

De retour au bureau? De nouvelles normes de travail devraient voir le jour dans les années à venir

13 DÉCEMBRE 2021 20 MIN DE LECTURE

Expertises Connexes

- [Droit du travail et de l'emploi](#)

Auteurs(trice): [Emilie Dillon](#), [Shaun Parker](#), [Steven Dickie](#), [Melanie Simon](#), Emilie Dillon

Alors que nous émergeons de la quatrième vague de COVID-19 au Canada et après une période de perturbation sans précédent, les employeurs concentrent de plus en plus leurs efforts sur l'établissement de nouvelles normes de travail. Bien que la COVID-19 et les questions connexes, comme l'obligation de se faire vacciner, demeurent au centre des préoccupations de nombreux employeurs, d'importantes évolutions juridiques en matière de droit du travail, sans rapport avec la COVID-19, se poursuivent sans relâche et se sont même intensifiées.

Dans cet article, nous abordons les répercussions continues de la pandémie de COVID-19 sur les employeurs, notamment l'obligation de vaccination, les exigences de tests de dépistage réguliers et les politiques sur les masques. Nous examinons également d'autres évolutions juridiques qui ont touché les employeurs en 2021 et dont les employeurs devraient tenir compte en 2022. Il s'agit notamment de propositions législatives favorables aux travailleurs en Ontario, d'une loi fédérale sur l'équité salariale et de nouvelles modifications à la loi sur la langue française.

COVID-19 : les questions que les employeurs nous posent

Plus que toute autre question relative à la COVID-19, les employeurs nous demandent quelles sont nos prévisions. Il semble que, lorsqu'ils décident de la manière de réagir aux problèmes continus découlant de la pandémie, les clients s'attachent à s'assurer qu'ils se conforment de manière générale aux pratiques du marché (ou du moins qu'ils ne s'en écartent pas trop). Voici quelques-unes des questions les plus fréquemment posées en ce qui concerne la pandémie de COVID-19 :

Les employeurs du secteur privé mettent-ils en œuvre des politiques de vaccination obligatoire?

Vers le mois d'août 2021, nous avons assisté à une forte augmentation du nombre d'employeurs mettant en œuvre des politiques de vaccination obligatoire sur le lieu de travail et nous avons constaté un enthousiasme croissant pour ces politiques depuis lors. De nombreux employeurs ayant mis en œuvre de telles politiques ont été confrontés à une vague de demandes d'exemption reposant sur des motifs illicites de discrimination de la législation sur les droits de la personne, presque exclusivement pour des raisons médicales ou religieuses (ou de croyance). Lorsqu'un employé ne peut pas se conformer à une politique de vaccination obligatoire sur le lieu de travail pour une raison légitime liée à un motif illicite de discrimination prévu par la législation sur les droits de la personne, l'employeur doit mettre en place des mesures d'adaptation pour accommoder l'employé sans que cela impose

un préjudice injustifié. Il peut s'agir de dispenser l'employé concerné de se conformer à une politique de vaccination obligatoire.

Grâce en grande partie aux orientations et aux communications de diverses autorités gouvernementales et de divers organismes de réglementation qui ont limité leurs exemptions médicales admissibles à une courte liste de problèmes de santé, les demandes d'exemptions médicales ont généralement été relativement simples à traiter. Par exemple, la [foire aux questions sur la COVID-19 destinée aux médecins](#) (en anglais seulement) et publiée par l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario indique spécifiquement qu'il existe [traduction] « très peu » d'exemptions médicales au vaccin contre la COVID-19. Cette foire aux questions fait référence à la liste de raisons médicales [publiée par le ministère de la Santé de l'Ontario](#) justifiant que le vaccin contre la COVID-19 ne soit pas administré à une personne. On ne retrouve sur cette liste que quatre situations pouvant servir de motif médical à une personne qui refuse de recevoir le vaccin contre la COVID-19.

Nous continuons de recommander que les demandes de mesures d'adaptation pour des raisons médicales soient examinées au cas par cas. Toutefois, les directives mentionnées ci-dessus sont utiles aux employeurs chargés de passer au crible les demandes d'exemption médicale, dont certaines peuvent n'être guère plus que des préférences personnelles déguisées.

Les demandes d'exemption fondées sur la religion ou la croyance présentées par les employés dans le cadre de politiques de vaccination obligatoire sur le lieu de travail posent des problèmes quelque peu différents. Ces demandes sont subjectives par nature et la jurisprudence existante a été presque exclusivement décidée en dehors du contexte d'une pandémie mondiale. Heureusement, plusieurs commissions des droits de la personne (y compris en [Ontario](#) et en [Colombie-Britannique](#)) ont publié des directives ou des énoncés concernant les politiques de vaccination qui précisent, dans une certaine mesure, que a) les politiques de vaccination obligatoire ne sont pas intrinsèquement contraires à la législation sur les droits de la personne et peuvent être justifiées pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs ; et b) un choix personnel ou des croyances particulières à l'égard du vaccin contre la COVID-19 ne constituent pas une croyance ou une religion. Bien qu'elles soient utiles, ces directives n'apportent pas de clarté juridique aux employeurs sur la manière d'évaluer correctement les demandes de mesures d'adaptation fondées sur la religion en ce qui concerne les politiques de vaccination obligatoire dans le contexte d'une pandémie mondiale, en tenant compte du fait que certaines demandes de cette nature ne sont pas nécessairement faites de bonne foi.

Pour les employeurs qui envisagent de mettre en place une obligation de vaccination sur leur lieu de travail ou qui sont en train de le faire, vous trouverez plus de détails sur les risques afférents et les considérations liées à de telles politiques dans nos bulletins d'actualités Osler antérieurs intitulés [Mandatory vaccinations for employees : What are the issues?](#) (en anglais seulement) et [Les employeurs peuvent-ils exiger que leurs employés se fassent vacciner? Réponse aux plus grandes questions liées à la COVID-19 en matière de droit de l'emploi et du travail](#).

Pouvons-nous exiger des employés qu'ils se soumettent régulièrement à un test de dépistage de la COVID-19?

De nombreux employeurs s'interrogent sur la mise en place de tests de dépistage de la COVID-19 réguliers à titre de complément ou de remplacement au fait d'imposer une politique de vaccination obligatoire. En règle générale, s'il est mis en œuvre correctement, un système de détection de la COVID-19 peut être un outil précieux pour prévenir la propagation de la COVID-19 sur les lieux de travail. Dans un contexte de travailleurs

syndiqués, les arbitres ont estimé que de telles politiques constituaient un exercice raisonnable des droits de la direction. Par exemple, dans la décision *Ellisdon Construction Ltd. v. Labourers' International Union of North America, Local 183* (en anglais seulement), l'arbitre a confirmé l'application d'un système de test de détection rapide antigénique deux fois par semaine sur les chantiers de construction. Le système de test de détection était mené conformément aux directives du ministère de la Santé et n'utilisait qu'un écouvillonnage de la gorge et de la partie inférieure bilatérale de la narine (par opposition à un écouvillonnage nasopharyngé, plus désagréable). L'arbitre a conclu que la politique de l'employeur était raisonnable lorsqu'on évalue le caractère intrusif du test par rapport à l'objectif important de la politique.

Diverses autres considérations relatives aux programmes de tests de détection de la COVID-19 sont discutées dans notre article intitulé [La deuxième année de la COVID-19 : Une situation sanitaire en pleine mutation](#).

Est-ce que je peux encore exiger de mes employés qu'ils portent un masque au travail? Qu'en est-il si nous sommes tous vaccinés?

Avec l'augmentation des taux de vaccination (et les rapports isolés faisant état d'une lassitude croissante à l'égard du respect des restrictions et des règles liées à la COVID-19), nous avons constaté une réticence croissante des employeurs à exiger de leurs employés qu'ils portent un masque sur les lieux de travail privés (pour être clairs, les masques dans les lieux publics demeurent à la fois obligatoires et constituent la norme dans la majeure partie du Canada). Lorsqu'une distance physique d'au moins deux mètres peut être maintenue, les employés et les employeurs sont plus souvent dispensés de l'obligation de porter un masque sur le lieu de travail, lorsque la réglementation en matière de santé publique le permet. Cependant, même avec des taux de vaccination plus élevés, le port d'un masque peut être conseillé du point de vue de la santé et de la sécurité lorsqu'il existe un risque de transmission accidentelle ou en cas de mauvaise ventilation.

Nous pensons qu'à l'aube de 2022, alors que davantage d'employés retourneront sur le lieu de travail physique, les infections postvaccinales pourraient devenir plus courantes, ce qui pourrait entraîner une augmentation des exigences en matière de port du masque pendant les mois d'hiver.

Quand les congés liés à la COVID-19 se terminent-ils?

En Ontario, deux programmes de congés temporaires liés à la COVID-19 ont été mis en place et doivent prendre fin en 2022 :

- Le congé payé pour situation d'urgence liée à une maladie infectieuse offre jusqu'à trois jours de congé rémunéré pour certaines raisons liées à la COVID-19 (comme nous l'avons vu dans notre bulletin d'actualités Osler antérieur intitulé [Les employeurs ontariens doivent offrir un nouveau congé payé lié à la COVID-19](#)). Ce programme prendra fin le 31 décembre 2021, à moins qu'il ne soit prolongé.
- Le congé non payé pour situation d'urgence liée à une maladie infectieuse comporte une protection de l'emploi. Il est réputé survenir lorsqu'un employé cesse d'exercer ses fonctions pour certaines raisons liées à la COVID-19. Ce programme doit prendre fin le 2 janvier 2022 (comme nous l'avons vu dans notre bulletin d'actualités Osler antérieur intitulé [Le gouvernement de l'Ontario modifie les règles relatives aux mises à pied](#)).

temporaires et aux congédiements implicites en raison de la pandémie de COVID-19). Les employeurs de l'Ontario devraient envisager, avant le 2 janvier 2022, la façon dont ils gèreront les employés qui demeurent en congé non rémunéré réputé pour situation d'urgence liée à une maladie infectieuse en Ontario. Leur changement d'état à partir de cette date doit être abordé avec prudence et à la lumière des objectifs commerciaux souhaités.

La Colombie-Britannique a également mis en place un programme temporaire de congé de maladie rémunéré lié à la COVID-19. Le programme de la Colombie-Britannique prendra également fin le 31 décembre 2021.

Mises à jour de la législation fédérale et provinciale en matière d'emploi

Alors que davantage d'employés retournent au bureau, les gouvernements se concentrent sur la mise en œuvre d'une nouvelle législation relative à l'emploi qui n'est pas liée à la COVID-19.

Projet de loi 27, *Loi de 2021 visant à œuvrer pour les travailleurs* (Ontario)

Le 30 novembre 2021, l'Assemblée législative de l'Ontario a adopté le projet de loi 27, Loi de 2021 visant à œuvrer pour les travailleurs. Le projet de loi 27 modifie les lois relatives à l'emploi, notamment la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi* (la « LNE ») et la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* (la « LSST »). Voici quelques-unes des modifications proposées les plus notables :

- **Politique de déconnexion du travail** : aux termes des modifications proposées à la LNE, les employeurs comptant 25 employés ou plus sont tenus d'élaborer une politique de « déconnexion du travail ». Le terme « déconnexion du travail » est défini comme le fait de ne pas effectuer de communications liées au travail, notamment les courriels, les appels téléphoniques, les appels vidéo ou l'envoi ou la lecture d'autres messages, après la fin d'une journée de travail, de manière à libérer les employés de l'exécution du travail pendant les heures qui ne sont pas des heures de travail.
- **Interdiction des clauses de non-concurrence** : sous réserve d'exceptions commerciales (c'est-à-dire dans le contexte d'une vente d'entreprise), dans le cadre de la LNE, il est interdit aux employeurs de conclure avec un employé non dirigeant une entente de non-concurrence qui empêche l'employé d'effectuer une activité ou un travail après la fin de la relation d'emploi. L'interdiction est réputée être entrée en vigueur le 25 octobre 2021. Les employeurs devront envisager d'autres méthodes pour décourager (sans interdire purement et simplement) les employés de se livrer à une concurrence déloyale, par exemple en ajustant les mécanismes d'indemnités de départ ou de rémunération incitative après la fin de la relation d'emploi. Plus particulièrement, l'interdiction vise les cadres supérieurs, mais ne prévoit aucune exception pour les autres membres de la direction ou d'autres employés essentiels.

- **Agences de placement temporaire** : les agences de placement temporaire et les recruteurs exerçant leurs activités en Ontario doivent demander un permis d'exploitation. Les agences doivent également confirmer qu'elles se sont conformées à toutes les ordonnances, qu'elles ont satisfait aux exigences de la LNE et de la *Loi de 2009 sur la protection des étrangers dans le cadre de l'emploi*, et qu'elles exploiteront leur entreprise avec honnêteté et intégrité et conformément à la loi. Il est interdit aux entreprises de retenir les services d'une agence de placement ou d'un recruteur qui n'est pas titulaire d'un permis. L'intention déclarée de ce changement est de protéger les travailleurs vulnérables contre l'exploitation.
- **Accès aux toilettes** : la LSST est modifiée pour obliger les propriétaires d'entreprises à fournir un accès aux toilettes aux travailleurs qui effectuent des livraisons. Il existe des exceptions lorsque l'accès n'est pas raisonnable ou pratique pour des raisons liées à la santé et à la sécurité, aux conditions de travail ou à l'emplacement des toilettes, ou lorsque les toilettes ne sont accessibles qu'en passant par une résidence.

Loi sur l'équité salariale (secteur fédéral)

La nouvelle Loi sur l'équité salariale fédérale (la « LÉS ») est entrée en vigueur en août 2021. La LÉS exige des employeurs sous réglementation fédérale comptant au moins 10 employés qu'ils prennent des mesures pour combler l'écart salarial entre les sexes et faire en sorte que les travailleurs reçoivent un salaire égal pour un travail de valeur égale. Les employeurs étaient tenus d'afficher au plus tard le 1^{er} novembre 2021, un avis informant les employés de leur intention de créer un plan d'équité salariale. Les employeurs doivent ensuite élaborer et afficher un plan d'équité salariale avant le 31 août 2024.

La LÉS exige que les employeurs versent les rajustements de salaire qui peuvent être nécessaires pour atteindre l'équité salariale. En outre, les employeurs qui comptent 100 employés ou plus, ou ceux qui en comptent moins mais dont certains employés sont représentés par un syndicat, doivent constituer un comité d'équité salariale composé de représentants de la direction et des employés. Notre bulletin d'actualités Osler antérieur sur la LÉS (en anglais seulement) donne un aperçu des conditions requises pour être membre d'un comité.

Code canadien du travail (secteur fédéral)

Au début de cette année, un nouveau règlement fédéral sur la prévention du harcèlement et de la violence sur le lieu de travail est entré en vigueur. Le nouveau règlement prévoit l'obligation d'enquêter sur le harcèlement au travail et offre une meilleure protection aux employés. Les mesures de protection comprennent la possibilité pour le plaignant de conserver autorité et contrôle pendant le processus de règlement. En outre, un seuil élevé de compétence est requis pour qu'un enquêteur puisse examiner une plainte. Une plus grande responsabilité est également exigée de la part des employeurs dans la prévention et la résolution des incidents de harcèlement et de violence au travail. Pour en savoir plus, veuillez consulter nos bulletins d'actualités Osler antérieurs à ce sujet : Directives d'interprétation du gouvernement fédéral concernant les règlements sur le harcèlement et la violence au travail et Less than 2 months for employers to prepare for the new Federal Regulations on Workplace Harassment and Violence (en anglais seulement).

Projet de loi 96, Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français

Le projet de loi 96 a été présenté au Québec. S'il est adopté, il obligera les employeurs du Québec à se conformer à la réglementation sur la langue relative aux communications avec les employés, aux offres d'emploi, à l'affichage de postes, au recrutement et à l'embauche, sous peine d'amendes. Veuillez consulter notre bulletin d'actualités Osler intitulé Le Québec vise à renforcer l'utilisation du français dans les communications au travail – SHRM sur la façon dont les employeurs québécois pourraient devoir repenser leur stratégie en matière de choix linguistique et une série de webinaires pour avoir un aperçu de l'incidence de ces changements. De plus amples détails sont également fournis dans notre article intitulé Le gouvernement du Québec propose de resserrer la loi 101.

Décisions clés de 2021 en matière d'emploi

Un certain nombre de décisions notables relatives au droit du travail ont été rendues en 2021 :

Hawkes v. Max Aicher (North America) Limited (*Hawkes*, en anglais seulement)

En Ontario, les employés ayant cinq années de service ou plus ont droit à une indemnité de départ en vertu de la LNE si la masse salariale de leur employeur est égale ou supérieure à 2,5 millions de dollars. Le point de vue traditionnel était que seule la masse salariale de l'employeur en Ontario devait être prise en compte pour déterminer si la masse salariale de l'employeur était égale ou supérieure à 2,5 millions de dollars (et donc si ses employés avaient droit à l'indemnité de départ prévue par la loi). Ce point de vue est étayé, entre autres, par les déclarations des ministres du gouvernement au moment de la présentation de la LNE.

En 2021, la Cour divisionnaire de l'Ontario a conclu dans la décision *Hawkes* que la totalité de la masse salariale mondiale de l'entité mère de l'employeur doit être prise en compte pour déterminer si l'employeur doit verser une indemnité de départ en vertu de la LNE. Cette décision a des répercussions sur les employeurs mondiaux dont la masse salariale en Ontario est inférieure à 2,5 millions de dollars, mais dont la masse salariale mondiale, incluant potentiellement celle de leurs sociétés affiliées, est égale ou supérieure à 2,5 millions de dollars ; les employés de ces employeurs qui comptent cinq années de service ou plus peuvent avoir droit à une indemnité de départ prévue par la loi.

Perretta v. Rand A Technology Corporation (*Perretta*, en anglais seulement) et *Russell v. The Brick Warehouse LP* (*Russell*)

Les décisions *Perretta* et *Russell* ont toutes deux des incidences relativement à la rédaction des lettres de cessation d'emploi et à la mise en œuvre des cessations d'emploi. Dans l'affaire *Perretta*, un tribunal ontarien a jugé que le fait pour un employeur de ne pas verser rapidement à un employé l'indemnité de départ à laquelle il avait droit constituait une répudiation du contrat de travail. Par conséquent, l'employé avait droit à un préavis raisonnable de cessation d'emploi en vertu de la common law.

De même, dans l'affaire *Russell*, un tribunal de l'Ontario a jugé qu'un employé avait droit à

des dommages-intérêts majorés de 25 000 \$ parce que la lettre de cessation d'emploi fournie par l'employeur ne respectait pas strictement les exigences de la LNE. L'employeur n'a pas informé l'employé qu'il recevrait immédiatement les droits prévus par la LNE s'il n'acceptait pas l'offre d'indemnité de départ de l'employeur. Les employeurs devraient examiner de près leurs lettres de cessation d'emploi afin de s'assurer qu'elles n'accroissent pas leur responsabilité.

Rahman v. Cannon Design Architecture Inc. (*Rahman*, en anglais seulement)

Un juge de l'Ontario a jugé qu'une clause de résiliation d'un contrat de travail était exécutoire au motif qu'elle avait été négociée par des parties bien informées sur le plan juridique, bénéficiant de conseils juridiques indépendants et sans disparité marquée dans leur pouvoir de négociation. Ce faisant, le juge a distingué cette affaire de la décision historique rendue dans le dossier *Waksdale v. Swegon*, dans laquelle le tribunal a invalidé une disposition de cessation d'emploi « sans motif valable » en se fondant sur ce qui était essentiellement un défaut technique (vous trouverez des commentaires supplémentaires concernant la décision *Waksdale* dans le bulletin d'actualités Osler antérieur intitulé *The Ontario Court of Appeal's latest decision striking down attempts to control severance cost* [en anglais seulement]).

Hucsko v. A.O. Smith Enterprises (*Hucsko*, en anglais seulement)

Dans l'affaire *Hucsko*, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le congédiement d'un employé pour motif valable, car l'employé s'est livré à du harcèlement sexuel et a refusé de reconnaître ses torts ou de s'excuser pour son comportement. Cette affaire est importante parce que, contrairement à de nombreux autres cas de cessation d'emploi « pour motif valable », la conclusion n'était pas fondée uniquement sur le harcèlement au travail de l'employé, mais également sur sa conduite après le harcèlement et sa volonté d'accepter la responsabilité de ses actes.

Nous pensons que la COVID-19 continuera à avoir des répercussions importantes sur les lieux de travail en 2022. De nombreux employeurs qui n'ont pas encore ouvert leurs lieux de travail physiques prévoient de le faire dans les mois à venir. Ayant désormais maîtrisé l'environnement de travail virtuel, les employeurs et les employés devront réorienter leurs efforts vers la réintégration et la garantie de la sécurité sur le lieu de travail de manière continue. Cela sera particulièrement important lorsque les restrictions à l'égard de la COVID-19 seront levées et que les gens seront autorisés à se rassembler (en dehors du lieu de travail) en plus grand nombre alors même que moins de protocoles seront en place. En même temps, les employeurs devront surveiller les évolutions législatives, les gouvernements se tournant vers d'autres priorités que celles qui sont liées à la COVID-19.