de convaincre que l'appel devrait être accordé. À moins d'être convaincue qu'aucun moyen d'appel n'a une chance raisonnable de succès, un appel devrait être permis.

[6] Par ailleurs, le rôle de cette Cour est aussi limité. Sur contrôle judiciaire, la Cour fédérale n'examine que la légalité de la décision rendue par la Division d'appel sur permission d'en appeler. Dit autrement, cette Cour n'examine pas l'affaire au mérite généralement. Dépendant de la norme de contrôle applicable, le rôle de la Cour fédérale est celui de voir si la décision rendue dont contrôle est demandé est correcte, pour des questions d'équité procédurale surtout, ou raisonnable, dépendant de la question à être décidée.

II. Norme de contrôle

[7] En l'espèce, le demandeur convient que la norme de contrôle sera celle de la décision raisonnable et non celle de la décision correcte qui est plus favorable à un demandeur. Tout récemment, mon collègue le juge Richard Mosley répertoriait la jurisprudence de notre cour pour conclure que les décisions sur permission d'en appeler font l'objet d'un contrôle judiciaire sur la

base de la décision raisonnable (*Paradis c Procureur général du Canada*, 2016 FC 1282 [*Paradis*], référant à *Canada (Procureur général) c Hines*, 2016 CF 112, au para 28; *Griffin c Procureur général du Canada*, 2016 FC 874, para 13; *Canada (Procureur général) c Hoffman*, 2015 CF 1348, aux paras 26 et 27 et *Bergeron c Canada(Procureur général)*, 2016 CF 220 au para 6).

[8] C'est donc dire que cette Cour doit faire preuve de déférence à l'endroit de la décision rendue par la DA-TSS de refuser permission d'en appeler. Comme le disait la Cour suprême du Canada dans *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 RCS 190 [*Dunsmuir*], « (c)ertaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables. » Ainsi, même si cette Cour préférerait une solution à une autre, elle ne saurait préférer sa solution à celle du tribunal administratif, sauf s'il est démontré que la décision du tribunal administratif n'est pas raisonnable. Ce caractère de raisonnabilité aura un aspect procédural puisque la Cour écrit dans ce même paragraphe 47 de *Dunsmuir* : « (l)e caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel... » Quant à la qualité de la décision elle-même, la Cour enseigne que si la décision rendue trouve place au sein des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit », la décision sera raisonnable.

[9] Dans notre cas, le Procureur général doit démontrer qu'il n'était pas raisonnable de la part de la DA-TSS de conclure que les chances de succès de son appel étaient telles qu'on ne pouvait raisonnablement croire au succès.

[10] Il devra donc y avoir présentation des faits circonstanciés qui ont fait en sorte que Madame Bernier a perdu son emploi. Une fois ces faits établis, on devra examiner les raisons pour lesquelles la DG-TSS a conclu que la perte d'emploi n'était pas en raison de son inconduite aux termes de l'article 30 de la Loi sur l'assurance-emploi. C'est de cette décision dont permission d'appeler n'a pas été accordée parce que, selon la DA-TSS, un appel n'aurait aucune chance raisonnable de succès.

III. Les faits

[11] Madame Bernier était une agente de programme au sein du Service correctionnel du Canada. Elle y avait commencé son emploi en 2008. Elle devait être suspendue sans solde le 4 mars 2014 pour être congédiée le 8 juillet 2014. Il est acquis que Madame Bernier a eu une conduite inappropriée en entretenant une relation personnelle avec un détenu alors que celui-ci était en liberté conditionnelle. Il n'est pas contesté non plus que le code de déontologie de l'employeur prévoit spécifiquement qu'un employé ne doit pas entretenir une relation avec un détenu à l'extérieur de ses heures de travail. Alors que le code prévoirait que l'employé doit informer son employeur de toute telle relation, Madame Bernier ne l'a jamais fait.

[12] On tire de la décision de la DG-TSS que la défenderesse a reçu chez elle en une occasion une personne qui était en libération conditionnelle et auprès de laquelle elle avait été une

intervenante. Selon la défenderesse, cette personne en libération conditionnelle était accompagnée professionnellement par celle-ci à raison de deux après-midi par semaine. Elle prétend que la rencontre à sa résidence qui a entraîné son départ se serait limitée à un café et une discussion de près de deux heures et que, à l'occasion de cette rencontre, il y aurait eu visite de deux boutiques d'antiquité parce que la personne sous libération conditionnelle recherchait un objet. Cette visite et la « séance de magasinage », comme on l'a appelée, n'aurait été que ponctuelle.

[13] À son retour d'une vacance de 6 semaines après la rencontre dont il est question, la défenderesse apprend que la situation de cette personne est devenue plus difficile. Il semblerait que cette personne eut des propos menaçants ayant fait l'objet « des mesures restrictives face à sa conjointe » (mémoire de faits et de droit de la défenderesse, para 19). Cela devait mener à la réincarcération et, prétend la défenderesse, cette personne aurait choisi de se venger en référant à sa visite chez Madame Bernier et en amplifiant le contenu, alléguant qu'il y aurait là une relation particulière. La défenderesse nie la nature alléguée de cette relation. De plus, la défenderesse nie avoir consommé de la marijuana avec cette personne à cette occasion.

[14] Une enquête devait être ordonnée au sujet des agissements de Madame Bernier. Le document au dossier indique la date du 18 mars 2014 comme la date où l'enquête est ordonnée, mais Madame Bernier était déjà suspendue depuis le 4 mars. Le rapport d'enquête, daté du 30 avril 2014, tend à être sensiblement plus critique à l'égard de Madame Bernier que ce que celle-ci est prête à accepter. Ainsi, les commentaires de Madame Bernier sur le rapport d'enquête sont assortis d'une série de concessions sur ses agissements qui sont d'ailleurs reproduites à la lettre

de licenciement disciplinaire qui lui était adressée le 8 juillet 2014. Tant le rapport d'enquête que les commentaires de la défenderesse notaient qu'il pouvait être incertain que l'employeur puisse avoir confiance en elle. Ainsi, elle notait à la page 7 de 9 de ses commentaires sur le rapport d'enquête : « Est-ce que mon employeur peut me faire confiance à nouveau? » Le rapport quant à lui concluait avec la phrase : « La plus grande question qui demeure en suspens à ce jour est de savoir si l'employeur peut encore lui accorder sa confiance. » La lettre de licenciement disciplinaire, qui viendra le 8 juillet 2014, considère que Madame Bernier aurait, « sur une période de 4 mois, eu des contacts non professionnels avec le délinquant » et relate de façon plus spécifique en quoi consistent les faits retenus reprochés :

- Adhéré [*sic*] au compte Facebook du délinquant
- Invité [*sic*] le délinquant à votre domicile. Suite à cette rencontre, vous avez demandé au délinquant de communiquer avec la maison de transition CCC Ogilvy et l'avez dirigé vers une cabine téléphonique afin qu'on ne le retrace pas à votre demeure
- Effectué [*sic*] une séance de magasinage dans une boutique d'objets antiques avec le délinquant
- Partager des informations de votre vie privée avec le délinquant.
- Reconnue porter des vêtements inadéquats lors des séances dispensées au délinquant
- Admis consommer de la marijuana

D'autres allégations qui ont fait l'objet d'enquête n'ont de toute évidence pas été retenues.

[15] La défenderesse a soumis un grief relativement à son congédiement. Ce grief a été résolu grâce à un protocole d'entente intervenu entre la défenderesse et son employeur et qui a été

considéré par la DG-TSS. On retrouve les considérations mises de l'avant au paragraphe 53 de la décision de la DG-TSS :

53. Lorsque j'examine la pièce GD-17 qui est une copie du protocole d'entente survenu entre l'appelante et son employeur, je constate qu'on y fait état de facteurs atténuants pour expliquer l'erreur professionnelle de l'appelante. Notamment : [sic]

a) Absence de mauvaise foi de la plaignante;

Aucun intérêt personnel dans la faute commise;

Situation familiale particulière;

Années d'expériences;

Évaluation de rendement;

La plaignante a avisé sans attendre les autorités des risques de violence accrus du délinquant alors que celui-ci suivait son programme.

[16] Suspendue sans solde le 4 mars 2014, la demande de prestation d'assurance-emploi de Madame Bernier a été refusée par la Commission de l'assurance-emploi [la Commission] le 14 mai 2014. La demande de révision n'a pas été plus fructueuse puisque la même Commission a maintenu sa décision initiale le 6 novembre 2014. Madame Bernier a alors logé un appel auprès du Tribunal de la sécurité sociale le 5 décembre 2014. La DG-TSS a entendu l'affaire le 14 octobre 2015 et rendu sa décision le 6 février 2016. Dans cette décision, la DG-TSS donnait raison à Madame Bernier. Finalement, la décision de la DA-TSS qui refusait de permettre l'appel était rendue le 11 juillet 2016.

IV. Les décisions du Tribunal de la sécurité sociale

[17] La décision qui fait l'objet du contrôle judiciaire est celle de refuser la permission d'en appeler parce que, selon la DA-TSS, un appel n'aurait aucune chance de succès. Cette Cour doit faire preuve de déférence à cet égard.

[18] Ce qui rend la question un peu différente par rapport aux contrôles judiciaires de décisions rendues au mérite est que la barre à être sautée par qui veut en appeler est sensiblement plus basse que si le contrôle porte sur le mérite. Il ne s'agit de satisfaire la DA-TSS que l'inconduite alléguée satisfait la définition jurisprudentielle de « inconduite » au sens de l'article 30 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, mais plutôt de déterminer s'il existe « certains motifs défendables grâce auxquels l'appel proposé pourrait avoir gain de cause » (*Osaj c Canada (Procureur général)*, 2016 CF 115 au para 12; *Paradis* au para 34). La DA-TSS ne doit pas décider l'affaire au fond à ce stade, mais plutôt elle doit voir si elle est convaincue qu'il n'y a pas de tels motifs défendables. L'issue choisie par la DA-TSS, pour utiliser le vocabulaire de la Cour Suprême dans *Dunsmuir*, est qu'il n'y a pas de motif défendable. S'il y en a un, la décision ne serait pas raisonnable. De même, la DA-TSS doit rendre une décision qui soit transparente, intelligible et fournisse une justification pour satisfaire au caractère raisonnable de la décision. Dans la mesure où la décision aura les apanages de la raisonnable, il n'y a pas lieu pour la Cour d'intervenir.

[19] Si je comprends bien la position adoptée par le demandeur, qui n'est pas toujours simple face à son argumentaire touffu, ce n'était pas à la DG-TSS de se prononcer, même implicitement,

sur la sévérité de la sanction à l'inconduite. On prétend que c'est ce qui a été fait. La seule question à laquelle il fallait répondre est celle de savoir si Mme Bernier a perdu son emploi en raison de son inconduite. Puisque la question porte sur une permission d'en appeler refusée, le seul examen de la décision de la DA-TSS ne suffit pas. Le contexte de celle-ci s'établit en fonction de la décision dont appel est refusé.

A. *Décision de la DG-TSS*

[20] La décision initiale, celle de la Division générale, a été rendue le 8 février 2016. Les faits de base qui ont mené au licenciement disciplinaire du 8 juillet 2014 ne sont pas contestés. Cependant, la DG-TSS reçoit en preuve des circonstances qui ne peuvent avoir été présentées que comme se voulant atténuantes. De plus, certaines des allégations faites par le détenu (consommation de drogue de Madame Bernier avec le détenu en liberté conditionnelle, relations sexuelles) sont niées par la défenderesse (qui ne nie pas par ailleurs consommer de la marijuana).

[21] La Commission prétendait à l'inconduite au sens de l'article 30, alors que la défenderesse parlait d'un événement ponctuel, amenuisé par la situation personnelle d'alors, qui ne constituerait pas de l'inconduite au sens de l'article 30.

[22] Pour la Commission, aux dires de la DG-TSS, selon l'enquête menée par l'employeur, Mme Bernier « a bel et bien commis les gestes dont son employeur l'a accusé (sic), que ces gestes, considérés comme délibérés, ont été commis malgré la conséquence prévisible qu'était la perte de son emploi, et elles constituent de l'inconduite au sens de la Loi » (décision de la DG-TSS, para 37d)).

[23] Le problème, et c'est un problème rencontré partout dans cette affaire, est que la décision de la DG-TSS n'est pas limpide. Deux fois sur les 22 paragraphes que constitue l'analyse, la DG-TSS insiste que toute conduite répréhensible ne constitue pas nécessairement une inconduite. Pour elle, « (l')inconduite est un manquement d'une partie telle que son auteur pourrait normalement prévoir qu'il serait susceptible de provoquer son congédiement » (para 39). Ainsi, la DG-TSS doit être convaincue que l'inconduite est le motif, et non l'excuse, pour le congédiement. Mais ce qui contribue au problème est le fait que la DG-TSS pose une série de propositions qui sont de l'ordre du gabarit. Elles sont des propositions tirées de la jurisprudence, mais on ne sait pas trop en quoi les propositions ont un lien avec les faits de l'affaire.

[24] Ayant établi certains principes jurisprudentiels propres à la notion d'inconduite, la DG-TSS semble se contenter d'en être éclairée. On ne dit pas en quoi ces principes s'appliquent et ce qu'il faut en tirer en l'espèce. La DG-TSS continue plutôt son analyse pour accepter la version atténuée de la défenderesse. On doit conclure que la DG-TSS accepte la version de Madame Bernier, qui est moins accablante que ce qu'on lit au rapport d'enquête de l'employeur.

[25] Le cœur de la décision me semble se retrouver aux paragraphes 56, 57 et 58. Je les reproduis :

[56] Doit-on pour autant conclure à l'inconduite? Ce n'est pas mon avis. Je retiens que l'appelante traversait une période de vie difficile et que son jugement pouvait être altéré. S'il y avait eu répétition de rencontres en dehors du travail ou preuve d'autres fautes professionnelles, le Tribunal aurait pu conclure que l'appelante avait volontairement décidé de ne pas tenir compte des répercussions de ses actions sur son travail.

[57] Or, la preuve est plutôt à l'inverse. J'arrive donc à la conclusion qu'aucune volonté de la sorte ne s'est manifestée dans

la présente affaire. J'estime être en présence d'une erreur de jugement qui a justifié un congédiement aux yeux de l'employeur.

[58] La jurisprudence nous apprend qu'une conduite répréhensible ne constitue pas nécessairement une inconduite. L'appelante a certainement eu tort, mais j'arrive à la conclusion qu'elle n'avait pas tous les torts qu'on lui reprochait de prime abord. J'accorde foi aux propos de l'appelante voulant qu'elle n'avait pris conscience que le manquement était d'une portée telle qu'elle pouvait normalement prévoir être congédiée.

L'absence de lien entre les principes jurisprudentiels évoqués, sans plus, et la décision ne facilite pas une compréhension. La notion d'inconduite retenue par la DG-TSS n'est pas explicitée. La DG-TSS semble rechercher une volonté de la part de la défenderesse de ne pas tenir compte des répercussions de ses agissements pour qu'il y ait inconduite. Ce serait donc l'intention de la prestataire qui domine. A-t-elle volontairement décidé de faire fi des conséquences?

[26] Mais la DG-TSS ne me semble pas expliquer pourquoi le congédiement pour faute professionnelle ne constitue pas l'inconduite de l'article 30. Il y a plutôt une forme d'amalgame entre l'absence de volonté de ne pas tenir compte des répercussions du comportement et la présence d'une erreur de jugement (qui justifie congédiement aux yeux de l'employeur) qui mène, sans autre explication, à une absence d'inconduite.

B. *La décision de la DA-TSS*

[27] La seule question qui se posait à la DA-TSS était donc de déterminer si un appel de cette décision n'avait aucune chance raisonnable de succès. Dans sa décision du 11 juillet 2016, elle concluait à l'absence de chance de succès. Comme requis au paragraphe 58(4) de la *Loi sur le*

ministère de l'Emploi et du Développement social, une décision motivée a été rendue et c'est elle qui fait l'objet du contrôle judiciaire.

[28] La décision de la DA-TSS n'est pas non plus d'un accès très facile. Reconnaissant que la demande en appel porte sur des allégations d'erreur de droit et de conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire, la DA-TSS en dispose sans vraiment fournir une articulation complète de la pensée.

[29] D'abord, sur la question d'erreur de fait, la DA-TSS la décrit comme étant « la conclusion que le geste reproché de l'intimée ne constituait pas l'inconduite » (para 16).

[30] Suivent une série de paragraphes qui tentent de rejeter cette allégation. On nous y dit que la défenderesse a reconnu avoir commis une erreur de jugement et que l'employeur « s'est engagé de ne pas faire de représentation dans le dossier du Tribunal » (para 17). Or, ce n'est pas exact. Au mieux, le protocole convient que si « des représentations sont faites, celles-ci seraient conformes au présent protocole ». Tout ce dont atteste l'employeur, c'est qu'il « ne s'engage pas à faire des représentations dans le dossier d'assurance-emploi », ce qui n'est pas s'engager à ne pas faire de représentations. Dans son contexte, l'employeur déclare qu'il n'interviendra pas en faveur de la prestataire, mais que si des représentations sont faites, elles ne dédiront pas le contenu du protocole.

[31] Le TSS a en preuve que le licenciement disciplinaire de juillet 2014 est dorénavant caractérisé comme une erreur professionnelle qui fait en sorte que les parties conviennent qu'il

est impossible à l'employeur de réintégrer Madame Bernier. Les facteurs atténuants sont dûment notés.

[32] Il me semble que l'inférence irrésistible à tirer du protocole est que l'employeur ne voulait pas nuire aux chances de Madame Bernier de percevoir des prestations d'assurance-emploi. Or, le protocole dit bien que c'est l'erreur professionnelle qui est la raison de l'impossibilité de réintégrer Mme Bernier. Malgré les périphrases, la question qui se pose est de déterminer si elle a perdu son emploi en raison de son inconduite.

[33] La DA-TSS déclare que son rôle n'est pas d'apprécier et d'évaluer à nouveau la preuve. Elle a raison qu'elle doit plutôt déterminer les chances raisonnables de succès d'un appel. On aurait pu croire que découlerait de cette constatation qu'une étude au mérite n'est pas appropriée, que la barre à sauter est moins haute parce que le test à satisfaire pour permettre un appel est la conviction que l'appel n'a aucune chance raisonnable de succès.

[34] La DA-TSS accepte qu'une erreur de fait est alléguée. Pour qu'elle puisse être décisive au sens de l'alinéa 58(1) c), il aura fallu que la décision de la DG soit fondée sur une conclusion de fait tirée de façon abusive ou arbitraire. Il faut donc que la conclusion de fait erronée ait une qualité d'évidence particulière. Le seul désaccord sur la conclusion de fait ne suffira pas. La décision doit reposer sur l'erreur de fait, et la conclusion de fait est tirée de façon abusive ou arbitraire. Mais son explication pour conclure à l'absence de chance raisonnable de succès à cet égard est inintelligible. L'erreur de fait à laquelle la DA-TSS tente de répondre serait « (1)a

conclusion de fait annoncée, selon la demanderesse, est la conclusion que le geste reproché de l'intimé ne constituait pas de l'inconduite. » C'était la proposition avancée par la Commission.

[35] Si la DA-TSS cherchait à répondre à cette assertion comme étant une erreur de fait, c'était difficile de réussir parce qu'il ne s'agit pas d'une erreur de fait. Cela rend évidemment la décision impossible à comprendre. Ce n'est pas une conclusion de fait dont il est question; c'est à tout le moins d'une question mixte de fait et de droit, à savoir les faits tels que trouvés constituent-ils une inconduite. La notion d'inconduite, qui n'est pas définie à la Loi, a trouvé son contenu légal dans la jurisprudence qui a cherché au fil des ans à la circonscrire. La conclusion qu'il n'y aurait pas inconduite n'est pas une conclusion de fait erronée. Elle est une conclusion de droit tirée à partir de faits. Le contenu de la notion d'inconduite serait une question de droit. L'application des faits au droit est une question mixte.

[36] Dans le cas d'espèce, une conclusion de fait erronée aurait pu être, par exemple, que Mme Bernier n'a pas reçu un détenu en libération conditionnelle chez elle. Telle conclusion de fait pourrait être vue comme tirée de façon abusive ou arbitraire puisque même Mme Bernier convient qu'il y a eu une telle rencontre. À l'inverse, la Commission pourrait difficilement prétendre à erreur de fait arbitraire ou abusive si elle prétendait que sa preuve, plus accablante, aurait dû être retenue alors même qu'elle n'a même pas tenté de contre-interroger la défenderesse dont le témoignage a été préféré en fin de compte. S'il y avait erreur de fait, elle pourrait difficilement être abusive ou arbitraire quand le témoignage n'est pas contesté. Ce n'est pas impossible qu'un tel argument soit fait, par exemple dans un cas où le témoignage est tellement fantastique et hors du réel qu'aucune crédibilité ne pouvait possiblement et rationnellement lui

être attachée. De préférer dans pareilles circonstances un tel témoignage pourrait être abusif ou arbitraire. Mais ce n'est pas ce qui a été plaidé en l'espèce : il s'agit plutôt d'un choix qui peut déplaire, mais sans plus.

[37] Le même argument a été présenté sur contrôle judiciaire. La même confusion existe. De fait, le Procureur général me semble plaider à la fois qu'il y a erreur de fait et erreur de droit. Il y décrit l'erreur de fait comme étant « l'application des faits à la notion d'inconduite qui fait en sorte que DG-TSS a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance » (para 36, mémoire des faits et du droit). Au paragraphe 53, on lit plutôt que « (e)n appliquant mal les faits à la notion juridique d'inconduite, la DG-TSS a rendu une décision entachée d'une erreur de droit. »

[38] J'ai bien peur que l'on ait confondu là aussi erreur de fait et erreur mixte de fait et de droit. Il n'a pas été adéquatement allégué, et encore moins démontré, qu'il y a eu de la part de la DG-TSS l'erreur de fait dont il est question à l'alinéa 58(1)c) de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*. Ce qui est allégué est que la DG-TSS aurait dû conclure à inconduite sur la base des faits. Ce n'est pas une question de fait. La Commission et la DA-TSS s'attaquaient à un fantôme. Si la bonne question n'est pas posée, il n'est guère surprenant que la réponse ne soit pas meilleure. Il n'a pas été soulevé que la décision est fondée sur une conclusion de fait tirée de manière abusive ou arbitraire.

[39] La vraie question touche plutôt l'erreur de droit alléguée. Remarquablement peu est articulé à cet égard dans la décision de la DA-TSS. Cela se résume à deux paragraphes :

[28] La DG a conclu qu'aucune volonté « de ne pas tenir compte des répercussions de ses actions sur son travail » ne s'est manifestée, que la demanderesse « n'avait pris conscience que le manquement était d'une portée telle qu'elle pouvait normalement prévoir être congédiée » et qu'elle « n'a pas agi de façon délibérée et volontaire ou démontré une telle insouciance ou négligence qu'elle a elle-même provoqué son congédiement ».

[29] La DG a appliqué les principes énoncés dans les arrêts *A.G of Canada c. Tucker*, A-381-85 et *Locke c. Canada (A.G.)*, 2003 FCA 262, entre autres, à la situation de la demanderesse. La décision rendue n'a pas été entachée d'une erreur de droit.

V. Analyse

[40] À mon avis, cette affaire doit être retournée à une formation différente pour un nouvel examen sur la chance raisonnable de succès d'un appel fondé sur une erreur de droit.

[41] Ce qu'on comprend du paragraphe 28 de la décision de la DA-TSS c'est que l'inconduite se définit en fonction d'un test subjectif relevant du seul état d'esprit de la prestataire. Si elle évalue mal les répercussions de son geste, cela ne constituerait pas une inconduite.

[42] Au paragraphe 29, la seule prétention, sans explication ou articulation, est que la DG-TSS aurait suivi la jurisprudence.

[43] La demanderesse soulève en l'espèce trois raisons pour lesquelles cela constituerait une erreur de droit :

- a) il ne s'agit pas d'un test subjectif quant à la prévisibilité de la perte d'emploi;
- b) on prend en considération la justification du prestataire. C'est une erreur. Ce qui importe est que la perte d'emploi est en raison de l'inconduite;

- c) la légitimité du congédiement est contestée en se prononçant sur la sévérité de la sanction. Ce n'est pas approprié.

[44] S'appuyant sur une considérable jurisprudence de la Cour d'appel fédérale, la demanderesse argumente que ces erreurs de droit devraient être corrigées et que, donc, un appel à la DA-TSS aurait d'excellentes chances de succès : la DA-TSS ne pouvait être convaincue que l'appel n'avait aucune chance raisonnable de succès.

[45] Il n'est pas de la juridiction de la Cour fédérale de se prononcer sur la définition d'inconduite au sens de l'article 30 de la *Loi sur l'assurance-emploi*. Je n'ai donc aucune intention de tenter de déterminer s'il y a inconduite dans le cas d'espèce. Le rôle de la Cour est limité à la détermination de la raisonabilité de la conclusion de la DA-TSS que l'affaire n'a aucune chance raisonnable de succès.

[46] Pour ce faire, la Cour a consulté toute la jurisprudence qui a été soumise par les parties. Il est à mon avis loin d'être clair que les seules décisions *Locke* et *Tucker* disposent du dossier comme la DA-TSS l'indique à son paragraphe 29. À tout le moins, la DA-TSS aurait dû expliquer en quoi ces décisions disposent du cas d'espèce. La jurisprudence postérieure à ces décisions pourrait bien porter un éclairage différent et elle devrait être considérée. Les trois arguments mis de l'avant, tels qu'exposés aux présents motifs, me semblent mériter un examen pour déterminer s'ils sont tellement dépourvus de valeur au point de ne pas avoir de chance raisonnable de succès lorsqu'on considère la jurisprudence postérieure et à laquelle aucune référence n'est faite.

[47] Je reconnais d'emblée que même sur une question de droit, la cour de révision doit faire preuve de déférence face au tribunal dont c'est la tâche que d'appliquer ces dispositions (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 RCS 654 au para 39). À mon avis, la décision de la DA-TSS n'est pas raisonnable parce qu'elle n'en a pas les apanages. La Cour suprême dans *Dunsmuir* disait que « (l)a Cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnable » : (para 47). Ici, la justification fait complètement défaut. Si le « caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel », la décision de la DA-TSS est manifestement très courte au point de ne pas savoir pourquoi un appel n'aurait aucune chance raisonnable de succès. Ce n'est pas tant l'insuffisance de motifs que leur absence qui fait problème. La retenue judiciaire face aux décisions des tribunaux administratifs commande bien une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union c Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 RCS 708 au para 12) [*Newfoundland*]. Mais encore faut-il qu'il y ait des motifs. Dans *Newfoundland*, la Cour disait au paragraphe 16 :

En d'autres termes, les motifs répondent aux critères établis dans *Dunsmuir* s'ils permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables.

[48] Ayant été exposé à la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale, le fondement de la décision de la DA-TSS est très incertain et les motifs ne permettent pas de savoir, encore moins de comprendre, le fondement de la décision et si le refus de permettre un appel parce qu'il n'a

aucune chance raisonnable de succès est une issue possible acceptable face aux erreurs de droit alléguées.

[49] Comme indiqué plus tôt, alors que le demandeur prétendait au paragraphe 36 de son mémoire que l'application des faits à la notion d'inconduite comportait une erreur de fait, ce qui a été source de confusion, il prétend aussi au paragraphe 53 qu' « (e)n appliquant mal les faits à la notion juridique d'inconduite, la DG-TSS a rendu une décision entachée d'erreur de droit. » C'est à mon avis la meilleure question qui n'a pas fait l'objet d'une réponse outre que d'invoquer les arrêts *Tucker* et *Locke* qui disposeraient de la question. On ne sait d'ailleurs pas en quoi ces décisions disposeraient de la question.

[50] La DA-TSS devait donner des motifs qui permettent à cette Cour de comprendre pourquoi un appel sur une question de droit n'avait pas de chance raisonnable de succès, surtout en considérant la jurisprudence plus récente de la Cour d'appel fédérale. La question de savoir si les critères appliqués pour déterminer s'il y a inconduite répertoriés au paragraphe 28 de la décision de la DA-TSS (ces citations venant directement des paragraphes 56, 58 et 59 de la décision de la DG-TSS), donnent à penser que le test n'est que subjectif. On ne comprend pas à la lecture des deux décisions, celle de la DG et celle de la DA, comment et pourquoi il devrait en être ainsi. Il y a lieu qu'une différente formation de la DA-TSS se penche sur la question de la permission d'en appeler.

[51] Finalement, le demandeur présente, pour la première fois lors du contrôle judiciaire de la décision de la DA-TSS, une allégation que, de toute manière, la prestataire aurait quitté son

emploi sans justification si elle ne l'a pas perdu en raison de son inconduite, ce qui a aussi pour effet d'être exclue du bénéfice des prestations en vertu de l'article 30 de la *Loi sur l'assurance-emploi*. Cette tentative est inappropriée et témoigne d'une incompréhension de la nature du contrôle judiciaire.

[52] En contrôle judiciaire, la cour de révision cherche à déterminer de la légalité de la décision d'un tribunal administratif. C'est de cette seule décision dont il peut être question. Si la décision du tribunal administratif ne porte pas sur une question donnée, elle ne peut être contrôlée par voie judiciaire : il n'y a rien à contrôler. Un demandeur ne saurait faire irruption et présenter de nouvelles allégations sur contrôle judiciaire d'une décision toute différente. Tout au long des procédures, ce qui a été débattu est la perte d'emploi en raison d'inconduite. Je me suis enquis à l'audience d'où je trouverais au dossier le motif alternatif invoqué. Il n'est nulle part. Un contrôle judiciaire n'est non seulement pas un procès de novo (*Paradis*, au para 22), il ne traite même pas du mérite puisque les questions au mérite sont confiées par le Parlement aux tribunaux administratifs créés dans ce but (*Bernard c Canada (Agence du revenu)*, 2015 CAF 263; 479 NR 189).

[53] La nouvelle allégation est tout simplement inappropriée. Elle participe d'une mauvaise compréhension du contrôle judiciaire et doit être rejetée sans plus.

[54] Le demandeur voulait que l'affaire soit retournée à la DA-TSS pour qu'elle soit traitée tout comme si la décision avait été rendue que l'appel avait une chance raisonnable de succès et

qu'il suffisait maintenant d'entendre l'affaire au fond. Je ne crois pas que ce soit là la bonne approche.

[55] Cette affaire a baigné dans une certaine confusion. On semble avoir présenté des questions de droit comme étant des questions de fait. Les questions de droit ont donc été mal évaluées. Qui plus est, les raisons données pour refuser la permission d'en appeler sont elles-mêmes déficientes, si bien qu'on ne sait pas si l'appel a ou non une chance raisonnable de succès. Or, c'est à la DA-TSS que le Parlement a confié cette tâche de déterminer s'il peut y avoir appel.

[56] En conséquence, la demande de contrôle judiciaire est accordée sur la seule question de déterminer s'il y a une erreur de droit, dans la décision de la DG-TSS au sujet de la question de la perte d'emploi en raison d'inconduite, au sens de l'article 30 de la *Loi sur l'assurance-emploi*. La DA-TSS devra donc déterminer, motifs à l'appui, si l'allégation d'erreur de droit sur la notion d'inconduite commise par la DG-TSS pouvait avoir une chance raisonnable de succès. Étant donné la confusion qui a entouré ce dossier, les parties devraient être autorisées à présenter à nouveau leur argumentation en tenant compte des présents motifs.

[57] Il n'y aura pas de dépens accordés.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que

1. La demande de contrôle judiciaire est accordée.
2. Aucun dépens.

« Yvan Roy »

Juge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-1184-16

INTITULÉ : PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA c YOLANDE BERNIER

LIEU DE L'AUDIENCE : MONTRÉAL (QUÉBEC)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 16 JANVIER 2017

JUGEMENT ET MOTIFS LE JUGE ROY

DATE DES MOTIFS : LE 31 JANVIER 2017

COMPARUTIONS :

Carole Vary POUR LE DEMANDEUR

Yolande Bernier POUR LA DÉFENDERESSE
(POUR SON PROPRE COMPTE)

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

William F. Pentney POUR LE DEMANDEUR
Sous-procureur général du Canada
Montréal (Québec)