

L'ARBITRAGE DES GRIEFS AU CANADA : PLAIDOYER POUR UNE RÉFORME DEVENUE NÉCESSAIRE

Gilles Trudeau*

L'élargissement récent de la compétence de l'arbitre de griefs remet en cause le mode de fonctionnement privé d'arbitration. En plus des conflits découlant de l'interprétation ou de l'application d'une convention collective, les arbitres doivent aujourd'hui décider, souvent de manière exclusive, des litiges découlant directement de la loi, y compris ceux relatifs aux droits fondamentaux des salariés. L'auteur soulève la nécessité de revoir les règles de fonctionnement de l'arbitrage des griefs pour les rendre davantage compatibles avec les nouvelles caractéristiques de la compétence arbitrale.

The recent expansion of the powers of grievance arbitrators challenges the private operating mode of arbitration. In addition to conflicts arising from the interpretation or application of a collective agreement, arbitrators now render decisions on matters of law, including the fundamental rights of salaried employees. The author stresses the need to review the arbitration rules to make them more compatible with the new arbitration powers.

L'arbitrage des griefs joue un rôle prépondérant dans le système canadien de relations industrielles. Depuis 1944, il s'est graduellement imposé comme le mode unique, obligatoire et final de règlement des litiges découlant de l'interprétation et de l'application des conventions collectives. Il contribue ainsi de manière importante au maintien de la paix industrielle : la décision arbitrale qui lie les parties offre une alternative obligée à la grève et au lock-out, auxquels le recours est prohibé pendant toute la durée de la convention collective.

Si la loi a imposé l'arbitrage des griefs à peu près partout au Canada, ce mode de résolution des conflits n'en est pas moins demeuré un mécanisme essentiellement privé, du moins dans son fonctionnement. Il appartient toujours aux parties à la convention collective d'en définir et d'en administrer le fonctionnement, d'en assumer les coûts et de choisir le titulaire de la fonction. Il en était ainsi à l'origine parce que l'essentiel du mandat arbitral consistait à interpréter et à appliquer le contenu des règles que les parties avaient elles-mêmes négociées. Il était en conséquence

* Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal. L'auteur tient à remercier Me Louise Dubé, Me Sylvie Gagnon et la professeure Guylaine Vallée pour leurs précieux commentaires.

naturel de confier à celles-ci le soin de concevoir et de gérer un système de justice qui correspondait davantage à leurs besoins que celui des tribunaux de droit commun.

Or, il est devenu nécessaire de se demander si ce mode de fonctionnement privé qui caractérise encore l'arbitrage des griefs au Canada convient toujours aujourd'hui. En effet, depuis quelques décennies, les arbitres de griefs se sont vus progressivement confier l'adjudication de litiges qui relèvent non plus seulement de la convention collective mais aussi des lois du travail. En 1995, la Cour suprême avait franchi un pas important à cet égard en statuant que la compétence exclusive de l'arbitre de griefs s'étendait à tous les litiges dont les faits relèvent explicitement ou implicitement de la convention collective, indépendamment de leur qualification juridique¹. La décision et ses suites avaient eu un large écho dans la doctrine canadienne, certains voyant une dangereuse tendance vers une forme de privatisation de la justice alors que d'autres se réjouissaient plutôt de la reconnaissance de l'intégrité du forum arbitral².

Cette évolution a sans contredit atteint un nouveau sommet avec la décision rendue en septembre 2003 par la Cour suprême dans *Parry Sound*³. Celle-ci y précise que «les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur l'emploi sont contenus implicitement dans chaque convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence»⁴. En conséquence, l'arbitre pourrait dorénavant exercer une compétence directe sur ces matières, sans que la convention collective ne lui en donne expressément le pouvoir.

Les nouvelles attributions que la Cour suprême du Canada a graduellement confiées à la compétence des tribunaux d'arbitrage remettent en cause les fondements mêmes de son fonctionnement. En effet,

¹ *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929.

² Les inquiétudes suscitées par *Weber* furent surtout exprimées par la doctrine en provenance de l'Ontario. Cette réflexion s'inscrivait dans le contexte de la réforme du droit du travail à laquelle procédait alors le gouvernement ontarien. Voir notamment D. Carter, *Labour Law in the 1990s: The Growing Influence of Human Rights Requirements*, Kingston, IRC Press, 1997; B. Etherington, «Promises, Promises : Notes on Diversity and Access to Justice» (2000) 26 *Queen's L.J.* 43; R. Macdowell, «Labour Arbitration – The New Labour Court?» (2000) 8 *C.L.E.L.J.* 121. Un point de vue fort différent était développé dans la doctrine québécoise : D. Nadeau, «Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le principe de l'exclusivité de l'arbitrage de grief ou l'histoire d'une usurpation progressive de compétence» (2000) 60 *R. du B.* 387.

³ *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157.

⁴ *Ibid.* p. 176.

un forum entièrement contrôlé et payé par l'employeur et le syndicat accrédité, conçu pour interpréter et appliquer leurs propres règles du travail, peut-il aussi aisément trancher de façon finale des litiges découlant non pas de la convention collective, mais principalement – voire exclusivement – de dispositions légales d'ordre public? L'arbitre de griefs dispose-t-il des conditions, des caractéristiques et des pouvoirs que l'exercice des nouvelles compétences qui lui sont confiées exige?

Jusqu'à maintenant, c'est essentiellement devant les tribunaux que l'élargissement de la compétence arbitrale a été débattu et décidé. Il est temps que les acteurs sociaux se saisissent de la question, et réfléchissent à l'opportunité de réformer l'institution arbitrale. Considérant les décisions les plus récentes de la Cour suprême, le texte qui suit entend soulever quelques éléments qui illustrent la nécessité pressante de procéder à ce débat. Pour ce faire, les fondements et l'évolution récente de la compétence arbitrale sont tout d'abord rappelés. Par la suite, les caractéristiques du forum arbitral sont passées en revue à la lumière de l'évolution dans la nature des litiges dont il doit disposer.

Les fondements et l'évolution récente de la compétence arbitrale

Il convient tout d'abord de rappeler les origines et le fondement de l'arbitrage comme mode obligatoire et final de résolution des griefs. Par la suite sont analysées les décisions de la Cour suprême qui ont graduellement dessiné les frontières actuelles de la compétence arbitrale. L'étude de ces décisions est nécessaire à la compréhension des lourdes responsabilités qui incombent aujourd'hui à l'arbitre de griefs.

A. Les origines légales

Jusqu'au milieu du 20^e siècle, la convention collective ne jouit d'aucun statut juridique particulier au Canada. En effet, celle-ci constitue un simple *gentlemen's agreement* dont le contenu peut être incorporé par référence dans le contrat individuel de travail. Les tribunaux refusent toutefois de lui reconnaître tout effet obligatoire. Le passage suivant de la célèbre décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans *Young c. Canadian Northern Railway Company* illustre bien cette conception première de la convention collective :

It [the collective agreement] consists of some 188 "rules," which the railway companies contract with Division No. 4 [the union] to observe. It appears to their Lordships to be intended merely to operate as an agreement between a body of employers and a labour organization by which the employers undertake that as regards their workmen, certain rules beneficial to the workmen shall be observed. By itself it constitutes no contract between any individual employee and the

company which employs him. If an employer refused to observe the rules, the effective sequel would be, not an action by any employee, not even an action by Division No. 4 against the employer for specific performance or damages, but the calling of a strike until the grievance was remedied⁵.

Selon cette approche, les parties à une convention collective peuvent fort bien s'engager à recourir à l'arbitrage pour régler leurs griefs mais, tout comme la convention collective elle-même, ce recours demeure volontaire et entièrement privé. C'est d'ailleurs toujours le cas aux États-Unis où le recours à l'arbitrage n'est pas obligatoire, à moins que les parties ne l'aient précisé dans leur convention collective⁶. Les choses changent au Canada au cours des années 40, alors que les législateurs fédéral et provinciaux interviennent pour protéger l'exercice du droit d'association et favoriser le recours à la négociation collective. Ce faisant, ils confèrent un statut juridique distinct et un effet obligatoire à la convention collective. Ainsi, en 1944, utilisant les larges pouvoirs qui lui sont dévolus par la *Loi sur les mesures de guerre*, le gouvernement fédéral adopte l'Arrêté en conseil 1003 qui, entre autres mesures, prohibe tout recours à la grève ou au lock-out pendant la durée de la convention collective, et rend obligatoire l'inclusion dans chaque convention collective d'un mécanisme de règlement définitif des litiges découlant de son application et de son interprétation⁷. Cette politique est par la suite implantée dans l'ensemble du Canada, et l'arbitrage s'impose graduellement comme le mode privilégié de résolution des griefs⁸.

En dépit du rôle névralgique que la législation lui confère et de son caractère souvent obligatoire, l'arbitrage des griefs demeure largement non réglementé. Encore aujourd'hui, l'institution affiche toujours plusieurs caractéristiques d'un système de justice privé, fortement contrôlé par les parties à la convention collective. En effet, il appartient à celles-ci de

⁵ [1931] A.C. 83 p. 89 (C.P.).

⁶ La Cour suprême des États-Unis a en effet décidé que le recours à l'arbitrage, une fois inclus dans la convention collective, était obligatoire sauf stipulation expresse au contraire. Voir à ce sujet B. Taylor et F. Witney, *Labor Relations Law*, 6^e éd., Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1992, p. 225 et s.

⁷ Sur l'histoire de l'adoption de l'Arrêté en conseil 1003, consulter J. Fudge et H. Glasbeek, «The Legacy of PC 1003» (1995) 3 C.L.E.L.J. 357 pp. 363-71.

⁸ En fait, l'arbitrage des griefs est aujourd'hui le mode obligatoire et unique de résolution des griefs dans quatre provinces canadiennes (*Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, art. 100; *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, c. 1, Annexe A, art. 48 (1); *Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, art. 25; *Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, art. 37 (1)). La législation fédérale et celle des autres provinces prévoient que les griefs doivent être réglés par un mécanisme d'adjudication obligatoire et final. Les parties demeurent toutefois libres d'établir un autre système que l'arbitrage. Ce n'est qu'en cas de silence de la convention collective à cet égard que l'arbitrage devient obligatoire.

nommer comme arbitre la personne de leur choix, sans que la loi ne fixe une quelconque exigence de qualification ou de compétence pour exercer la fonction⁹. Les parties doivent assumer tous les frais inhérents au processus, y compris les honoraires de l'arbitre. Il revient à celui-ci de convoquer les parties à une audience, et de procéder à l'instruction du grief selon les modalités prescrites à la convention collective ou, à défaut, selon la procédure qu'il juge appropriée. Il n'a pas à appliquer le même formalisme que les cours de justice, ni pour le fonctionnement de l'audience ni pour l'administration de la preuve. La décision de l'arbitre est généralement finale et sans appel même si elle demeure soumise au pouvoir de surveillance des tribunaux supérieurs.

Avec le temps, la législation et la jurisprudence ont précisé les pouvoirs de l'arbitre et lui ont imposé certaines règles minimales de procédure. Ainsi, parce qu'il s'agit d'un organisme d'adjudication qui tranche des litiges, l'arbitre de griefs doit agir de façon «quasi-judiciaire» et appliquer les grands principes de la «justice naturelle»¹⁰. L'arbitre dispose généralement du pouvoir de convoquer et d'interroger des témoins, d'ordonner la production de documents et d'inspecter les lieux de travail. Il a également compétence pour appliquer et interpréter toute loi dans la mesure où cela est nécessaire à la solution du grief dont il est saisi. Il arrive que la législation lui impose certains délais, notamment pour rendre sa décision, comme elle oblige les parties à respecter certaines règles dans la présentation ou la gestion de leurs griefs. Enfin, bien que l'arbitre possède de très larges pouvoirs pour résoudre le grief, la législation en explicite certains, dont celui de modifier la sanction disciplinaire imposée par l'employeur. De plus, les lois portant sur l'arbitrage des griefs contiennent généralement une clause privative qui limite le pouvoir de surveillance des tribunaux supérieurs à l'égard de la décision arbitrale. Malgré leur importance, ces précisions législatives concernant la juridiction arbitrale ne modifient pas la nature essentiellement privée du fonctionnement de l'institution.

D'ailleurs, à l'origine, les tribunaux supérieurs perçoivent ainsi la nature des tribunaux d'arbitrage des griefs. Par exemple, dans *Port Arthur Shipbuilding Company v. Arthurs*, tout en soulignant que le conseil tripartite d'arbitrage constitue un tribunal *statutaire* (vu le caractère

⁹ K. Thornicroft, «The Grievance Arbitration Process : Theory and Practice», c. 12 dans M. Gunderson *et al.*, dir., *Union-Management Relations in Canada*, 4^e éd., Toronto, Addison Wesley Longman, 2001, p. 368 et suiv.

¹⁰ Il s'agit essentiellement du droit de chaque partie d'être entendue avant que l'arbitre ne rende sa décision et de l'obligation d'impartialité imposée à ce dernier. Sur l'obligation pour l'arbitre de respecter les règles de la justice naturelle, voir *Syndicat des employés professionnels de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. Larocque*, [1993] 1 R.C.S. 471.

obligatoire du recours à l'arbitrage selon la législation ontarienne) la Cour suprême indique clairement que le conseil d'arbitrage n'a d'autres pouvoirs que ceux accordés par la convention collective¹¹. Dix ans plus tard, dans un *obiter*, le juge Laskin annonce l'intention de la cour de revoir son arrêt rendu dans *Port Arthur Shipbuilding*. Les termes dans lesquels il justifie le besoin de reconnaître aux tribunaux d'arbitrage certains pouvoirs inhérents à leur fonction rappellent toutefois de nouveau leur nature privée :

J'estime que l'on ne doit pas donner aux conseils d'arbitrage, en tant que tribunaux privés des parties, moins de latitude que n'en donne la jurisprudence aux tribunaux administratifs statutaires, si l'on veut qu'ils exercent leurs pouvoirs de façon à réaliser leurs objectifs¹².

Quant aux objectifs de l'arbitrage des griefs évoqués dans les propos du juge Laskin, la Cour suprême les a toujours reconnus sans détour :

Le but de l'arbitrage des griefs en vertu de la Loi [la Loi relative aux relations de travail dans les services publics du Nouveau Brunswick] est d'assurer un règlement rapide, définitif et exécutoire des différends résultant de l'interprétation et de l'application d'un[e] convention collective ou d'une mesure disciplinaire imposée par l'employeur, le tout dans le but de maintenir la paix¹³.

Le choix de confier un tel rôle à l'arbitrage privé est typiquement nord-américain alors qu'ailleurs, les litiges en matière de travail et d'emploi relèvent généralement d'une juridiction publique spécialisée¹⁴. Dans son ouvrage publié en 1980, Paul Weiler justifie ainsi cette spécificité nord-américaine :

¹¹ [1969] S.C.R. 85.

¹² *Newfoundland Association of Public Employees c. Le procureur général de la province de Terre-Neuve*, [1978] 1 R.C.S. 524 p. 530. La Cour suprême a revu la décision rendue dans *Port Arthur Shipbuilding* dans *Heustis c. La Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768. La tendance à conférer davantage de pouvoirs aux tribunaux d'arbitrage s'était amorcée dans les années '60, particulièrement avec la décision dans *Imbleau c. Laskin*, [1962] R.C.S. 338, dans laquelle la Cour suprême confirmait que le pouvoir d'imposer des dommages et intérêts en cas de violation de la convention collective est inhérent à la compétence arbitrale.

¹³ *Heustis*, *ibid.* p. 781. Cette mission dévolue à l'arbitrage des griefs a été rappelée à plusieurs reprises par la Cour suprême. Voir par exemple *Parry Sound*, *supra* note 3 p. 171.

¹⁴ Pour une description des instances du travail dans le monde, voir P. Auvergnon, dir., *Les juges et le droit social – Contributions à une approche comparative*, Bordeaux, Comptasec UMR CNRS, Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2002.

The answer lies in a further virtue which was perceived in labour arbitration. It is the creature, and under the control, of the parties. Just as the parties under a system of free collective bargaining are empowered to act as their own legislatures in drafting the law of the enterprise, the work place, and the employment relationship, so also they are entitled to design their own judicial system, under which the legal standards that they have written will be interpreted and applied in concrete disputes. The institution of private labour arbitration may be the most telling illustration of the spirit of autonomy and self-government which pervades collective bargaining relationships in North America¹⁵.

Cette conception traditionnelle de l'arbitrage des griefs apparaît aujourd'hui désuète à la lumière de l'évolution récente de la compétence arbitrale. Cette évolution constitue l'objet de la section suivante.

B. *L'évolution récente de la compétence arbitrale*

La vision de l'arbitrage telle que dépeinte par Paul Weiler ne correspond plus à la structure contemporaine du droit du travail au Canada. Traditionnellement, la politique de l'État quant à la protection des travailleurs salariés reposait essentiellement sur le développement de la syndicalisation et de la négociation collective. La détermination des conditions de travail des salariés qui ne voulaient pas former un syndicat, ou qui en étaient incapables, continuait de relever du droit commun, du contrat individuel de travail et de la liberté contractuelle individuelle¹⁶.

L'hégémonie de la convention collective dans le panorama du droit canadien du travail a été nuancée de manière importante – voire même éclipsée – par l'intervention directe et autoritaire du législateur en matière d'emploi au cours des dernières décennies. En effet, parallèlement à la convention collective, un nombre considérable de lois impose des normes et des conditions de travail, limitant d'autant la liberté contractuelle des parties. Cette législation touche aujourd'hui à tous les aspects du lien d'emploi, notamment la santé et la sécurité au travail, l'indemnisation des victimes de lésions professionnelles, la sécurité d'emploi, les heures et la durée du travail, l'équilibre travail-famille, la formation de la main-d'œuvre, la langue du travail (du moins en ce qui concerne le Québec), etc. La reconnaissance des droits fondamentaux de la personne a aussi largement pénétré la sphère du travail, et a engendré la mise en place de

¹⁵ P. Weiler, *Reconcilable Differences*, Toronto, Carswell Company Limited, 1980, p. 94.

¹⁶ Pour une dénonciation, parmi bien d'autres, de cette situation, lire D. Beatty, «Labour is Not a Commodity», c. 9 dans B. Reiter et J. Swan, dir., *Studies in Contract Law*, Toronto, Butterworths, 1980. Sur la politique traditionnelle du Canada en matière de droit du travail, voir H. Woods *et al.*, *Labour Policy in Canada*, Toronto, Macmillan, 1973.

mesures favorisant l'élimination de la discrimination, l'équité salariale et l'accès à l'égalité en emploi.

Un droit du travail complexe, varié et important s'est donc développé en marge de la négociation collective. Ces conditions de travail légiférées, en général obligatoires, s'imposent aussi bien aux parties au contrat individuel qu'à celles qui négocient une convention collective de travail. La question s'est rapidement posée quant à la relation entre cette législation du travail, y compris en matière de droits fondamentaux, et l'arbitrage des griefs. L'arbitre devait-il avoir aussi compétence en pareilles matières? Devait-il résoudre les griefs qui lui étaient soumis en tenant compte non seulement des dispositions de la convention collective, mais aussi du contenu de la législation du travail en général? Deux questions attirèrent particulièrement l'attention de la Cour suprême du Canada : l'exclusivité de la compétence arbitrale, par rapport à une compétence concurrente des tribunaux de droit commun et de certains tribunaux spécialisés, et la compétence directe des arbitres à l'égard de la législation du travail, quel que soit par ailleurs le contenu de la convention collective sur cette question. Les lignes qui suivent retracent les principales étapes de l'évolution de la jurisprudence canadienne en cette matière.

La Cour suprême opta résolument pour l'exclusivité de la compétence arbitrale, particulièrement au détriment du maintien d'une compétence concurrente des tribunaux de droit commun. Un bref retour sur les différentes décisions en la matière s'impose.

Il avait été déterminé, dès 1962, que la capacité d'ordonner une compensation financière à la partie victime de la violation d'une clause de la convention collective faisait partie des pouvoirs inhérents à la compétence arbitrale¹⁷. Dans *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet* rendu en 1977, la Cour suprême décide que les tribunaux de droit commun ne peuvent entendre une réclamation en dommages fondée uniquement sur la violation de la convention collective, cette compétence appartenant exclusivement à l'arbitre de griefs¹⁸. La Cour suprême pousse cette logique un peu plus loin dans *St-Anne Nackawic* en refusant aux tribunaux de droit commun la compétence d'entendre une demande de compensation financière fondée sur la perpétration d'un acte prohibé à la fois par la convention collective et par la loi¹⁹. Le syndicat dans cette affaire avait

¹⁷ Voir *Imbleau*, *supra* note 12. Cette conclusion fut de nouveau affirmée dans *Shell Canada Limited c. Travailleurs Unis du Pétrole du Canada, Local 1*, [1980] 2 R.C.S. 181.

¹⁸ [1977] 2 R.C.S. 537.

¹⁹ *St-Anne Nackawic Pulp & Paper Co. Ltd. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704.

soutenu une grève pendant la durée de la convention collective, contrevenant ainsi à une disposition expresse de celle-ci, mais aussi à la *Loi sur les relations industrielles* du Nouveau-Brunswick²⁰. La cour saisit l'occasion pour rappeler que l'intégrité du régime des rapports collectifs du travail exige d'assurer l'exclusivité de la compétence arbitrale sur toute question visée par la convention collective, même si par ailleurs cette question peut aussi relever du droit commun ou de la législation²¹. Toute compétence concurrente des tribunaux de droit commun en matière de griefs est définitivement écartée.

La question de la compétence arbitrale à l'égard de la législation du travail a aussi rapidement fait l'objet de débats devant les tribunaux. On ne saurait minimiser l'importance à ce sujet de la décision rendue en 1975 par la Cour suprême du Canada dans *McLeod c. Egan*²². La convention collective en cause reconnaissait le droit de l'employeur d'exiger de tout salarié de travailler en temps supplémentaire au-delà de sa semaine normale de travail. La Cour suprême a décidé que ce pouvoir patronal était nécessairement limité par la loi sur les normes du travail de l'Ontario, dont les dispositions prohibaient d'imposer de travailler au-delà de 48 heures dans la même semaine²³. Cet arrêt reconnaissait donc le fait que le contenu de la convention collective est assujéti à la législation générale d'intérêt public, et qu'il appartient à l'arbitre de lire et d'appliquer la convention en conformité avec celle-ci. Dès lors, la compétence arbitrale ne peut plus s'exercer en vase clos, repliée sur la convention collective, mais doit obligatoirement s'ouvrir au contenu d'une législation qui, avec le temps, est devenu de plus en plus considérable²⁴.

²⁰ *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, c. I-4.

²¹ Les propos de la cour dans *St-Anne Nackawic*, *supra* note 19 pp. 718-19, sont particulièrement éloquents à cet égard («La convention collective établit les grands paramètres du rapport qui existe entre l'employeur et ses employés. Ce rapport est ajusté d'une manière appropriée par l'arbitrage et, en général, ce serait bouleverser et le rapport et le régime législatif dont il découle que de conclure que les questions visées et régies par la convention collective peuvent néanmoins faire l'objet d'actions devant les tribunaux en *common law*.... L'attitude plus moderne consiste à considérer que les lois en matière de relations de travail prévoient un code régissant tous les aspects des relations de travail et que l'on porterait atteinte à l'économie de la loi en permettant aux parties à une convention collective ou aux employés pour le compte desquels elle a été négociée, d'avoir recours aux tribunaux ordinaires qui sont dans les circonstances une juridiction faisant double emploi à laquelle la législature n'a pas attribué ces tâches.»).

²² [1975] 1 R.C.S. 517.

²³ Il s'agissait alors du *Employment Standards Act*, R.S.O., c. 147, art. 7.

²⁴ Comme devait le rappeler ultérieurement la Cour suprême dans *Weber*, *supra* note 1, l'arbitre a le pouvoir et l'obligation d'appliquer le droit du pays aux litiges qui lui sont soumis, que ce soit le droit commun, le droit d'origine législative ou la Charte canadienne.

Ces développements jurisprudentiels ne devaient pas manquer de soulever la délicate question de la compétence arbitrale à l'égard de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des autres lois fédérales et provinciales qui visent la reconnaissance et le développement des droits fondamentaux de la personne, notamment dans le domaine de l'emploi²⁵. Vu l'importance pour l'arbitre de solutionner de façon complète et finale tout grief dont il est saisi, la Cour suprême lui reconnut le pouvoir d'appliquer la Charte canadienne et, advenant la violation de celle-ci, d'accorder la réparation voulue²⁶.

Une telle solution s'impose car un grief peut en effet être fondé à la fois sur la convention collective et sur la Charte. Il peut aussi arriver que le texte de la convention collective contrevienne aux prescriptions de la Charte, auquel cas l'arbitre devra déclarer la disposition conventionnelle inapplicable. L'arbitre dispose même du pouvoir de vérifier la validité constitutionnelle des lois qu'il doit appliquer dans le cadre de sa compétence *rationae materiae*, y compris celle de sa propre loi constitutive. Ce raisonnement s'appuie sur le principe de la primauté de la Constitution. Celle-ci doit recevoir application partout où la situation l'exige et le justiciable doit pouvoir la faire valoir aisément²⁷.

Lorsqu'on prétend qu'il y a eu violation d'une disposition de la Charte canadienne dans un milieu de travail assujéti à une convention collective, la voie arbitrale est-elle la seule disponible pour s'en plaindre ou les tribunaux de droit commun détiennent-ils aussi une compétence à cet

²⁵ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 44.

²⁶ Voir *Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570. Cette décision s'inscrit dans une trilogie par laquelle la Cour suprême reconnaît cette même compétence aux tribunaux administratifs ou spécialisés dans la mesure où ils ont le pouvoir d'interpréter une disposition législative en vertu de leur loi constitutive. Les deux autres décisions sont *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des Relations de Travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5 et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. Ce test a été confirmé et élargi récemment dans *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504. La cour (p. 515) le reformule en ces termes : «Les tribunaux administratifs ayant compétence – expresse ou implicite – pour trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative sont présumés avoir le pouvoir concomitant de statuer sur la constitutionnalité de cette disposition. Cette présomption ne peut être réfutée que par la preuve que le législateur avait manifestement l'intention de soustraire les questions relatives à la *Charte* à la compétence que les tribunaux administratifs possèdent à l'égard des questions de droit.»

²⁷ Voir pour l'expression de cette politique la décision de la Cour suprême du Canada dans *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board)*, *ibid.*, particulièrement au paragraphe 29.

égard? La réponse à cette question, élaborée dans *Weber*, amena la Cour suprême à confirmer une fois de plus l'exclusivité de la compétence arbitrale au détriment de celle des tribunaux de droit commun²⁸. Dans cette affaire, monsieur Weber intente une poursuite en responsabilité délictuelle devant les tribunaux civils, reprochant notamment à son employeur d'avoir contrevenu aux dispositions de la Charte canadienne en matière de fouille abusive et de droit à la vie privée. Puisque son action est fondée essentiellement sur la Charte canadienne et sur la *common law*, il prétend que les tribunaux ordinaires constituent le bon forum pour faire valoir ses prétentions. La Cour suprême ne l'entend pas ainsi, rappelant une fois de plus qu'il appartient exclusivement à l'arbitre de trancher tout litige qui résulte d'une convention collective, même si ce litige est aussi fondé sur la Charte canadienne. L'arbitre de griefs est compétent pour appliquer la Charte canadienne dans le domaine des relations du travail et, dans la mesure des pouvoirs qui lui sont reconnus par sa propre loi constitutive, pour accorder les réparations demandées en application de la Charte canadienne.

À l'occasion de *Weber*, la Cour suprême formule un test pour délimiter les litiges qui résultent de la convention collective et qui, en conséquence, relèvent de la compétence exclusive de l'arbitre. Désormais, un tel litige doit, dans son essence, relever de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective en cause. Pour s'en assurer, il ne s'agit pas de déterminer le fondement juridique du litige, mais plutôt d'en analyser les faits. Si la nature de ceux-ci les rattache expressément ou implicitement à la convention collective en cause, compte tenu de son champ d'application spécifique, seul l'arbitre peut disposer du litige²⁹. Ce test, à n'en point douter, définit très largement

²⁸ *Supra* note 1. La Cour suprême a appliqué le même raisonnement dans un autre arrêt qu'elle a rendu simultanément. Voir *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967.

²⁹ Ce test est ainsi exposé par le juge Bastarache dans *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360 p. 373 («Pour déterminer si un litige résulte de la convention collective, nous devons donc tenir compte de deux aspects : la nature du litige et le champ d'application de la convention collective. L'examen de la nature du litige vise à en déterminer l'essence. Cette détermination s'effectue compte tenu non pas de la façon dont les questions juridiques peuvent être formulées, mais des faits entourant le litige qui oppose les parties... Après en avoir examiné le contexte factuel, l'instance décisionnelle doit tout simplement déterminer si l'essence du litige concerne une matière visée par la convention collective. Après avoir établi l'essence du litige, l'instance décisionnelle doit examiner les dispositions de la convention collective afin de déterminer si elle prévoit des situations factuelles de ce genre. Il est clair qu'il n'est pas nécessaire que la convention collective prévoie l'objet du litige de façon explicite. Si l'essence du litige découle expressément ou implicitement de l'interprétation, de l'application, de l'administration

l'étendue de la compétence exclusive de l'arbitre de griefs puisqu'elle inclut dorénavant tout litige qui, par ses faits, peut se rattacher à la convention collective, ne serait-ce qu'implicitement.

Les principes dégagés par la Cour suprême quant à la compétence arbitrale à l'égard de la Charte canadienne valent aussi pour les lois fédérales et provinciales qui, sans avoir une valeur constitutionnelle, promeuvent la reconnaissance des droits fondamentaux de la personne dans le milieu de travail. Il appartient à l'arbitre d'interpréter et d'appliquer cette législation dès lors qu'il est saisi d'un litige qui, au sens de l'arrêt *Weber*, «résulte [d'une] convention collective», et ce, à l'exclusion des tribunaux de droit commun³⁰.

Ce qui semblait jusqu'à récemment être l'état du droit en la matière vient d'être remis en cause par la Cour suprême du Canada dans *Parry Sound*³¹ et *Morin*³². Les faits de l'affaire *Parry Sound* doivent être rappelés pour en saisir l'importance. La convention collective en cause précise que le congédiement d'un salarié qui n'a pas complété sa période d'essai ne peut faire l'objet d'un grief, et que tel litige ne peut être soumis à l'arbitrage. Une salariée assujettie à cette convention est congédiée avant la fin de cette période alors qu'elle revient au travail après un congé de maternité. Au soutien du grief qui conteste le congédiement, le syndicat plaide qu'il s'agit d'une violation du *Code des droits de la personne* de l'Ontario³³. L'opinion majoritaire de la Cour suprême, rédigée par le juge Iacobucci, maintient la décision du conseil d'arbitrage d'entendre le grief. Se basant sur la décision de la Cour suprême dans *McLeod*, les juges majoritaires précisent que les droits et obligations substantiels prévus par les lois de l'emploi sont contenus implicitement dans chaque convention collective³⁴. Tout litige portant sur ces matières d'origine législative constitue en conséquence un grief arbitrable parce qu'il s'agit d'une violation alléguée de la convention collective.

ou de l'inexécution de la convention collective, l'arbitre a compétence exclusive pour statuer sur le litige.»). Voir aussi *Allen c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 128 pour une autre application du même test.

³⁰ *Supra* note 1 p. 963. C'est cela qui a amené le professeur Nadeau, *supra* note 2, à écrire un long plaidoyer pour dénoncer ce qu'il qualifiait «d'usurpation» de compétence de la part du Tribunal des droits de la personne du Québec à l'égard de litiges devant relever, selon lui, de la compétence exclusive de l'arbitre de griefs.

³¹ *Supra* note 3.

³² *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185. L'affaire est ici désignée sous le nom d'un des plaignants impliqués dans le recours.

³³ *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H.19.

³⁴ *Supra* note 22.

Il est encore difficile aujourd'hui d'évaluer jusqu'à quel point cette décision élargit la compétence traditionnelle de l'arbitre de griefs. En s'appuyant sur l'opinion majoritaire, on peut soutenir que toute violation alléguée d'un texte législatif imposant une condition de travail relève directement de la compétence arbitrale, même si le texte de la convention n'aborde pas l'objet du litige expressément. En effet, la cour a reconnu à l'arbitre la compétence d'entendre un grief de congédiement en se fondant directement sur la loi, en dépit du texte de la convention collective selon lequel tel congédiement n'est pas arbitral. En d'autres termes, pour appliquer ou interpréter la loi, il n'est plus nécessaire que l'arbitre soit tout d'abord saisi d'un grief défini au sens de la convention collective en cause³⁵. L'arbitre aurait ni plus ni moins compétence directement sur la loi, indépendamment du contenu explicite de la convention collective en cause.

On peut toutefois interpréter plus restrictivement la décision rendue dans *Parry Sound*, et n'y voir qu'une application particulière des arrêts *McLeod* et *Weber*. Selon *Weber*, le litige constitue un grief dans la mesure où sa nature factuelle le rattache, même implicitement, à la convention collective en cause. L'arbitre a dès lors compétence pour appliquer la convention à la lumière de la législation d'intérêt public. Dans *Parry Sound*, l'objet du litige – le congédiement d'une salariée en période d'essai – se rattachait aussi à la convention collective en cause. C'est la clause conventionnelle portant sur cette question – dans la mesure où elle rendait le congédiement discriminatoire d'une salariée à l'essai non arbitral – qui fut déclarée contraire à la loi ontarienne sur les droits de la personne. La compétence arbitrale sur le litige s'expliquait donc par son rattachement

³⁵ Cette conclusion est retenue par A. Lokan et M. Yachnin, «From *Weber* to *Parry Sound*: The Expanded Scope of Arbitration» (2004) 11 C.L.E.L.J. 1; S. Regenbogen Luciw, «*Parry Sound* and Its Successors in the Supreme Court of Canada: Implications for the Scope of Arbitral Authority» (2004) 11 C.L.E.L.J. 365; F. Morin, «Fragilité des limites conventionnelles à l'arbitrage de grief : l'arrêt *Parry Sound*» (2003) 58 R.I. 690 p. 702. Il importe par ailleurs de souligner la forte dissidence des juges Major et LeBel. Selon eux, l'intention explicite des parties de ne pas assujettir le congédiement d'un salarié à l'essai à la procédure et à l'arbitrage des griefs doit être respectée. Ils considèrent erroné d'affirmer que toute protection législative est implicitement incluse dans la convention collective à partir de l'arrêt *McLeod*. Le juge Major écrit (p. 203) dans ses motifs : «Il n'appartient pas à la cour mais plutôt au législateur de décider que des protections législatives particulières revêtent une importance telle qu'elles doivent être insérées dans chaque convention collective. La conclusion très large du juge Iacobucci repose sur une extension de la portée d'une affaire vieille de 30 ans et sur une conception inexplicable de l'intérêt public. Elle ne respecte pas l'intention des parties et du législateur et elle est incompatible avec la règle voulant que la cour laisse au législateur la charge de mettre en œuvre ce qui me semble constituer une nouvelle politique.»

implicite à la convention collective en cause (au sens de l'arrêt *Weber*). Dans cette perspective, *Parry Sound* n'aurait pas étendu la compétence de l'arbitre à toute question relevant de la législation. Une telle compétence ne pourrait s'exercer que dans le cadre plus limité d'un litige dont l'objet est rattaché, au moins implicitement, à la convention collective. C'est d'ailleurs cette interprétation restrictive de l'arrêt *Parry Sound* qui a plus récemment reçu l'aval de la Cour suprême dans *Morin*³⁶. En effet, on peut y lire dans l'opinion majoritaire : «Notre cour [dans *Parry Sound*] a reconnu que l'arbitre peut trancher une question de droit accessoire à l'interprétation et à l'application d'une convention collective»³⁷.

Le débat demeure donc encore ouvert quant à l'étendue de la compétence arbitrale à l'égard de la législation d'intérêt général en matière de travail et d'emploi. La Cour suprême aura d'ailleurs l'occasion prochainement de préciser la véritable portée de *Parry Sound*, celle-ci ayant en effet accepté d'entendre l'appel de deux décisions de la Cour d'appel du Québec, en vertu desquelles l'arbitre de griefs détient la compétence d'appliquer les dispositions du *Code civil du Québec* en matière de préavis de cessation d'emploi³⁸. Même si le débat sur l'étendue de la compétence arbitrale demeure encore inachevé, on peut certes doré et déjà affirmer que celle-ci ne se limite plus à la convention collective. Elle embrasse tout autant le droit d'ordre public relatif à l'emploi.

Dans *Parry Sound*, la Cour suprême prend soin de préciser qu'elle ne se prononce pas sur le maintien d'une compétence de la Commission ontarienne des droits de la personne concurrente à celle de l'arbitre de griefs. L'occasion de clarifier ce point se présentera subséquemment dans *Morin*³⁹. Ici encore, les faits doivent être rappelés. Un groupe de jeunes enseignants conteste la clause salariale de la convention collective que leur syndicat a négociée avec leur employeur, le Gouvernement du Québec. Ils déposent leur plainte à la Commission des droits de la personne, alléguant le caractère discriminatoire de la clause en ce qu'elle leur accorderait un traitement moins favorable qu'aux enseignants plus âgés, violant ainsi le

³⁶ *Supra* note 32.

³⁷ *Ibid.* p. 198. Les juges dissidents dans cette affaire contestent fortement cette lecture de *Parry Sound*. Selon eux, cet arrêt a pour effet d'incorporer les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne dans toute convention collective. Ils écrivent (p. 214) : «On ne peut dire que la question des droits de la personne est accessoire à la convention collective si ceux-ci y sont implicitement incorporés».

³⁸ Il s'agit des affaires *Isidore Garon ltée. c. Tremblay*, [2004] R.J.Q. 58 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. autorisée, [2004] 1 R.C.S. x; *Syndicat national des employés de garage du Québec inc. (C.S.D.) c. Fillion et Frères (1976) inc.*, [2003] J.Q. 18474 (C. A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. autorisée, [2004] 1 R.C.S. viii.

³⁹ *Supra* note 32.

droit à l'égalité garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec⁴⁰. Conformément à la procédure établie dans cette loi, la Commission porte le litige devant le Tribunal des droits de la personne. Celui-ci rejette l'objection préliminaire présentée par le Gouvernement, les commissions scolaires et le syndicat, et refuse de décliner compétence. Le jugement de la Cour d'appel du Québec, infirmant la décision du tribunal, est porté devant la Cour suprême du Canada.

L'affaire est intéressante notamment en ce qu'elle met en cause, non pas une compétence concurrente des tribunaux de droit commun, mais plutôt celle d'un tribunal spécialisé dont le mandat consiste à interpréter et appliquer certaines garanties, telle la protection à l'encontre de la discrimination, prévues dans la Charte québécoise. La juge McLachlin, auteure de la décision majoritaire, souligne «[qu']il n'existe pas *in abstracto* de présomption légale d'exclusivité» de la compétence arbitrale, et «[qu'il] faut plutôt se demander dans chaque cas si la loi pertinente, appliquée au litige considéré dans son contexte factuel, établit que la compétence de l'arbitre en droit du travail est exclusive»⁴¹. Dans cette affaire, l'analyse du contexte factuel conduit les juges majoritaires à conclure «que le litige ne ressortit pas exclusivement à l'arbitre»⁴². Pour ceux-ci, il s'agit de la mise en œuvre non pas de la convention collective, mais de la négociation qui l'a précédée. C'est lors du processus d'insertion de la clause contestée dans la convention que la violation alléguée de la Charte serait survenue⁴³. Or, le législateur a créé la Commission et le Tribunal des droits de la personne pour disposer d'une telle allégation.

⁴⁰ L.R.Q., c. C-12.

⁴¹ *Morin*, *supra* note 32 p. 194.

⁴² *Ibid.* p. 198. Ce passage laisse croire que l'arbitre aurait eu compétence si les plaignants avaient procédé par un grief véritablement fondé sur l'application de la convention collective, plutôt qu'en déposant une plainte alléguant le caractère discriminatoire de la convention collective auprès de la Commission des droits de la personne. C'est aussi ce que confirme l'opinion du juge Binnie dans *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, [2004] 2 R.C.S. 223 p. 243, arrêt rendu le même jour que la décision *Morin*.

⁴³ Ce raisonnement ne manque pas de surprendre, et laisse certes place à de vives critiques. En effet, comment aujourd'hui départager les frontières de la compétence du Tribunal des droits de la personne de celles de l'arbitre de griefs, sachant que toute disposition d'une convention collective est nécessairement précédée d'une négociation? Outre la dissidence des juges Bastarache et Arbour, voir sur ce point Regenbogen Luciw, *supra* note 35; D. Nadeau, «L'arrêt *Morin* et le monopole de représentation des syndicats : assises d'une fragmentation» (2004) 64 R. du B. 161; C. Brunelle, «La mise en œuvre des droits et libertés en vertu de la Charte québécoise», c. 6 dans *Droit public et administratif*, vol. 7, Collection de droit 2004-2005, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, pp. 90, 91.

Il importe, en terminant, de souligner un argument politique que les juges majoritaires soulèvent dans leur décision de confirmer la compétence du tribunal dans les circonstances. Selon eux :

[L]es syndicats étant affiliés à l'un des groupes de négociation qui avaient conclu l'entente dont on allègue le caractère discriminatoire, leur intérêt paraissait opposé à celui des plaignants. Si les syndicats avaient décidé de ne pas déposer de grief, les enseignants n'auraient eu aucun recours (sauf, peut-être, intenter une poursuite contre leur syndicat pour manquement au devoir de juste représentation)⁴⁴.

Cette revue de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada illustre comment la compétence arbitrale s'est graduellement élargie. D'une part, tout litige dont l'essence factuelle relève de la convention collective ressortit exclusivement à l'arbitre de griefs. Les tribunaux de droit commun ne jouissent d'aucune compétence concurrente à cet égard. D'autre part, on peut croire que les arbitres détiendraient aussi une compétence directe sur tout litige découlant de la législation du travail, malgré le silence ou même l'opposition de la convention sur ce point. Cette compétence ne serait toutefois pas exclusive, celle-ci pouvant aussi appartenir à une autre juridiction à qui la loi en cause l'aurait explicitement confiée⁴⁵.

De tout cela, il ressort clairement que la compétence arbitrale ne porte plus seulement sur les règles de droit élaborées par les parties à la convention collective. Elle comprend aussi le pouvoir et le devoir d'appliquer le droit du pays. Les arbitres de griefs exercent sans contredit une compétence dont l'objet est, en ce sens, devenu largement public.

La Cour d'appel du Québec a récemment suivi ce raisonnement de la Cour suprême dans *Université Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2005] R.J.Q. 347 (C.A.).

⁴⁴ *Morin*, *supra* note 32 p. 199. Ce problème avait déjà été discuté dans C. Brunelle, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, pp. 207, 208.

⁴⁵ Pour déterminer s'il peut y avoir une compétence concurrente des deux juridictions impliquées ou, plutôt, compétence exclusive de l'une d'elle, il faut à chaque fois appliquer les cadres législatifs pertinents au litige considéré dans son contexte factuel. Ainsi, dans *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, *supra* note 42, la Cour suprême écarte la compétence du Tribunal des droits de la personne au profit de celle, exclusive, de la Commission des affaires sociales (CAS). Pour les juges formant la majorité, les prescriptions claires de la loi relative à la compétence de la CAS font échec à toute compétence concurrente d'une autre instance quant au litige à l'origine de cette affaire.

L'arbitrage des griefs, toujours privé

Si la compétence arbitrale a évolué pour inclure des litiges qui relèvent de la justice publique, il n'en demeure pas moins que dans son fonctionnement, l'arbitrage des griefs s'apparente toujours à un mode essentiellement privé de résolution des litiges. Une revue des principales caractéristiques de l'arbitrage des griefs permet de s'en convaincre et d'identifier certaines difficultés que l'élargissement de la compétence arbitrale peut entraîner. Seront abordées successivement les caractéristiques propres à l'arbitre et celles du processus arbitral, incluant le contrôle de la décision de l'arbitre.

A. L'arbitre, un juge choisi et rémunéré par les parties

Une des caractéristiques essentielles et des grandes vertus de l'arbitrage des griefs tient à la capacité des parties à la convention collective de choisir la personne qui entendra leurs litiges. Un arbitre particulier leur est imposé, généralement par le ministère du Travail compétent, seulement quand elles sont incapables de s'entendre elles-mêmes sur sa désignation. Aucune restriction ni norme ne s'applique à la sélection d'un arbitre, toute personne nommée conjointement par les deux parties étant apte à exercer la fonction. Quant au ministre du Travail, il doit généralement désigner comme arbitre une personne inscrite sur une liste qui est confectionnée après consultation des principales organisations patronales et syndicales de la province⁴⁶.

Ce mode de désignation de l'arbitre privilégie moins l'expertise du décideur que la confiance qu'il inspire aux parties. C'est ainsi qu'il est permis de présumer que celles-ci ne désigneront comme arbitre qu'une personne dont l'impartialité et la compétence leur conviennent. De la même façon, on doit présumer que le ministre du Travail n'inscrira sur sa liste d'arbitres que des personnes impartiales et compétentes, *a fortiori* si celles-ci sont au préalable agréées par les partenaires sociaux.

Un tel processus convient bien lorsque l'arbitrage porte sur un litige qui découle de l'application ou de l'interprétation de la convention collective. Les parties ayant écrit le contenu de celle-ci, il apparaît normal qu'elles désignent l'arbitre appelé à disposer de leurs griefs. Le raisonnement tient cependant moins bien lorsqu'on considère

⁴⁶ Au Québec, par exemple, le *Code du travail*, *supra* note 8, arts. 77, 100, indique que le ministre désigne un arbitre à partir d'une liste qu'il établit lui-même chaque année, sur recommandation du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre, un organisme paritaire composé de représentants des principaux regroupements patronaux et syndicaux de la province.

l'élargissement récent de la compétence arbitrale. Une personne agréée par les parties est-elle nécessairement qualifiée pour entendre un litige qui risque aujourd'hui de porter aussi bien sur toutes dispositions législatives d'ordre public en matière de travail, y compris les dispositions relatives aux droits fondamentaux, que sur le texte immédiat de la convention collective?

Il faut convenir qu'un individu aguerri aux relations du travail et au contexte d'une convention collective n'a pas nécessairement le même niveau d'expertise lorsqu'il s'agit d'appliquer des textes législatifs complexes, souvent techniques, qui ne portent pas toujours sur les mêmes questions que celles qui sont habituellement abordées dans les conventions collectives. Qui plus est, l'application des lois du travail et de celles touchant aux droits fondamentaux de la personne n'implique-t-elle pas le maniement de concepts et de techniques légales plus élaborés que lorsqu'il s'agit du texte même de la convention collective? Il faut rappeler que bien des arbitres de griefs n'ont aucune formation en droit. Il en est de même de certains procureurs qui agissent devant eux. De plus, l'arbitre n'appartient généralement pas à un groupe professionnel constitué qui prend en charge la formation de ses membres et qui en atteste la qualification. Souvent, l'arbitre est un professionnel isolé, et l'actualisation de ses connaissances juridiques peut lui poser problème.

L'expertise arbitrale en matière de droits de la personne a été abordée par la Cour suprême⁴⁷. Elle résout la question en concluant que les avantages considérables découlant de la possibilité de permettre à une instance accessible et informelle de rendre une décision sur les allégations de violation de droits de la personne au travail l'emportent sur les considérations d'expertise de l'arbitre en la matière. Surtout, soutient la cour, que cette expertise n'est pas statique et évoluera avec la fréquence des décisions à rendre en la matière⁴⁸. On comprend bien le fondement de ce raisonnement lorsqu'il s'agit de conférer à l'arbitre le pouvoir de décider complètement et définitivement d'un grief, y compris tous les points que celui-ci soulève à l'égard de la législation du travail et de celle portant sur les droits fondamentaux⁴⁹. Il est toutefois plus difficile de l'accepter sans réserve lorsqu'il s'agit de disposer de litiges qui relèvent directement de la loi, sans égard au texte de la convention collective, comme les arbitres pourraient le faire selon la décision majoritaire dans

⁴⁷ Voir notamment *Douglas College*, *supra* note 26 et *Parry Sound*, *supra* note 3.

⁴⁸ Voir par exemple l'opinion du juge Iacobucci à ce sujet dans *Parry Sound*, *ibid.* p. 187.

⁴⁹ Pour une discussion de cette question, voir les textes contenus dans G. Vallée *et al.*, dir., *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001.

*Parry Sound*⁵⁰.

La difficulté à cet égard tient notamment au point suivant. Dans la logique de l'arrêt *Parry Sound*, le salarié qui entend contester la façon dont son employeur lui applique une disposition de la loi devra déposer un grief⁵¹. Le litige sera éventuellement tranché par un arbitre que l'employeur et le syndicat accrédité auront choisi au préalable. Ce choix est-il pour autant acceptable au salarié? Lui assure-t-il en tous les cas un niveau de compétence et d'impartialité adéquat, comparable aux garantis qu'offre un juge nommé par la puissance publique, compte tenu de l'objet même du litige à trancher⁵²? Cela devient particulièrement délicat lorsque les intérêts du salarié sont susceptibles d'entrer en opposition avec ceux du syndicat qui le représente. En ces matières, on le sait, l'image que renvoie la situation au justiciable importe autant que la réalité objective.

Ces interrogations seraient peut-être triviales, voire injustifiées, si la réflexion à cet égard ne devait pas prendre aussi en considération la rémunération des arbitres. Une caractéristique propre à l'arbitrage réside dans le fait que les parties, l'employeur et le syndicat représentatif, paient les frais et honoraires de leur «juge». Certaines provinces réglementent le taux horaire ou le nombre d'heures pouvant être chargé par l'arbitre. Il en est ainsi particulièrement lorsque le choix de l'arbitre est imposé par le ministre. Dans bien des cas toutefois, le jeu de l'offre et de la demande contribue à fixer la rémunération de l'arbitre : celui qui est en demande sera enclin à hausser le taux horaire de sa rétribution.

La description de la réglementation québécoise relative à la rémunération des arbitres de griefs permet d'éclairer la discussion à ce sujet. Le règlement sur la rémunération fixe à 120\$ leur tarif horaire⁵³. L'arbitre a le droit de facturer le temps consacré à l'enquête, à l'audition, au délibéré et à la rédaction de la sentence. Toutefois, le nombre d'heures facturables pour le délibéré et la rédaction de la sentence est plafonné. Le

⁵⁰ Voir le texte aux notes 36 à 39 *supra*.

⁵¹ On sait que tel recours n'est toutefois pas nécessairement exclusif. Voir *Morin*, *supra* note 32.

⁵² Voir les propos de M.-F. Bich concernant le niveau d'indépendance requis des juges administratifs dans «La Cour suprême du Canada : droit du travail et de l'emploi et droit administratif - matière et anti-matière d'une théorie générale», texte non publié présenté dans le cadre du Congrès de l'Association du Barreau canadien tenu à Ottawa les 21 et 22 novembre 2003 et intitulé *Nouveaux horizons : qualité pour agir, vie privée, questions pratiques*. Voir aussi J.-D. Gagnon, «L'indépendance judiciaire et les tribunaux administratifs», c. 27 dans Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2003.

⁵³ *Règlement sur la rémunération des arbitres*, R.R.Q., c. C-27, r. 4.2, adopté en vertu de l'article 103 du *Code du travail*, *supra* note 8.

règlement précise que, pour une audience d'une journée, on ne peut facturer plus de quatorze heures. Ce nombre passe à vingt-deux heures pour deux jours d'audience et on ajoute cinq heures de plus pour chaque journée subséquente d'audience. Par ailleurs, dans les cas où l'arbitre est nommé par les parties, il peut réclamer un tarif supérieur aux 120\$ réglementaires, pourvu qu'il en ait averti le ministre du Travail. C'est ce que font plusieurs arbitres. Le ministre dresse une liste du taux horaire exigé par chaque arbitre et la rend publique.

Ces modalités de rémunération sont de nature à soulever des craintes concernant l'accessibilité et la qualité de la justice rendue par les arbitres dans certains cas. Les difficultés tiennent au fait que la rémunération du décideur relève des parties à la convention collective, alors que certains litiges tombant dans la nouvelle compétence arbitrale découlent de la loi seule, sans lien direct avec la convention collective. Ainsi, il pourrait arriver que l'argumentation d'un tel litige devant l'arbitre implique des coûts que les parties soient incapables de payer. C'est particulièrement le cas de petits syndicats dont le budget dévolu à l'arbitrage est nécessairement limité. Est-il acceptable que le respect des droits fondamentaux d'un salarié, ou encore des droits découlant de la législation du travail, dépende de la capacité d'une partie à payer les honoraires du juge? Est-ce compatible avec l'idéal de justice qui doit prévaloir dans l'adjudication des litiges découlant de lois d'intérêt général? Certains litiges relatifs aux droits de la personne en milieu de travail, notamment les questions d'équité salariale, sont d'une complexité telle que leur adjudication par un arbitre payé par les parties peut concrètement devenir inaccessible. De la même façon, est-il approprié que la rémunération allouée au délibéré et à la rédaction de la décision soit limitée par la réglementation applicable?

Ces risques ne sont pas que théoriques. Ils se sont matérialisés au Québec dans un contexte qui mérite d'être rappelé. En 1979, le législateur québécois insère dans la *Loi sur les normes du travail* un recours permettant au salarié non syndiqué justifiant cinq ans de service continu (aujourd'hui deux ans) auprès de son employeur de contester le congédiement sans cause juste et suffisante dont il aurait été l'objet⁵⁴. La plainte du salarié déposée à la Commission des normes du travail était éventuellement référée pour adjudication à un arbitre de griefs nommé par la commission, à même la liste du ministère du Travail. L'arbitre devait, après la tenue d'une audience, déterminer si le congédiement était justifié et ordonner le remède approprié, le cas échéant. Calquant la pratique en arbitrage des griefs, la Loi spécifiait que la rémunération des arbitres ainsi nommés était assurée à parts

⁵⁴ *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, art. 124 et s.

égales par l'employeur et le salarié⁵⁵. Les effets pervers de cette politique, dénoncés par plusieurs à l'époque⁵⁶, ont été tels que le législateur a modifié la Loi en 1990 pour retirer cette compétence aux arbitres de griefs, et la confier aux commissaires du travail (aujourd'hui la Commission des relations du travail) dont la rémunération est assurée par l'état⁵⁷.

Cette expérience illustre les difficultés de confier la résolution de litiges découlant de l'application de la législation du travail dans un contexte de rapports individuels à un système d'arbitrage dont le mode de fonctionnement est essentiellement privé. Or, la conclusion de l'arrêt *Parry Sound* peut s'assimiler à une forme similaire de privatisation de la justice en ce qui concerne des litiges fondés sur des prescriptions d'ordre public. Cette forme de privatisation de la justice soulève des interrogations qui touchent au cœur de l'idéal de justice qui prévaut dans la société canadienne⁵⁸.

B. *Un processus arbitral essentiellement contrôlé par les parties*

L'arbitrage des griefs permet aux parties de régler les litiges concernant l'application et l'interprétation de leur convention collective. À ce titre, elles contrôlent l'accès même au processus. Le salarié n'est pas une partie à la convention collective à laquelle il est assujéti, et il ne peut porter un grief seul à l'arbitrage, à moins que la convention ne lui en donne expressément le pouvoir. Ce contrôle qu'exerce le syndicat accrédité sur l'accès des salariés à l'arbitrage est le corollaire du monopole de représentation que celui-ci détient à l'égard de tous les salariés inclus dans l'unité de négociation. Pour faire contrepoids à ce monopole, le droit canadien impose un devoir de représentation juste et loyale au syndicat accrédité. Il appartient à celui-ci de décider s'il va de l'avant ou non dans la procédure d'arbitrage après avoir soupesé tous les intérêts en cause dans le litige. Le pouvoir du syndicat est largement discrétionnaire, mais il doit

⁵⁵ Pour une description du recours tel qu'il existait avant 1990 et de certaines difficultés causées par les coûts de l'arbitrage, voir G. Hébert et G. Trudeau, *Les normes minimales du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1987, pp. 160-77. Il est à noter qu'un semblable recours existe dans la législation fédérale, aux articles 240 et s. de la Partie III du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2. La plainte du salarié est jugée par un arbitre nommé par le ministre du Travail qui en assume les frais et honoraires.

⁵⁶ Voir P. Laporte, *Le traité du recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante*, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 1992, pp. 131-35.

⁵⁷ *Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1990, c. 73.

⁵⁸ Tel que déjà mentionné, ces interrogations avaient été formulées bien antérieurement à l'arrêt *Parry Sound*.

être exercé «de bonne foi, de façon objective et honnête, après une étude sérieuse du grief et du dossier, tout en tenant compte de l'importance du grief et des conséquences pour le salarié, d'une part, et des intérêts légitimes du syndicat d'autre part»⁵⁹. Le salarié qui croit être victime d'une violation de ce devoir de représentation juste et loyale dans l'administration qu'a faite le syndicat de son grief, peut généralement déposer une plainte à la commission des relations du travail concernée. Dans l'éventualité où celle-ci conclut en faveur du salarié, elle peut ordonner que le grief soit déféré à l'arbitrage⁶⁰.

Cette mainmise syndicale sur l'accès à l'arbitrage s'explique en considérant la structure des relations industrielles au Canada. Le syndicat accrédité, détenteur du monopole de représentation, est le seul interlocuteur des salariés auprès de l'employeur. Il n'y a pas de place pour la négociation individuelle entre un salarié et l'employeur⁶¹. Le syndicat est garant du bien commun, et toutes ses décisions, autant lors de la négociation que dans l'administration de la convention collective, doivent être prises à la lumière de l'intérêt collectif. Avoir à porter en arbitrage les réclamations individuelles fondées sur les lois du travail ou relatives aux droits fondamentaux, surtout lorsque la convention collective n'est pas directement en cause, risque de placer le syndicat dans des situations difficiles où il sera déchiré entre des intérêts contradictoires. L'intérêt du salarié individuel ou minoritaire est en conséquence susceptible de ne pas toujours prévaloir à sa juste valeur.

Dans un tel cas, le salarié peut contester l'attitude ou la décision du syndicat auprès de la commission des relations du travail compétente en alléguant la violation par celui-ci de son devoir de représentation juste et loyale. La procédure est lourde car la commission ne peut se prononcer sur le mérite du litige lorsqu'elle conclut à une telle violation. Elle doit, le cas échéant, référer le dossier à un arbitre de griefs qui seul dispose de la compétence pour trancher le fond de la question. Par ailleurs, les chances que la plainte du salarié prévale devant la commission ne sont pas très élevées comme l'indiquent certaines études⁶². Il faut toutefois mentionner

⁵⁹ *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509 p. 527. Voir aussi *Centre hospitalier Régina ltée c. Tribunal du travail*, [1990] 1 R.C.S. 1330; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207.

⁶⁰ Sur le devoir de représentation juste et loyale et le recours disponible en cas de violation, voir D. Carter *et al.*, *Labour Law in Canada*, 5^e éd., La Haye, Kluwer Law International, 2002, pp. 226-34.

⁶¹ Comme l'a évoqué il y a longtemps la Cour suprême du Canada dans *Le Syndicat catholique des employés de magasins de Québec inc. c. La Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206.

⁶² Le taux de succès moyen en Colombie-Britannique et en Ontario se situerait entre 1% et 5%. Voir Etherington, *supra* note 2 p. 57. Au Québec, les chiffres

qu'un standard plus strict semble devoir s'imposer aux syndicats lorsqu'il s'agit de défendre les droits fondamentaux d'un salarié⁶³.

La question bien concrète des coûts liés à l'arbitrage et de la capacité de payer du syndicat a déjà été évoquée. Au-delà de ce problème, la nature des intérêts en jeu peut aussi rendre le forum arbitral inadéquat dans certains cas. Les faits dans *Morin* l'illustrent bien⁶⁴. C'est d'ailleurs un des motifs invoqués par la Cour suprême pour donner compétence au Tribunal des droits de la personne du Québec dans ce cas : l'exclusivité arbitrale ne serait pas de mise dans un contexte où les intérêts du syndicat, en tant que représentant de l'ensemble des salariés compris dans l'unité de négociation, paraissent s'opposer à ceux d'une minorité de ces salariés.

Outre l'accès au forum arbitral, les parties contrôlent aussi largement la procédure applicable à l'arbitrage des griefs. Ce contrôle, qui est un avantage dans le cadre de l'administration de la convention collective, peut s'avérer problématique dans le contexte d'une réclamation fondée directement sur la législation. La question a déjà été évoquée plus haut, dans la discussion relative au choix de l'arbitre et à son indépendance. La proximité de l'arbitre face aux parties qui le nomment et le rémunèrent risque aussi d'avoir des effets pernicieux sur le déroulement de l'arbitrage. L'obligation faite à l'arbitre de respecter les principes de la justice naturelle, de même que les règles procédurales de base inscrites dans la législation applicable à l'arbitrage des griefs, ne règle pas tous les problèmes à cet égard. Même si l'arbitre détient juridiquement tous les pouvoirs pour assurer une audience efficace et diligente du grief, il pourrait arriver dans les faits qu'il hésite à les exercer pleinement, n'ayant pas l'indépendance institutionnelle voulue à l'égard des parties et de leur procureur.

L'arbitre de griefs est un professionnel autonome, agissant pour son propre compte. Il n'est ni un juge de carrière, ni un fonctionnaire de l'État.

transmis à l'auteur par la Commission des relations du travail concernant l'année 2003-2004 indiquent une tendance similaire. Sur un total de 240 plaintes, 40,8% firent l'objet d'un règlement, 55,8% furent rejetées et seulement 2,9% furent accueillies.

Pour une discussion des inconvénients liés à ce recours dans le cadre de litiges où les droits fondamentaux individuels des salariés sont en cause, voir B. Adell, «Jurisdictional Overlap Between Arbitration and Other Forums: An Update» (2000) 8 C.L.E.L.J. 179 pp. 223-28.

⁶³ Voir *Université Laval*, *supra* note 43; *Bingley c. Teamsters Local Union 91* (le 12 octobre 2004), CCRI décision n° 291.

⁶⁴ *Supra* note 32. L'attitude concrète du syndicat dans *Morin* n'a toutefois pas été discutée dans la décision de la Cour suprême. Par ailleurs, il faut éviter de tomber dans les préjugés et de présumer un comportement syndical uniforme et sans nuance lorsque de tels cas se présentent.

L'intensité de sa pratique arbitrale dépend du nombre de mandats qu'il obtient des parties et du ministre du Travail. Si son impartialité n'est pas en jeu, il demeure que sa carrière dépend de l'appréciation que font les deux parties de ses qualités d'arbitre. Il ne jouit donc pas de l'indépendance d'un juge de carrière. Ceci peut expliquer une certaine forme de tolérance, certains diraient de laxisme, face aux parties dans l'administration de l'audience. C'est ainsi qu'on admettra plus facilement les demandes de remise, demandes qui, une fois agréées, reculent d'autant la date de l'audience. De même, il est très rare qu'un arbitre convoque d'office les parties à l'audience même si, pourtant, il en a le pouvoir⁶⁵. On préfère fixer une date de consentement avec l'ensemble des intervenants, ce qui n'est pas sans contribuer à l'extension des délais. De la même façon, il arrivera que l'arbitre hésite avant d'utiliser son autorité pour limiter une preuve qu'il juge moins pertinente.

Ces pratiques, connues, tolérées et souvent acceptées par les parties, affectent l'efficacité de l'arbitrage. Les délais et les coûts associés au processus, de même que sa lourdeur, ont souvent été dénoncés⁶⁶. Même si la situation en préoccupe plusieurs, il demeure que les parties détiennent elles-mêmes les moyens de corriger la situation. Puisqu'elles contrôlent le processus, elles peuvent limiter les délais et exiger plus de diligence et de disponibilité de la part des procureurs et autres intervenants à l'arbitrage. Elles peuvent aussi recourir à des pratiques alternatives comme la médiation des griefs et l'arbitrage accéléré⁶⁷. Le recours à ces solutions s'inscrit dans une dynamique de relations du travail : les parties ont avantage à régler rapidement et efficacement leurs griefs afin de préserver un bon climat dans l'entreprise. Dans ce contexte, une partie peut, à la mesure de son pouvoir, faire pression sur l'autre pour l'amener à collaborer davantage à l'efficacité du mécanisme d'arbitrage des griefs.

Ces caractéristiques inhérentes à l'arbitrage, si acceptables soient-elles dans le contexte de l'administration de la convention collective, s'avèrent davantage problématiques lorsqu'il s'agit de l'application de la législation d'intérêt public. La proximité de l'arbitre face aux parties – certains diront sa dépendance – peut miner la crédibilité ou l'efficacité du tribunal dans

⁶⁵ Pour un exemple des difficultés que représente pour un arbitre l'exercice de son pouvoir d'imposer péremptoirement une date d'audience aux parties, voir *Syndicat des cols blancs de Gatineau c. Gatineau (Ville de)*, D.T.E. 2004T-943; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Centre d'accueil Basse-Gatineau c. Centre local de services communautaires-Centre d'hébergement et de soins de longue durée des Collines*, D.T.E. 2004T-944.

⁶⁶ Voir sur cette question : G. Hébert *et al.*, *La convention collective au Québec*, Bourcherville, gaëtan morin éditeur, 2003, pp. 132-33; Thornicroft, *supra* note 9 pp. 365-75.

⁶⁷ Hébert, *ibid.* pp. 129-30; Thornicroft, *ibid.* pp. 375-78.

certains cas. Il suffit d'imaginer la position de l'arbitre, nommé et rémunéré par les parties, lorsque le débat porte sur les droits d'un salarié individuel ou d'un groupe minoritaire, à l'encontre de ceux de la majorité ou, pire, à l'encontre de ceux des deux parties à la convention⁶⁸.

Par ailleurs, une autre caractéristique essentielle de l'arbitrage des griefs réside dans le caractère final et exécutoire de la sentence arbitrale. Il s'agit là d'un gage nécessaire à l'efficacité du système d'administration de la convention collective dans un contexte où la justice doit être rapide, efficace et accessible. La possibilité d'un appel de la décision arbitrale a toujours été jugée incompatible avec ces qualités requises de l'arbitrage. La décision arbitrale appartient aux parties et elles doivent l'appliquer, quitte à en négocier les conséquences si nécessaire. Lorsque les normes contestées relèvent des droits fondamentaux de la personne ou de la législation d'intérêt général plutôt que de la convention collective, le même raisonnement doit-il tenir intégralement? Les mêmes exigences d'une justice rapide et efficace demeurent certes, mais le caractère fondamental et public de la norme à appliquer ne commande-t-il pas néanmoins des garanties supérieures de la part du système d'adjudication?

Les mêmes interrogations prévalent relativement au pouvoir de surveillance des tribunaux supérieurs à l'égard de la compétence arbitrale. La Cour suprême prône depuis longtemps un haut degré de retenue judiciaire envers les décisions arbitrales. Il y va de l'intégrité même de l'arbitrage des griefs. C'est en conséquence la norme stricte de la décision manifestement déraisonnable qui conditionne l'intervention judiciaire en ce domaine. Lorsqu'il s'agit d'appliquer la législation d'intérêt général, la norme de contrôle applicable est modifiée pour devenir celle de la décision correcte⁶⁹. Cette dualité dans le degré de contrôle s'explique par le fait qu'appliquer et interpréter la norme législative ne figure pas au cœur de l'expertise arbitrale. Avec le temps toutefois, les choses pourraient évoluer au point où les tribunaux seraient tentés de voir entre autres l'adjudication en matière de droits fondamentaux comme relevant de l'expertise arbitrale⁷⁰. Ils pourraient alors modifier la norme de contrôle pour appliquer celle de la décision manifestement déraisonnable à ces questions aussi. Se poserait alors la véritable question : la nature même des droits

⁶⁸ La question se présente dans le cadre de l'arbitrage traditionnel alors que les intérêts du syndicat peuvent être divergents de ceux d'un salarié individuel. Ce dernier a droit dans ce cas à être entendu lors de l'arbitrage : *Hoogendoorn c. Greening Metal Products and Screening Equipment Co.*, [1968] R.C.S. 30. La situation risque toutefois d'être plus fréquente et plus problématique vu la nature des litiges pouvant être soulevés dans le cadre élargi de l'application de la législation d'intérêt général.

⁶⁹ Voir notamment *Parry Sound*, *supra* note 3.

⁷⁰ Voir les propos du juge Iacobucci auxquels renvoie la note 48. Voir aussi Bich, *supra* note 52.

fondamentaux (et des droits qui découlent directement de la législation d'intérêt public) ne justifie-t-elle pas en soi un degré de contrôle plus sévère des décisions arbitrales qui en disposent⁷¹?

Conclusion

La revue de la jurisprudence pertinente de la Cour suprême illustre combien la compétence de l'arbitre de griefs s'est élargie au cours des dernières décennies. D'une part, la notion même de grief n'est plus limitée aux litiges portant sur le texte explicite de la convention collective. Elle inclut plutôt tout désaccord dont les faits le rattachent expressément ou implicitement à la convention collective. Ce raisonnement, mis de l'avant par la Cour suprême dans *Weber*, élargit considérablement la compétence de l'arbitre, lui donnant la capacité de trancher des litiges qui interpellent directement la législation d'ordre public, dans la seule mesure où tel litige conserve un lien implicite avec la convention collective en cause.

D'autre part, et cela est encore plus significatif, l'arbitre détient dorénavant la compétence de trancher un litige qui découle directement de la législation d'intérêt général en matière de conditions de travail et d'emploi, même si ce litige ne peut à proprement parler être considéré comme un grief à partir de la convention collective en cause. C'est du moins ce qui peut être conclu de l'arrêt rendu par la Cour suprême dans *Parry Sound*. Les contours de cette nouvelle compétence demeurent toutefois incertains, et pourraient même être revus à la lumière des propos tenus par les juges majoritaires dans *Morin*.

Par ailleurs, la compétence arbitrale sur la convention collective est en principe exclusive. Cela signifie que pour un peu plus de trente pour cent de la main-d'œuvre, seul un arbitre de griefs est habile à trancher un litige qui constitue un grief au sens de l'arrêt *Weber*⁷². Toute compétence concurrente des tribunaux de droit commun sur ces matières a été définitivement écartée.

Quant à la compétence directe de l'arbitre sur la législation portant sur les conditions de travail telle que décrite dans *Parry Sound*, la Cour suprême a refusé de se prononcer sur son exclusivité. Ultérieurement, dans

⁷¹ C'est d'ailleurs le cas pour les tribunaux des droits de la personne dont les décisions, en raison de l'importance des questions qui y sont examinées, sont assujetties à la norme de la décision correcte. Voir *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.

⁷² Ce chiffre représente le taux général de syndicalisation au Canada et en conséquence, une bonne approximation du taux de salariés assujettis à une convention collective. Voir A. Labrosse, «La présence syndicale au Québec en 2004», Ministère du travail du Québec, Direction de la recherche et de l'évaluation, juin 2005, pp. 2-4.

Morin, la cour a reconnu la compétence du Tribunal des droits de la personne sur une question qui, bien que faisant l'objet d'une disposition de la convention collective, relevait à ses yeux de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. La logique pour le moins surprenante utilisée pour qualifier le litige ne permet pas de déterminer facilement ce qu'il advient de la compétence arbitrale dans les cas de cette nature⁷³.

Quoiqu'il en soit, il ne fait pas de doute que l'arbitre est aujourd'hui appelé à trancher, souvent en toute exclusivité, des litiges qui présentent une forte connotation publique. Il ne s'agit plus d'un forum dont la compétence ne vise que les normes émanant de l'autonomie des parties à la convention collective. Le législateur contribue d'ailleurs lui-même à cette évolution en insérant directement dans la convention collective certaines dispositions législatives, conférant par là une compétence - parfois même exclusive - à l'arbitre sur les litiges qui en découlent⁷⁴. Cet élargissement de la compétence arbitrale s'est fait sans que jamais la nature intrinsèquement privée du fonctionnement du tribunal d'arbitrage ne soit remise en cause. Pourtant cette évolution, qui s'apparente essentiellement à un phénomène de privatisation de la justice, présente un problème évident lié surtout au déficit d'indépendance institutionnelle de l'arbitre à l'égard des parties qui le nomment et le rémunèrent.

Par ailleurs, une telle évolution risque d'entraîner un nombre accru de litiges relevant davantage de la législation d'ordre public que de la convention collective devant les arbitres de griefs. N'y a-t-il pas dès lors danger de mettre en péril leur capacité à remplir adéquatement leur mission première, soit la résolution efficace, rapide et économique des litiges découlant de l'interprétation et de l'application de la convention collective?

Les solutions à apporter au problème constituent un sujet qui va bien au-delà des présents propos. Seules quelques considérations sont avancées en terminant. Elles doivent être nuancées selon que la compétence arbitrale est exclusive ou pas à l'égard des litiges impliquant la législation d'ordre public.

La Cour suprême a souvent rappelé que le respect de l'intention du

⁷³ Voir les notes 43 et 44 *supra*.

⁷⁴ C'est notamment le cas, au Québec, en ce qui concerne la langue au travail, *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11, art. 50, et les mesures visant à contrer le harcèlement psychologique au travail, *Loi sur les normes du travail*, *supra* note 54, art. 81.20, ainsi qu'en Ontario, en matière de normes minimales du travail, *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, L.R.O. 2000, c. 41, arts. 99, 100, lesquels spécifient que l'arbitre ne détient pas une compétence exclusive.

législateur et l'intégrité de l'arbitrage des griefs exigent que l'arbitre jouisse de la compétence de disposer exclusivement de tous les aspects que soulève un grief, y compris ceux relevant de la législation d'ordre public et des droits fondamentaux. C'est l'orientation qui a notamment été imprimée à l'arbitrage à partir de *Weber*. En vertu de cette décision, l'arbitre se prononce sur cette législation de façon incidente, le litige relevant toujours, dans son essence, de la convention collective. Dans un tel cadre, le caractère essentiellement privé du fonctionnement de l'arbitrage peut se justifier par le fait que le litige s'inscrit néanmoins dans la dynamique des relations du travail, avec les avantages que cela confère aux salariés qui ont choisi d'être représentés par un syndicat.

Certains litiges demeurent toutefois problématiques même dans le cadre de cette approche. Il s'agit essentiellement de ceux qui soulèvent le caractère discriminatoire d'une disposition de la convention collective. Comme discuté antérieurement, les intérêts en cause risquent parfois d'être divergents à un point tel que l'arbitrage devienne un forum inadéquat. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle la Cour suprême est arrivée dans *Morin*. Si le chemin emprunté par la cour est contestable et risque d'entraîner beaucoup de confusion, on ne peut que saluer la décision de reconnaître la compétence du Tribunal des droits de la personne du Québec dans cette affaire⁷⁵. Dans un tel contexte, le choix laissé au justiciable de s'adresser plutôt à l'instance dotée d'une compétence concurrente minimise l'impact des caractéristiques inhérentes au tribunal d'arbitrage.

La nature intrinsèquement privée du fonctionnement du tribunal d'arbitrage apparaîtrait davantage problématique si une lecture large du jugement majoritaire dans *Parry Sound* devait prévaloir. Dans un tel cas, l'arbitre serait apte à disposer de litiges relevant de la législation d'intérêt général, même s'il ne s'agit pas de griefs au sens de la convention collective en cause. Un tel élargissement de la compétence arbitrale, surtout dans les cas où celle-ci s'avérerait exclusive, ne pourrait se concilier facilement avec le caractère privé du fonctionnement de l'arbitrage des griefs. Il deviendrait alors pressant que les acteurs sociaux, et éventuellement le législateur, revoient les caractéristiques inhérentes à ce forum pour les adapter à la nouvelle compétence qui lui incomberait.

⁷⁵ Pour une opinion semblable, voir Regenbogen Luciw, *supra* note 35. Nadeau, *supra* note 43, au contraire, dénonce cette décision de la Cour suprême.