

Université de Montréal

**Le droit québécois du travail et la mise en oeuvre du principe
d'égalité dans les milieux de travail syndiqués**

par

Jean Marcel Lapierre

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de doctorat en droit

Octobre 2013

© Jean Marcel Lapierre, 2013

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :

**Le droit québécois du travail et la mise en oeuvre du principe
d'égalité dans les milieux de travail syndiqués**

présentée par :

Jean Marcel Lapierre

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Gilles Trudeau
président-rapporteur et
représentant du doyen de la FES

Guy Rocher
directeur

Guylaine Vallée
co-directrice

Michel Morin
membre du jury

Lucie Lamarche
examinatrice externe

Résumé

Cette thèse s'inscrit dans une démarche de recherche des principes et mesures permettant de mettre en œuvre efficacement le principe d'égalité en milieu de travail syndiqué au Québec.

Adoptant comme guide la sociologie des ordres juridiques complétée et accompagnée par le systémisme luhmannien, nous avons accompli une étude des ordres juridiques qui agissent en ce qui a trait aux aspects juridiques des relations du travail avant de procéder à l'évaluation de la politique publique relative à l'égalité.

L'étude est divisée en trois parties. La première est consacrée à une exploration du pluralisme juridique, à la sociologie des ordres juridiques et à la présentation des ordres juridiques du travail. La seconde adopte une perspective historique de l'action syndicale, du droit du travail et de la politique publique relative à l'égalité. La troisième comprend une démarche d'évaluation de cette politique publique et une démarche de construction normative relative aux principes et mesures permettant la mise en œuvre efficace du principe d'égalité.

Sur le plan de l'évaluation, nous recourons d'abord à une étude empirique et juridique d'un important dossier de plaintes à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse : le dossier du gel d'échelon salarial dans la convention collective du personnel enseignant des commissions scolaires; nous accomplissons ensuite une revue de la littérature en ce qui a trait à la politique publique relative à l'égalité; nous accomplissons enfin une analyse de ce qu'offrent aux milieux syndiqués les deux principales voies de mise en œuvre de l'égalité, d'une part, le grief et l'arbitrage et d'autre part, la plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et, le cas échéant, le recours devant le Tribunal des droits de la personne.

Sur le plan de la construction normative, nous nous basons sur l'analyse sociologique, historique et évaluative accomplie pour concevoir les éléments de politique nécessaires pour atteindre l'objectif recherché.

Mots-clés : Égalité; Discrimination; Pluralisme juridique; Ordre juridique; Syndicat; Devoir de représentation; Charte des droits; Confiance sociale; Individualisme.

Abstract

This thesis follows on from research into the principles and measures that can be used to apply the principle of equality effectively in unionized workplaces in Québec.

Guided by the sociology of legal orders, completed and supported by Luhmann's systems theory, we carried out a study of the legal orders governing the legal aspects of labour relations, and then assessed public policies concerning equality.

The study is divided into three sections. The first section explores legal pluralism and the sociology of legal orders, and presents the legal orders applicable to workplace issues. The second section considers the history of union action, labour law and public policies relating to equality, while the third assesses those public policies and takes a normative construction approach to the principles and measures that can be used to implement the principle of equality effectively.

With respect to assessment, we began with an empirical legal study of a major complaint submitted to Québec's Human Rights Commission, namely the freeze on pay scales in the collective agreement of school board teachers. We then reviewed the literature dealing with public policies relating to equality, and analyzed the benefits for unionized workplaces offered by the two main methods of implementing equality, namely grievances and arbitration on the one hand, and complaints to the Human Rights Commission on the other (with, in the latter case, recourse to the Human Rights Tribunal where necessary).

With respect to normative construction, we used a sociological, historical and evaluative analysis as a basis for designing the policy elements required to achieve the goals.

Keywords: Equality; Discrimination; Legal pluralism; Legal order; Union; Duty of representation; Charter of rights; Social trust; Individualism.

Table des matières

Introduction	1
1- Problématique	7
2- Quelle approche théorique pour cette problématique ?	8
3- Orientations méthodologiques	10
A- Analyse socio-historique	12
B- La recherche juridique empirique : la cas du gel de l'échelon.	13
C- L'analyse dogmatique du droit	15
D- Analyse de l'État du droit relatif aux voies de mise en œuvre de la norme d'égalité et de l'état de l'opérationnalisation au sein des ordres juridiques de chacune des voies	16
4- Structure de la thèse	16
5- Antécédents de l'auteur	17

PARTIE 1 **THÉORIE PLURALISTE DU DROIT, SOCIOLOGIE DES ORDRES** **JURIDIQUES ET DROIT DU TRAVAIL**

Chapitre 1 - Approches théoriques des ordres juridiques et du droit du travail	21
1- Pluralisme juridique et droit du travail	22
A- La pensée d'Otto Von Gierke et le pluralisme juridique (1841-1921)	24
1. La théorie du groupe-personne et le rejet d'une approche individualiste de la société	27
2. Le respect de l'individu et la liberté	30
3. La nature du droit	32
B- Les théories pluralistes de Georges Gurvitch (1894-1965) et de Max Weber (1864-1920)	33
1. Gurvitch : le droit social et les ordres juridiques	33
2. Les aspects pluralistes de la sociologie du droit de Max Weber	42
a) L'ordre juridique	43
b) La théorie wébérienne de l'État	47

c) Les droits spéciaux	49
C- La théorie des ordres juridique de Santi Romano	50
1. Institution, ordre juridique et droit	51
2. Principaux rapports entre les ordres juridiques	55
D- L'émergence du droit du travail allemand : l'action collective syndicale et la théorie pluraliste de Hugo Sinzheimer	58
1. Le contrat de travail et le statut d'employé : le travail colossal de Philipp Lotmar	60
2. La théorie de la convention collective : contribution majeure de Lotmar et Sinzheimer	62
3. Autonomie des parties aux rapports du travail et importance de l'intervention étatique : la position équilibrée de Sinzheimer	63
4. Une approche du droit des rapports collectifs du travail inscrite dans l'important courant du droit social autonome	66
E- Bref état du débat sur le pluralisme juridique	67
1. Les « juristes-sociologues »	71
a) Le pluralisme des juristes sans le droit du travail	71
b) Une approche pluraliste du droit du travail : Harry W. Arthurs	77
2. Les anthropologues du droit	84
3. La sociologie du droit	89
a) La « sociologie des ordres juridiques »	89
b) Le systémisme	92
i) Aspects fondamentaux	93
ii) Le système juridique et le droit du travail	94
iii) Éléments d'évaluation	97
4. Recherches récentes relatives au droit du travail à l'Université de Montréal	100
2- Approches théoriques pour une étude, dans une perspective pluraliste, des voies de mise en œuvre du principe d'égalité dans les milieux de travail syndiqués	104
A- Une conception du droit	107
1. Le critère de la juridicité	108
2. Discours juridique et idéologie	110
3. L'effectivité	111
4. Principes et règles	112
5. L'expérience collective de la justice	114
6. Autonomie collective et droit social	116

B-	Une sociologie des ordres juridiques complétée par l'analyse systémique	118
1.	Pluralité et relations des ordres juridiques	118
2.	Institution et ordre juridique	120
3.	L'analyse systémique.....	121
C-	Les champs sociaux semi-autonomes	122
Conclusion relative à la globalisation des rapports sociaux		123
Chapitre 2 – Les relations du travail dans les milieux syndiqués, à la lumière de la sociologie des ordres juridiques		125
1-	Aperçu général des acteurs institutionnels des relations du travail et de leurs ordres juridiques	130
A-	Les ordres juridiques patronaux	130
1.	Notion d'entreprise et de direction	133
2.	Forme juridique des entreprises.....	134
a)	Entreprise à caractère privé.....	134
b)	Entreprise à caractère public.....	136
3.	Pratique des formes juridiques et organisationnelles des entreprises	137
a)	Diversité des formes juridiques et prévalence de la compagnie.....	137
b)	Diversité organisationnelle des entreprises privées	139
c)	La société par actions.....	140
d)	Configuration des entreprises des secteurs public et parapublic : diversité sous un ordre étatique général.....	145
e)	Les regroupements d'entreprises les plus représentatifs.....	148
4.	Analyse à la lumière de la sociologie des ordres juridiques	150
B-	Les ordres juridiques syndicaux	160
1.	Réalité sociale et notion de syndicat.....	162
2.	Formes juridiques des organisations syndicales	174
3.	Diversité organisationnelle au sein du mouvement syndical.....	183
4.	Esquisse des ordres juridiques syndicaux.....	188
a)	Institutions originaires et dérivées	188
b)	Lien de présupposition.....	190
c)	La relevance.....	191
5.	Aperçu d'une hypothèse systémique relative aux organisations du mouvement syndical	194
C-	Les ordres juridiques étatiques et internationaux	195
1.	Les ordres juridiques étatiques du Québec et l'État canadien	195

2.	Les ordres juridiques internationaux.....	209
a)	L'Organisation des Nations Unies (ONU) et l'Organisation internationale du travail (OIT).....	209
b)	Les nouveaux ordres juridiques des rapports commerciaux internationaux	215
D-	La négociation collective à la lumière de la sociologie des ordres juridiques	217
2-	Aperçu des ordres juridiques des relations du travail dans le secteur public de l'éducation	225
A-	Les universités publiques	225
B-	Ordres juridiques des secteurs de l'éducation intégrés au Régime de négociation des secteurs public et parapublic.....	228
1.	Les collèges d'enseignement général et professionnel	230
2.	Les commissions scolaires et leurs écoles	231
	Conclusion	237

PARTIE 2

LA QUÊTE DE L'ÉGALITÉ, LE DÉVELOPPEMENT DES RAPPORTS COLLECTIFS DU TRAVAIL ET L'ÉVOLUTION DES POLITIQUES PUBLIQUES QUÉBÉCOISES RELATIVES À LA NÉGOCIATION COLLECTIVE ET À L'ÉGALITÉ DES PERSONNES

	Chapitre 1 - La lutte contre les inégalités, le développement du syndicalisme et du droit du travail au Québec	243
1-	Premières conquêtes des libertés d'organisation et d'action syndicale.....	244
A-	L'évolution en Grande-Bretagne.....	244
B-	Construction d'un mouvement syndical au Canada et répression du syndicalisme.....	248
1.	Construction d'un mouvement syndical au Canada	248
2.	Répression et tolérance au Québec	250
C-	L'émergence de la liberté et de la légitimité syndicales.....	255
1.	Qualifications des changements législatifs canadiens ouvrant la voie à l'action syndicale (1872-1939) : tolérance ou émergence de la liberté syndicale ?	258
a)	Le chemin difficile de la liberté.....	258
b)	Décriminalisation de l'action syndicale.....	260

2.	« The glorious uncertainty of the law » : éléments de mise en contexte relatifs à l'état du droit	262
3.	Le pouvoir législatif et l'organisation ouvrière	264
4.	Les acteurs institutionnels des relations du travail à la lumière de leur évolution historique dans le cadre de la théorie des ordres juridiques	271
2-	Dimensions historiques des régimes de négociation collective et droits à l'égalité des « salariés » représentés par un syndicat	274
A-	Émergence de l'arbitrage.....	275
B-	Modification profonde de la négociation collective et évolution de l'arbitrage des griefs	280
1.	Modification profonde de la négociation collective aux États-Unis.....	280
2.	Les principes de la <i>Loi Wagner</i> , la <i>Loi des relations ouvrières</i> et l'arbitrage des griefs au Québec	290
C-	Discrimination et devoir de juste représentation des syndicats.....	296
Chapitre 2 – La lutte pour le droit à l'égalité et la mise en place d'une politique publique d'égalité des personnes au Québec		300
1-	La Loi sur la discrimination en emploi, S.Q. 1964, c. 36.....	303
2-	La Charte des droits et libertés de la personne	306
3-	La Charte canadienne	330
Chapitre 3 – Les enseignements de l'approche diachronique du droit du travail et de la politique législative publique relative à l'égalité		333
1-	Constats de l'approche diachronique des relations du travail	334
A-	La relation d'emploi	335
B-	Profondes racines du syndicalisme, action politique et rudes combats.....	336
C-	Connaissance et genèse du droit étatique du travail	337
D-	Le rôle de la confiance	337
2-	Les ordres juridiques et les idéologies en présence dans la mise en œuvre du principe d'égalité	341
A-	Les ordres juridiques	342
B-	Les idéologies	344

3-	Droit spécial du travail et rattachement de la Charte québécoise au droit commun	350
4-	Chartes des droits et effectivité	351

PARTIE 3

ÉVALUATION DE LA POLITIQUE PUBLIQUE DU QUÉBEC RELATIVE À L'ÉGALITÉ DANS LES MILIEUX DE TRAVAIL SYNDIQUÉS : PRINCIPES ET MESURES FAVORISANT LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE FONDAMENTAL D'ÉGALITÉ

Chapitre 1 – Étude d'un cas d'application de la politique québécoise d'égalité des personnes dans un milieu de travail syndiqué du secteur public de l'éducation : le dossier du gel de l'échelon salarial dans la convention collective du personnel enseignant des commissions scolaires	359
Récit introductif	359
1- Histoire judiciaire du dossier du gel de l'échelon	369
A- Contestation de la compétence du Tribunal des droits de la personne	370
B- Saisine du Tribunal et requête de la Commission des droits pour obtenir des renseignements des commissions scolaires	374
C- Les requêtes pour scinder l'instance	377
D- La question de la discrimination posée par la demande de la Commission des droits	378
1. Les mémoires des parties défenderesses	379
2. Les interrogatoires préalables et les expertises	381
E- L'entente et le rejet de la demande d'approbation conduisent la Commission des droits à cesser d'agir	388
2- Analyse socio-juridique relative aux gels d'échelons salariaux du personnel enseignant des commissions scolaires	393
A- Les principales questions juridiques du dossier	393
1. L'enquête	394
2. Les mesures de redressement	402
3. La question de la recevabilité	408
a) Les décisions des tribunaux	408
b) Éléments d'analyse doctrinale des décisions au sujet de la recevabilité et conclusion en forme d'hypothèses	430

4.	Gel des échelons et norme d'égalité de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i> et du <i>Code du travail</i>	435
a)	Était-il possible de démontrer le caractère discriminatoire du gel d'échelon de 1996-1997 en vertu de la Charte ?	435
i)	Effet de la clause	435
ii)	Une preuve statistique ?	440
b)	Gel d'échelon et devoir de juste représentation	442
i)	Prudence nécessaire dans l'examen des pratiques syndicales	443
ii)	Le devoir de ne pas agir de manière discriminatoire	445
iii)	Les décisions syndicales relatives au gel de l'échelon et le devoir de juste représentation	458
B-	Le dossier du gel de l'échelon à la lumière de la sociologie des ordres juridiques	473
1.	Rapports des ordres juridiques en présence	474
a)	Rapports des ordres juridiques et mesures d'économie	475
b)	Réactions à la conclusion de l'accord modifiant la clause du gel de l'échelon pour en introduire un nouveau	478
c)	Le stade de l'instance	481
2.	Le dossier du gel de l'échelon, les systèmes sociaux et le droit, dans le cadre de la théorie de Niklas Luhmann	484

Chapitre 2 – Les principales voies de mise en œuvre de la norme d'égalité dans les milieux de travail syndiqués au Québec : analyse et évaluation486

1-	Revue de la littérature relative aux voies de mise en œuvre du principe d'égalité dans les milieux de travail syndiqués du Québec	488
A-	Les analyses juridiques et normatives	488
1.	Le droit à l'égalité en emploi.	489
2.	La multiplicité des forums et la concurrence juridictionnelle	491
a)	La structure du système des relations du travail et les instances créées par la Charte québécoise	492
i)	Un constat percutant	492
ii)	La concurrence juridictionnelle	494
b)	L'arbitrage des griefs et la mission d'application du droit à l'égalité	495
c)	La représentation syndicale et la représentation de la Commission des droits de la personne.	498
B-	Les études empiriques et comparatives	504
1.	Légitimation et apprentissage	506
2.	L'ordre légitime du droit du travail et ses principes caractéristiques	508
C-	Les organes étatiques mandatés pour se prononcer sur la question	509

2-	Les principales voies de mise en œuvre de la norme d'égalité de la Charte en milieu de travail syndiqué	514
A-	Le grief et l'arbitrage	514
1.	L'expertise	523
2.	L'indépendance et l'impartialité	525
a)	L'arrêt S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du travail)	527
2.	L'indépendance des arbitres à l'égard des parties	530
3.	Les moyens d'intervention des arbitres de griefs	532
4.	Un règlement rapide, définitif et exécutoire dans le but de maintenir la paix	537
B)	La plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse	543
1.	La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse	545
a)	La mission de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse	548
b)	Mobilisation des droits de la Charte en milieu de travail syndiqué : grands moyens et grande discrétion	552
c)	Liens nécessaires entre la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et le monde syndical	556
d)	Un pouvoir politique et bureaucratique	559
e)	L'expertise de la Commission en relations de travail	561
2.	Le Tribunal des droits de la personne	562
3.	Les délais dans le traitement des plaintes qui requièrent l'intervention du Tribunal	569
3-	Principes et mesures favorisant la mise en œuvre du principe fondamental d'égalité dans les milieux de travail syndiqués	574
A-	Dimension collective des droits humains en milieu de travail	581
1.	Les droits syndicaux et le droit au travail	581
a)	La liberté syndicale	581
b)	Le droit au travail	582
2.	L'intégration de la norme d'égalité de la <i>Charte</i> aux conventions collectives	583
B-	L'adjudication	584
1.	La mission d'adjudicateur pour la mise en oeuvre de la norme d'égalité de la <i>Charte</i> complétée, le cas échéant, par la convention collective	584
a)	La garantie d'expertise et de sensibilité des arbitres de griefs en matière de droits à l'égalité	585

b) L'expertise et la sensibilité de la Commission des droits de la personne et du Tribunal des droits de la personne en matière de rapports collectifs du travail	586
2. Les droits de la victime présumée de discrimination.....	586
3. La concurrence juridictionnelle	587
4. Le financement	588
C- Le devoir de juste représentation.....	589
D- Relations entre la Commission des droits de la personne et le mouvement syndical	591
Conclusion générale	594
1- Approches théoriques	594
2- La perspective historique.....	595
3- Deux conceptions du principe d'égalité au sein des ordres juridiques qui régissent les relations du travail.....	595
A- L'ordre international du travail et le devoir politique du Québec	596
B- Les ordres juridiques au sein de la société québécoise.....	598
4- L'adjudication.....	599
A- La représentation	600
B- Expérience, sensibilisation, expertise et intérêt marqués	600
5- Le devoir de représentation	601
Bibliographie	603
Monographies et ouvrages collectifs	603
Articles de revues et études d'ouvrages collectifs.....	616
Documents parlementaires et gouvernementaux	632
• Documents fédéraux.....	632
• Documents québécois.....	632
• Document ontarien	633
Législation et réglementation.....	634

Loi constitutionnelle	634
Législation québécoise.....	634
Règlements québécois.....	636
Législation canadienne	637
• Lois du Canada.....	637
• Règlement canadien	637
Normes internationales	637
• Nations Unies	637
• Organisation internationale du travail	638
• Royaume-Uni	638
• États-Unis	638
Jurisprudence.....	638
• Canadienne	638
• Royaume-Uni	645
• États-Unis	645
Annexe 1 - Organigramme de l'État québécois	646
Annexe 2 - Consentement, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse	647
Annexe 3 - Renseignements à fournir à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse au soutien du Consentement dans le dossier.....	648

N.B. : Le terme « voir », lorsqu'il n'est pas accompagné d'une référence, est un renvoi au texte de la thèse.

Liste des tableaux et figure

Tableau 1 –	Nombre d'entreprises par forme juridique	137
Tableau 2 –	Effectif des centrales syndicales en 2001	185
Tableau 3 –	Ordres juridiques en matière d'éducation publique primaire et secondaire	233
Tableau 4 –	Aperçu des hypothèses de règlement (mars 1997)	362
Tableau 5 –	Délai entre le dépôt de la plainte et la décision de l'accueillir	539
Tableau 6 –	Nombre de dossiers du Tribunal des droits de la personne en appel	570
Tableau 7 –	Durée de traitement des dossiers dans des cas de plaintes à la Commission des droits qui ont fait l'objet de décisions de la Cour d'appel depuis le début de l'année 2010	571
Figure 1 –	Organisation des pouvoirs au sein de l'ordre étatique québécois.....	204

Liste des sigles et abréviations

All. E.R.	All England Law Reports
art.	article
BCGSEU	British Columbia Government Service Employees' Union
BIT	Bureau international du travail
c.	chapitre
C.A.	Cour d'appel
Can. Bar. Rev.	Canadian Bar Review
C. de D.	Les Cahiers de droit
CDPDJ	Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse
CEQ	Centrale de l'enseignement du Québec
C.H.R.R.	Canadian Human Rights Reporter
coll.	collection
Corp.	Corporation
CRDP	Centre de recherche en droit public
CRIMT	Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail
CRL	Comité Recherche et Législation de l'Association du jeune Barreau de Montréal
CRSH	Conseil de recherche en sciences humaines
CRT	Commission des relations du travail
CSC	Cour suprême du Canada
CSD	Centrale des syndicats démocratiques
CSN	Confédération des syndicats nationaux
CSQ	Centrale des syndicats du Québec
CTC	Congrès du travail du Canada
D.L.R.	Dominion Law Reports
D.L.Q.	Droits et libertés au Québec
D.T.E.	Droit du travail express
dir.	directeur ou directrice
éd.	Édition

FAE	Fédération autonome de l'enseignement
FEC	Fédération des enseignantes et enseignants de CEGEP
FEESP	Fédération des employés et employées de services publics
FISA	Fédération indépendante des syndicats autonomes
FNEEQ	Fédération nationale des enseignantes et enseignants du Québec
FPPC	Fédération du personnel professionnel des collèges
FPSES	Fédération du personnel de soutien de l'enseignement supérieur
FPSS	Fédération du personnel de soutien scolaire
FQPPU	Fédération québécoise des professeures et professeurs d'universités
FSE	Fédération des syndicats de l'enseignement
FTQ	Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec
HMH	Éditions Hurtubise
Id.	Idem
IWW	Industrial Workers of the World
L.A.C.	Labor Arbitration Cases
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.R.C.	Lois révisées du Canada
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
L.Q.	Lois du Québec
Mass.	Massachusetts
nouv. éd.	nouvelle édition
off.	officiel
OIT	Organisation internationale du travail
ONA	Ontario Nurses Association
préc.	précité
PUF	Presses universitaires de France
QCCA	Cour d'appel du Québec
QCCS	Cour supérieure du Québec
R.C.S.	Rapports de la Cour suprême du Canada
R.J.D.T.	Recueil de jurisprudence en droit du travail
R.R.Q.	Règlements refondus du Québec
R.T.N.U.	Recueil des traités de l'ONU

R.-U.	Royaume-Uni
S.C.	Statuts du Canada
SCFP	Syndicat canadien de la fonction publique
S.E.E.F.P.O.	Syndicat des employés et employées de la fonction publique de l'Ontario
SGPUM	Syndicat général des professeurs et professeures de L'Université de Montréal
SPUL	Syndicat des professeures et professeurs de l'Université Laval
SPPUS	Syndicat des professeurs et professeures de l'Université de Sherbrooke
SPUQ	Syndicat des professeurs et professeures de l'Université du Québec à Montréal
S.Q.	Statuts du Québec
S.R.Q.	Statuts refondus du Québec
SSRN	Social Science Research Network
T.A.	Tribunal d'arbitrage
TDP	Tribunal des droits de la personne
UES	Union des employés et employées de service
U.S.	United States

À Fernand Daoust et Robert Burns
qui ont défendu lors du débat sur la *Charte des
droits et libertés de la personne* une conception de
l'égalité articulée à l'**objectif politique
fondamental de justice sociale**

Remerciements

J'ai une immense reconnaissance pour les deux éminents universitaires qui ont dirigé la rédaction de cette thèse, le professeur Guy Rocher, du Centre de recherche en droit public et la professeure Guylaine Vallée, de l'École de relations industrielles de l'Université de Montréal. Ils ont permis la concrétisation d'une démarche interdisciplinaire, que je considérais incontournable, et respecté, tout au cours de ce travail de recherche et de construction normative, avec une finesse remarquable, ma liberté tout en prenant pleinement leur responsabilité de guide.

J'ai également une immense reconnaissance pour ma conjointe Viviane Lacroix. Elle a non seulement manifesté une patience à toute épreuve face à ce travail qui prenait une énorme place dans notre vie, mais elle a été une aide précieuse et une source d'encouragement intarissable.

Je remercie également mes deux filles et leurs conjoints. Avant de prendre la décision définitive de m'engager dans un doctorat, je les ai consultés. Un de mes gendres a alors dit qu'il n'avait pas d'objection si les périodes de garde que j'assumais avec Viviane n'étaient pas affectées. Nous avons respecté cette condition.

Revenant maintenant au milieu universitaire, je tiens à remercier Michel Coutu, professeur à l'École de relations industrielles de l'Université de Montréal. Cette thèse n'aurait pas existé sans lui puisqu'elle s'inscrit dans la foulée d'une évolution de ma pratique de juriste amorcée au sein d'une équipe de recherche dont il est à l'origine avec Guy Rocher. Depuis le moment de la création de cette équipe, ma réflexion sur l'égalité en milieu de travail a évolué en contact avec la sienne, parfois en harmonie, parfois en désaccord, dans le cadre d'une collaboration scientifique riche et stimulante.

L'Équipe de recherche à laquelle j'ai eu alors la chance d'appartenir grâce à Michel Coutu est née et s'est développée au sein du Centre de recherche en droit public (CRDP). J'ai ensuite bénéficié des activités scientifiques exceptionnelles et des ressources financières du Centre de recherche sur la mondialisation et le travail (CRIMT). Mes remerciements admiratifs vont aux dirigeants, au personnel et aux membres de ces précieuses organisations.

J'ai grandement apprécié aussi la structure et la direction des études de doctorat à la Faculté de droit. L'examen de synthèse permet de s'engager dans la rédaction avec les commentaires et un accord d'une instance de la faculté sur la conception de la thèse : l'apport des professeurs Gilles Trudeau et France Houle a été précieux et je les remercie. Je remercie aussi les professeurs qui ont dirigé les études supérieures au cours de mes études de doctorat. Enfin les services des bibliothèques de droit et des sciences humaines ont été des ressources inestimables et je leur en suis reconnaissant.

Un merci spécial à ceux qui ont travaillé à la présentation de cette thèse et à ses aspects techniques. Enfin je remercie tous ceux qui se sont intéressés à ma démarche et m'ont encouragé au cours de ce travail.

Introduction

C'est avec la *Loi des relations ouvrières*¹ qu'émerge au Québec un **droit du travail autonome**. Comme le souligne Michel Coutu, « (L)'élément décisif » en ce qui a trait à l'autonomie du droit du travail, « demeure [...] le rapport au droit commun »². Avec la *Loi sur les relations ouvrières*, des associations devenaient reconnues pour représenter « la totalité des salariés » ou un « groupe de salariés » déterminé par la nouvelle « Commission des relations ouvrières. » Les nouvelles conventions collectives allaient protéger et lier tous les « salariés » représentés par une association « reconnue », qu'ils soient membres ou non de cette association. Les règles des contrats ne s'appliquaient pas à la « convention collective » qui était définie comme « une entente relative aux conditions de travail »³, un acte consensuel qui n'était pas une forme de contrat. Ainsi la convention collective et, par conséquent, la négociation collective étaient l'objet d'une importante séparation du droit commun. Une nouvelle structure sociale émergeait et, comme nous le verrons dans le chapitre 2 de la partie 1, une nouvelle forme d'ordres juridiques.

Comme nous pourrions le constater, dans la deuxième partie de cette thèse, ce régime, dans ses principes fondamentaux, avait été le fruit d'une réflexion approfondie d'une équipe entourant le sénateur *Wagner*, dans le cadre du New Deal au cours d'une des périodes les plus militantes des syndicats et les plus agitées des États-Unis, sur le plan des relations de travail. Toutefois l'adoption de ces principes et leur application avait fait l'objet d'études sérieuses avant d'être proposée par le gouvernement d'Adélard Godbout et adoptée par les deux chambres de la législature québécoise. L'instance recevant la mission d'appliquer ces ententes collectives, le tribunal d'arbitrage, trouvera sa véritable place dans le régime au début des années soixante.

¹ *Loi des relations ouvrières*, S.Q. 1944, c. 30 (S.R.Q. 1941, c. 162A).

² Michel COUTU, « Le droit du travail comme ordre légitime », dans Michel COUTU et Guy ROCHER (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 333-353, à la page 352.

³ *Loi des relations ouvrières*, préc., note 1, par. 2 (e). Voir aussi les articles 4 et 5. Dans les Statuts refondus de 1941, l'article 21 de la *Loi sur les syndicats professionnels* définit la « convention collective de travail » comme « un contrat relatif aux conditions de travail [...] » (notre soulignement) : S.R.Q. c. 162. Par ailleurs le détachement du droit commun avait commencé à s'opérer; en effet, la *Loi de la convention collective* qui portait sur l'extension, adoptée en 1940, définissait, au paragraphe 1d), la convention collective comme « une entente relative aux conditions de travail » : S.Q. 1940, c. 38.

Si nous débutons ainsi cette thèse, c'est que l'autonomie du droit du travail et l'indépendance syndicale sont au cœur de sa problématique et que nous voulons poser, dès le départ, la valeur inestimable d'une législation sur les rapports collectifs du travail permettant et facilitant l'organisation syndicale et la négociation collective, conformément d'ailleurs aux engagements internationaux canadiens et québécois.

Mais revenons à la conquête de l'autonomie syndicale dont le régime de la *Loi des relations ouvrières* est une des étapes les plus importantes.

Alain Supiot, constatant le phénomène d'autonomie, commente son émergence en France dans les termes suivants :

La constitution du droit du travail en branche autonome du droit s'est ainsi opérée par un double mouvement de déclin du contrat individuel comme cadre juridique exclusif de la relation de travail et de reconnaissance de droits définis collectivement [...] qui fondent et confortent les droits individuels [...].⁴ (notre soulignement)

Pour deux importantes raisons, l'autonomisation du droit du travail peut s'être développée davantage au Québec qu'en France :

- Le contrat individuel de travail n'est pas une institution proprement québécoise, mais un emprunt au *Code civil* français et durant la période de développement du régime des rapports collectifs de travail, « le droit québécois du contrat individuel stagne »⁵.
- Les droits collectifs ont été affirmés d'une manière plus radicale au Québec, les parties étant investies de la mission d'établir le droit des conditions de travail pour tous les membres du groupe reconnu ou accrédité.

Ainsi le développement de l'autonomie du droit du travail⁶ est incontournable parce qu'il implique une affirmation de droits collectifs et un rapport entre les droits individuels des

⁴ Alain SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail », (1990) *Droit social* 485, 488.

⁵ Marie-France BICH, « Droit du travail québécois: genèse et génération », dans H.P. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 515, à la page 530.

personnes en emploi et ces droits collectifs qui sont incompatibles avec des principes fondamentaux du droit commun. Au cœur de ce rapport se trouve la négociation collective qui s'est imposée par un puissant mouvement social comme une pratique nécessaire de la quête d'une égalité entre les employeurs et les personnes salariées à leur emploi, égalité ayant d'importants effets sur la condition des travailleuses et des travailleurs⁷.

L'approche de cette législation autonome, lorsqu'elle est confrontée au droit commun, ne doit pas être réductrice comme l'exprime avec force le juge Hall dans l'arrêt *White Lunch* :

[...] it must be accepted that legislation to achieve industrial peace and to provide forum for the quick determination of labour-management disputes is legislation in the public interest, beneficial to employee and employer and not something to be whittled to a minimum or narrow interpretation in the face of the expressed will of legislatures which in enacting such legislation were aware that common law rights were being altered because of industrial development and mass employment which rendered illusory the so-

⁶ En France, le « thème » d'une telle autonomie a été rejeté, en particulier par un juriste du travail comme Antoine Jeammaud. Ce rejet repose sur une conception des rapports des classes sociales inspirée de l'œuvre de Karl Marx et en particulier des rapports de la bourgeoisie avec le pouvoir étatique et le droit. Antoine Jeammaud a écrit : « [...] n'est-ce pas naïveté de croire qu'un sous-ensemble normatif puisse exister et fonctionner comme un îlot de droit "ouvrier" au sein d'un ensemble de droit "bourgeois" ».

Antoine JEAMMAUD, « Les fonctions du droit du travail », dans F. COLLIN, R. DHOQUOIS, P.H. GOUTIERRE, A. JEAMMAUD, G. LYON-CAEN et A. ROUDIL (dir.), *Le droit capitaliste du travail*, coll. « Critique du droit », Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1980, p. 149, à la page 239

Sans nous prononcer sur la valeur de cette approche pour le droit du travail français, notre désaccord en ce qui a trait au droit du travail québécois, repose sur le motif qu'on ne peut qualifier de « bourgeois », sans simplification importante, le droit québécois en ce qui a trait à la période de construction et de développement du régime des rapports collectifs de travail. Notre approche n'est pas fondée sur le rejet de la contribution de Karl Marx à la sociologie du droit et à la sociologie du travail. Évelyne Serverin a analysé de manière éclairante les (ou des) principaux éléments de sa contribution à la sociologie du droit. Évelyne SERVERIN, *Sociologie du droit*, coll. « Collection Repères; 282 », Paris, Éditions La Découverte, 2000, p. 31-36.

⁷ La Cour suprême dans son important arrêt sur la protection constitutionnelle de la liberté de négociation a mis en lumière, sous la plume des juges McLachlin et LeBel, dans une section consacrée aux liens de la négociation avec les valeurs exprimées dans la Charte canadienne, ce rapport à l'égalité en qualifiant le fait de « pallier à l'inégalité qui a toujours existé entre employeurs et employés », d'« un des succès fondamentaux résultant de la négociation collective ». Elle a également mis en lumière des liens significatifs avec des « valeurs inhérentes de la Charte » comme la « dignité humaine [...] la liberté, le respect de l'autonomie de la personne et la mise en valeur de la démocratie [...] », *Health Services and Support - Facilities Subjector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, (2007) 2 R.C.S. 391; 2007 CSC 27, par. 80-86.

called right of individual to bargain individually with the corporate employer of the mid-twentieth century.⁸ (nos soulignements et caractères gras)

L'autonomie du droit du travail n'est en aucune façon statique; elle est le résultat d'un processus d'autonomisation, un mouvement porté par des acteurs⁹ et combattu par d'autres. Ces acteurs ne se trouvent pas nécessairement au sein de la société québécoise; ils peuvent agir entre autres au niveau international : par exemple lorsque l'Organisation internationale du travail (ci-après l'OIT), protège la liberté syndicale face à l'intervention de l'État. Ces actions en faveur de l'autonomisation du droit du travail ne visent-elles pas à préserver et développer un rapport entre les droits collectifs et les droits individuels permettant à l'action collective d'atteindre ses fins et à assurer que la production de biens et services est régie par les producteurs ?

Ce processus d'autonomisation s'est inscrit dans l'histoire et requiert une perspective diachronique. Nous y reviendrons dans la deuxième partie de cette thèse.

Nous avons évoqué les effets de l'action de l'OIT sur l'autonomisation du droit du travail. Avant même que l'arbitrage devienne le forum pour régler, sans arrêt de travail, les griefs, alors également que depuis longtemps les syndicats étaient en quête d'égalité entre travailleurs et employeurs, les syndicats, les employeurs et les États, au sein de l'Organisation internationale du travail, avaient adopté, en 1951, la *Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération*¹⁰ qui affirmait le principe « de l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre féminine et

⁸ *Bakery and Confectionary Workers International Union of America Local n° 468 c. White Lunch Ltd*, (1966) R.C.S. 282, 292. Rappelons ici que cet arrêt unanime de la Cour suprême soutenait le pouvoir large du Labour Relations Board de la Colombie-Britannique dans son contrôle du régime d'accréditation et de négociation collective contrairement au juge de première instance et à la cour d'appel. La Cour suprême protégeait l'intégrité d'un élément important du droit du travail contre une tentative de réduction par le truchement du droit commun.

⁹ Une action dans ce sens est la contestation par le Syndicat canadien de la Fonction publique de la décision du ministre ontarien du travail de nommer à la tête des conseils d'arbitrage des différends en milieu hospitalier, des juges retraités n'ayant pas d'expérience en droit du travail. *S.C.F.P. c. Ontario (ministre du Travail)*, (2003) 1 R.C.S. 539. La Cour suprême en décidant que, dans le cadre de la loi qu'il devait appliquer, le Ministre devait désigner, « des conseils d'arbitrage fondés sur l'expertise spécialisée et l'acceptabilité par les parties syndicales et patronales » affirmait un aspect important de l'autonomie du droit du travail. Voir à ce sujet l'article de Michel Coutu : préc., note 2, p. 338.

¹⁰ OIT, *Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération*, 1951, Convention fondamentale C100, Manuel réseau genre, section 1.

masculine » et la *Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession)*¹¹. Il est important de noter ici que la discrimination envisagée dans cette convention a une portée plus grande que la norme d'égalité de la *Charte des droits et libertés de la personne* (ci-après la *Charte québécoise* ou la Charte). Le premier « considérant » rappelle le principe de l'égalité des chances de la *Déclaration de Philadelphie*¹² qui n'enferme pas la discrimination dans une liste de motifs fermée ou dans la contrainte des motifs analogues. L'article 1 qui définit la discrimination énumère au paragraphe a), une série de motifs mais ouvre, au paragraphe b), la possibilité de compléter par « toute autre distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession ».

Notre problématique se situe au cœur des « principes et droits fondamentaux au travail » qui engagent le Canada et le Québec en vertu du droit international du travail. Rappelons à ce sujet l'adoption par l'Organisation internationale du travail de la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, en 1998¹³. Cette déclaration est éclairante par son préambule dont le premier alinéa se lit comme suit : « Attendu que la création de l'OIT procédait de la conviction que la justice sociale est essentielle pour assurer une paix universelle et durable ».

Le cinquième alinéa offre une perspective sociale remarquable sur les principes et droits fondamentaux de la Déclaration :

Attendu que, dans le but d'assurer le lien entre progrès social et croissance économique, la garantie des principes et des droits fondamentaux au travail revêt une importance et une signification particulières en donnant aux intéressés eux-mêmes la possibilité de revendiquer librement et avec des chances égales leur juste participation aux richesses qu'ils ont contribué à créer, ainsi que de réaliser pleinement leur potentiel humain; (notre soulignement)

¹¹ OIT, *Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession)*, Convention fondamentale C111. Comme nous le verrons, les dispositions de cette convention sont à l'origine des principales mesures sur l'égalité en emploi enchâssées dans la *Charte des droits et libertés de la personne*.

¹² OIT, *Déclaration de Philadelphie*, Philadelphie, 1944.

¹³ OIT, *Déclaration de OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi*, 82^e session, 1998.

Le premier article de la Déclaration rappelle au paragraphe a) :

[q]u'en adhérant librement à l'OIT, l'ensemble de ses membres ont accepté les principes et droits énoncés dans sa Constitution et dans la Déclaration de Philadelphie, et se sont engagés à travailler à la réalisation des objectifs d'ensemble de l'Organisation, dans toute la mesure de leurs moyens et de leur spécificité; (notre soulignement)

Les principes concernant les droits fondamentaux sont énoncés à l'article 2 dont le texte introductif souligne qu'ils lient tous les états membres qu'ils aient ou non ratifié les conventions relatives à ces principes :

- a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de la négociation collective;
- b) l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire;
- c) l'abolition effective du travail des enfants;
- c) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.¹⁴ (nos soulignements)

Il est de la plus haute importance de noter ici que l'OIT, organisation spécialisée des Nations Unies, est un ordre juridique international consacré au travail. Si l'Organisation des Nations Unies adopte exceptionnellement certaines normes fondamentales relatives au travail, c'est l'OIT qui adopte, par des assemblées annuelles tripartites, réunissant les trois grandes catégories d'acteurs du champ du travail (employeurs, syndicats et états), les normes internationales du travail. Ces principes constitutionnels qui président aux décisions de l'OIT envoient un message de base. Le travail est un domaine complexe qui n'est régi adéquatement que par des instances spécialisées en impliquant les parties patronales et syndicales.

Au Québec comment est-ce possible d'harmoniser deux objectifs fondamentaux des droits humains qui engagent notre société : la reconnaissance effective du droit de négocier collectivement et l'élimination de la discrimination ? On notera que la discrimination n'est pas restreinte à des motifs et que l'esprit de la Déclaration est que tous aient des chances égales de participer aux richesses qu'ils ont contribué à créer et de réaliser leur plein potentiel humain.

¹⁴ L'OIT a adopté, le 13 août 2008, la *Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*. Cette déclaration « s'inspire de la Déclaration de Philadelphie de 1944 et de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998 ». « Ferme affirmation des valeurs de l'Organisation », elle « est l'expression de la vision contemporaine de la mission de l'OIT à l'ère de la mondialisation ».

1- Problématique

Notre problématique émerge de l'expérience de la pratique au sein du service juridique de la CSQ; des stratégies de recours devaient évidemment être établies pour les cas dont nous étions saisis en matière de discrimination; deux constats se sont imposés lors de nos débats : l'incertitude relative au forum approprié et la difficulté d'établir l'état du droit avec les flottements de la jurisprudence et l'analyse doctrinale disponible.

La question de la problématique de cette thèse en découle. Cependant la réflexion sur ces questionnements a progressé; l'ampleur de la question et le caractère fondamental des principes sous-jacents se sont manifestés, en particulier l'aspect central des rapports entre les droits individuels et les droits collectifs. La question à laquelle nous tenterons de répondre est la suivante : quelle est la politique publique la plus féconde pour mettre en œuvre l'égalité et éliminer la discrimination en milieu de travail syndiqué ? Nous ne reprenons pas ici la question comme elle avait été formulée au Colloque *Le droit à l'égalité et les tribunaux d'arbitrage* : « Tribunal des droits de la personne, arbitre de griefs : quel doit être le forum compétent ? État de la question »¹⁵. Nous sommes d'avis que la question doit être posée avec plus d'ampleur; l'égalité ne doit pas être comprise seulement au sens de la Charte qui a une portée importante sur des questions de discrimination, mais qui est limitée à des motifs fondés sur des caractéristiques personnelles et surtout identitaires; il faut également couvrir l'ensemble des interventions des acteurs en particulier la démarche syndicale, la procédure interne de règlement des griefs et les interventions de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (ci-après la Commission des droits). Nous centrerons toutefois notre démarche sur le grief et la plainte de discrimination à la Commission des droits.

Nous poserons la question dans le cadre d'un droit des rapports collectifs du travail dont les principes fondamentaux ont, à notre avis, servi la justice sociale à cause de l'autonomie conquise

¹⁵ Jean M. LAPIERRE, « Tribunal des droits de la personne, arbitre de griefs : quel doit être le forum compétent ? État de la question », dans Guylaine VALLÉE, Michel COUTU, Jean-Denis GAGNON, Jean M. LAPIERRE et Guy ROCHER (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 151-167, à la page 151. L'ouvrage réunit les contributions présentées à l'occasion d'un colloque organisé par le Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit et l'École des relations industrielles de l'Université de Montréal avec la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, le 28 avril 2000.

avec son développement. Nous évaluerons, en particulier, l'importance que les personnes chargées de prendre les décisions aient les connaissances nécessaires, l'expérience et la sensibilité pour analyser les questions souvent complexes et inextricablement liées au tissu des relations de travail du milieu dans lequel les faits se sont produits.

Mais nous envisagerons également d'autres aspects de cette question : quelle est l'effectivité de la norme d'égalité de la Charte en milieu de travail syndiqué; quelle est son effet sur la solidarité syndicale sans laquelle la reconnaissance de l'action collective recule et cette action perd ses moyens de produire des droits individuels adaptés au milieu de travail ? Cette question se pose avec une intensité plus grande alors que les possibilités que la mondialisation de l'économie offre aux employeurs augmentent les difficultés de l'action syndicale. On aura compris que cet aspect ne vise pas à remettre en question les précieux droits acquis avec la Charte, mais à questionner plutôt sa faiblesse en matière de droits collectifs fondamentaux, de droits économiques et sociaux et son orientation marquée par l'individualisme libéral¹⁶.

2- Quelle approche théorique pour cette problématique ?

Il nous est apparu indispensable pour l'évaluation du droit de recourir à l'éclairage de la sociologie. Cette adhésion a été facilitée par notre évolution scientifique personnelle. Praticien du droit, nous avons, à la fin de notre emploi au sein du service juridique de la CSQ, eu la chance d'être intégré à une équipe de recherche formée de Guy Rocher, Guylaine Vallée, Michel Coutu et Jean-Denis Gagnon et de travailler en particulier sur l'arbitrage de grief en matière de discrimination. La sociologie du droit et en particulier la sociologie wébérienne a imprégné nos travaux¹⁷. Nous avons ainsi fait un apprentissage exceptionnel d'une branche du savoir importante, sinon essentielle pour un juriste. Si la problématique de cette thèse a émergé de notre

¹⁶ Le terme libéral a ici le sens de l'idéologie du libéralisme économique.

¹⁷ Cette recherche, fruit de l'initiative de Michel Coutu, a été au départ financée par des dons de la CSN, de la CSQ (alors CEQ) et du Barreau. Elle le fut ensuite par une subvention du CRSH. La composition de l'équipe assurait une approche interdisciplinaire en particulier entre la sociologie du droit, les relations industrielles et le droit. Guy Rocher était au sein du Centre de recherche en droit public, le sociologue du droit; la thèse de doctorat de Michel Coutu, portait sur la sociologie du droit de Weber (les rationalités du droit); Guylaine Vallée, professeure de droit du travail et docteure en droit, détient un baccalauréat en sociologie et une maîtrise en relations industrielles; Jean-Denis Gagnon, docteur en droit, était professeur de droit du travail et de droit administratif et un arbitre d'expérience.

pratique du droit dans une organisation syndicale, la motivation prend sa source dans la collaboration scientifique stimulante au sein de cette équipe.

Essentiellement au cours de nos études et travaux de doctorat, nous avons rejeté la vision idéaliste et mythique d'un droit unitaire et adhéré à l'approche de Guy Rocher, dont la sociologie puise à plusieurs sources, mais qui retient comme très importante la conception et l'analyse des ordres juridiques de Santi Romano, enrichie de la théorie des systèmes de Luhmann et Teubner. Nous expliquerons cette approche et motiverons ce choix dans le premier chapitre de la Partie 1.

Quant à la conception du droit, nous retenons quatre grandes idées qui dirigent et éclairent notre analyse :

- Nous retenons comme critère de la juridicité l'approche wébérienne intégrée comme un élément central à la proposition de sociologie des ordres juridiques de Guy Rocher, un critère qui établit la jonction entre la norme et le dispositif organisationnel visant à son respect.
- Lorsqu'on utilise le terme « droit », on se réfère à un dispositif normatif, mais « la puissance normative du droit ne tient pas à la seule force prescriptive de ses énoncés [...]. Le droit est aussi un discours imprégné des valeurs fondamentales qui garantissent la cohésion du groupe social et le maintien de l'ordre qui le régit [...] »¹⁸. Évelyn Serverin et Antoine Jeammaud expriment, à notre avis, avec plus de précision le contenu idéal du droit sans essayer de qualifier ce contenu qui est très diversifié et qui ne peut pas toujours être qualifié de valeur¹⁹ :

[...] le concept d'effectivité de la règle de droit perd de sa simplicité dès que l'on s'affranchit de la perception courante mais réductrice, de cette norme comme une prescription ou prohibition de conduite et un pur instrument de contrainte pour reconnaître qu'il s'agit d'un modèle idéal pour les objets les plus divers érigé en

¹⁸ Jacques CHEVALLIER, « Droit, ordre, institution », (1989) 10 *Droits* 19.

¹⁹ Le racisme qui imprègne « The White Women Labor Law » peut-il être qualifié de valeur ? Voir Constance BACKHOUSE, « The White Women's Labor Law : Anti-Chinese Racism in Early Twentieth-Century Canada », (1996) 14 *Law and History Review* 315.

référence obligatoire dans une sphère particulière de régulation sociale (le plan juridique).²⁰

Nous retenons que le droit est aussi un « modèle idéal »; le droit est un discours imprégné d'idéologie.

- L'approche sociologique du droit social tirée en particulier des travaux de Gierke et de Sinzheimer, comme droit qui, pour reprendre les termes d'Alain Supiot, règle la vie des communautés et qui prend place entre « le droit privé qui règle les relations entre les individus et le droit public qui règle le fonctionnement de l'État [...] ». Cette conception conduisait tout naturellement à faire place au droit du travail comme droit des communautés professionnelles »²¹.
- L'expérience collective et intuitive de la justice, phénomène collectif qui agit sur l'émergence et l'effectivité du droit, un important élément d'analyse que nous devons à Georges Gurvitch et que Jean-Guy Belley a ramené à la surface du savoir actuel.

Ce cadre théorique que nous exposerons dans la première partie aura nécessairement un impact important sur les orientations méthodologiques.

3- Orientations méthodologiques

Le but de cette thèse est d'évaluer le droit relatif à la mise en œuvre de la norme d'égalité en milieu de travail syndiqué; plus précisément, l'objectif principal est de procéder à une évaluation des voies de mise en œuvre de la norme d'égalité dans les milieux de travail syndiqués afin de déterminer quel forum doit être privilégié ou le rôle que devraient assumer l'un et l'autre des forums examinés.

²⁰ Évelyne SERVERIN et Antoine JEAMMAUD, « Évaluer le droit », dans *Recueil Dalloz Sirey*, Paris, Jurisprudence générale Dalloz, 1992, p. 263, à la page 266. Au cours de nos études doctorales, nous avons travaillé avec ce texte incorporé au recueil de textes du Séminaire général de doctorat sur l'analyse critique du droit donné par Pierre Noreau (DRT 7001. automne 2005).

²¹ A. SUPIOT, préc., note 4, p. 23

Pour accomplir un tel travail, nous nous rallions à l'approche d'Évelyne Serverin et Antoine Jeammaud dans leur article « Évaluer le droit » :

Sur le fond de l'évaluation, l'accumulation des références savantes ou celle des données empiriques n'épargneront ni les contresens ni le naufrage dans la généralisation simplificatrice si elles ne vont pas de pair avec une suffisante *connaissance* et une réelle *prise en compte* de l'ordre juridique dans lequel s'inscrivent les dispositions évaluées, de l'*outillage* au moyen duquel il assume sa part de régulation sociale, des *ressources* qu'il offre aux individus et au groupe, des conditions (y compris juridiques) dans lesquelles ces normes peuvent être *utilement mobilisées* [...] il convient avant tout d'être attentif au *modus operandi* de ces règles, c'est-à-dire aux rapports qu'elles se *ménagent* ou *rendent possible* avec l'univers de l'action par leur statut ou leur teneur.²²

Nous croyons indispensable, à cette fin, le développement d'une connaissance suffisante des ordres juridiques liés aux voies de mise en oeuvre de la norme d'égalité en recourant à la sociologie des ordres juridiques mise de l'avant par Guy Rocher, complétée et accompagnée par l'approche systémique luhmanienne. Nous ne connaissons pas d'autre expérience d'application de cette approche au champ des milieux de travail syndiqués, mais nous sommes convaincus de ses possibilités pour mettre en lumière les structures institutionnelles et les rapports sociaux de l'action juridique des acteurs, qu'il s'agisse de l'État, d'employeurs, de syndicats ou de tout autre type d'organisations intervenant en milieu de travail syndiqué. Nous pouvons dire que c'est également un objectif de cette thèse d'entreprendre cette tâche, tout en étant conscient que la démarche aura parfois un caractère exploratoire.

Il nous faudra évidemment utiliser d'autres approches le plus souvent en les mariant à l'analyse des ordres juridiques. Ainsi nous accomplirons un examen socio-historique des régimes de droit en présence et de leurs ordres juridiques (A); cette approche diachronique qui, comme nous le verrons plus loin a été recommandée par Jean-Guy Belley dans l'important ouvrage que constitue sa thèse de doctorat pour l'étude du pluralisme juridique²³, permet de comprendre les régimes et les ordres juridiques à la lumière de leur genèse et de leur évolution. Convaincu de l'importance, sinon de la nécessité de la recherche empirique, nous étudierons l'application du

²² É. SERVERIN et A. JEAMMAUD, préc., note 20, p. 267.

²³ Voir : Jean-Guy BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) XVIII *Sociologie et sociétés* 11.

droit actuel à un cas d'allégation de discrimination dans un milieu de travail syndiqué du secteur de l'éducation : le dossier du gel de l'échelon salarial dans la convention collective du personnel enseignant des commissions scolaires (B). L'analyse dogmatique du droit sera évidemment nécessaire et apportera sa contribution parfois avec un rôle principal et parfois en complément d'une construction historique ou sociologique (C). Nous étudierons aussi l'état des voies de mise en œuvre de la norme d'égalité dans une perspective juridique et institutionnelle permettant d'éclairer notre travail d'évaluation (D). Nous ne saurions mieux faire que de reprendre les termes d'Évelyne Serverin et d'Antoine Jeammaud que nous avons cités au début de cette section pour préciser les cibles de cette étude :

- l'outillage;
- les ressources qu'il offre;
- les conditions d'une mobilisation utile et effective;
- les rapports avec l'action par le statut ou la teneur des normes.

A- Analyse socio-historique

Cette analyse diachronique portera sur les changements majeurs qui ont façonné le droit du travail et en particulier le droit de la négociation collective et de l'arbitrage des griefs. Elle portera également sur l'émergence et l'évolution du principe et des normes d'égalité dans la *Charte québécoise* et dans d'autres lois qui s'appliquent en milieu de travail syndiqué. Compte tenu de la conception du droit à laquelle nous adhérons, cette analyse diachronique abordera le droit non seulement comme dispositif normatif mais en tant que discours et « modèle idéal érigé en référence obligatoire »²⁴.

L'action juridique et les luttes des acteurs seront prises en compte lorsqu'elles apportent un éclairage utile. La sociologie des ordres juridiques et des systèmes permettra d'observer la formation des ordres juridiques, leur action dans l'émergence et la mise en œuvre du droit et leurs rapports entre eux.

²⁴ É. SERVERIN et A. JEAMMAUD, préc., note 20.

Nous prendrons pour guide de notre pratique la nouvelle histoire du droit²⁵, en faisant appel à tous les aspects pertinents des sciences sociales qui peuvent être utiles. Cette démarche nous préparera à la fois à l'étude du dossier du gel de l'échelon et à l'étude de l'état du droit relatif aux deux voies de mise en œuvre de la norme d'égalité.

B- La recherche juridique empirique : la cas du gel de l'échelon.

Comme le mentionnent Gordon Mace et François Pétry, l'étude de cas est « une stratégie de vérification très utilisée en sciences sociales »; ils poursuivent leur enseignement à ce sujet en précisant la nature de cette méthode :

L'étude de cas est une stratégie de recherche empirique qui permet d'étudier des phénomènes contemporains dans la réalité où les frontières entre le phénomène et son contexte ne sont pas toujours claires et où il faut habituellement utiliser des sources multiples d'information et d'évidence [...] l'étude de cas, qu'il s'agisse de cas uniques ou de cas multiples, ne permet pas de généraliser facilement, mais favorise en revanche, une analyse plus approfondie d'un phénomène donné. À la différence de l'enquête, l'étude de cas, le plus souvent favorise davantage l'utilisation de l'Observation documentaire pour la collecte de l'information.²⁶

Le choix d'un cas unique ou de cas multiples est qualifié par Gordon Mace et François Pétry d'étape cruciale de la recherche et le chercheur doit à leur avis s'en expliquer²⁷. Par ailleurs, ils mentionnent que « [C]es choix reposent aussi beaucoup sur le sens commun et la disponibilité des informations utiles au traitement de la problématique à l'étude »²⁸. Nous sommes dans une démarche d'évaluation des voies de mise en œuvre du principe d'égalité dans le but d'éclairer la politique publique souhaitable ou nécessaire. Les recherches empiriques à ce sujet, accomplies dans le cadre de l'équipe dont nous faisons partie, ont porté, comme nous l'avons mentionné au début de la section sur notre approche théorique, surtout sur l'arbitrage de griefs. Notre choix

²⁵ Jean-Marie FECTEAU, « Savoir historique et mutation normative. Les défis d'une nécessaire convergence entre droit et histoire », dans Pierre NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, p. 41, à la page 20. Jean-Guy BELLEY, « La nouvelle histoire du droit », (1986) 27 *C. de D.* 371.

²⁶ Gordon MACE et François PÉTRY, *Guide d'élaboration d'un projet de recherche en sciences sociales*, 4^e éd. éd., Bruxelles, De Boeck, 2010, p. 80.

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*

d'un dossier de plaintes à la Commission des droits permet d'observer la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ainsi que le Tribunal des droits de la personne dans l'exercice de leurs fonctions de mise en œuvre du principe d'égalité.

Nous voulons une stratégie de recherche dogmatique et empirique qui permet de décrire en profondeur les effets du recours à la Commission des droits pour contester une clause de la convention collective adoptée démocratiquement par une organisation syndicale et permettre de vérifier la vraisemblance de nos constats. Selon Mace et Pétry, l'étude d'un cas unique peut permettre d'atteindre cet objectif²⁹.

Le cas du gel de l'échelon est récent. La revue de presse est des plus substantielles. Une abondante documentation était disponible. De plus, le cas du gel de l'échelon a connu de tels développements, il comprend de telles ramifications qu'il permet un examen de multiples aspects de notre problématique.

Il s'agit du dossier des plaintes déposées à la Commission des droits alléguant qu'une clause de la Convention collective du personnel enseignant des commissions scolaires (1995-1998) écartant pour deux années (1982-1983 et 1996-1997) la progression dans l'échelle salariale est discriminatoire. La Commission a saisi le Tribunal des droits de la personne de ces plaintes en mars 2000. La compétence du Tribunal des droits de la personne a été contestée par requête en irrecevabilité par les parties à la convention collective. La Cour suprême a finalement rejeté la requête. Cependant le Tribunal des droits de la personne n'a jamais rendu de décision sur le fond, la Commission des droits ayant cessé d'agir pour les enseignantes et enseignants qu'elle considérait victimes de discrimination. Les plaignants ayant repris l'instance à leurs frais ont finalement abandonné le recours et le Tribunal a déclaré le dossier fermé le 26 mars 2009, neuf ans après que le Tribunal en ait été saisi.

La décision de modifier la clause de gel de l'échelon pour y ajouter l'année 1996-1997 a provoqué un mouvement d'opposition qui a menacé l'unité de la CSQ, certains enseignantes et

²⁹ *Id.*

enseignants décidant de créer une association parallèle, l'Association de défense des jeunes enseignants du Québec (ADJEQ).

Notons que cette affaire, en plus, évidemment de poser la question de la violation de la norme d'égalité de la Charte, soulève aussi une question de devoir syndical de représentation qui n'a pas été, à notre connaissance, examinée jusqu'ici et que nous avons l'intention d'étudier.

Cette affaire apparaît donc particulièrement appropriée pour l'étude de la réception de la norme d'égalité en milieu de travail syndiqué et devrait permettre de mieux comprendre les voies de recours instituées par la *Charte québécoise*.

Une de nos préoccupations sera de présenter les faits avec une assez grande précision et, lorsqu'il y a lieu, d'une manière suffisamment animée pour permettre de prendre conscience de la réalité vécue. Nous introduirons cette étude en recourant à la méthode narrative utilisée par Constance Backouse pour l'analyse de l'histoire du droit³⁰.

Il sera nécessaire, pour cette étude du cas du gel de l'échelon, de lier à l'approche empirique, l'analyse dogmatique du droit. Nous aurons d'ailleurs recours à cette méthode d'analyse dans d'autres aspects de la thèse.

C- L'analyse dogmatique du droit

Nous aurons recours à cette méthode d'analyse propre à la science juridique dans la poursuite de deux objectifs : d'abord, lorsqu'il sera nécessaire de chercher à établir le droit applicable; par exemple, nous y aurons recours pour interpréter la prohibition à l' « association de salariés », d' « agir [...] de manière discriminatoire [...] » de l'article 47.2 du *Code du travail*; nous y aurons également recours comme complément indispensable de l'analyse sociologique ou historique. Ce type d'analyse « qui tente de circonscrire le droit empiriquement [...] doit nécessairement se référer à une construction du sens dogmatique des normes juridiques théoriquement

³⁰ « It is an effort to reconstruct and make sense of history through a close examination of discrete events [...]. Narrative legal history attempts to ground historical analysis in the real life of identifiable people, [...] ». Constance BACKHOUSE, « The White Women's Labor Law : Anti-Chinese Racism in Early Twentieth-Century Canada », (1996) 14 *Law and History Review* 315.

applicables »³¹. C'est, par exemple, ce que nous ferons pour interpréter la discrimination sur la base de l'âge en vertu de l'article 10 de la *Charte québécoise*, lorsque nous étudierons le cas du gel de l'échelon.

D- Analyse de l'État du droit relatif aux voies de mise en œuvre de la norme d'égalité et de l'état de l'opérationnalisation au sein des ordres juridiques de chacune des voies

Ce développement comprendra une revue des travaux relatifs aux voies de mise en œuvre de la norme d'égalité dans les milieux de travail syndiqués comprenant les analyses juridiques et normatives³², les études empiriques et comparatives et celles des organes étatiques mandatés pour se prononcer sur la question; une dernière subdivision sera consacrée au colloque tenu à l'Université Laval, le 8 novembre 2007, portant sur les rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles de droit en droit du travail. Ce colloque relativement récent a été un lieu d'importants débats touchant la problématique de notre thèse. Nous procéderons ensuite à l'analyse proprement dite des voies de mise en œuvre et de l'état d'opérationnalisation.

C'est sur les bases de ces analyses que nous élaborerons les principes et les mesures qu'une politique publique devrait, à notre avis, comprendre pour la mise en œuvre de l'égalité en milieu de travail syndiqué.

4- Structure de la thèse

La structure de cette thèse découle de ses orientations méthodologiques. Elle sera divisée en trois parties :

La **première partie** expose les approches théoriques des auteurs dont la conception pluraliste du droit est, à notre avis, pertinente pour le droit du travail et présente nos choix théoriques pour la démarche que nous entreprenons (chapitre 1); nous y exposerons les bases de la théorie pluraliste

³¹ Évelyne SERVERIN, *Sociologie du droit*, coll. « Collection Repères; 282 », Paris, Éditions La Découverte, 2000, p. 45. Évelyne Serverin réfère à Max WEBER, *Critique of Stammler*, New York, Free Press, 1977.

³² Les analyses juridiques étudient le droit d'un point de vue dogmatique ou institutionnel; l'analyse normative recherche la politique législative ou judiciaire souhaitable.

du droit que nous adoptons comme guide et, en particulier, de la sociologie des ordres juridiques complétée par l'analyse systémique. Cette première partie est ensuite consacrée à l'étude des acteurs institutionnels du champ des relations de travail et du champ des droits de la personne (chapitre 2). Une section de ce deuxième chapitre sera consacrée à une étude plus approfondie du secteur public de l'éducation dont la compréhension est importante pour l'étude juridique et empirique de l'affaire du gel de l'échelon.

La **deuxième partie** de la thèse, comprenant trois chapitres, comprendra les études diachroniques. Il s'agit d'un examen socio-juridique de l'émergence et du développement des rapports collectifs du travail, traversé par la quête pour l'égalité et l'évolution des politiques publiques relatives à la négociation collective et à l'égalité des personnes.

La **troisième partie** de la thèse, comprenant trois chapitres, débutera (premier chapitre) par l'exposé et l'analyse du cas du gel de l'échelon. Le deuxième chapitre comprendra la revue des travaux accomplis qui sont pertinents pour notre recherche et l'étude socio-juridique des voies de mise en œuvre de la norme d'égalité. Le troisième et dernier chapitre exposera les principes et mesures d'une politique publique de mise en œuvre de la norme d'égalité dégagées par et à la suite du cheminement accompli.

Nous avons exposé brièvement notre problématique, notre approche théorique, nos orientations méthodologiques. Nous compléterons cette introduction en posant certains repères qui permettent de nous situer comme acteur au sein de l'ordre juridique du droit du travail. Il est important de le faire alors que nous allons examiner des questions sensibles qui soulèvent des débats passionnés.

5- Antécédents de l'auteur

Nous avons déjà mentionné que la problématique de cette thèse a émergé au sein du Service juridique de la CSQ. Comme nous allons étudier le cas du « gel de l'échelon », affaire dans laquelle la CSQ et sa Fédération affiliée, la Fédération des syndicats de l'enseignement (FSE), ont été poursuivies pour discrimination, on pourra se demander quel rôle nous avons joué dans ce dossier.

Nous sommes retraité depuis le 30 juin 1998. L'enquêtrice-médiatrice de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a informé la Présidente de la Centrale de la plainte de Normand Morin et demandé sa « version des faits » par une lettre datée du 27 octobre 1997. Un de mes collègues du Service juridique a reçu le mandat de représenter la CSQ. J'ai fourni à ce collègue des éléments de jurisprudence du Tribunal du travail et de commissions des relations de travail en ce qui a trait à la réserve que doit manifester un tribunal ou un organisme lorsqu'il est saisi de la contestation d'une clause de convention collective. Ma contribution à ce dossier s'est arrêtée là. La version des faits de la Centrale signée par Me Michel Boyer, le collègue mandaté, est datée du 16 janvier 1998. Lors de sa décision d'accepter un gel d'échelon, la FSE n'a pas consulté le Service juridique de la CSQ.

Ce qui est toutefois plus important pour cette thèse, c'est qu'en matière de législation du travail, nous avons participé à de nombreuses rencontres intersyndicales. Au cours de ces rencontres, il y a eu une remarquable convergence sur l'importance de confier les décisions à des instances spécialisées du travail détenant l'expertise et pourvues des pouvoirs nécessaires. La volonté coordonnée des grandes centrales syndicales pour obtenir une commission des relations du travail est un exemple de cette action juridique.

Nous avons représenté la Centrale à deux comités du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre : *Code du travail* et normes internationales.

Nous avons également assumé, dans le cadre de notre travail au sein du Service juridique de la CSQ et de notre rôle de conseiller auprès de ce service et de la Centrale, plusieurs tâches relatives au droit à l'égalité. Nous en mentionnerons quelques-unes :

- nous avons exposé lors d'une réunion au personnel politique et au personnel-conseil, au sein de la Centrale, que l'organisation syndicale avait le devoir de prendre en charge d'une manière proactive la protection des membres contre la discrimination;
- nous avons préparé et donné avec une collègue une session d'étude sur la discrimination en vertu de la *Charte québécoise* pour l'ensemble des ressources en matière d'application de la convention collective des syndicats affiliés;

- nous avons été saisi par un syndicat d'une question au sujet du caractère discriminatoire d'une clause de l'entente collective du personnel enseignant des commissions scolaires relative au congé de maternité, nous avons accompli une recherche qui a conduit, sans dépôt de grief, à une modification de la disposition en question;
- nous avons assumé en très grande partie la recherche pour la représentation du Syndicat de l'enseignement de Champlain en Cour suprême pour le cas qui a conduit à l'arrêt *Bergevin*³³. Les procureurs étaient M^c Michel Boyer et M^c Georges Marceau. Il est à noter qu'il s'agit d'un cas d'accommodement raisonnable dans lequel l'organisation syndicale a assumé pleinement son rôle de défense d'une enseignante et de deux enseignants de religion juive. La sentence arbitrale de l'arbitre Michel Bergevin a été maintenue par le plus haut tribunal canadien;
- nous avons assumé la représentation de la CSQ, au sein du Comité ad hoc sur la discrimination des avantages sociaux. Ce comité, issu des conventions collectives des secteurs public et parapublic, avait pour mandat en particulier de répertorier « les dispositions potentiellement discriminatoires » dans les régimes de retraite publics. Le Rapport a été publié en avril 1992.

Nous pouvons maintenant nous engager dans la première partie de cette thèse, exposer notre approche théorique et procéder, ensuite, à l'analyse des ordres juridiques des relations du travail et des droits de la personne au Québec.

³³ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, (1994) 2 R.C.S. 525.

Partie 1

Théorie pluraliste du droit, sociologie des ordres juridiques et droit du travail

Cette première partie permettra d'exposer deux approches fondamentales pour notre démarche. Nous utilisons ici le terme « approche » qui exprime bien la volonté de s'approcher le plus près possible de la réalité tout en étant conscient de l'impossibilité de l'atteindre.

Le premier chapitre comprend une exploration des théories pluralistes du droit qui sont pertinentes pour notre démarche et les positions théoriques que nous adoptons à la suite de ce voyage exploratoire. Ces théories se sont développées dans le cadre de sociétés en voie d'industrialisation comme la France et l'Allemagne; le débat s'est poursuivi et a touché le Canada, en particulier le Québec et l'Ontario. L'émergence de la sociologie du droit et des théories sociologiques du pluralisme juridique s'est produite dans des contextes sociaux où les relations du travail étaient marquées par l'activité syndicale et la négociation collective. Les premiers développements ont été concomitants avec le développement d'une théorie du droit du travail en particulier en Allemagne. Comme on pourra le constater, la sociologie du droit occupe une place importante dans cette exploration ainsi que dans les positions adoptées, notre évaluation étant, dès le départ, que les questions traitées ne pouvaient l'être d'une manière éclairante sans cet apport. Ce premier chapitre comprend également non pas une définition du droit, mais des éléments importants de la conception du droit qui informe cette thèse. La position centrale consiste toutefois à adopter la proposition de sociologie des ordres juridiques du professeur Guy Rocher.

Le deuxième chapitre est en lien étroit avec l'examen à caractère théorique du premier chapitre. Il vise à accomplir une étude de la réalité contemporaine des ordres juridiques des relations du travail (approche synchronique) et des institutions qui les rendent opérationnels. Cet examen tient de la cartographie et de l'inventaire et au-delà de ces aspects, il vise à permettre de comprendre les principaux rapports et même la construction d'ordres juridiques. Il prépare ainsi à la fois l'étude historique de la deuxième partie, la démarche empirique et dogmatique d'analyse

du dossier des gels d'échelon du premier chapitre de la troisième partie et l'analyse normative de ses deux derniers chapitres.

Chapitre 1 - Approches théoriques des ordres juridiques et du droit du travail

Il y a plusieurs approches du pluralisme juridique. Leurs définitions sont exposées clairement dans l'article de Jean-Guy Belley du *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*¹. Nous retiendrons pour les fins de notre démarche scientifique, la conception qui nous semble indispensable à une recherche d'évaluation du droit mis en œuvre dans les milieux de travail : « Coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit ». Nous sommes d'avis que la suite de ce texte confirmera la justesse de ce choix.

Le but de cette thèse est d'évaluer le droit relatif à la mise en œuvre de la norme d'égalité en milieu de travail syndiqué et, s'il y a lieu, d'élaborer les orientations qu'il serait souhaitable que la politique publique adopte à ce sujet. Pour accomplir un tel travail, comme nous l'avons mentionné, nous nous rallions à l'approche d'Évelyne Serverin et Antoine Jeammaud dans leur article « Évaluer le droit ».

Nous rechercherons « une suffisante connaissance [...] des ordres juridiques » dont nous aurons à évaluer les dispositions législatives ou conventionnelles », des appareils qui peuvent être utilisés pour mettre en œuvre ces mesures, des ressources dont disposent les individus et les groupes pour les mobiliser et des conditions dans lesquelles une telle mobilisation est possible; nous porterons une attention particulière aux rapports qui sont rendus possibles entre les règles de droit et l'action².

¹ Jean-Guy BELLEY, « Pluralisme juridique », dans André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd. ent. ref. corr. et augm. éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, p. 446.

² Évelyne SERVERIN et Antoine JEAMMAUD, « Évaluer le droit », (1992) *Recueil Dalloz Sirey*, Chr. LII, 263, p. 267. Au cours de mes études doctorales, ce texte a été incorporé au recueil de textes du Séminaire général de doctorat sur l'analyse critique du droit donné par Pierre Noreau (DRT 7001. automne 2005).

Dans la recherche de cette connaissance suffisante et afin de nous permettre cette réelle prise en compte des ordres juridiques dans lesquels s'inscrivent les régimes de mise en œuvre de la norme d'égalité, nous prendrons pour guide la proposition de sociologie des ordres juridiques de Guy Rocher³.

Cette proposition devrait à notre avis être à la source d'un vaste chantier d'exploration des ordres juridiques. Elle nous apparaît le meilleur guide pour le travail d'évaluation que nous entreprenons dans la sphère du droit du travail, un des lieux manifestes de pluralité. Nous ferons d'abord un examen des éléments de théorie du pluralisme juridique et du droit du travail pertinents pour notre recherche (1). C'est dans la deuxième section que nous expliquerons, sur la base des éléments pertinents identifiés dans la première partie, deux choix complémentaires qui seront à la base du cadre théorique de cette thèse : l'approche du droit retenue et la théorie pluraliste des ordres juridiques et de leurs rapports que nous adopterons (2).

1- Pluralisme juridique et droit du travail

Dans son livre *Le droit du travail*⁴, Alain Supiot présente, avec l'émergence, en Allemagne, d'un droit du travail autonome, la contribution inestimable d'Otto Von Gierke, dans le cadre de l'École historique du droit. à l'approche de notions fondamentales comme l'existence des communautés humaines intermédiaires entre l'individu et l'État et le droit social, ainsi que le précieux apport d'Hugo Sinzheimer. Nous citerons un large extrait du chapitre II intitulé « Les modèles nationaux de droit du travail », qui introduit, à notre avis d'une manière éclairante, cette présentation des éléments théoriques du pluralisme juridique en relation avec le droit du travail :

C'est certainement à l'*Allemagne* que l'on doit l'invention du droit du travail en tant que branche du droit autonome, obéissant à des principes propres, distincts de ceux du droit civil. Nourries de droit romain, la culture juridique allemande s'est aussi épanouie au XIX^e siècle, en réaction contre le rationalisme et l'individualisme français, tel qu'il s'était exprimé dans le Code Napoléon. La critique du rationalisme procède de ce qu'on a appelé l'École historique allemande, dont le représentant le plus célèbre fut Savigny

³ Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », dans *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Les éditions Thémis, 1996, p. 123-150, à la page 125-127.

⁴ Alain SUPIOT, *Le droit du travail*, 3^e éd. mise à jour. éd., coll. « Que sais-je ?; 1268 », Paris, Presses universitaires de France, 2006.

(1779-1861). Selon cette école le droit n'est pas une construction de la raison, mais un produit de l'histoire des peuples, l'expression de leur génie propre [...]. La critique de l'individualisme, quant à elle dénonce le vide que la révolution française avait prétendu instaurer entre l'individu et l'État (notamment en anéantissant les corporations). Ce vide méconnaît l'importance des communautés humaines intermédiaires entre l'individu et l'État. À la différence de la société [...], qui est une association volontaire et librement délibérée, la communauté est un fait social qui échappe à la volonté individuelle. On fonde une société mais on appartient à une communauté. Cette distinction a conduit les juristes allemands à affirmer entre le droit privé qui règle les relations entre les individus et le droit public qui règle le fonctionnement de l'État, l'existence d'un droit social, qui règle la vie des communautés. Cette conception défendue notamment dans l'œuvre monumentale de Gierke, conduisait tout naturellement à faire place au droit du travail comme droit des communautés professionnelles. Très tôt théorisée (notamment au début du 20^e siècle dans l'œuvre d'Hugo Sinzheimer), cette conception communautaire est caractéristique du modèle allemand.⁵

Nous débuterons notre exposé par les travaux de ce juriste et historien dont « l'œuvre monumentale » semble avoir exercé une influence considérable, sinon déterminante, sur le développement du pluralisme juridique (A). Nous examinerons ensuite les éléments de théorie pluraliste chez deux des principaux fondateurs de la sociologie du droit européenne : Gurvitch et Weber (B). Sans être considéré comme un fondateur de la sociologie du droit, le juriste italien Santi Romano est « probablement celui qui s'est avancé le plus loin dans la clarification de ce problème fondamental de la pensée juridique »⁶. Nous examinerons sa théorie des ordres juridiques dans la troisième division de cette section (C). Il est évidemment important pour la question que nous abordons de faire le lien avec l'émergence du droit du travail contemporaine de Gurvitch, Weber et Romano. Nous verrons le pluralisme particulier des rapports du travail prendre une forme juridique autonome à travers les travaux des fondateurs du droit du travail allemand, Lotmar et Sinzheimer (D). Si les éléments théoriques de base du pluralisme juridique ont des racines très anciennes⁷, le débat contemporain sur le pluralisme juridique se développe à une époque relativement récente. Nous en ferons brièvement état en terminant cette première partie (E).

⁵ *Id.*, p. 22-23.

⁶ Ce problème fondamental est le pluralisme juridique. J.-G. BELLEY, préc., note 1, p. 446.

⁷ *Id.*

Au cours de cet examen, nous mettrons particulièrement en lumière trois aspects : la conception du droit, l'approche des ordres juridiques extra-étatiques et la fonction juridique de l'État. Compte tenu de l'interpénétration de ces questions et afin d'éviter des catégorisations artificielles, nous le ferons toutefois sans structurer notre texte systématiquement en fonction de ces aspects.

A- La pensée d'Otto Von Gierke et le pluralisme juridique (1841-1921)

Comme le mentionne Alain Supiot, Otto Von Gierke a défendu la conception communautaire caractéristique du modèle allemand. On ne peut isoler sa contribution de son contexte social et scientifique, de l'École historique du droit à laquelle il fut associé et des travaux d'un des fondateurs de la sociologie européenne, Ferdinand Tönnies (1855-1936)⁸.

Au sujet de Ferdinand Tönnies, nous soulignerons en particulier son approche de la communauté et de la société qui a profondément marqué les sciences sociales et la vie intellectuelle en Allemagne. La communauté et la société sont analysées comme deux types d'organisations sociales. Nous recourons à la présentation, par Guy Rocher, de cette typologie dans son *Introduction à la sociologie générale* :

La communauté est formée de personnes qu'unissent des liens naturels ou spontanés, ainsi que des objectifs communs qui transcendent les intérêts particuliers de chaque individu. Un sentiment d'appartenance à la même collectivité domine la pensée et les actions des personnes assurant la coopération de chaque membre à l'unité ou l'union du groupe. La communauté est donc un tout organique, au sein duquel la vie et l'intérêt des membres s'identifient à la vie et à l'intérêt de l'ensemble.

[...]

Dans la société, par contre, les relations entre les personnes s'établissent sur la base des intérêts individuels; ce sont donc des rapports de compétition, de concurrence ou à tout le moins des relations sociales marquées au coin de l'indifférence pour tout ce qui concerne les autres [...].

⁸ Les auteurs de la « Présentation » de l'édition française de 2010, Niall BOND et Sylvie MESURE écrivent qu'avec *Communauté et société*, Ferdinand Tönnies « s'impose [...] comme un des pères fondateurs de la sociologie européenne ». À leur avis, *Communauté et société* est « l'un des ouvrages pionniers des sciences humaines ». Ferdinand TONNIES, *Communauté et société*, Paris, Presses universitaires de France, 2010, p. XIII.

L'échange commercial est l'exemple le plus typique d'une relation sociétaire; le monde du commerce, des affaires, du travail industriel sont donc des formes d'organisation sociale de caractère sociétaire; la grande ville, lieu privilégié de l'activité commerciale et industrielle, est encore une forme de société; de même l'État politique, qui se superpose à ces villes, qui protège ou défend les intérêts économiques et doivent souvent leur obéir, qui représente enfin les intérêts particuliers d'une communauté nationale. Le droit issu du droit romain est également [...] de type sociétaire, car il s'inspire d'une conception de l'homme raisonnable, réfléchi, donc responsable; de plus il est l'expression d'une notion essentiellement contractuelle des rapports sociaux.

Guy Rocher mentionne aussi la science et l'opinion publique comme ayant un caractère sociétal selon Tönnies⁹. L'approche de la communauté sera le fondement du droit social, comme l'a mentionné Alain Supiot. La typologie de Ferdinand Tönnies est proche parente d'une autre typologie bipolaire dont il sera question dans la subdivision suivante, celle de Gurvitch, fondée sur deux types de sociabilité qui déterminent également une conception du droit social.

Dans l'avant propos de la première édition de *Communauté et société*, Ferdinand Tönnies écrit : « [...] je ne cache pas que mes recherches ont été particulièrement influencées – stimulées, éclairées, corroborées – par les ouvrages très divers de trois auteurs excellents [...] »; un de ces trois auteurs est Gierke¹⁰.

L'École historique du droit a été fondée par Friedrich Carl Von Savigny (1779-1861), juriste et professeur de droit romain qui a exercé une influence considérable et son disciple Georg Friedrich Puchta (1798-1841).

Dans l'avant-propos de la deuxième édition (1912) de *Communauté et société*, Ferdinand Tönnies écrit au sujet de l'École historique du droit :

[...] on désirait mettre fin au droit naturel et surtout à la construction rationnelle et individualiste de l'État (aux théories du contrat social) et cela a effectivement réussi, surtout pour ce qui concerne la représentation « universitaire » publique de ces doctrines – tout au moins en Allemagne.¹¹

⁹ Guy ROCHER, *Introduction à la sociologie générale*, 2^e éd., Montréal, HMH, 1969, p. 174-175.

¹⁰ N. BOND et S. MESURE, préc., note 8, p. XXXIV-XXXV.

¹¹ *Id.*, p. XXXIX.

Le rationalisme, l'individualisme et les théories du contrat social seront au cœur du combat de l'École historique du droit qui considérait, comme l'a mentionné Alain Supiot dans l'extrait que nous avons cité de son livre *Le droit du travail*, que le droit est « un produit de l'histoire des peuples, l'expression de leur génie propre [...] ». Selon Alfred Dufour, on peut distinguer deux volets dans l'action de l'École historique :

1/ En un premier temps [...] les tenants de l'École du Droit historique s'en prennent explicitement à la conception législativiste, voire étatiste, du Droit qui inspire l'idéologie du mouvement de codification.

[...]

2/ [...] la critique de la conception législativiste et étatiste du droit des tenants de l'École du droit historique procède d'une philosophie déterminée de l'origine et du fondement du Droit... cette doctrine de l'origine du Droit n'apparaît pleinement élaborée que chez Savigny, chez Puchta et [...] elle est reprise pour l'essentiel par J. Grimm et surtout par G. Beseler.¹²

Le droit n'est nullement une création délibérée; le peuple en est à l'origine; il se forme spontanément et plus ou moins inconsciemment par la voie primordiale de la coutume¹³.

Alfred Dufour présente Georg Beseler comme « le véritable héraut du Droit populaire face au Droit savant, au droit des juristes : [...] plus et mieux que tout autre (il) va faire de la création du Droit à travers toute l'histoire l'apanage du peuple ». Alfred Dufour met en lumière « une authentique prise de conscience du pluralisme du droit populaire dans sa genèse même qui le mènera, comme l'a bien vu G. Gurvitch, au seuil d'« une théorie pluraliste des sources du droit ». La citation qui suit, extraite de son ouvrage de 1843, *Volkrecht und Juristenrecht*, est significative :

Quel est le sujet actif dans la formation du droit ? – Nous répondrons : le *peuple*, et ceci comme *totalité naturelle* [...], qui tient lieu de fondement à l'État et qui mène dans sa spécificité individuelle d'organisme vivant une existence indépendante [...]. Mais le

¹² Alfred DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire : droit, individu et pouvoir de l'École du droit naturel à l'École du droit historique*, 1re éd. éd., coll. « Léviathan », Paris, Presses universitaires de France, 1991, p. 243.

¹³ Henri BATIFFOL, *La Philosophie du droit*, 6^e éd. mise à jour. éd., coll. « Que sais-je ?; 857 », Paris, Presses universitaires de France, 1981, p. 31.

peuple ne mène pas seulement dans sa totalité une vie indépendante et il ne conserve pas seulement comme tel sa force juridique créatrice; il nous apparaît aussi comme organisme dans la mesure dans laquelle la totalité qu'il représente se subdivise en unités plus petites. Ces unités plus limitées de l'organisme du peuple [...] se sont formées par voie d'évolution inconsciente et naturelle : ainsi la subdivision du peuple en tribus, en ordre, et aussi en corporations. [...] Dès lors, le Droit populaire se forme soit dans la totalité du peuple, soit dans les membres particuliers [...].¹⁴

Comme l'a mentionné Olivier Jouanjan, « [L']École historique ne forme pas, [...] un monolithe et sous sa bannière, d'autres projets et programmes verront le jour. [...] au cours des années 1830 [...] s'institue une grande controverse entre les "Romanistes" (dont Savigny et Puchta) et les "Germanistes" [...] Reyscher [...] Beseler [...] Gierke)¹⁵. Le droit romain est considéré par les germanistes comme une violence à l'esprit allemand »¹⁶.

Une contribution majeure d'Otto Von Gierke à la théorie du pluralisme juridique provient du fait qu'il a, dans son œuvre historique et juridique, mis au centre de son approche du droit, une conception de l'association ou plutôt du groupe-personne, comme unité organique centrale de la société.

1. La théorie du groupe-personne et le rejet d'une approche individualiste de la société

Dans les débuts du développement du mouvement germaniste, une théorie de l'association¹⁷ qui se présentait comme l'approche orthodoxe de droit romain, dont le prestigieux professeur Savigny avait fait la promotion, fut contestée avec vigueur par Georg Beseler¹⁸.

¹⁴ A. DUFOUR, préc., note 12, p. 239-240. Georges GURVITCH, *L'idée du droit social; notion et système du droit social, histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris., Sirey, 1932, p. 487-491.

¹⁵ Friedrich Karl von SAVIGNY, Georg Friedrich PUCHTA, Olivier JOUANJAN et Université Robert Schuman. École doctorale de droit et de science politique, *L'esprit de l'École historique du droit*, coll. « Annales de la Faculté de droit de Strasbourg; nouv. sér., n° 7 », Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 12.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Le terme est utilisé ici dans un sens large; « corporation » en anglais.

¹⁸ Otto Friedrich von GIERKE, *Political theories of the Middle Age*, Cambridge, Eng.; New York, Cambridge University Press, 1987, p. XVI-XX. Tiré de la substantielle « Introduction » de Frederic William Maitland.

La théorie dite romaniste considérait l'association comme une personne fictive qui naissait par un acte de l'État l'autorisant; elle pouvait acquérir des biens par l'intermédiaire de personnes (humaines) désignées, mais il existait une différence importante entre les personnes participantes et l'association, relation qui pouvait être comparée à celle du tuteur à l'égard de son pupille¹⁹.

Beseler mit de l'avant que d'importantes institutions du droit allemand (en particulier le « German Fellowship ») ne pouvaient être intégrées au cadre d'une telle théorie. Gierke proposa alors la théorie du groupe-personne : la personne collective sans fiction qui agit dans un but déterminé avec une volonté propre, qui peut être propriétaire de biens, dont les membres sont organiquement liés à leur association. Il le fit au moyen de deux ouvrages, un démontrant son approche et l'autre, analysant les institutions allemandes. À cause de l'importance de cet épisode pour une approche pluraliste du droit et afin de le mieux situer dans la vie de l'action juridique, nous recourons à un extrait éclairant de l'« Introduction » de Frederic William Maitland de sa traduction d'un texte de Gierke sous le titre de *Political Theories of the Middle Age* :

Beginning with Beseler's criticism of Savigny, the theory gradually took shape, especially in Dr Gierke's hands, and a great deal of thought, learning and controversy collected round it. Battle had to be fought in many fields. The new theory was to be philosophically true, scientifically sound, morally righteous, legally implicit in codes and decisions, practically convenient, historically destined, genuinely German, and perhaps exclusively germanistic.²⁰ No, it seems to say, [...] our German Fellowship is no fiction, no symbol, no piece of the state machinery, no collective name for individuals, but a living organism and a real person, with body and members and a will of its own. Itself can will, itself can act; it twills and acts by the men who are its organs as a man wills and

¹⁹ *Id.* Selon Gierke, les fondements de cette théorie ne pouvaient être identifiés dans le droit romain; selon lui, elle tirait sa source du droit canonique; au 13^e siècle, un juriste qui devint le pape Innocent IV en serait à l'origine. Gierke aurait démontré le lien entre cette approche et l'exercice du pouvoir d'une monarchie absolue comme l'église catholique. *Id.* p. xix. Selon Pierre Gillet, Innocent IV n'est pas à l'origine de l'approche qu'on lui attribue et il est tributaire des canonistes qui le précèdent. Il écrit à ce sujet : « [...] on voit quelle distance sépare cette théorie, telle que les décrétistes et, à notre avis Innocent IV l'ont comprise, de celle que Savigny défendra au dix-neuvième siècle, selon laquelle la personne juridique est un sujet de droit créé artificiellement ». Pierre GILLET, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique, spécialement chez les décrétistes et les décrétalistes et dans le Code de droit canonique*, Malines, Godenne, 1927, p. 122. Pierre Gillet critique sévèrement l'approche de Gierke. *Id.*, p. 196. Nous n'avons pas été convaincu. Notre hypothèse serait plutôt que le caractère autoritaire du droit d'une société qu'il s'agisse d'une autorité religieuse ou nationale est favorable à une approche artificielle de l'unité associative de base par les juristes alors que ce n'était pas le cas en Allemagne. Les éléments d'analyse qui suivent relatifs à la différence des situations anglaise et allemande tirées de l'ouvrage de Michel Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit* (*supra*, note 22) nous confortent au sujet de la valeur de cette hypothèse.

²⁰ L'auteur souligne en note de bas de page que des romanistes réputés ont adhéré à cette théorie.

act by brain, mout and hand. It is not a fictious person; [...] it is a group-person and its will is a group will.²¹

Comme le souligne Michel Coutu, « (À) la suite de Gierke, Weber contraste la corporation en tant qu'institution (groupement autoritaire dont l'existence juridique nécessite l'octroi d'un privilège par le pouvoir politique) et la corporation en tant que libre association »²². Weber reconnaîtra que le droit médiéval allemand a reçu la corporation comme entité créée volontairement et dotée d'une large autonomie. Par ailleurs, « la *common law* écarte complètement, jusqu'aux temps modernes l'idée de corporation (la notion multiforme de trust s'y substitue) et par la suite ne l'admet qu'en tant que structure institutionnalisée et autoritaire [...] »²³.

L'analyse wébérienne de Michel Coutu se poursuit en identifiant le lien entre les régimes politiques et la position à l'égard de la corporation :

Suivant Weber la différence des situations allemandes et anglaises provient avant tout de facteurs politiques : en Angleterre la centralisation de l'autorité mena à une étatisation des groupements, qui fit obstacle à la progression du droit des corporations; alors qu'en Allemagne où la justice par assemblée (source de l'autonomie des groupements) demeura prépondérante vu l'absence de tribunaux royaux centralisés réellement influents, le concept de corporation comme libre association, – d'une importance centrale pour le développement des formes capitalistes d'activité – put s'épanouir sans grandes difficultés.²⁴

Comme nous l'avons vu, la pensée juridique allemande, à l'époque de Gierke, s'est également développée « en réaction contre le rationalisme et l'individualisme français, tel qu'il s'était exprimé dans le Code Napoléon ».

Il est important de situer l'approche de Gierke par rapport au courant de pensée dominant alors qu'il exerce son action en tant que juriste et historien. Un texte extrait de l'Introduction

²¹ F. W. MAITLAND, préc., note 18, p. XXV-XXVI.

²² Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, Québec, L.G.D.J., Québec, Presses de l'Université Laval, 1995, p. 107.

²³ *Id.*, p. 108. Notons que les termes « institution » et « institutionnel » peuvent être utilisés pour qualifier l'association libre; c'est, comme nous le verrons, ce que proposera Santi Romano.

²⁴ *Id.*, p. 108-109.

interprétative de George Heiman à sa traduction d'une partie importante de l'œuvre de Gierke²⁵ est particulièrement éclairant :

[...] Gierke contradicts the theories of what he calls the individualistic conception of society. This school predominant in the Age of enlightenment, viewed society as being based upon a contract between isolated individuals. The trend culminated in Rousseau thought that divided the social body into a centralized machinery of state and a mass of atomized free and equal human being [...]. No room was left for the organic intermediary bodies that could have served as mediating links between the one and the many. On the legal side, the individualistic theory maintained that the juridistic person was no more than a fictitious creation brought forth for certain specific purposes. The act of creation and particularly its compulsory recognition by the state conceded an artificial and inorganic existence to its members.

[...] When the inadequacies of this theory became obvious to the school of historical law, there were demands to do away with the concept of *persona ficta* entirely [...].

After many disputes, the teaching of the school of historical law came to be accepted in Germany. This school and Gierke was one of its foremost protagonist maintained that the organized group has an independent personality of its own. The state's personality [...] was recognized.²⁶

2. Le respect de l'individu et la liberté

La pensée de Gierke au sujet de la vie du groupe est indissociablement liée à la reconnaissance de l'individu et de sa libre volonté et également à une conception réaliste du pluralisme de l'organisation sociale comme il l'exprime dans *The German Law of Fellowship*²⁷ :

All the life of the intellect, all human excellence would atrophy and be lost if the idea of unity were to triumph alone to the exclusion of all others. The opposing principle forges its path with equal power and necessity; the idea of the plurality that persist within every all-embracing unity, the particular within the general, the principle of the rights and

²⁵ Otto Friedrich von GIERKE et George HEIMAN, *Associations and Law : The Classical and Early Christian Stages*, Toronto, Buffalo, University of Toronto Press, 1977.

²⁶ *Id.*, p. 4-5.

²⁷ Otto Friedrich von GIERKE et Antony BLACK, *Community in historical perspective : a translation of selections from Das deutsche Genossenschaftsrecht (The German law of fellowship)*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 1990.

independence of all the lesser unities which go to make up the greater whole, down to the single individual- the idea of *freedom*.²⁸ (notre soulignement)

Comme le souligne George Heiman, « [...] Gierke makes it clear that the bases of the group are individual wills which come together for a specific purpose »²⁹.

Georges Gurvitch dans son volume *L'idée du droit social*³⁰ dont la partie la plus importante est consacrée à une histoire de la théorie du droit social, consacre un chapitre à Gierke dont il qualifie l'œuvre d'« extraordinairement riche et nuancée ». Au sujet de sa théorie du droit, il cite cet élément fondamental : « On ne peut pas plus éliminer la particularité de l'individu que sa participation à une totalité sans nier l'essence même de l'homme [...]. L'homme ne peut avoir la conscience de soi-même sans prendre conscience de soi comme individualité et partie d'une totalité »³¹.

Ce phénomène de conscience peut être considéré comme un fait en soi, mais aussi comme un « fait de droit »³² et même comme le fait qui constitue un des fondements sinon le fondement principal du rapport de l'individu avec les regroupements humains; il engendre les faits de droit relatifs aux rapports sociaux.

²⁸ *Id.*, p. 2.

²⁹ G. HEIMAN, préc., note 25, p. 66.

³⁰ Georges GURVITCH, *L'idée du droit social; notion et système du droit social, histoire doctrinale depuis le XVIIe siècle jusqu'à la fin du XIXe siècle*, Paris., Sirey, 1932.

³¹ *Id.*, p. 567.

³² Au sujet des « faits normatifs » ou des « faits de droit » voir le chapitre de l'excellente thèse de doctorat de Jean-Guy Belley : J. G. BELLEY, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, thèse de doctorat, Paris, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1977. Cette notion chez Ehrlich à la page 46; chez Petrazychi à la page 56; chez Gurvitch à la page 76 : « Le fait normatif primaire manifeste le droit d'une manière immédiate, inorganisée, spontanée ». Jean-Guy Belley réfère aux pages 15 à 46 de *L'idée du droit social*, préc., note 21. Dans ses commentaires sur la théorie du droit social de Gurvitch, Hugo Sinzheimer reconnaît avec Gurvitch que « le droit ne se trouve pas dans les normes formelles mais plutôt dans les faits sociaux, dans les « faits normatifs » : Ulrich ZACHERT, «La légitimité des rapports juridiques du travail. À propos de la conception de la légitimité chez Max Weber et Hugo Sinzheimer », dans Michel COUTU et Guy ROCHER (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 301-331, à la p. 318.

3. La nature du droit

C'est dans ce paradigme de l'association que la conception du droit émerge chez Gierke. Ehrlich met ainsi en lumière ce point central :

[...] the law is an ordering.³³ It is the deathless merit of Gierke that he discovered this characteristic of law in the bodies which he called association (*Genossenschaften*) and among which he numbered the state [...].

[...] It was observed long ago that Gierke has formulated his concept so broadly as to include practically the entire German law within its scope. And herein lies the germ of a true and great conception of the nature of law. Just as we find the ordered community wherever we follow its trace, far beyond the limits set by Gierke, so we also find law everywhere, ordering and upholding every human association.³⁴

Il faut toutefois mentionner que Gierke n'exclut pas l'État du droit social et il ne minimise pas l'importance de l'État; au contraire il a plutôt tendance à le magnifier. En ce qui a trait au droit social, il considère que le droit public en constitue une espèce particulière. Il déclare que « [l]e droit aménageant l'état est le point culminant du droit social »³⁵.

Otto Von Gierke a exercé une influence importante sur les fondateurs de la sociologie du droit européenne, d'une manière évidente sur Ehrlich et Gurvitch. Comme nous avons pu le constater, Weber lisait ses travaux auxquels il réfère. Santi Romano s'y réfère également. Enfin comme le souligne Alain Supiot, la conception communautaire allemande dont Gierke a été le puissant porte-parole a été théorisée très tôt, notamment dans l'œuvre d'un des fondateurs du droit du travail, Hugo Sinzheimer³⁶.

Comme nous l'avons mentionné toutefois, avant d'aborder l'œuvre de Sinzheimer, nous examinerons le pluralisme juridique chez deux des fondateurs de la sociologie européenne du droit, George Gurvitch et Max Weber.

³³ Ce point est précédé de la mention: « [...] that will have to be the point of departure [...] ».

³⁴ Eugen EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1936. p. 24-25.

³⁵ G. GURVITCH, préc., note 30, p. 551.

³⁶ Alain SUPIOT, *Le droit du travail*, 3^e éd. mise à jour. éd., coll. « Que sais-je ?; 1268 », Paris, Presses universitaires de France, 2006, p. 23.

B- Les théories pluralistes de Georges Gurvitch (1894-1965) et de Max Weber (1864-1920)

Jean-Guy Belley, dans sa thèse de doctorat, étudie le pluralisme juridique chez quatre auteurs « qui peuvent être considérés à juste titre comme les fondateurs européens de la sociologie du droit : Eugen Ehrlich, Leon Petrazycki, Max Weber et Georges Gurvitch³⁷. Pour les fins de cette thèse qui porte sur l'évaluation du droit applicable dans les milieux du travail, nous limiterons notre examen, comme nous l'avons déjà mentionné, à deux de ces fondateurs qui réunissent deux caractéristiques d'une grande importance pour notre sujet : la découverte d'éléments majeurs de théorie des ordres juridiques et la participation à l'émergence du droit du travail : Georges Gurvitch et Max Weber. Le pluralisme juridique est un élément qui imprègne toute l'approche philosophique et sociologique du droit de Gurvich. Il a également contribué à l'analyse sociologique du droit du travail (règlement d'atelier, convention collective, etc.). Quant à Weber, l'ordre juridique, nous le verrons, occupe une place importante dans ses « concepts fondamentaux de la sociologie » et est intégré à ses analyses sociologiques du droit. Soulignons aussi que Weber a été un acteur de l'œuvre fondatrice du droit du travail allemand³⁸. Nous examinerons d'abord l'approche très centrée sur l'idée de droit social que Gurvitch a développée (1). Nous étudierons ensuite les aspects pluralistes de la sociologie de Weber (2).

1. Gurvitch : le droit social et les ordres juridiques

Selon Jean-François Perrin, « Gurvitch peut être considéré comme le fondateur de la sociologie du droit francophone [...] »³⁹. Norbert Rouland souligne dans son *Anthropologie juridique* que « c'est essentiellement Gurvitch [...] qui a introduit en France le pluralisme juridique » :

Il se sert de l'histoire du droit pour montrer que le principe unitaire n'est pas inscrit dans la nature du droit : le Moyen Âge était pluraliste, et si la monarchie absolue et la centralisation napoléonienne se sont appuyés sur le rationalisme des codifications, pour

³⁷ J.-G. BELLEY, préc., note 32, chapitre 2, p. 43-83.

³⁸ Soulignons en particulier que Weber a accompli un compte rendu du premier des deux tomes de l'ouvrage de Lotmar sur le contrat de travail. Max WEBER, « Rezension von Philipp Lotmar, Der Arbeitsvertrag », (1902) dans BAIER et al. (dir.) *Max Weber, Gesamtausgabe*, vol. 8, 1999, p. 37 et suiv.

³⁹ Jean-François PERRIN, *Sociologie empirique du droit*, coll. « Théorie et pratique du droit », Bâle; Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1997, p. 31.

bâtir la fiction unitaire, l'observation au 20^e siècle des phénomènes juridiques conduit à la découverte du pluralisme.⁴⁰

Dans le chapitre II de sa thèse, qu'il consacre aux fondateurs européens de la sociologie du droit, Jean-Guy Belley commence ainsi son développement sur Georges Gurvitch :

La notion de pluralisme juridique occupe une place centrale dans l'œuvre de Gurvitch. Parmi les fondateurs de la sociologie du droit, il est le seul à avoir construit toute son approche sociologique du droit sur l'affirmation explicite du pluralisme juridique; plus qu'un concept, c'est une véritable théorie du pluralisme juridique qui nous est proposée.⁴¹

Par ailleurs, la compréhension de la théorie du pluralisme juridique de Gurvitch n'est pas simple et il semble très répandu de porter un jugement à son sujet sans l'avoir approfondie, ce que nous voudrions éviter. La pensée de Gurvitch ne peut vraiment se comprendre sans une idée de sa conception du « phénomène juridique ». Jean-Guy Belley explique ainsi cette conception :

La couche profonde du droit selon Gurvitch réside essentiellement au niveau des valeurs. C'est l'expérience collective de la justice qui définit le mieux le droit d'un point de vue sociologique aussi bien que philosophique. Le fait normatif primaire manifeste le droit d'une manière immédiate, inorganisée, spontanée. Ce qui s'ajoute sur cette base primaire n'a en définitive qu'une importance dérivée. L'organisation du droit en structure législatives, policières ou judiciaires, l'expression détaillée et consciente de l'expérience juridique dans des sources formelles diverses (statuts, lois, précédents, déclarations, jugements...) participent éventuellement à l'existence d'un ordre juridique mais ne sont pas essentielles.⁴²

Il considérait de plus que le rôle du droit étatique se bornait à une constatation technique de normes préexistantes.

Jean-Guy Belley présentera une étude fouillée de la pensée de Gurvitch dans son article publié dans *Droit et société en 1986*⁴³. Il écrit :

⁴⁰ Norbert ROULAND, *Anthropologie juridique*, coll. « Droit fondamental. Droit politique et théorique », Paris, Presses universitaires de France, 1988. p. 81.

⁴¹ J.-G. BELLEY, préc., note 32, p. 71.

⁴² *Id.*, p. 76.

⁴³ Jean-Guy BELLEY, « Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique », (1986) 4 *Droit et société*, p. 353-371.

Gurvitch est [...] amené à proposer comme une des tâches majeures de la sociologie du droit, l'étude des rapports dynamiques de rapprochement ou d'éloignement entre deux espèces de droit inhérentes à la réalité sociale de tout ordonnancement juridique, d'une part le droit organisé, couche plus superficielle et davantage liée aux manifestations de l'activité sociale consciente et réfléchie, d'autre part, le droit inorganisé, couche plus profonde et plus imprégnée de l'expérience intuitive de la justice.⁴⁴

[...]

Pour Gurvitch un ordre juridique émerge avec l'expérience sociale de la justice. Il se structure par l'élaboration de règles et de modèles préétablis de conduite. Il s'organise par la mise en place de superstructures plus ou moins autonomes. Respectant le sens profond de la vie sociale, la sociologie du droit aborde son objet d'étude de bas en haut, du primaire au secondaire, du matériel au formel, du spontané à l'organisé, du sentiment de justice à la rationalité juridique, de l'intuitif au réfléchi dans le droit.⁴⁵

Il explique un peu plus loin sa conception de l'expérience de la justice :

État du psychisme collectif plutôt qu'activité consciente orientée vers l'atteinte d'un but, l'expérience sociale de la justice se présente essentiellement comme un acte de reconnaissance et non de création du droit. Pour Gurvitch, on ne crée pas le droit, on le ressent, on le reconnaît, on le constate comme déjà réalisé dans l'ordre interne d'un groupe [...].⁴⁶

Le pluralisme juridique chez Gurvitch découle des aspects multiples que prend la sociabilité dont il distingue deux espèces majeures⁴⁷ qu'il oppose et dont émergent deux courants de droit opposés.

La première forme se manifeste par la rencontre d'une « pluralité d'individus » qui « forment une unité collective », « un "Nous" auquel ils s'identifient ». Les unités collectives peuvent être des « groupes particuliers », « des classes sociales », « des sociétés globales [...] (communautés nationales ou internationales) ». « Ces diverses unités collectives peuvent être des foyers créateurs de la première espèce de droit, le droit social »⁴⁸.

⁴⁴ *Id.*, p. 357.

⁴⁵ *Id.*, p. 358.

⁴⁶ *Id.*, p. 360.

⁴⁷ J.-G. BELLEY, préc., note 32, p. 72-73 (2^e et 3^e page de la Section IV du chapitre 2).

⁴⁸ *Id.*, p. 73.

La seconde forme de la sociabilité se manifeste par « échange bilatéral entre deux individus et deux groupes ». Cette espèce de sociabilité produit le droit interindividuel. Il « dégénère facilement en pure manifestation de force lorsqu'il n'est pas intégré à un droit social qui le transcende »⁴⁹.

Commentant et citant Hauriou, dans un chapitre qu'il lui consacre, il explique :

Le droit social rapproche les gens, il est un « *jus fraternalis* », tandis que le droit individuel les sépare et délimite les conflits. « le droit social et le droit individualiste ont une action combinée pour l'organisation du système juridique ». « Mais la grande question juridique est de savoir du droit social ou du droit individualiste, lequel des deux dominera l'autre pour réaliser la synthèse de la justice. Au point de vue historique, le rapport des deux systèmes s'est renversé à plusieurs reprises ».⁵⁰

Gurvitch est amené à considérer le droit étatique comme ordre juridique régissant plutôt les relations entre individus de groupes différents que les rapports entre membres de mêmes groupes⁵¹.

[...] le droit social trouverait ses manifestations les plus claires en dehors de l'État, notamment dans la sphère économique (phénomène des conventions collectives, des coopératives de producteurs ou de consommateurs, comités d'entreprise) et dans la sphère internationale (Société des nations, organisations internationales).⁵²

Comme nous le verrons toutefois, dans une phase plus avancée de sa réflexion, il envisage des situations de pénétration du droit social au sein de l'État. Dans cette phase de plus grande maturité de sa pensée Gurvitch propose, à partir de son observation des sociétés occidentales du début du 20^e siècle, une typologie à quatre volets du droit social qui exprime sa conception « des rapports des ordres juridiques non étatiques et de l'État »⁵³. Malgré ses lacunes, il y a dans ce développement, coulé évidemment dans sa théorie du droit social, des éléments précieux pour une théorie des ordres juridiques. Il a été résumé par Jean-Guy Belley en quelques paragraphes :

⁴⁹ *Id.*, p. 74.

⁵⁰ G. GURVITCH, préc., note 30, p. 677-678.

⁵¹ J.-G. BELLEY, préc., note 32, p. 74.

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*, p. 80. Georges GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Paris,, Aubier Editions Montaigne, 1940, p. 53-95.

1- *Le droit social pur* (qui exerce la fonction intégrative sans recourir à une contrainte inconditionnelle) et *indépendant* (en cas de conflit avec l'ordre du droit étatique, il se montre équivalent ou supérieur à lui). Il se manifeste par le droit international, le droit correspondant à la communauté nationale suprafonctionnelle et inorganisée [...], le droit économique correspondant à l'intégration des salariés et des patrons, des producteurs et des consommateurs, dans la communauté économique nationale et enfin le droit ecclésiastique de l'Église séparée de l'État. Cette catégorie du droit social serait la manifestation par excellence du pluralisme juridique extra-étatique.

2- *Le droit social pur mais soumis à la contrainte étatique*. C'est dans cette catégorie que se regroupe une multitude d'ordres juridiques de type particulariste, reposant sur des groupes structurés qui se passent de la contrainte inconditionnelle et fonctionnent généralement sans contact soutenu avec l'organisation étatique (syndicats, corporations professionnelles, clubs sociaux, associations diverses...). Dans le cas de conflit avec l'ordre étatique, ils doivent cependant s'incliner. Leur champ d'action couvre le domaine du droit « privé » de l'État ou celui du droit commercial.

3- *Le droit social annexé par l'État mais autonome*. Il correspond encore à un groupe social déterminé dont il exprime la vie juridique, mais ce groupe est incorporé à l'organisation de l'état et participe à son action. C'est la sphère décentralisée du droit « public » : collectivités locales, corporation professionnelles obligatoires, services publics décentralisés...

4- *Le droit social condensé en ordre du droit étatique* qui correspondrait aux aspects du droit de la collectivité étatique globale (groupements de localité) qui demeurent centralisés et ne s'appuie sur aucun groupement intermédiaire identifiable. Il couvrirait, bien que Gurvitch ne l'exprime pas explicitement, le champ du droit criminel, fiscal, constitutionnel, administratif (sauf dans la partie concernant l'administration publique décentralisée).

Au cours de cet exposé, Gurvitch développe sa conception du droit social au sein de l'ordre juridique étatique :

L'ordre du droit étatique [...] ne constitue que dans un seul cas une espèce du droit d'intégration sociale, à savoir lorsqu'il s'agit d'un État nettement démocratique [...] lorsque l'État est une association égalitaire de collaboration, le monopole de contrainte inconditionnée, qui lui appartient n'empêche pas son ordre juridique de s'affirmer comme une espèce particulière du droit social.

[...] Le fait que le droit étatique revêtant une forme démocratique appartient à l'ordre du droit social, ne libère [...] en aucune façon l'État de ses tendances étatistes.⁵⁴

Il est vrai que par ce fait l'ordre du droit étatique est placé à l'intérieur d'un domaine de droit infiniment plus vaste à l'égard duquel il joue le rôle d'un petit lac profond à l'intérieur d'une mer; [...].⁵⁵

L'analyse des espèces du droit social se situe au cœur de la théorie de Gurvitch. Elle est développée avec l'expérience du droit étatique de l'entre-deux-guerres l'expérience des regroupements de l'époque et parfois pétrie des idées du socialisme proudhonien (fédéralisme économique, démocratie industrielle)⁵⁶.

Elle constitue à notre avis, pour plusieurs raisons, un apport important à la théorie pluraliste des ordres juridiques à condition de la débarrasser de ses éléments désuets et de la couler dans l'action juridique actuelle. Cette typologie peut être regroupée en deux parties : les ordres juridiques extra-étatiques ou supra-étatiques et les ordres étatiques (incluant l'ensemble des ordres de la sphère publique).

Au sujet des ordres extra-étatiques ou supra-étatiques, au-delà du droit international et du droit des religions, la typologie a cette qualité fondamentale de mettre en lumière qu'un ordre juridique ne cesse pas d'exister du simple fait qu'il doit se soumettre au droit étatique dans certaines circonstances. Un syndicat qui demande une accréditation en respectant le *Code du travail* d'ailleurs trouve un important avantage à recevoir ainsi une reconnaissance pour laquelle il a fallu lutter à une autre époque. Mais Gurvitch traite de « conflit » et évidemment dans certaines situations l'ordre extra-étatique, qu'il s'agisse d'une entreprise (même transnationale) ou d'un syndicat ou d'un autre type de regroupement, devra s'y conformer. Ce ne sera pas toujours le cas. Jean-François Perrin, souligne cette réalité dans son livre *Sociologie empirique du droit* :

⁵⁴ « [...] tendances centralisatrices et unitaires directement opposées aux tendances confédéralistes et libertaires du droit social pur et indépendant ».

⁵⁵ *Id.*, p. 85.

⁵⁶ Gurvitch reproche par ailleurs à Proudhon de n'avoir jamais pu se débarrasser de « sa tendance à idéaliser la société non étatique et son droit économique ». À ce sujet, voir G. GURVITCH, préc., note 53, p. 59.

[...] la vie sociale et économique est régie par une « légalité » qui découle directement du pouvoir réglementaire des entreprises. Le contrôle du juge étatique sur ces normativités est rarement efficace. Il est en tout cas fortuit, aléatoire voire complètement impossible. L'ordre juridique étatique reconnaît d'ailleurs et protège même ces ordres juridiques autonomes et semi-autonomes [...]. On pourra ainsi observer assez souvent que ces normes juridiques « privées » demeurent efficaces, même lorsqu'elles entrent en conflit avec le système des normes étatiques.⁵⁷

En ce qui a trait aux ordres juridiques étatiques, comme le mentionne Jean-Guy Belley, « Gurvitch rend bien compte [...] d'un véritable pluralisme juridique intégré à l'organisation étatique lorsqu'il crée une catégorie de droit social annexé par l'État mais gardant son autonomie »⁵⁸. Il s'agit là aussi d'un élément fondamental d'une théorie des ordres juridiques. Gurvitch expose aussi une approche de l'État dont il souligne les tendances autoritaires mais qui peut être le lieu d'un droit social dit « condensé » par l'accès à une véritable démocratie. Il montre ainsi que sa théorie n'est pas anti-étatiste, mais pécuniaire par son approche du droit social.

Quelle conclusion tirer de ce bref examen du pluralisme juridique chez Georges Gurvitch ? Nous sommes en désaccord avec l'évaluation d'Évelyne Serverin à l'effet que sa « thèse offre moins une théorie des rapports entre droit et société qu'un programme de lutte anti-étatique »⁵⁹.

Selon Jean-Guy Belley, « l'analyse scientifique du pluralisme juridique ne saurait ignorer cette contribution majeure [...] »⁶⁰ (mon soulignement), « [...] l'œuvre de Gurvitch renferme incontestablement la première problématique systématique du pluralisme juridique ». Elle

⁵⁷ J.-F. PERRIN, préc., note 39, p. 36. Un exemple historique important : lorsque le *Bubble Act*, (6 Geo I, c. 18), adopté par le Parlement britannique en 1720, interdit les « joint stock companies » qui ne sont pas autorisées par Charte royale et freine ainsi pendant des décennies la constitution en corporations de sociétés par actions, des « joint stock companies » non constituées en corporation se multiplièrent. Selon James Smith et Robert Demers, « l'ingéniosité des juristes anglais fut remarquable ». Avec le temps, ils parvinrent à fabriquer une société par actions jouissant de presque tous les attributs de la personnalité morale complète de la compagnie d'auparavant. James SMITH et Robert DEMERS, *Cours de droit des compagnies*, Nouv. éd., Montréal, Centre d'édition juridique, 1980. p. 6.

⁵⁸ J.-G. BELLEY, préc., note 32, p. 81.

⁵⁹ Évelyne SERVERIN, *Sociologie du droit*, coll. « Collection Repères; 282 », Paris, Éditions La Découverte, 2000, p. 50. Il est à noter que dans cette page, Évelyne Serverin cite le passage célèbre : « L'État est un petit lac profond [...] » complètement hors contexte et en le coupant de son rapport essentiel au droit social.

⁶⁰ J.-G. BELLEY, préc., note 32, p. 83

suggère « des hypothèses de recherche très riches »⁶¹. Nous sommes favorables à cette évaluation tout en sentant le besoin de la nuancer.

Pour Gurvitch, ses deux thèses sur l'idée du droit social, *L'idée du droit social* et *Le temps présent et l'idée du droit social*, « représentent un moment particulièrement fort de sa réflexion sur le droit ». Il les prépare depuis son arrivée en France en 1925 par une étude de la littérature juridique, sociologique [...], socialiste et syndicaliste. Il écrira à ce sujet :

Mon ambition était grande. Ces thèses se proposaient de montrer d'une part que la sociologie du droit possédait une primauté sur les techniques juridiques appropriées à un régime particulier, et d'autre part le régime que le droit social non étatique, ignoré souvent par les juristes étant engendré par chaque Nous, chaque groupe, chaque classe, tantôt d'une façon spontanée, tantôt par les précédents, coutumes, pratiques, etc. [...] détenait à notre époque une force propulsive et explosive particulières. J'allais bien plus loin en essayant de faire la jonction entre mes analyses sociologiques et mes convictions politico-sociales favorables et la planification économique décentralisée, gérée par des conseils d'usine et leurs représentants.⁶²

Il a reconnu qu'il « aurait dû distinguer [...] plus nettement entre les jugements de valeurs et les jugements de réalité »⁶³.

Dans un article plus récent, Jean-Guy Belley répond à ceux qui trouvent sa problématique confuse :

[...] la lecture des chapitres 2 à 5 des *Éléments de sociologie juridique* révèle au contraire une problématique extrêmement systématique. On y trouve clairement délimités les divers ordres de problèmes pertinents à l'étude de la réalité sociale du droit (systématique, différentielle, génétique) ses différents niveaux d'analyse (formes de sociabilité, groupes particuliers, sociétés globales, le sens précis de ces concepts fondamentaux et de leurs principales interrelations.⁶⁴

⁶¹ *Id.*, p. 82

⁶² Georges GURVITCH, « Mon itinéraire intellectuel » cité dans Robert CRAMER, « Éléments biographiques et bibliographiques pour une étude de l'apport de Georges Gurvitch à la théorie et à la sociologie du droit », (1986) 4 *Droit et société* 373, 374.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ J.-G. BELLEY, préc., note 43.

Robert Cramer confirme ce point de vue en se situant dans une perspective biographique et bibliographique :

[...] dans ses *Éléments de sociologie juridique* publiés en 1940, année de son départ pour les États-Unis [...]. Son point de vue a changé.

Il se veut de plus en plus sociologue et « seulement sociologue » (Mon itinéraire intellectuel, p. 9).⁶⁵

Jean-Guy Belley identifie cependant d'importantes lacunes, en particulier « l'attachement trop exclusif au palier des valeurs au détriment de l'aspect institutionnel du droit »⁶⁶. Jean Carbonnier juge sans doute avec raison sa vision du droit trop partielle et un peu imaginative⁶⁷. Gurvitch aurait sans doute par ailleurs jugé la vision du droit de Carbonnier partielle. En ce qui a trait à la juridicité et à la conception du droit, Gurvitch semble ne pas avoir pu accéder à une approche réaliste du droit par sa vision « droit naturel » (le droit existe : il faut le reconnaître et le découvrir) qu'il partage avec Hauriou qu'il a étudié et sur lequel il a écrit comme on le sait⁶⁸. Nous ne trouvons pas chez Gurvitch une conception du droit qui permette une analyse valable d'aspects fondamentaux requis pour une évaluation du droit positif contemporain. Par ailleurs son approche du phénomène juridique comprend des éléments très riches pour une analyse qui ne se limite pas aux normes, mais qui embrasse l'action juridique. Soulignons à ce sujet, particulièrement pour une approche pluraliste du droit du travail, l'importance de « l'interaction dynamique entre l'expérience vécue de la justice », en particulier l'expérience collective vécue de la justice sociale, et « les prescriptions du droit organisé » pour la genèse et pour l'effectivité des règles juridiques⁶⁹.

⁶⁵ R. CRAMER, préc., note 62, p. 373.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Jean CARBONNIER, « Gurvitch et les juristes », (1986) 4 *Droit et société* p. 347.

⁶⁸ Julius STONE, *Social dimensions of law and justice*, London, Stevens and Sons, 1966, p. 517-522.

⁶⁹ Jean-Guy Belley dans son étude offerte à Jean-François Perrin rend hommage au fait que l'idée de pluralisme a le « statut de paradigme dans le protocole de recherche d'une sociologie empirique du droit soucieuse de rendre compte des règles et des ordres juridiques qui ne doivent pas leur existence à l'intervention d'un organe de l'État, des rapports de collaboration ou de conflit entre les normes ou systèmes de normes, de l'interaction dynamique entre l'expérience vécue de la justice et les prescriptions du droit organisé dans la genèse comme dans la performance des règles juridiques. » (mon soulignement). Jean-Guy BELLEY, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », dans Jean

En ce qui a trait à la nature du droit, nous trouverons sans doute un éclairage plus satisfaisant et qui peut être à notre avis complémentaire dans l'œuvre de Max Weber.

2. Les aspects pluralistes de la sociologie du droit de Max Weber

Dans son article « What is Legal Pluralism », John Griffiths constate et déplore les effets de l'idéologie du centralisme juridique sur les sciences sociales du droit :

The consequences have been a series of attempts to build an empirical theory of law directed not toward a phenomenon conceived of his general terms but rather toward one defined directly or indirectly in terms of the hegemonic claim of the modern state. Conceptions of what law is have reflected a particular idea about what it ought to be. (soulignements de Griffiths).⁷⁰

En note, Griffiths écrit ce qui suit : « Weber is an early, emphatic and too often forgotten exception ». Il cite alors cet important texte de Weber qui constitue une solide assise du pluralisme juridique pour les sciences sociales du droit :

[W]e categorically deny that law exists only where legal coercion is guaranteed by the political authority. There is no practical reason for such a terminology. A legal order shall rather be said to exist wherever coercive means, of a physical or psychological kind, are available; i.e. wherever they are at the disposal of one or more persons who hold themselves ready to use them for this purpose in the case of certain events; in other words wherever we find a consociation specifically dedicated to the purpose of "legal coercion. The possession of such an apparatus for the exercise of physical coercion has not always been the monopoly of the political community. As far as psychological coercion is concerned, there is no such monopoly even today as demonstrated by the importance of law guaranteed only by the church.

[...]

[...] conflict between the means of coercion of the various corporate groups is as hold of the law itself. In the past it has not always ended with the triumph of the coercive means of the political body, and even today this has not always been the outcome. A party, for instance, who has violated the code of the group, has no remedy against a systematic attempt to drive him out of a business by underselling. Similarly there is no protection

KELLERHALS, Dominique MANAI et Robert ROTH (dir.), *Pour un droit pluriel*, coll. « Collection genevoise », Genève, Bâle, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 135-165, à la p. 135. Jean-Guy Belley a écrit une seconde version de cet article : Jean-Guy BELLEY, « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit », (2011) 26 *Revue canadienne droit et société* 257.

⁷⁰ John GRIFFITHS, « What is Legal Pluralism », (1986) 24 *Journal of legal Pluralism* 1., p. 3.

against being blacklisted for having availed oneself of the plea of illegality of a contract in futures.⁷¹ (nos soulignements)

La reconnaissance vigoureuse de Weber du pluralisme juridique est donc un solide élément pour construire une théorie des ordres juridiques permettant d'évaluer des mesures du droit du travail et du droit civil à l'égalité.

Trois aspects méritent en particulier d'être examinés pour nos fins dans la sociologie du droit wébérienne : sa conception de l'ordre juridique et sa distinction entre l'ordre juridique du juriste et l'ordre juridique du sociologue (a); la théorie de l'État (b) et la question des droits spéciaux (c).

a) L'ordre juridique

On le sait Weber est à l'origine d'une distinction claire entre l'ordre juridique du juriste, c'est-à-dire entendu au sens juridique strict, et l'ordre juridique du sociologue⁷². Cette distinction provient sans doute d'une différence d'approche générale des deux pratiques. Tandis que le juriste interroge le sens normatif d'une règle de droit du point de vue de la cohérence logique interne du système dont elle est un élément, le sociologue se demande ce qu'il en advient en fait dans la communauté⁷³.

L'ordre juridique du juriste est « l'ensemble cohérent, logique des règles ou des normes. [...] on se réfère alors à l'unité, la cohésion, l'organisation interne de l'ensemble des normes et règles juridiques leur conférant les caractères d'un tout, donc d'un système ou d'un ordre »⁷⁴.

⁷¹ *Id.*, p. 39-40, note 4. La référence aux textes de Weber est la suivante : Max WEBER et Max RHEINSTEIN, *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1969. p. 17 et 19. Ces extraits sont sous la rubrique « State Law and Extra-State Law ». Il peut être important de signaler que le premier extrait suit des exemples d'interventions du droit étatique en rapport avec la réglementation de groupements.

⁷² G. ROCHER, préc., note 3, p. 129-130.

⁷³ Catherine COLLIOT-THÉLÈNE, « La fin du monopole de la violence légitime », dans Michel COUTU et Guy ROCHER (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, à la p. 36.

⁷⁴ G. ROCHER, préc., note 3, p. 129. Weber définit le processus de systématisation du droit comme la « mise en relation de toutes les prescriptions juridiques élaborées par l'analyse de telle façon qu'elles forment

Guy Rocher est d'avis que cette « vision idéale » fait « abstraction des contradictions et des carences de tous les droits particuliers »⁷⁵ et il fait la proposition intéressante de « l'accepter pour des fins analytiques et heuristiques comme hypothèse ou encore comme formulation d'un type idéal »⁷⁶.

Selon Weber, au sens sociologique, « c'est-à-dire dans son application réelle » l'ordre juridique « ne signifie plus un cosmos de normes, mais un complexe de motifs agissant sur l'activité réelle de l'homme »⁷⁷.

En ce qui a trait au sens sociologique de l'ordre juridique, il importe, à notre avis, de situer la pensée de Weber à ce sujet dans sa démarche scientifique d'ensemble. La démarche de Weber dans sa sociologie du droit a été très centrée sur les rapports du droit et de l'économie. Pour Max Rheinstein, cette centralité (« [...] emphasis upon economist aspects of society [...] ») est due à deux facteurs : le premier est que la sociologie allemande a largement été créée par des hommes de science provenant de l'économie; le second est que ces premiers développements de la sociologie ont été très influencés par le défi scientifique que représentait l'œuvre de Marx essentiellement centrée sur l'Économie. Ceci ne sera pas sans effet sur la définition de l'ordre juridique dont les aspects institutionnels n'ont pas été très développés⁷⁸.

Un autre texte d'*Économie et société* apporte un éclairage sur ce sens sociologique de l'ordre juridique tout en illustrant bien la préoccupation webérienne du lien entre droit et économie. On le trouve cité en encadré dans la *Sociologie du droit* d'Évelyne Serverin :

entre elles un système logiquement clair, ne se contredisant pas, et avant tout, en principe, sans lacune ». Max WEBER et Jacques GROSCLAUDE, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 2007, p. 41.

⁷⁵ Guy Rocher n'est pas le seul à mettre en lumière qu'une vision d'un droit sans contradictions et carences ne correspond pas à la réalité. Par exemple Jean-Guy Belley dans son article « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit » se demande s'il y a « encore des juristes qui croient à la complétude ou à l'absence de lacunes de l'ordre juridique étatique ». J.-G. BELLEY, préc., note 60.

⁷⁶ G. ROCHER, préc., note 3, p. 127. « Dans la méthodologie élaborée par Max Weber, le « type idéal » est un ensemble conceptuel construit à partir de matériaux observés dans diverses situations concrètes, mais qui sont agencés de la manière la plus rationnelle possible pour composer un tout cohérent et unifié. Le type idéal porte ce nom, non pas parce qu'il représente un idéal normatif, un idéal à poursuivre, mais plutôt parce qu'il est la représentation la plus épurée d'une réalité. Il en résulte que le type idéal ne se trouve pas comme tel dans la réalité [...] ». *Id.*, p. 128, note 4.

⁷⁷ Max WEBER, *Économie et société*, Paris, Plon, 1971. p. 322. Guy ROCHER, préc., note 3, p. 128.

⁷⁸ M. WEBER et M. RHEINSTEIN, préc., note 71, « Introduction », p. XXVIII-XXXIX.

Quand on parle de « droit », d'« ordre juridique », de « règle de droit », on doit être particulièrement attentif à distinguer les points de vue juridique et sociologique. Le juriste se demande ce qui a valeur de droit du point de vue des idées, c'est-à-dire qu'il s'agit pour lui de savoir quelle est la signification, autrement dit le sens normatif qu'il faut attribuer logiquement à une certaine construction de langage donnée comme norme de droit. Le sociologue se demande en revanche ce qu'il en advient en fait dans la communauté : en effet, la chance existe que les hommes qui participent à l'activité communautaire et, parmi eux, ceux qui détiennent une dose socialement importante d'influence effective sur cette activité communautaire considèrent subjectivement que certaines prescriptions doivent être observées et se comportent en conséquence, c'est-à-dire qu'ils orientent leur activité conformément à ces prescriptions. C'est ainsi que s'établit la relation fondamentale entre le droit et l'économie. (M. Weber, (1995), *Économie et société*, t.2, p.11).⁷⁹

Évidemment un ordre juridique est un ordre de droit ou un ordre relatif au droit. Un ou des critères de juridicité sont nécessaires pour circonscrire un tel ordre. Nous n'acceptons pas la position à l'effet que la recherche de la juridicité est de nature purement empirique. Il nous apparaît impossible d'analyser empiriquement le droit sans avoir adopté une conception de ce qu'est le droit.

Weber développe un critère de la juridicité basé sur l'existence d'un appareil de contrainte destiné au respect de la norme; mais sa conception des moyens de coercition est très large; ils « peuvent être de nature psychologique et économique aussi bien que physique ». [...] « Les contraintes utilisées par les groupes s'avèrent souvent plus efficaces que la coercition physique appliquée par l'État »⁸⁰. Un texte de Weber sous la rubrique « Economic System and Normative Order » dans le volume publié par Max Rheinstein exprime sa pensée de manière très claire :

[...] Law as understood by us, is simply an “order system” endowed with certain specific guarantees of the probability of its empirical validity.

The terms “guaranteed law” shall be understood to mean that there exist a “coercive apparatus”, i.e. that there are one or more persons whose special task it is to hold themselves ready to apply specially provided means of coercion (legal coercion) for the purpose of norm enforcement. The means of coercion may be physical or psychological, and they may be direct or indirect in their operation, and they may be directed as the case may require, against the participants in the consensual community [...], the consociation,

⁷⁹ É. SERVERIN, préc., note 59, p. 47.

⁸⁰ M. WEBER et M. RHEINSTEIN, préc., note 71, p. 14-19. Voir J.-G. BELLEY, préc., note 32, p. 63-67.

the corporate body or the institution within which the order system is (empirically valid) or they may be aimed at those outside. They are the “legal norms” of the community in question.⁸¹ (notre soulignement)

Un autre texte, celui-là tiré de *Rudolph Stammler et le matérialisme historique*, apporte un brillant éclairage sur le recours aux moyens de coercition au travail, sphère de la vie qui nous intéresse évidemment particulièrement :

Le travail en commun des parties d'une machine [...] s'accomplit conformément à des « règles posées par des hommes », tout à fait dans le même sens logique que le travail en commun de chevaux de traits ou d'esclaves joints par la force, ou finalement de travailleurs « libres » dans une usine. Dans le premier cas, ce sont les qualités physiques et chimiques des parties de la machine qui assurent cette coordination alors que dans le second c'est une « *contrainte psychique* » adéquatement calculée qui assujettit le travailleur au mécanisme général. Celle-ci est induite par la pensée de la porte fermée de l'usine en cas d'infraction au « règlement du travail », de la bourse vide, de la famille affamée, etc. Elle peut être suscitée également par d'autres représentations telles celles d'ordre éthique ou encore par la simple « habitude » [...]. Une foule de représentations sont présentes dans l'esprit du « travailleur » : il sait d'expérience que son rassasiement, son habillement, sa protection contre le froid dépendent du fait du prononcé de certaines formules au bureau de l'usine ou qu'il donne quelque autre signe (que l'on retrouve couramment dans ce que les juristes appellent le contrat de travail) [...]. Comme un chasseur tient compte des qualités de son chien, l'industriel prend en considération le fait qu'il existe des gens tenaillés par la faim, mais qui seraient empêchés par ces autres gens munis de casques à pointe d'utiliser leur force physique pour simplement se procurer, ou qu'ils se trouvent, les moyens de se rassasier.⁸²

Michel Coutu après avoir cité ce texte remarquable, le commente ainsi :

[...] De tous les exemples que donne Weber, le droit interne de l'entreprise, droit extra-étatique énoncé et appliqué par l'entrepreneur indépendamment de toute référence au droit de l'État, demeure celui qui dans le cadre de la modernité avancée du moins, exerce la contrainte la plus puissante et ce sur une multitude indéterminée de personnes [...]. Ce droit du travail confié presque tout entier, au début du 20^e siècle encore, à la seule volonté de l'employeur indépendamment, en règle générale, de toute intervention du droit étatique (quoique garanti ultimement, comme l'observe Weber, par « ces gens portant des

⁸¹ Max RHEINSTEIN, « Introduction », dans Max RHEINSTEIN et Max WEBER, *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1969.

⁸² Max WEBER, Michel COUTU et Centre canadien d'études allemandes et européennes, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, coll. « Pensée allemande et européenne », Québec, Presses de l'Université Laval, 2001, p. 124, 125 et 126. Il est à noter que ce texte se trouve sous la rubrique « Analyse du concept de “règle” ».

casques à pointe » !), atteste donc de la prévalence du pluralisme juridique dans une sphère tout à fait centrale de l'existence.⁸³ (notre soulignement)

Le texte de Weber illustre bien sans doute un aspect important de sa conception de l'ordre juridique au sens sociologique puisqu'il s'agit d'une fine analyse d'un complexe de motifs relatifs à l'action. En même temps n'est-ce pas un aperçu lumineux de l'effectivité du « contrat de travail » ou du rapport de domination établi avec l'ouvrier à l'embauche⁸⁴ pour la mise en œuvre du « règlement du travail » et des prohibitions du droit criminel joint à l'appareil répressif de l'État⁸⁵ ? Ce texte ouvre également la porte sur la théorie wébérienne de l'État. Abordons maintenant cette importante question.

b) La théorie wébérienne de l'État

Catherine Colliot-Thélène a mis en lumière que « l'État, pour Weber, n'est pas un "concept fondamental" de la sociologie, et il ne peut l'être, parce que Weber choisit de définir l'État "conformément à son type moderne" [...] l'État est la forme spécifiquement moderne de la domination politique »⁸⁶.

⁸³ Michel COUTU, « Crise du droit du travail, pluralisme juridique et souveraineté », (2007) 12-1 *Lex Electronica*., p. 3, en ligne : < http://www.lex-electronica.org/docs/articles_30.pdf > (consulté le 15 août 2013). Michel Coutu souligne également que « la référence de Weber à "ce que les juristes appellent un contrat de travail" renvoie à [...] une étude monumentale de Philip Lotmar (sur le contrat de travail) dont Weber fit une recension fort élogieuse en 1902 ». Cette recension fut accomplie quelques années avant son *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*. Un important passage de *Sociologie du droit* qui semble avoir été également influencé par cet important ouvrage de Lotmar, situe la pensée de Weber sur la domination de l'ouvrier au travail dans un ordre juridique étatique libéral; nous ne citerons ici qu'un court extrait :

« Le droit formel pour un ouvrier de conclure n'importe lequel contrat de travail avec n'importe quel employeur ne représente pas pour l'ouvrier la moindre liberté dans la détermination de ses conditions de travail et ne lui garantit aucune influence sur son contrat. Pour le moins, il en résulte que le plus puissant sur le marché, normalement l'employeur, a la possibilité de fixer librement les conditions, de dire à l'ouvrier : "c'est à prendre ou à laisser", et vu le besoin économique normalement plus puissant chez le travailleur d'imposer ses conditions ».

M. WEBER, préc., note 74, p. 113. Voir l'ensemble de l'analyse : p. 112 à 115.

⁸⁴ L'analyse de *Sociologie du droit* complétant l'éclairage de manière remarquable.

⁸⁵ Il est évident que l'analyse de Weber doit être située à une époque donnée de la société allemande, mais on peut faire l'hypothèse qu'elle reste, le contexte étant certes différent, fondamentalement valable dans une société comme le Québec pour du personnel non syndiqué.

⁸⁶ C. COLLIOT-THÉLÈNE, préc., note 73, p. 31.

« Nous entendons par *État* », dit Weber « une entreprise politique de caractère institutionnel » (*politischer Anstaltsbetrieb*) lorsque et tant que sa direction administrative revendique avec succès, dans l'application des règlements « le monopole de la contrainte physique légitime »⁸⁷. Les éléments qui caractérisent l'État sont exprimés d'une manière plus complète dans sa conférence de 1919 « Le métier et la vocation d'homme politique »; après avoir cité le mot célèbre de Trotski : « Tout État est fondé sur la force »,⁸⁸ il écrit :

L'État moderne est un groupement de domination de caractère institutionnel qui a cherché (avec succès) à monopoliser dans les limites d'un territoire, la violence physique légitime comme moyen de domination et qui dans ce but, a réuni dans les mains des dirigeants les moyens matériels de gestion.⁸⁹

Il précise les forces qui engendrent l'État moderne :

L'intégration croissante de tous les individus et de toutes les situations en une institution qui, aujourd'hui du moins repose en principe sur une « égalité juridique » formelle est l'œuvre des deux grandes forces rationalisantes : l'extension de l'économie de marché et la bureaucratisation de l'activité organique des communautés.⁹⁰

La stabilisation de l'État moderne coïncide avec « le passage des droits attachés aux personnes en vertu d'une appartenance communautaire déterminée, à la loi territoriale qui prétend valoir de façon indifférenciée pour tous »⁹¹. Si des tentatives d'éradication des droits particuliers ont eu cours, par exemple dans l'Europe révolutionnaire du XVIII^e siècle, elles n'ont jamais été achevées et « le droit des États modernes fait bien place à des sphères juridiques particulières. Toutefois et c'est là le point qui importe si on veut comprendre l'originalité du droit étatique, ces droits particuliers quand ils existent, "reposent sur une base entièrement différente de celle des anciens privilèges des ordres."⁹² »⁹³ (notre soulignement).

⁸⁷ *Id.*, p. 33. Les termes entre guillemets sont tirés d'*Économie et société*.

⁸⁸ Max WEBER, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1959, p. 124.

⁸⁹ *Id.*, p. 133.

⁹⁰ M. WEBER et J. GROSCLAUDE, préc., note 74, p. 79.

⁹¹ C. COLLIOT-THÉLÈNE, préc., note 73, p. 33 et la section 2, p. 34 et suiv.

⁹² M. WEBER et J. GROSCLAUDE, préc., note 74, p. 79.

⁹³ C. COLLIOT-THÉLÈNE, préc., note 73, p. 41.

c) Les droits spéciaux

Une remarque nous semble nécessaire d'entrée de jeu : elle porte sur la période d'élaboration de l'œuvre principale de la sociologie du droit wébérienne. Comme nous l'avons mentionné, le droit du travail émerge et Weber a commenté, quelques années avant, le célèbre ouvrage de Philipp Lotmar sur le contrat de travail. Il est évident que Weber qui est juriste mais n'est pas spécialiste du droit du travail ne peut pas prendre en compte l'expérience dogmatique et sociologique de ce droit spécial et de cette « sphère juridique particulière » pour reprendre les termes de Catherine Colliot-Thélène.

Ceci étant dit, Weber ne se limite pas à dire que la base des droits spéciaux modernes est entièrement différente de celle des droits particuliers qui précède l'émergence de l'État, il déploie une théorie au sujet des nouveaux fondements de ces droits. Les droits spéciaux s'appuieront sur des groupements bénéficiant d'une autonomie et sur la capacité des acteurs de créer du droit par le moyen des contrats. Weber est conscient du caractère contingent de ces libertés productrices de pluralisme juridique qui ne se développe pas de la même manière dans toutes les sociétés. « Le passage du droit spécial du moyen âge au droit spécial moderne s'est réalisé diversement selon les conditions politiques de chaque pays »⁹⁴. Au sujet du sort des groupements, sa comparaison des sociétés française et britannique est révélatrice⁹⁵.

Comme le souligne Jean-Guy Belley, l'approche wébérienne révèle les importants liens entre pluralisme au sein de l'État et pluralisme extra-étatique :

La spécialisation du droit étatique, au niveau des règles substantives comme à celui des institutions judiciaires pourrait [...] s'effectuer parallèlement au pluralisme juridique extra-étatique [...] la spécialisation des tribunaux étatiques (par exemple tribunaux du commerce, tribunaux du travail) refléterait les particularismes de certains agents économiques. Elle prendrait acte de leur activité spécifique et leur fournirait un statut juridique et un forum judiciaire particuliers.⁹⁶

⁹⁴ J.-G. BELLEY, préc., note 32, p. 69.

⁹⁵ M. WEBER et J. GROSCLAUDE, préc., note 74, p. 107-108.

⁹⁶ J.-G. BELLEY, préc., note 32, p. 69-70.

Ceci n'empêche pas le groupe de prendre en charge ses conflits internes. Jean-Guy Belley tire la conclusion suivante :

C'est sans doute la contribution majeure de Max Weber au pluralisme juridique que d'avoir mis en évidence, par le concept de droit spécial, le caractère largement pluraliste du droit étatique moderne [...]. Prenant conscience du dynamisme de l'organisation étatique moderne, Weber suggère en outre que l'État peut lui-même provoquer le développement d'un pluralisme juridique distinct en entretenant des rapports privilégiés avec certaines clientèles et en conférant à ces relations un cadre juridique plus ou moins élaboré.

La problématique du pluralisme juridique profite donc largement de l'analyse du droit étatique offerte par Weber.⁹⁷

Nous serions porté à dire que c'est une de ses contributions majeures, l'autre étant sa conception de l'ordre juridique agissant hors de l'État. Comme nous le mentionnions, Weber n'a pas beaucoup développé la dimension institutionnelle de l'ordre juridique. C'est à Santi Romano que nous devons une théorie étoffée de cette importante dimension.

C- La théorie des ordres juridique de Santi Romano

Comme nous le mentionnions dans l'introduction de ce chapitre, selon Jean-Guy Belley dans un article sur le pluralisme juridique dans le *Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit*, le juriste et professeur de droit Santi Romano est celui qui s'est avancé le plus loin dans la clarification de la question du pluralisme juridique. En fait, dans son livre qu'il a publié en 1918⁹⁸, il présente une théorie qui, sans évidemment être complète, embrasse un ensemble de questions couvrant une très grande partie de la problématique. Ce qui est toutefois remarquable et étonnant de la part d'un juriste, c'est l'absence totale de monisme ainsi que la conception sociologique et empirique de l'action juridique. Nous allons d'abord examiner les notions d'institution, d'ordre juridique et de droit qui sont, pour lui, inséparables (1); nous étudierons ensuite les principaux rapports qu'il a envisagés entre les ordres juridiques (2).

⁹⁷ *Id.*, p. 70.

⁹⁸ Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, [S.l.], [s.n.], 1918.

1. Institution, ordre juridique et droit

Institution, ordre juridique et droit sont étroitement reliés dans la théorie de Santi Romano. Il faut donc saisir d'abord la notion d'institution qui est centrale et qu'il appellera « ordre juridique ». Il donne au terme « institution » un sens très concret que Guy Rocher a résumé de la manière suivante en se référant au vocabulaire significatif auquel il recourt en analysant cette notion :

Elle est [...] « un corps social » dotée d' « une existence objective et concrète », ayant une individualité « apparente et visible ». Elle est « stable et permanente »; elle peut être composée de personnes formant un groupe, une association, mais elle transcende ces personnes, leur individualité, leur existence. Bref l'institution est une organisation de rapports sociaux formant une entité close pouvant être considérée en soi et pour soi.⁹⁹

On se trouve donc très près de la riche notion de groupe-personne héritée de Gierke. Santi Romano s'est d'ailleurs heureusement positionné à ce sujet; après avoir mentionné que les principes théoriques qu'il a exposés et les exemples concrets qu'il a donnés confirment « la thèse que toute institution prend la forme concrète d'un ordre juridique distinct, qui peut ne pas trouver fondement et appui dans l'ordre étatique, voire, [...] entrer en opposition avec celui-ci », il écrit ce qui suit :

Nous touchons par là cette doctrine qui connaît une grande vogue et a trouvé en Gierke son plus énergique défenseur, doctrine suivant laquelle « le droit peut être produit par toute communauté organique ». Toutefois nous nous séparons de cette doctrine sur différents points. Avant tout parce qu'au concept de communauté nous préférons celui d'institution, plus large, plus complet nous semble-t-il, outre que plus essentiellement juridique. En second lieu parce que cette doctrine s'en tient au principe reçu selon lequel le droit objectif est un système de normes, de règles et de préceptes quand nous le considérons comme l'institution elle-même et non comme son produit.¹⁰⁰

L'institution existe réellement en tant qu'institution. C'est toutefois plus directement d'Hauriou que s'inspire Santi Romano. Quant aux rapports dont émerge l'institution, il adopte une position similaire :

⁹⁹ G. ROCHER, préc., note 3, p. 131. Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 25-27.

¹⁰⁰ S. ROMANO, *id.*, p. 96. Santi Romano réfère à *Deutsches Privatrecht* (1895) aux pages 113 et 119-120 ainsi qu'à plusieurs des travaux antérieurs de Gierke.

[...] tout arrangement permanent par lequel à l'intérieur d'un groupement social déterminé, des organes disposant d'un pouvoir de domination sont mis au service des buts intéressant le groupe, par une activité coordonnée à celle de l'ensemble du groupe.

Il écarte toutefois la sélection que celui-ci accomplissait en exigeant un certain degré de développement qu'il qualifie de corporatif ou certaines caractéristiques comme la liberté politique. Nous croyons opportun de citer son propre texte qui permet de saisir l'ampleur de sa conception d'institution et son positionnement par rapport à l'État :

[...] nous voulons déjà indiquer que la limite qu'Hauriou a assigné au concept d'institution en le restreignant à une seule espèce d'organisation sociale ayant atteint un certain degré de développement et de perfection nous apparaît mal fondée. À côté des institutions qu'il appelle corporatives, il en est d'autres qui n'ont pas moins de titres à être reçues par le système juridique car elles ont une existence propre indépendante de celle d'individus déterminés, et elles bénéficient d'une autonomie plus ou moins large. Nous partageons moins encore l'opinion que les institutions seraient uniquement les organisations à forme constitutionnelles et représentatives : organisations dont les membres se voient garantir une liberté qu'il est étrange de qualifier de liberté [...] politique, puisqu'il peut s'agir même des actionnaires d'une société commerciale; organisations qui ont opéré une déconcentration et une séparation de pouvoirs; qui suivent le principe de la publicité; qui enfin possèdent un statut constitutionnel. Hauriou s'est à coup sûr laissé entraîner par l'idée de façonner ses institutions à l'image et à la ressemblance de la plus importante d'entre elles, l'État, plus précisément l'État moderne, quand il ne s'agissait que de tracer une figure tout à fait générale dont les caractères contingents peuvent varier et, dans le fait, varient à l'infini.¹⁰¹

Notons ici deux aspects majeurs de ce positionnement : le souci de ne pas s'écarter de la réalité observable et la volonté de ne pas être détourné d'une analyse scientifique par l'effet d'attraction du modèle étatique.

Au sujet du premier aspect, Santi Romano se place dans une position qu'on pourrait qualifier d'empirique. C'est d'ailleurs le constat que fait Julius Stone qui qualifie la position de Romano d'empirique et positiviste par opposition à celle d'Hauriou qu'il considère relever davantage du droit naturel¹⁰². Julius Stone consacre, dans son volume *Social Dimensions of Law and Justice*, un chapitre à l'institutionnalisme dans lequel il analyse l'approche de Romano par rapport à celle

¹⁰¹ S. ROMANO, préc., note 99, p. 23..

¹⁰² J. STONE, préc., note 68, p. 517-522.

d'Hauriou. Il est significatif que John Griffiths, dans son article *What is Legal Pluralism* dont l'objectif scientifique était de dégager, pour la recherche en sciences sociales, un pluralisme juridique libéré du centralisme étatique, lorsqu'il mentionne l'institutionnalisme, se réfère à l'analyse de Julius Stone à ce sujet et qu'il mette en lumière ce qui suit :

Only the "empiricist" version of institutionalism represented by Romano is of relevance for a descriptive theory of legal pluralism. Romano rejected the notion that there must be a built-in harmony between social institutions or that the state's legal order enjoy any empirical pre-eminence.¹⁰³

Ce texte de Griffiths nous amène au second aspect; Romano ne cède pas à l'attrait du modèle étatique. Sa position est sociologique et évoque l'analyse historique wébérienne. Le phénomène d'institutionnalisation des regroupements humains précède l'État moderne et il en est à l'origine. Romano par ailleurs offrira, dans son analyse des rapports des ordres juridiques, des instruments d'observation de la domination politique étatique.

Pour Romano l'institution et l'ordre juridique sont étroitement associés.

La conception du droit de Santi Romano n'est absolument pas réductrice; elle est englobante. Il fait éclater le cadre qu'il juge trop étroit du droit conçu comme essentiellement composé de normes. Comme le mentionne Ph. Francescakis dans son « Introduction à l'édition française » de *L'ordre juridique* : « Santi Romano est l'anti-Kelsen, en ce sens que contrairement à lui, il croit que le droit n'est pas normes mais totalité dépassant la somme des normes et contenant encore bien d'autres choses que des normes [...] »¹⁰⁴. En fait pour Santi Romano, « il faut le rapporter (le droit) avant tout au concept de société » et il « comporte nécessairement l'idée de l'ordre social »¹⁰⁵. Il rejoint ici la riche idée d'ordonnement, la conception du droit qu'Ehrlich admirait tellement chez Gierke. Le droit comprend donc « un ordre dans son intégralité et son unité »; il comprend aussi un ensemble de prescriptions dont le caractère juridique provient du lien qui les unit à l'ordre tout entier¹⁰⁶. Lorsqu'il s'agit d'un ordre juridique complexe comme

¹⁰³ J. GRIFFITHS, préc., note 70, p. 27 et p. 46 (voir la note 31 de cet article).

¹⁰⁴ S. ROMANO, préc., note 99, p. VI-VII.

¹⁰⁵ *Id.*, p. 17-18.

¹⁰⁶ *Id.*, p. 19.

l'État italien ou français, le droit comprend « les mécanismes et engrenages multiples, les rapports d'autorité et de force qui créent, modifient et appliquent, font respecter les normes sans s'identifier à celles-ci¹⁰⁷ ». On comprendra qu'un ordre juridique moins complexe, comprend aussi, avec plus ou moins de développement, les mécanismes, les rapports d'autorité et de force qui produisent les normes et les appliquent.

On a reproché à Santi Romano son manque de précision. Norberto Bobbio écrit :

Le concept auquel Romano se réfère pour dépasser la définition du droit comme norme est le concept d'organisation. Mais ce qu'il entend par organisation n'est jamais clair. [...]

Je crois que la théorie de l'institution a dû recourir à un concept aussi vague que celui d'organisation parce que lui manquait le concept de normes du second degré.¹⁰⁸

Romano, professeur de droit public, aurait réduit les normes aux normes de conduite. La notion de normes du second degré règle la question d'un coup de baguette théorique : Bobbio connaît la vérité et nous la révèle : « Ce dont il [Romano] ne s'était pas rendu compte c'était que « ces nombreux mécanismes et engrenages » étaient constitués eux aussi par des normes du second degré »¹⁰⁹.

En réalité nous pensons que Romano a écrit à un certain stade de l'évolution de la pensée et des connaissances, mais qu'il a eu la volonté et la prudence de ne pas réduire la richesse de la réalité sociale de l'ordre juridique et du droit. Il a préféré être parfois imprécis, procéder par approximations plutôt que d'amputer la vie juridique de la société comme le fait Bobbio par « une transcription en termes normatifs ». Romano procède comme un explorateur dressant une carte sans que l'exploration du territoire ait été complétée en refusant d'identifier les espaces inconnus. Le défi est de compléter sa tâche avec la connaissance que nous avons maintenant des rapports de la politique et du droit, des rapports relatifs à l'action juridique, de la culture juridique et du rôle des idéologies, mais sans trahir son approche.

¹⁰⁷ *Id.*, p. 10.

¹⁰⁸ Norberto BOBBIO, *Essais de théorie du droit : (recueil de textes)*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 1998, p. 173.

¹⁰⁹ *Id.*

Quelle meilleure conclusion de ce bref examen que le constat d'un sociologue qui a vraiment saisi le « lumineux » apport de cette théorie de Romano. Après avoir examiné la conception du droit de Santi Romano et souligné qu'il « déplace vigoureusement l'accent, le faisant porter non sur les normes du droit mais sur « l'organisation » qui produit et applique ces normes », Guy Rocher écrit ce qui suit :

Cette conception du droit distingue nettement Romano de Kelsen, Hart et de tout le courant contemporain de la philosophie et de la théorie du droit, qui a recherché la nature du droit dans les règles, les normes. Tout en prenant en compte les règles qui composent le droit, Romano les situe dans un contexte élargi. En ce sens, bien que Romano ne se réclame pas de la sociologie, sa théorie du droit est de fait une théorie sociologique du droit. On doit même considérer son petit ouvrage comme un des premiers et des plus lumineux traités de théorie sociologique du droit.¹¹⁰

2. Principaux rapports entre les ordres juridiques

Santi Romano a consacré tout le chapitre II de son livre à la « pluralité des ordres juridiques et leurs relations »¹¹¹. Sans rentrer dans les détails de ses analyses, nous examinerons les rapports qui seront particulièrement utiles pour l'étude que nous avons entreprise.

Dans la section consacrée aux principes présidant aux relations des ordres juridiques (Section 33), le premier principe invoqué établit une distinction entre les **institutions originaires** et les **institutions dérivées**¹¹². Les institutions originaires « réalisent un ordre juridique non établi par d'autres institutions » alors que pour les institutions dérivées, « leur ordre est établi par une autre institution ». À titre d'exemples, on trouve dans l'organisation syndicale des syndicats qui se sont constitués sans qu'un ordre externe préside à leur naissance, alors que d'autres sont constitués en vertu d'une charte accordée par une centrale syndicale.

Un second principe distingue les **institutions simples** et les **institutions complexes**¹¹³. Les institutions complexes comprennent plusieurs institutions qui leur sont subordonnées à divers

¹¹⁰ G. ROCHER, préc., note 3, p. 132.

¹¹¹ Il s'agit du titre de ce chapitre II (p. 77-163) qui occupe la plus grande partie du volume et qui le termine.

¹¹² S. ROMANO, préc., note 99, p. 103.

¹¹³ *Id.*, p. 104-105.

degrés. Ce n'est pas le cas des institutions simples. À titre d'exemples, des centrales syndicales comprennent plusieurs syndicats affiliés et même des fédérations de syndicats. Il s'agit d'institutions complexes alors que le syndicat qui regroupe exclusivement le personnel enseignant d'une Commission scolaire est une institution simple.

Santi Romano propose « de distinguer, au sein de certaines entités très complexes, tel notamment l'État, plusieurs institutions qui considérées ensemble en font une »¹¹⁴. Ainsi « on a des institutions formant des parties d'une autre, les ordres juridiques qui sont les premières entrent dans la composition de l'ordre juridique plus large qui les comprend : elles sont donc **des ordres juridiques internes** par rapport à celui-ci »¹¹⁵. Nous reviendrons sur ces principes importants en considérant les ordres juridiques étatiques.

Le principe le plus important de la théorie de Santi Romano est la **relevance**¹¹⁶. Pour qu'il y ait relevance, « il faut que l'*existence*, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre ». La relation peut être de pure domination. C'est sans doute ce qui se produit pour certaines chaînes d'établissements commerciaux. Dans bon nombre de cas, il existe un lien de **présupposition** : « [...] un ordre peut-être présupposé par un autre, institution complexe, et cela, même en lui demeurant subordonné »¹¹⁷. Les institutions complexes comme les fédérations ont leurs membres pour présupposés. C'est le cas des centrales syndicales. Santi Romano mentionne la communauté internationale. On pourrait ainsi donner à ce sujet l'exemple de l'Organisation internationale du travail dans laquelle les États membres sont les présupposés.

La relevance des ordres juridiques extra-étatiques peut être très limitée face au droit étatique comme Gurvitch l'a mis en lumière dans sa typologie du droit social (deuxième catégorie); nous rappelons un extrait du texte déjà cité :

[...] C'est dans cette catégorie que se regroupe une multitude d'ordres juridiques de type particulariste, reposant sur des groupes structurés qui se passent de la contrainte inconditionnelle et fonctionnent généralement sans contact soutenu avec l'organisation

¹¹⁴ *Id.*, p. 160.

¹¹⁵ *Id.*, p. 161.

¹¹⁶ *Id.*, p. 106.

¹¹⁷ *Id.*, p. 108.

étatique (syndicats, corporations professionnelles, clubs sociaux, associations diverses...). Dans le cas de conflit avec l'ordre étatique, ils doivent cependant s'incliner. [...].

Il s'agit de situations de relevance mais l'autonomie est prévalente; il faut noter que même en cas de conflit, l'ingéniosité juridique des acteurs (juristes et non juristes) au service d'institutions non étatiques complexes peut contourner ou aplanir bien des difficultés.

Autre cas de relevance à l'égard du droit étatique abordé par Gurvitch dans sa typologie, la troisième catégorie : « *Le droit social annexé par l'État mais autonome* [...].

C'est la **sphère décentralisée du droit « public »** : collectivités locales, corporations professionnelles obligatoires, services publics décentralisés [...].

Dans notre société québécoise contemporaine, il faut, au premier chef, inclure dans cette sphère décentralisée du droit public, les universités publiques, les municipalités, une société publique comme Hydro-Québec, institutions qui sont de grandes productrices de droit habituellement hors du contrôle de l'État.

En ce qui a trait à la sphère centralisée du droit public, là où Gurvitch (quatrième catégorie) offre une approche globale qui risque de susciter des simplifications et des réductions, Santi Romano, comme nous l'avons vu, introduit avec la notion d'ordre juridique interne des principes d'analyse permettant d'opérer des distinctions nécessaires. Il importe de bien examiner cet aspect qui, compte tenu de la situation contemporaine de l'État au Canada, pourra être un précieux outil d'analyse. Il cite comme ordres juridiques internes :

[...] les divers organes de l'État (les chambres, les différents ministères, en général chaque administration) [...] mais aussi ce qu'on appelle les institutions de l'État, écoles, musées, bibliothèques, établissements, etc. De plus on peut reconnaître une institution dans tout ensemble de tels organes ou entités en tant que ceux-ci sont coordonnés, hiérarchisés et réduits à une unité partant dans chacun des « trois pouvoirs » de l'État, le législatif, l'exécutif et le judiciaire, lesquels globalement envisagés forment cette institution majeure qu'est l'organisation étatique, pour déboucher enfin sur l'institution suprême : l'État, comprenant toutes les institutions mineures dont on vient de parler, donc, outre son organisation proprement dite, les autres éléments dont il se compose. [...] est interne, l'ordre d'une institution comprise dans une autre plus large, par rapport à

l'ordre de celle-ci, et donc aussi le droit d'un service étatique par rapport au droit de l'État envisagé dans son ensemble [...].¹¹⁸

Le droit du travail émerge à l'époque de la publication par Santi Romano de *L'ordinamento giuridico*¹¹⁹ dans un contexte impliquant de nombreuses institutions du travail et au premier chef les entreprises et les syndicats.

D- L'émergence du droit du travail allemand : l'action collective syndicale et la théorie pluraliste de Hugo Sinzheimer

C'est au début du 20^e siècle que le droit du travail allemand émerge comme discipline juridique distincte¹²⁰. Dans une perspective pluraliste, les développements du droit du travail plongent beaucoup plus loin, dans l'histoire, en Allemagne et dans les autres pays développés d'Europe comme la France et l'Angleterre. Hugo Sinzheimer dans un texte célèbre a exprimé cette réalité de manière saisissante :

Tandis que le droit étatique ne connaissait que la coordination entre les individus juridiquement égaux¹²¹, l'entreprise nourrissait un droit non-étatique, fondée sur l'idée de subordination, créé par la volonté dominante d'un seul et dont la loi ni les juristes ne se souciaient. Ce droit non-étatique de domination constitue le véritable droit ouvrier des premiers temps du capitalisme.

À la forme hiérarchique du droit non-étatique succède la forme collective du contrat de travail.¹²²

¹¹⁸ *Id.*, p. 160. Nous comprenons que les écoles citées à titre d'exemples sont les écoles d'État (par exemple le conservatoire de musique ou l'Institut de tourisme et d'hôtellerie) et non les écoles relevant d'une institution de type commission scolaire; même chose pour les bibliothèques : seules les bibliothèques de l'État sont visées (exemple : La Grande Bibliothèque).

¹¹⁹ S. ROMANO, préc., note 98.

¹²⁰ Rappelons le texte d'Alain Supiot cité à la p. 22 : « C'est certainement à l'Allemagne que l'on doit l'invention du droit du travail en tant que branche du droit autonome, obéissant à des principes propres, distincts de ceux du droit civil ».

¹²¹ En ce qui a trait aux ordres juridiques des pays dont le droit public est d'origine britannique, le droit étatique a connu le droit pénal de la *Loi des maîtres et serviteurs* ou des régimes inspirés de cette loi. Ce fut le cas du Bas-Canada et après 1867, du Québec.

¹²² Un volumineux rapport de la section de statistique ouvrière de l'Office statistique du Reich publié en 1906 estime qu'il existe dans l'Empire quelque 3 000 à 4 000 conventions collectives « alors qu'il y a 10 ans la notion de convention collective était largement inconnue ». OFFICE STATISTIQUE DU REICH, *La convention collective dans l'Empire allemand*, 1906. Voir à ce sujet : Heidrun HOMBURG, « Autodétermination sociale ou État interventionniste ? La régulation collective des conditions de travail en

Ce deuxième aspect résulte des coalitions d'ouvriers qui résistent au pouvoir dictatorial du patronat. À la force représentative de la propriété, s'oppose la force représentative du travail. Notons que les groupements de travailleurs n'éliminèrent pas de l'entreprise les rapports de subordination; mais ils lui enlevèrent le caractère de création unilatérale. Des normes reposant sur la domination sortirent de la sorte, les normes contractuelles du droit non-étatique du travail. À l'examen, le droit collectif s'est en effet révélé pour être issu directement du jeu des forces sociales, et non d'une autorisation légale. Les normes réglementant les conventions collectives sont nées elles-mêmes en dehors de la loi.¹²³ (notre soulignement)

Hugo Sinzheimer écrit ces lignes de son exil hollandais, sa brillante carrière allemande ne pouvant se poursuivre avec la montée du nazisme. Il a pourtant largement contribué à cette émergence du droit du travail comme discipline distincte reconnue dans l'ordre juridique étatique. On ne saurait toutefois isoler cette contribution des rapports collectifs du travail et du débat dans lesquels elle s'inscrit. Dans un texte éclairant, Heidrun Homburg, spécialiste de l'histoire économique et sociale, écrit ce qui suit au sujet du développement de la négociation collective en Allemagne :

À partir des années 1890, les négociations entre employeurs et employés s'accompagnent [...] d'un débat public sur la convention collective comme phénomène social et juridique. Une autre caractéristique de la convention collective est qu'en dépit de l'absence de codification juridique jusqu'en 1918, patrons et salariés de même que leurs organisations respectives passent des contrats de travail collectifs de plus en plus nombreux et étendus à partir du tournant du siècle. Les conventions collectives tout comme l'action de l'État en la matière revêtent une importance décisive dans la définition des relations de travail et la perception de l'État par les patrons et les salariés avant la première guerre mondiale.¹²⁴

Et plus loin :

L'effort de clarification des questions de droit conduit au résultat paradoxal que les conventions collectives ne peuvent exister du point de vue de la technique juridique. La convention collective fait éclater le cadre de la théorie des contrats de droit privé et

Allemagne 1890-1933 », dans Bénédicte ZIMMERMANN, Claude DIDRY et Peter WAGNER (dir.), *Le travail et la nation Histoire croisée de la France et de l'Allemagne*, Paris, Éditions de la maison des sciences de l'Homme, 1999, p. 223-252, à la page 225.

¹²³ Hugo SINZHEIMER, « La théorie des sources du droit et le droit ouvrier », dans *Le problème des sources en droit positif. Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1934, à la page 74.

¹²⁴ *Id.*, p. 224.

chacun de ses éléments suscite d'interminables discussions juridiques. De telle sorte que quantités de doctrines et d'écoles s'opposent sur la nature juridique de l'accord, sur l'identité des parties contractantes, sur les effets de la convention et de ses stipulations particulières, sur le caractère des obligations créées (obligation de renégocier et devoir de paix sociale), ou sur la sanction des manquements.

C'est à Hugo Sinzheimer que l'on doit les conclusions les plus développées et les plus fécondes pour l'avenir, sur l'impossibilité de ramener les conventions collectives aux catégories juridiques établies.¹²⁵

C'est à l'égard de trois enjeux principaux que prendra forme cette nouvelle branche de ce droit unique par les faits sociaux conflictuels qui l'engendrent et par son importance pour le travail humain. Nous traiterons en premier du statut d'employé et du lien contractuel qui relie l'employé à son employeur, cette question étant fondamentale pour les rapports individuels et collectifs du travail (1); le second enjeu est la question centrale de la négociation et de la convention collective (2) et le troisième est l'intervention de l'État pour régir les rapports du travail (3). Nous terminerons cette section D en situant l'approche d'Hugo Sinzheimer dans l'important courant du droit social (4).

1. Le contrat de travail et le statut d'employé : le travail colossal de Philipp Lotmar

En 1902 Philipp Lotmar publie une imposante étude du contrat de travail¹²⁶. L'auteur s'est assigné la mission d'étudier le contrat de travail « sur le fondement des lois impériales allemandes et en s'appuyant sur les faits économiques ». L'approche adoptée et la perspective romaniste de Lotmar conduiront à un résultat ambivalent. Si l'étude est un apport très riche comme examen des faits sociaux, la réalité du contrat de travail est identifiée comme spécifique mais dissoute dans une logique civiliste inappropriée pour les rapports du travail. C'est ce que fit ressortir Hugo Sinzheimer dans le commentaire qu'il fit de cette œuvre colossale¹²⁷. Il s'est heureusement dissocié de la perspective formelle et civiliste de la définition du contrat de travail et il prend ses distances de la tradition romaniste à laquelle Lotmar adhère. « [...] Lotmar a bien

¹²⁵ *Id.*, p. 229.

¹²⁶ Philipp LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag*, 2^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2001.

¹²⁷ Hugo SINZHEIMER, « Philipp Lotmar und die deutsche Arbeitsrechtswissenschaft » (1922), dans *Arbeitsrecht und rechtsoziologie, gesammelte Aufsätze und Rede*, tome 1, Francfort-cologne, Europäische Verlaganstalt, 1976, p. 408-415.

mis en lumière la dimension de l'échange qui se trouve indéniablement à la base du contrat de travail [...] ». Il n'a toutefois pas identifié une seconde caractéristique essentielle, celle sur laquelle Gierke avait insisté à juste titre, soit la domination qu'exerce l'employeur sur le salarié. « [...] Lotmar s'est interdit de comprendre la finalité propre du contrat de travail qui est l'insertion du salarié dans l'organisation hiérarchique du travail fondée sur le rapport de domination (le lien de subordination) »¹²⁸ (notre soulignement). Voilà que nous croisons à nouveau, dans notre cheminement, cette fois pour la théorie du contrat de travail, l'immense apport de Gierke.

Sinzheimer trace donc ainsi la voie à la notion centrale de subordination et à une approche collective de la relation de travail. Cet aspect ne doit pas être minimisé. Il attribue ainsi à l'entreprise de travail qui agit comme employeur toute sa dimension de groupement et d'institution sociale et qualifie le lien entre la personne engagée et l'employeur d'adhésion ou d'intégration à cette institution. Le droit civil aura constamment tendance, comme nous le verrons, à réduire, dans une perspective individualiste, cette relation à son élément d'échange entre personnes.

Comme le met en lumière Michel Coutu, la reconnaissance de ces deux dimensions du contrat de travail conduisait à une « rupture complète » avec le droit civil inadapté à la réalité du travail salarié. Cette rupture complète « confère pleine autonomie normative au droit du travail »¹²⁹ (notre soulignement).

Tout en critiquant Lotmar, Sinzheimer s'appuie sur son œuvre de défricheur¹³⁰. La critique du travail de Lotmar au sujet de la convention collective permettra également de faire progresser

¹²⁸ Michel COUTU, « La naissance du contrat de travail comme concept juridique : Max Weber et Hugo Sinzheimer, critiques de Philipp Lotmar », (2009) 24 *Revue canadienne droit et société* 159, 170. Selon Sinzheimer, Lotmar aurait du mobiliser plus avant la méthode empirique pour arriver à identifier cette finalité du contrat de travail. Soulignons que l'article de Michel Coutu a ce sujet est une référence incontournable pour tout chercheur qui veut approfondir la question.

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ Comme le souligne Ulrich Zachert dans une analyse de ce texte de Sinzheimer :

« À juste titre Lotmar avait fait ressortir la spécificité du contrat de travail par rapport aux autres contrats relevant de la théorie des obligations, cette spécificité découlant de l'inégalité de pouvoir existant entre

substantiellement la pensée juridique au sujet de cet instrument essentiel des rapports collectifs du travail.

2. La théorie de la convention collective : contribution majeure de Lotmar et Sinzheimer

Au moment de la publication de l'œuvre de Lotmar, comme on l'a vu, la négociation collective est en plein développement en Allemagne. L'observation empirique permet à Lotmar de découvrir la matérialisation de l'autonomie collective que représente la convention collective. Il interprète toutefois ce phénomène social majeur au travers les catégories du droit civil et cherche à donner à ce nouvel instrument un effet obligatoire par le biais de la mobilisation du droit des obligations. Sinzheimer souligne que Lotmar a découvert la convention collective du point de vue de la science du droit. Malgré sa perspective civiliste, il a mis de l'avant « son élément essentiel, la primauté du contrat collectif sur le contrat individuel de travail ». Cependant il a recouru à la notion individualiste de mandat pour asseoir le pouvoir de négociation du syndicat. Comme le mentionne Zachert, « [...] Lotmar est partie de l'idée que les coalitions agissent à titre de représentant de leurs membres, ce qui l'a empêché de reconnaître la convention collective comme source juridique à part entière, orientée dans ses effets vers la création du droit objectif »¹³¹.

Sinzheimer a rejeté cette conception. Il met de l'avant que le syndicat négocie et conclut une convention collective exclusivement en son propre nom. La transformation qu'apporte la convention collective, l'idée de liberté et l'autodétermination juridique des organisations économiques, s'est faite « par la création de relations juridiques que ne connaissaient jusque-là ni la loi, ni les parties impliquées dans le contrat de travail ». Sinzheimer ne conçoit pas seulement la convention collective comme une relation juridique mais une véritable source de droit

travailleurs et employeurs dans le cadre de leurs relations contractuelles. Pour cette raison Lotmar fut le fondateur de la science du droit du travail », U. ZACHERT, préc., note 32, p. 307.

À la page précédente, Ulrich Zachert mentionne que Lotmar figure « au premier rang des fondateurs (dans les pays de langue allemande) du droit du travail en tant que discipline autonome ». La fondation de la science du droit du travail allemand comme branche autonome du droit et de la science juridique est un processus historique. Lotmar et Sinzheimer en sont les principaux fondateurs.

¹³¹ *Id.*, p. 308.

« comme un droit que les intéressés ont eux-mêmes créé »¹³². Otto Kahn-Freund met en lumière que les syndicats sont reconnus comme « law-creating bodies [...] »¹³³. Celui qui fut son professeur, Hugo Sinzheimer, n'a pas cherché à fonder l'effet obligatoire des conventions collectives sur le droit civil mais a jugé que la convention est un instrument spécifique qui doit produire ses propres effets¹³⁴. Otto Kahn-Freund voit, sans doute avec raison, dans la conception de la convention collective de Sinzheimer une révolution copernicienne¹³⁵. Maintenant les principes qu'il a affirmés sont familiers dans notre droit du travail. À l'époque toutefois, il a opéré un renversement des perspectives statocentristes¹³⁶ et révélé la production autonome par les parties à la négociation d'un droit objectif régissant leurs rapports de travail. En même temps toutefois il a affirmé la nécessité de l'intervention de l'État.

3. Autonomie des parties aux rapports du travail et importance de l'intervention étatique : la position équilibrée de Sinzheimer

La pensée de Sinzheimer sur le rôle de l'État en matière de droit du travail a été le plus significativement exprimée dans ses commentaires critiques de la théorie du droit social de Gurvitch. Ils lui permirent de mettre en lumière que le droit autonome du travail ne peut prendre la place du droit de l'État¹³⁷. Michel Coutu indique qu'il a, dans cet article, souligné « que contrairement à l'idée du droit social défendu par ce dernier, l'autodétermination sociale et l'interventionnisme de l'État ne s'exclut pas mutuellement mais doivent au contraire se joindre dans la régulation de la sphère du travail »¹³⁸. Comme le précise Michel Coutu, Sinzheimer s'est opposé à la conception du droit social de Gurvitch. Il faut souligner clairement que Sinzheimer, comme nous l'exposerons dans la prochaine subdivision, a plutôt mis de l'avant une conception

¹³² H. HOMBURG, préc., note 122, p. 230.

¹³³ Otto KAHN-FREUND, Roy LEWIS et Jon CLARK, *Labour law and politics in the Weimar Republic*, coll. « Warwick studies in industrial relations », Oxford, Blackwell, 1981, p. 81.

¹³⁴ *Id.*, p. 82.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ Ce néologisme me semble acceptable, en l'absence d'un autre terme adéquat.

¹³⁷ Au sujet de cet article, Kahn-Freund fait cet intéressant commentaire : « It is a classical defence of the legal as opposed to the purely sociological perspective », *id.*, p. 81.

¹³⁸ M. COUTU, préc. note 83, p. 4, à la note 21.

du droit social réaliste et recevable par des juristes ayant une connaissance de cette branche maîtresse du droit et en particulier du droit du travail.

Dans son article précité, Ulrich Zachert, sous la rubrique « Hugo Sinzheimer – la complémentarité du droit autonome et étatique : le pluralisme juridique » commente la position de Sinzheimer sur les rapports de la convention collective et du droit étatique exposée dans son article sur la théorie du droit social de Gurvitch, de la manière suivante :

Sa position est exposée de manière particulièrement prégnante dans une étude rédigée durant son exil hollandais (1936) et qui discute de la conception du droit social chez Georges Gurvitch. En dépit de la signification éminente qu'il attribue à l'autonomie collective en tant que fondement de la légitimation, Sinzheimer se démarque de la conception de Gurvitch voulant que le droit étatique soit par principe la résultante de processus sociaux, en particulier la résultante de la volonté des groupements et des associations. Sinzheimer reconnaît certes avec Gurvitch que le droit ne se trouve pas dans les normes formelles, mais plutôt dans les faits sociaux, dans les « faits normatifs ». Le droit est créé sur la base d'intérêts communs non étatiques et émane du « corps social ». Gurvitch demeure ainsi sur le terrain de la « démocratie industrielle proudhonienne » qui en appelle à une égale coopération de tous les groupements économiques. Toutefois Sinzheimer s'oppose à une absolutisation de cette pensée. Gurvitch méconnaît le rôle que le « corps politique », que l'État joue dans la construction de la vie sociale. Le droit étatique peut lui aussi représenter une source primaire de droit. En aucun cas le rôle du droit étatique se borne-t-il à une « constatation technique » de normes sociales préexistantes comme le suppose Gurvitch. En fait, le déploiement de l'autonomie sociale demeure dépendant de l'existence d'un droit imprégné de normes étatiques. En conséquence le droit collectif autonome des associations (conventions collectives) et le droit du travail posé par l'État ne s'excluent pas mutuellement. Tout au contraire, il faut amener les deux types de droit à atteindre dans une société libre, un équilibre approprié au moyen d'une « mise en cohérence méthodique ».¹³⁹ (nos soulignements)

Cette réalité est inscrite dans l'histoire des relations du travail en Allemagne. Heidrun Homburg le souligne : « En raison du rapport de forces sur le marché du travail, les conventions collectives existantes en 1905 étaient majoritairement passées dans les branches artisanales ou de petite et moyenne industries ». Elle ajoute en note : « Le déséquilibre qui résulte de la puissance patronale dans la grande industrie rend impossible dans un premier temps, l'implantation d'organisations

¹³⁹ U. ZACHERT, préc., note 32, p. 317-318.

ouvrières et la négociation collective des conditions du travail ». Cette situation existe dans un contexte d'absentéisme de l'État à l'égard de la négociation collective »¹⁴⁰.

Comme le soulignent Claude Didry et Peter Wagner au sujet de l'histoire allemande : « [P]our la majorité des syndicats, il est important de compter sur le soutien de l'État, qui seul peut garantir le système de régulation collective, par le droit du travail »¹⁴¹. Il est significatif toutefois que les syndicats, en s'« appuyant sur l'analyse de Hugo Sinzheimer », aient revendiqué la liberté syndicale, l'élimination des obstacles à la négociation plutôt qu'une régulation étatique de la négociation collective¹⁴².

Si le « droit collectif autonome des associations » et « le droit du travail posé par l'État » ne s'excluent pas, l'autonomie ne peut être sacrifiée sans porter atteinte aux libertés syndicales. La recherche de cette autonomie irremplaçable prendra des formes différentes dans des régimes nationaux et des cultures juridiques différentes. Le meilleur exemple proviendrait probablement d'une comparaison des droits du travail allemand et anglais que nous ne pouvons qu'esquisser ici. Comme le met en lumière Alain Supiot, en Allemagne le droit du travail a oscillé entre l'autoritarisme des II^e et III^e Reichs et la démocratisation sous la république du Weimar et après la guerre de 1939. La conception communautaire de Sinzheimer (« droit des communautés professionnelles : entreprises, syndicats, branches ») est passée dans la culture juridique allemande. « Le rôle de l'État est de fixer le cadre institutionnel dont ces communautés ont besoin pour gérer elles-mêmes leurs affaires mais non de décider à leur place »¹⁴³. En Grande-Bretagne, « [l]'objectif des syndicats [...] a été très tôt d'empêcher que les juges ne viennent disqualifier les accords qu'ils arrachaient aux employeurs et qui étaient sans valeur au regard de la *common law* [...] ». Les luttes syndicales ont visé à développer un espace de liberté de négociation et d'autonomie. Les droits négociés n'étant pas garantis par le droit étatique, leur

¹⁴⁰ H. HOMBURG, préc., note 122, p. 226.

¹⁴¹ Claude DIDRY et Peter WAGNER, « La nation comme cadre de l'action économique. La première guerre mondiale et l'émergence d'une économie nationale en France et en Allemagne », dans Bénédicte ZIMMERMANN, Claude DIDRY et Peter WAGNER (dir.), *Le travail et la nation. Histoire croisée de la France et de l'Allemagne*, Paris, Éditions de la maison des sciences de l'homme, 1999, p. 29-54, à la page 45.

¹⁴² H. HOMBURG, préc., note 122, p. 235.

¹⁴³ A. SUPIOT, préc., note 36, p. 23.

application était entre les mains des parties. Alain Supiot mentionne que les « relations de travail se sont développées ainsi à l'écart du droit [...] »¹⁴⁴ (notre soulignement). La perspective pluraliste nous amènerait plutôt à dire que les relations de travail, en Grande-Bretagne, se sont développées à l'écart du droit étatique.

En Allemagne, l'évolution de la pensée juridique a permis également à Sinzheimer de sortir de la dichotomie stérile entre le droit privé et le droit public et de concevoir le droit du travail comme faisant partie d'une sphère indépendante, le droit social.

4. Une approche du droit des rapports collectifs du travail inscrite dans l'important courant du droit social autonome

Comme nous l'avons mentionné, Alain Supiot, dans son ouvrage *Le droit du travail*, rappelle que les juristes allemands ont été conduits à adopter l'approche de Gierke et « à affirmer entre le droit privé qui règle les relations entre individus et le droit public qui règle le fonctionnement de l'État, l'existence d'un droit social qui règle la vie des communautés ».

Heidrun Homburg exprime ainsi l'approche de Sinzheimer à ce sujet devant le « fait social » de la négociation collective :

Face à ce fait de droit social « qui s'est développé indépendamment de l'activité législative de l'État », ce dernier n'aurait qu'une seule possibilité d'action : reconnaître ce mouvement et le libérer des entraves et insuffisances juridiques, et se décharger ainsi des tâches de réglementation qui lui incombaient jusque-là. Au bout du compte, l'analyse de Sinzheimer débouche sur un plaidoyer pour l'élargissement du système juridique – qui ne connaît jusqu'alors que le droit public et le droit privé – à un droit social constituant une sphère indépendante.¹⁴⁵

Nous reviendrons dans la deuxième partie de ce chapitre sur l'approche que nous adoptons par rapport au droit social.

L'émergence du droit du travail en Allemagne, l'activité intense de la négociation collective, la richesse et le réalisme d'une théorie pluraliste collée à l'action qui révolutionne la pensée

¹⁴⁴ *Id.*, p. 24.

¹⁴⁵ H. HOMBURG, préc., note 122, p. 230.

juridique centraliste, apportent une contribution majeure à la construction d'une théorie des ordres juridiques. Ces faits relatifs aux rapports du travail auraient dû être au pluralisme juridique ce que les îles Galápagos ont été à la théorie de l'évolution. Si la découverte et la reconnaissance du pluralisme juridique ne se sont pas accomplies, on peut présumer que la puissance de l'idéologie centraliste et la fermeture du système juridique n'y sont pas étrangères.

Nous aurons maintenant à procéder à un bref état du débat des dernières décennies sur le pluralisme juridique. Cet état très centré sur nos objectifs de recherche nous permettra de compléter les éléments dont nous avons besoin pour éclairer notre choix d'une théorie qui guidera cette thèse.

E- Bref état du débat sur le pluralisme juridique

D'entrée de jeu, il faut rappeler que ce débat est riche mais difficile en particulier peut-être à cause des perspectives disciplinaires différentes des intervenants, mais également parce que les questions soulevées nous confrontent au difficile problème de la nature du droit.

Les juristes, les anthropologues et les sociologues interviennent souvent avec des perspectives différentes, ce qui a amené d'ailleurs le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*¹⁴⁶ à publier un article séparé sur la notion anthropologique de pluralisme juridique. Selon Norbert Rouland toutefois, le « terrain du pluralisme juridique » voit « converger » la sociologie et l'anthropologie :

[...] dans cette période capitale pour la formation du pluralisme juridique que fut l'entre-deux guerres, l'anthropologie les pressentit par le biais d'enquêtes sur le terrain : mise à part l'œuvre de Van Vollenhoven¹⁴⁷, il faudra attendre les années soixante-dix pour qu'elle construise des théories d'une ampleur comparable à celles d'Ehrlich et Gurvitch. Il revient donc principalement à la sociologie juridique d'avoir posé les fondements

¹⁴⁶ A. J. ARNAUD, préc., note 1, p. 449.

¹⁴⁷ « Les véritables fondateurs du pluralisme juridique en anthropologie sont les auteurs de l'école hollandaise du droit coutumier (Adat Law School) dirigée par Van Vollenhoven au début de ce siècle (1901) qui analysa le droit des populations autochtones d'Indonésie colonisée par la Hollande ». Norbert ROULAND, « Pluralisme juridique (Théorie anthropologique) », dans A.J. ARNAUD, préc., note 1, p. 449.

théoriques du pluralisme juridique, tandis que l'anthropologie le découvrait sur le terrain.¹⁴⁸

Ces fondements et d'importantes idées générales sont identifiés par Norbert Rouland :

Les théories d'Ehrlich et de Gurvitch ont eu le mérite d'apporter des confirmations précises et solidement argumentées à certaines idées générales de l'anthropologie juridique : le droit ne se confond pas avec l'État; il trouve principalement sa source dans les organisations sociales; toute société comprend des sous-groupes dont chacun dispose de son propre système juridique, plus ou moins autonome par rapport au droit étatique; le droit étatique [...] régule les rapports qu'entretiennent entre eux les différents ordres juridiques; le droit étatique a pour allié dans ses tendances au monopole du droit, l'individualisme, dans la mesure où ce dernier affaiblit les groupes intermédiaires. Tous ces concepts peuvent être revendiqués par l'anthropologie juridique.¹⁴⁹

Comme le relate Norbert Rouland, le développement de l'anthropologie a été lié à celui de la colonisation et les premiers travaux dans lesquels émerge le pluralisme juridique comme ceux de Van Vollenhoven, portent sur des sociétés colonisées :

[...] à partir des années trente les études de type pluralistes s'intensifient et commencent à déborder le champ des sociétés coloniales pour investir celui des États indépendants et des sociétés occidentales. Dès lors, la nécessité de synthèses théoriques capables d'appréhender le phénomène pluraliste dans son universalité se fait plus sensible et à partir des années soixante, donnera lieu à des contributions dont les plus importantes sont celles de M. G. Smith, L. Pospisil et S. Falk Moore.¹⁵⁰

Cette orientation théorique comporte le risque de diluer dans la généralité ou d'éliminer des caractères fondamentaux du droit moderne des sociétés occidentales et, au premier chef, en ce qui a trait à la notion de juridicité. Si un éclairage peut être tiré d'approches aussi générales, nous doutons fortement qu'elles puissent jouer un rôle central pour des recherches sur le droit du travail des sociétés capitalistes industrialisées.

On trouve une expression significative de cette orientation théorique sous la plume d'Étienne Le Roy et peut-être un exemple de cette dilution de la notion de juridicité, dans l'« Éditorial Le

¹⁴⁸ N. ROULAND, préc., note 40, p. 82.

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ N. ROULAND, préc., note 40, p. 449.

pluralisme juridique ou l'enjeu de la juridicité » qui ouvre l'édition des *Cahiers d'anthropologie du droit* consacrée aux pluralismes juridiques :

À la notion d'ordre juridique (juridique ou non) est préférée celle d'ordonnement comme manière de gérer les rapports sociaux. Quant à l'idée de cohérence et d'unité implicite dans l'idée d'ordre, elle est réinterprétée selon l'hypothèse de la multiplicité des fondements de la juridicité (le tripode juridique) et donc des combinaisons entre diverses sources. Mis en relation avec le caractère complexe de toute société et avec une lecture dynamique, cette interprétation décrit des montages aléatoires et opportunistes et ne rencontre le système ou l'ordre juridique que dans le cas de l'expérience occidentale de la juridicité.¹⁵¹ (notre soulignement)

Un juriste canadien ne trouvera sans doute pas là un éclairage convaincant sur le pluralisme juridique. Nous sommes d'avis que la juridicité ne peut être abordée avec une même approche théorique dans une société capitaliste industrielle moderne et dans un autre type de société qui n'a pas traversé une telle révolution. C'est une condition essentielle pour ne pas s'enliser dans des questions fondamentales qui sont parmi les questions les plus difficiles des sciences sociales et, en particulier, la conception du droit ainsi que ses rapports avec la société.

Comme nous le disions au début de cette section, le débat soulève la difficile question de la nature du droit. Étienne Le Roy, dans l'éditorial précité, a considéré que le « véritable enjeu du pluralisme juridique n'était pas la reconnaissance de la pluralité mais la définition du droit »¹⁵². Jacques Vanderlinden disait du problème de la définition du droit : « [...] chacun sait qu'il constitue l'un des tonneaux des Danaïdes de la théorie générale du droit. Je ne me hasarderai pas à lui donner un fond »¹⁵³.

La question est toutefois incontournable et, comme l'évoque Étienne Le Roy, on ne peut débattre du pluralisme juridique sans une conception du droit sous-jacente à notre propos.

¹⁵¹ Étienne LE ROY, « ÉDITORIAL Le pluralisme juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité », dans LABORATOIRE D'ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE DE PARIS, Les pluralismes juridiques, coll. « Cahiers d'anthropologie du droit », Paris, Éditions Karthala, 2004, p. 11.

¹⁵² *Id.*, p. 10.

¹⁵³ Jacques VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », (1993) 20 *Revue de la recherche juridique-Droit prospectif* 573, 574.

Comme nous l'avons dit, l'examen du débat sera très centré sur nos objectifs de recherche dans des champs d'émergence et de mobilisation de droits collectifs. Nous adoptons ici une position théorique sur le pluralisme juridique qui est en fait commandée par ces objectifs. Jean-Guy Belley, dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, en donne deux définitions en droit et une en sociologie du droit :

1. En droit a) l'existence simultanée au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques; b) coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit.

2. En sociologie du droit : coexistence d'une pluralité de cadres ou de systèmes de droit au sein d'une unité d'analyse sociologique donnée (société locale nationale, internationale).¹⁵⁴

Après avoir cité ces définitions, Étienne Le Roy mentionne qu'elles font largement autorité¹⁵⁵. Notre approche du pluralisme juridique sera celle des définitions 1b et 2. Nous ne voyons pas d'avantages à prendre pour guide d'une démarche comme celle que nous envisageons, l'approche 1a. Notre démarche requiert une théorie sociologique du pluralisme juridique qui peut éclairer l'analyse des rapports entre les ordres juridiques et les systèmes de droit.

Ce débat a été marqué par des contributions importantes, certaines étant devenues lieux de ralliement. Nous commencerons par les interventions des « juristes-sociologues » (1); nous examinerons ensuite celles des anthropologues du droit (2), puis celles des sociologues du droit (3). Nous terminerons par un survol de recherches interdisciplinaires conduites dans le cadre du Centre de recherche en droit public (CRDP) et du Centre de recherche interuniversitaire sur le travail et la mondialisation (CRIMT) (4).

¹⁵⁴ J. G. BELLEY, préc., note 1, p. 446.

¹⁵⁵ É. LE ROY, préc., note 151, p. 10.

1. Les « juristes-sociologues »

Nous empruntons l'expression « juristes-sociologues » à Andrée Lajoie¹⁵⁶ mais plus largement nous mentionnerons des contributions de juristes qui, sans pouvoir être nécessairement qualifiés de sociologues, ont abordé la question du pluralisme juridique. Nous commencerons par les juristes dont l'œuvre fait, à toute fin pratique, abstraction du droit du travail (a). La subdivision suivante sera consacrée à un juriste qui a été un praticien du droit du travail sur lequel il continue toujours de réfléchir et de produire le résultat de ses études, Harry Arthurs (b)¹⁵⁷.

a) *Le pluralisme des juristes sans le droit du travail*

Jean-Guy Belley, dans son article du *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, commente les contributions des « sociologues du droit dont la formation fut principalement juridique » et mentionne qu'« on perçoit souvent une propension à conférer un statut supérieur au droit de l'État par rapport aux autres ordres juridiques ». Il ajoute le constat suivant : « On note également une tendance à restreindre l'intérêt scientifique de la notion de pluralisme juridique à son apport pour une compréhension critique du droit étatique conçu comme objet d'étude privilégié sinon exclusif.

Il synthétise ensuite les approches de Jean Carbonnier et d'André-Jean Arnaud et explique la place de l'infra-droit dans ces théories : Jean Carbonnier « hésite à parler de pluralisme juridique chaque fois qu'on se trouve en présence d'un cadre de droit correspondant à un groupe particulier, car les « ordres juridiques mineurs »¹⁵⁸ seraient généralement pris en compte sinon autorisés et créés par le droit étatique ». Il trouve donc le pluralisme juridique dans l'**infra-**

¹⁵⁶ Andrée LAJOIE, Université de Montréal. Centre de recherche en droit public et Canada. Commission royale sur les peuples autochtones, *Le Statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme : étude réalisée au Centre de recherche en droit public pour la Commission royale sur les peuples autochtones*, coll. « Droit aussi... », Montréal, Les Éditions Y. Blais inc., 1996, p. 10.

¹⁵⁷ Nous réservons la dernière subdivision de la première section de ce chapitre aux recherches récentes conduites dans le cadre du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal et du Centre interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT), recherches mariant le pluralisme juridique et le droit du travail.

¹⁵⁸ On notera le caractère significatif de l'expression.

droit¹⁵⁹. Dans ce même dictionnaire, André-Jean Arnaud signe un article sur la notion d'infra-droit.

Les deux définitions suivantes sont énoncées :

1. Ensemble de phénomènes qui, parmi les phénomènes de mœurs, tirent de leur proximité, de leur ressemblance avec le droit, une coloration particulière, formant ainsi un système autonome de règles et de conduites en l'absence d'une sanction légale. (Carbonnier)

2. Tout ce qui, n'étant pas droit au sens strict (droit étatique ou régulation reconnue comme droit par l'État), participe néanmoins au phénomène juridique *lato sensu* (Arnaud).¹⁶⁰

Dans le commentaire qui suit la définition, André-Jean Arnaud éclaire davantage la raison de son concept d'infra-droit : « L'analyse première de ce concept dérive d'une théorie du droit fondée sur l'idée que toute source juridique officielle émane de l'État »¹⁶¹.

Il est intéressant de constater que la conception de l'infra-droit d'Arnaud couvre des éléments de culture juridique qui rejoignent, il nous semble, l'expérience de la justice et des aspects du droit inorganisé théorisé par Gurvitch. Il comprend la pensée juridique et les opinions. Il comprend par ailleurs des phénomènes de « polysystémie simultanée », un système parallèle de normes existant par rapport au droit positif et pouvant s'avérer un facteur de déviance¹⁶².

Au sujet de ces théories du pluralisme juridique, Jean-Guy Belley conclut avec lucidité:

Malgré leurs mérites incontestables pour l'analyse du droit étatique et de la pensée juridique, les conceptions influencées par la formation juridique de leurs auteurs mènent à une définition réductrice de la problématique du pluralisme juridique. Elles tendent

¹⁵⁹ J.-G. BELLEY, préc., note 1, p. 448.

¹⁶⁰ André-Jean ARNAUD, « Infra-droit », dans André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, à la page 300.

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² J.-G. BELLEY, préc., note 1, p. 448.

d'abord à sous-estimer l'importance scientifique de l'étude des cadres de droit non étatiques et à minimiser leur dynamisme propre [...].¹⁶³

On peut s'interroger toutefois au sujet de la position de Jean-Guy Belley et se demander si, influencé par sa formation juridique, il ne réduit pas parfois la problématique du pluralisme juridique. Nous nous référons au fait qu'en ébauchant une analyse du phénomène de centralisation du droit il recourt à la notion d'« **étatisation du droit** »¹⁶⁴. Ce concept ne nous semble pas en général rendre compte de l'intervention étatique auprès des ordres juridiques non étatiques. Il faut dire toutefois qu'une des conclusions importantes de sa magistrale thèse est que « la problématique du pluralisme juridique devrait se concentrer sur l'étude de la dynamique centralisation/décentralisation du droit ». Il exprime donc ainsi le besoin important d'approfondir cette question.

Dans la première version d'un article plus récent, Jean-Guy Belley recourt à son tour à la notion d'infra-droit. Il nous semble toutefois que ce que recouvre son concept est éloigné de ceux de Carbonnier et Arnaud. Il regroupe :

[t]oute la production juridique des instances étatiques ou para-étatiques qui n'a pas le statut de législation [...] les règlements [...] de l'administration [...]; [...] la réglementation produite par les collectivités locales, les sociétés d'État, les ordres professionnels [...], les

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ *Id.*; Jean-Guy BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) XVIII *Sociologie et sociétés* 11, 17-18. Une lecture attentive des éléments d'évaluation de l'approche du pluralisme juridique de Gurvitch et de Weber, à partir du bas de la page 17, montre que Jean-Guy Belley regroupe sous le terme « étatisation » toutes les interventions étatiques d'encadrement des champs d'activité sociale. Ce qu'il écrit au sujet du droit du travail est significatif : « Le droit social des entreprises autogérées a cédé devant le droit étatique du travail construit sur la base d'un mélange de normes minimales décrétées par l'État et de conventions collectives homologuées par lui ». À notre avis une telle vision ne rend pas compte de la réalité. Le mouvement syndical a joué un énorme rôle en ce qui a trait aux normes minimales souvent précieuses et l'homologation des conventions collectives n'existent pas dans notre droit des rapports collectifs du travail; il s'agit d'un lointain souvenir. Au Québec, à notre avis, le droit général des rapports collectifs du travail est bien davantage proche de la formule équilibrée que propose Sinzheimer. Nous ne serions pas prêt à affirmer la même chose des rapports collectifs des secteurs public et parapublic auxquels la notion d'étatisation pourrait s'appliquer. Nous reviendrons sur cette question dans le deuxième chapitre de cette thèse.

Nous serions porté à attribuer l'erreur de Jean-Guy Belley au sujet de l'homologation des conventions collectives dans une perspective Luhmannienne, les communications entre le droit commun et le droit du travail étant peu développées à cause d'un phénomène de clôture. Nous reviendrons au cours de ce chapitre sur ce type de phénomène.

statuts [...] des organisations et associations privées dotées de la personnalité juridique [...].¹⁶⁵

Ce développement de son analyse étonne par son aspect de forte hiérarchisation du droit sinon de disqualification du statut de droit de nombreux et précieux instruments d'organisation sociale. Pourtant il nous semble qu'on ne dispose toujours pas de la théorie relative à la problématique centralisation/décentralisation qui éclairerait cette position. Par ailleurs, comme nous l'avons déjà signalé dans ce même article, Jean-Guy Belley valorisait le « statut de paradigme dans le protocole de recherche d'une sociologie empirique du droit soucieuse de rendre compte des règles et des ordres juridiques qui ne doivent pas leur existence à l'intervention d'un organe de l'État, des rapports de collaboration ou de conflit entre les normes ou systèmes de normes, de l'interaction dynamique entre l'expérience vécue de la justice et les prescriptions du droit organisé dans la genèse comme dans la performance des règles juridiques »¹⁶⁶. Nous sommes portés à penser, au sujet de cette position sur l'infra-droit, que l'idéologie moniste latente du juriste et du doctorant dirigé par le professeur Carbonnier revient parfois à la surface du discours. Nous ne voulons pas réduire toutefois l'évolution de la démarche du professeur émérite Belley. Il faut peut-être rappeler qu'un numéro de la *Revue canadienne droit et société* analyse et commente ce cheminement. Dans leur « Introduction », Michel Coutu et Pierre Guibentif écrivent, commentant le lien de ce cheminement avec les développements sociaux des dernières décennies :

Alors que la dynamique des expériences locales semble s'atténuer, les foyers d'initiative se multiplient dans le monde des grands acteurs organisés. C'est de cette multiplicité des foyers d'initiative organisée qu'entend prendre en compte le pluralisme juridique défendu par Jean-Guy Belley dans ses travaux plus récents [...]

[...] après s'être inquiété des effets d'une logique étatique moniste sur des réalités sociales spontanées plurielles, il porte désormais son attention sur les effets sur celles-ci de la dynamique organisationnelle plurielle [...]. Des effets [...] qui éveillent son scepticisme maintenant face aux phénomènes normatifs qui sont parvenus récemment à concurrencer

¹⁶⁵ J.-G. BELLEY, préc., note 69, p. 140-141. Ce texte n'est pas repris tel quel dans la seconde version de l'article; l'approche de l'infra-droit y est plutôt esquissée. Préc., note 69, p. 264.

¹⁶⁶ J.-G. BELLEY, préc., note 69.

sérieusement, pour ne pas dire dominer, le droit étatique. Désenchantement, donc de la pensée juridique critique.¹⁶⁷

Le texte introductif reprend le commentaire éclairant de Guibentif dans l'étude qui suit cette introduction :

[...] la vocation de l'auteur n'est plus de promouvoir une conception de la réalité susceptible de permettre un meilleur travail scientifique, mais bien plutôt de montrer les liens qui se sont créés tout récemment et subrepticement entre cette et un type spécifique de pratique sociale, l'activité des grandes organisations.¹⁶⁸

Nous reviendrons au début de la deuxième section de ce chapitre sur l'approche du pluralisme que nous adoptons et sur notre position par rapport au nouveau pluralisme de Jean-Guy Belley.

Il faut ajouter aux auteurs qui précèdent les contributions significatives de deux autres juristes : Jacques Chevallier et Masagi Chiba¹⁶⁹.

Après la traduction française en 1975 de l'*Ordre juridique* de Santi Romano, Jacques Chevallier a repris cette idée « d'une manière différente et originale » comme le mentionne Guy Rocher¹⁷⁰. Il est intéressant de constater que Jacques Chevallier établit le lien, à notre avis important, entre l'approche de Gurvitch relative aux ordres juridiques au sein du droit social et la théorie de Santi Romano. Au sujet du rôle de la relevance dans les relations entre les ordres juridiques, il écrit :

[...] l'étude des différents « titres » ou « manifestations de relevance entre les ordres juridiques, c'est-à-dire de l'importance qu'ils ont respectivement les uns pour les autres permet de mettre en évidence l'inégalité des positions qu'ils occupent. Mais la relevance ne saurait être entendue comme aboutissant à la restauration de l'unité de l'ordre juridique au profit de l'État : il n'est pas d'institution si vaste qu'elle éprouve le besoin de donner la relevance à tous les rapports sociaux; et un certain nombre d'ordres juridiques sont dépourvus de toute relevance pour l'ordre étatique [...]. La pluralité des ordres est

¹⁶⁷ Michel COUTU et Pierre GUIBENTIF, « Introduction : Le désenchantement de la pensée juridique critique ? », (2011) 26 *Revue canadienne droit et société* 215, 217.

¹⁶⁸ *Id.*, p. 220.

¹⁶⁹ Les contributions de Michel Coutu et Guylaine Vallée seront abordées à la fin de cette partie, dans le passage sur des recherches subventionnées conduites au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal (CRDP) et au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT).

¹⁷⁰ G. ROCHER, préc., note 3, p. 132-133.

donc corrigée par un principe d'agencement et de structuration, qui varie selon les sociétés et assure une certaine cohésion sociale.

Assortie de cet important complément la thèse pluraliste paraît être la seule à pouvoir rendre compte de la dynamique juridique [...]. (nos soulignements)

Un autre aspect qui nous semble enrichir la théorie en introduisant une distinction nécessaire et en ouvrant des perspectives nouvelles d'analyse, est son approche à l'effet que l'ordre juridique est « structuré et informé par l'ordre social auquel il appartient et dont il est un « sous-ensemble » ou un sous-système [...] la structuration de l'ordre social » étant « de son côté marquée par le **rôle institutionnalisant de l'ordre juridique** »¹⁷¹.

Par rapport à Romano, Jacques Chevallier centre son approche davantage sur les règles et les normes. Une autre différence fondamentale avec Romano qui nous semble porter aussi la marque d'une théorie influencée par la formation juridique de Jacques Chevallier est qu'il ne considère pas les ordres juridiques comme un fait d'observation et qu'il en limite substantiellement la portée pour l'étude scientifique du droit¹⁷².

Le juriste japonais Masagi Chiba « a proposé une série de concepts qui affinent l'analyse classique de type pluraliste »¹⁷³. Nous commenterons ici ceux qui sont pertinents pour notre démarche. Il a développé les notions de droit officiel, de droit non officiel et de postulats juridiques.

Le **droit officiel** est un système juridique sanctionné par l'autorité légitime d'un pays et peut comprendre le droit de l'État, le droit religieux, le droit des minorités et des associations. Le droit officiel n'est donc pas réduit au droit étatique.

¹⁷¹ *Id.*, p. 133. Jacques CHEVALLIER, « L'ordre juridique », dans Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (C.I.R.A.P.P.) (dir.), *Le droit en procès*, Paris, P.U.F., 1983, p. 7-49, à la page 46,47 et 48. Le lien avec la théorie de Gurvitch est établi aux pages 45 et 46. Nous avons critiqué à la note 45 la citation hors contexte de la phrase célèbre : « L'État est un petit lac... ». On notera, à la page 46 du texte de Chevallier, sa compréhension fine de l'idée de Gurvitch : « [...] l'ordre juridique étatique n'apparaît que comme “un cercle restreint de droit” [...] ».

¹⁷² G. ROCHER, préc., note 3, p. 133-134.

¹⁷³ N. ROULAND, préc., note 40, p. 93. Norbert Rouland consacre les pages 93 à 95 aux théories De Masagi Chiba. Nous nous sommes inspirés de son analyse.

Le **droit non officiel** comprend les systèmes juridiques qui n'ont pas reçu cette sanction, mais qui font l'objet d'un consensus d'un groupe social; pour être considéré droit non officiel, un tel système doit apporter une modification au droit officiel. Nous sommes ici proche de la polysystémie simultanée d'Arnaud mais dans une perspective théorique qui, contrairement à celle de l'infra-droit, n'est pas infériorisante.

Enfin, il propose la notion de **postulats juridiques** : des principes ou des valeurs reliés à un droit officiel ou non officiel qui lui servent de fondement, de légitimation et déterminent ses orientations¹⁷⁴. Cette notion nous apparaît un outil utile d'analyse.

Masagi Chiba nous semble, parmi les juristes, partager avec Harry Arthurs l'immense qualité d'une pensée sur le pluralisme juridique exempte de déformation centraliste. Évidemment l'importante contribution d'Harry Arthurs au droit du travail rend ses travaux particulièrement précieux pour notre recherche.

b) Une approche pluraliste du droit du travail : Harry W. Arthurs

Parmi les juristes des sociétés occidentales, Harry W. Arthurs nous apparaît comme une exception. Sa sensibilité à une société vraiment pluraliste en matière de droit origine probablement de sa fréquentation du droit du travail comme médiateur et comme arbitre¹⁷⁵. Sa « traversée » de l'histoire de la justice administrative de l'Angleterre du 19^e siècle¹⁷⁶ a sans doute été un formidable apprentissage du pluralisme. Il a développé une théorie du droit du travail dans

¹⁷⁴ *Id.*, p. 93-94

¹⁷⁵ Dans sa conférence, lors du « 16th Annual Labour Arbitration Conference » en juin 1998, Harry Arthurs rappelle sa carrière d'arbitre et l'importance de l'arbitrage des griefs dans sa théorie de la citoyenneté industrielle.

Harry W. ARTHURS, « The new Economy and the New Legality : Industrial Citizenship and the Future of Labour Arbitration », (1999) 7 *C.L.E.L.J.* 44, 45-46.

Dans l'« Introduction » à l'édition française de *L'ordre juridique* de Santi Romano, Ph. Francescakis, directeur de recherche au Centre national de recherche scientifique, met en lumière que le professeur François, un des deux traducteurs, enseigne le droit du travail et que sa pratique est donc propice pour accéder à la pensée pluraliste de Santi Romano. Il mentionne : « Comme tout spécialiste contemporain de cette discipline, il s'est senti à l'étroit dans la systématique étatiste – et initialement purement civiliste – de la matière ». S. ROMANO, préc., note 99, p. xiv-xv.

¹⁷⁶ Harry W. ARTHURS, « Without the law » *Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.

une perspective de pluralisme juridique et il a orienté ses études vers les changements produits par la nouvelle économie et la globalisation, ce qui rend ses travaux encore plus précieux pour notre démarche.

– Les paradigmes du droit : le centralisme et le pluralisme juridiques

Soulignons d'entrée de jeu qu'Harry Arthurs est conscient qu'un paradigme peut être conforme à la réalité ou la déformer; il écrit : « Paradigms are drawn from life and are descriptive (or misdescriptive) of it »¹⁷⁷.

En 1985, alors qu'il vient de publier son étude relative à l'Angleterre du 19^e siècle, il publie un article par lequel il se positionne dans le débat sur le pluralisme industriel¹⁷⁸. Nous croyons important, compte tenu en particulier du sujet de notre thèse, de préciser brièvement en quoi consiste le pluralisme industriel. Une bonne description de ce paradigme a été donnée par Katherine van Wezel Stone dans un article bien connu au sujet de l'« héritage » de cette approche :

Industrial pluralism is based on a simple metaphor: that collective bargaining is industrial self-government. Management and labor are like political parties in a representative democracy – each represents its own constituency and as in a legislature, engage in debate and compromise. Thus management and labor together determine wages and working conditions to a legislative type process. These rules are embodied in the collective bargaining agreement, which the industrial pluralist metaphor calls a statute and a constitution.¹⁷⁹

Harry Arthurs oppose à cette approche empreinte de rhétorique déformatrice une conception descriptive du pluralisme juridique très ancrée dans un fait fondamental de société qu'il considère en être la cause :

¹⁷⁷ *Id.*, p. 3.

¹⁷⁸ Harry W. ARTHURS, « Understanding Labour Law : The Debate over “Industrial Pluralism” », (1985) 38 *Current Legal Problems* 83. Sur le pluralisme industriel, voir : Katherine Van Wezel STONE, «The Legacy of Industrial Pluralism : The Tension Between Individual Employment Rights and the New Deal Collective Bargaining System », (1992) 59 *The University of Chicago Law Review* 575. Guylaine VALLÉE, « Le droit du travail comme lieu de pluralisme juridique », dans Céline SAINT-PIERRE et Jean-Philippe WARREN (dir.), *Sociologie et société québécoise*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 241-265, à la page 245.

¹⁷⁹ K.V.W. STONE, *id.*, p. 22.

[...] I suggest, we ought to treat pluralism as a description only, a description which captures the complexity, heterogeneity and internal diversity of all social organisations, of all economic regimes, of all legal systems. Its cause as I will try to show is precisely the inability of overarching normative regimes to penetrate and transform all contexts, such as places of work and the persistent tendency of such contexts themselves to generate and enforce distinctive norms expressing values which are at least in some respects, different from those of the encompassing society.

Because I am proposing that we use “pluralism” in a different sense from the way it has been use in the debate over industrial pluralism I shall have to harness it to a distinguishing adjective, the one that seems the most appropriate is “legal” pluralism. My justification for that choice is threefold. First the debate over industrial pluralism is, in significant measure, a debate over the possibility and desirability of using law to advance public policies and group interest. Secondly there exists already a reasonably well developed literature of legal pluralism, although it is seldom referred to in debate over industrial pluralism. And thirdly, I believe that a legal pluralist analysis of industrial relations may contribute to more general understanding of “current legal problems”¹⁸⁰ beyond the sphere of industrial relations [...].¹⁸¹

Revenons donc aux deux paradigmes : centralisme et pluralisme juridiques. Il souligne l’importance d’articuler bien davantage les présupposés centralistes et pluralistes : « Centralist or pluralist assumptions, often not made explicit, lie beneath many contemporary legal policy proposals and intellectual controversies. A much fuller articulation of these assumptions is need if we are to see clearly and judge wisely »¹⁸².

Les tendances centralistes présentes au Canada, comme en Angleterre et aux États-Unis, se manifestent par la valorisation de l’hégémonie de la loi formelle et de la position centrale des professionnels du droit dans le système juridique¹⁸³. Dès le début de son étude sur la justice administrative dans l’Angleterre du 19^e siècle, il souligne les liens importants entre la pensée centraliste et les intérêts des avocats :

One can understand that lawyer’s expertise in the formal rules and their manipulations makes the centralist paradigm particularly attractive to them. It provides a basis for their

¹⁸⁰ Comme on pourra le constater à la note suivante « Current Legal problems » est le nom de la revue dans lequel cet article est publié.

¹⁸¹ H. W. ARTHURS, préc., note 178, p. 85.

¹⁸² H. W. ARTHURS, préc., note 176, p. 189.

¹⁸³ *Id.*

monopoly over legal services and for the economic and psychic rewards of that monopoly.¹⁸⁴

Ce constat, par un éminent avocat, du lien entre l'idéologie centraliste et la position économique et sociale des avocats, nous semble d'une grande importance.

Cependant le paradigme centraliste échoue à la fois « comme description et explication ». Il ne tient pas compte de l'éventail des réponses des acteurs sociaux aux normes législatives et aux décisions des tribunaux; il ne couvre pas le phénomène familier des normes qui émergent d'autres institutions comme les universités, les bureaucraties privées, les communautés ethniques et religieuses et les réseaux commerciaux établis. Il ne rend pas compte des normes implicites et des processus juridiques informels. Le pluralisme juridique tente de rendre compte des phénomènes qui non seulement comprennent, mais également expliquent ces différentes manifestations communément observées. Pour ce faire, le pluralisme juridique rejette l'idée que l'État seul produit le droit¹⁸⁵. Le pluralisme juridique est donc une voie qu'il faut suivre pour décrire et expliquer le droit et les phénomènes juridiques. Harry Arthurs est toutefois aussi conscient que les conceptions des rapports entre le droit et la société qui sont sous-jacentes aux pluralismes juridiques comme celles qui sont sous-jacentes au centralisme juridique peuvent être empreintes d'idéologie. Elles peuvent devenir des pratiques qui façonnent les systèmes juridiques, qui en pétrissent les divers aspects¹⁸⁶.

Ceci évidemment s'applique au droit du travail :

The “web of rules”¹⁸⁷ governing the complex and dynamic relationship we call employment includes strands of state law, to be sure, but also explicit contracts and implicit understandings, custom and usages, patterned behaviour, cultural assumptions, power relations, and technological imperatives [...].

[...] In various societies, at various times, collective bargaining has been tolerated, encouraged, licensed, regulated, or co-opted by the state. But the most distinctive feature of collective bargaining is not its nexus with the state; rather it is that collective

¹⁸⁴ *Id.*, p. 4.

¹⁸⁵ H. W. ARTHURS, *id.*, p. 85-86.

¹⁸⁶ Pour le centralisme juridique : *id.*, p. 4.

¹⁸⁷ Cette expression est pourvue d'une référence à *The Industrial Relations System* de J.T. Dunlop.

bargaining relies upon employers and workers to generate and enforce the norms which govern workplace behaviour.¹⁸⁸ (notre soulignement)

L'arbitrage des griefs joue un rôle central pour permettre la mise en œuvre de ces normes qui régissent le milieu de travail. Cette voie de mise en œuvre serait toutefois menacée dans le contexte de la « nouvelle économie » et des transformations du droit (« new legality »).

– La nouvelle économie et les transformations du droit

La nouvelle économie selon Harry W. Arthurs comprend trois phénomènes reliés : la globalisation, les changements technologiques et la crise de l'État providence. Les transformations du droit intensifient ces processus. La globalisation engendre une érosion de la puissance étatique, un affaiblissement de la réglementation des activités économiques et une réduction de l'interventionnisme social. L'idéologie néo-libérale combat l'allocation de ressources pour la mise en œuvre des politiques législatives et, en général, pour le fonctionnement adéquat de l'État. La puissance des États étant réduite, la contribution positive du droit du travail étatique est affaiblie et peut disparaître. Le droit du travail est également profondément affecté par les traités commerciaux internationaux.

Les changements technologiques et la crise de l'État providence sont moins directement pertinents pour le pluralisme juridique. En ce qui a trait aux transformations du droit, la *Charte canadienne des droits et libertés* est considérée par Harry W. Arthurs comme une manifestation de centralisme juridique. Signalons deux traits importants sinon fondamentaux de sa pensée à ce sujet.

¹⁸⁸ Harry W. ARTHURS, « Labour Law without the State », (1996) 46 *University of Toronto law Journal* 1. On pourra noter combien l'approche est différente de celle de Jean-Guy Belley; rappelons que dans un article tiré de sa thèse, il écrit au sujet du droit contemporain du travail : « Le droit social des entreprises autogérées a cédé devant le droit étatique du travail construit sur la base d'un mélange de normes minimales décrétées par l'État et de conventions collectives homologuées par lui ». J. G. BELLEY, préc., note 164, p. 18. Voir cette note. Il nous semble clair que cette brève description ne rend absolument pas compte de la réalité, les conventions collectives ne détenant nullement leur validité d'une homologation de l'État (le seul dépôt de la convention collective est nécessaire) : *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, art. 72.

D'abord au sujet des changements que la Charte opère sur le droit du travail : Bernard Adell situe Harry Arthurs dans un courant de pensée relatif au droit du travail qu'il appelle « Le pouvoir de contrepoids réglementé » :

La juridiction des cours de droit commun sur les questions de travail devrait être réduite autant que la constitution le permet. Par contre des pouvoirs réglementaires étendus devraient être accordés aux commissions des relations du travail et aux arbitres de griefs.¹⁸⁹

Selon ce courant de pensée « le principal danger à l'heure actuelle » (1988) « réside dans la Charte, avec l'importance qu'elle accorde au pouvoir judiciaire et la menace qu'elle représente d'un accroissement important des activités de nature judiciaire »¹⁹⁰.

Harry Arthurs dans un article important avait proposé le développement de la citoyenneté industrielle comme un objectif et un défi pour le second siècle du Canada¹⁹¹. La citoyenneté industrielle est une des manifestations de l'autonomie de l'organisation des travailleuses et travailleurs et du pluralisme juridique. Une trentaine d'années plus tard, Harry Arthurs déclare la mort de cet idéal sinon de cette réalité à cause des transformations de l'arbitrage des griefs dans le cadre de la nouvelle économie et des nouveaux développements du droit, en particulier de la *Charte canadienne*¹⁹². Cependant Michel Coutu a examiné la thèse en question dans une perspective critique, tout en soulignant la richesse de la problématique soulevée. Il a recouru à une étude empirique sur la mise en œuvre de la norme d'égalité à laquelle il avait participé et fait ressortir que les arbitres de griefs exerçaient leur mission sans être écrasés ou transformés par l'autorité des Chartes¹⁹³.

¹⁸⁹ Bernard ADELL, « Le droit et les relations industrielles dans les juridictions canadiennes de *common law* », dans Hern C. JAIN, Gérard HÉBERT, Noah M. MELTZ (dir.), *L'état de la discipline en relations industrielles au Canada*, vol. 19, Montréal, École de relations industrielles, Université de Montréal, 1988, p. 131, à la page 146.

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ H. W. ARTHURS, « Developing Industrial Citizenship. a Challenge for Canada's Second Century », (1967) 45 *Can. Bar.Rev.* 786.

¹⁹² H.W.ARTHURS, préc., note 175.

¹⁹³ Michel COUTU, « Industrial Citizenship, Human Rights and the Transformation of Labour Law. A Critical Assesment of Harry Arthurs' Legalization Thesis », (2004) 19 *Revue canadienne de droit et société* 73. Voir p. 77 pour une brève présentation de la recherche empirique.

Un second aspect, à notre avis beaucoup plus inquiétant, de l'effectivité de la Charte¹⁹⁴ qu'Harry Arthurs met en lumière est l'effet produit sur l'organisation même des travailleuses et des travailleurs. Il exprime sa pensée avec vigueur dans le texte qui suit tiré d'un numéro spécial de la revue *Les Cahiers de droit* consacré à la question de la constitutionnalisation du droit du travail, texte qui n'a pas à notre avis été pris suffisamment en compte dans l'Épilogue de cette publication¹⁹⁵ :

[...] any legal gain the Charter has brought to workers or poor people have accrued to them as women, people of colour, disabled people, gays, aboriginal peoples and so on. Moreover since the Charter was enacted, social and political mobilization occurs with increasing frequency around these Charter categories, rather than by virtue of "labour" or "working class" solidarity. While no doubt mobilization around identities had led to some improved legal rights and social benefits for members of these groups, even in an era of neo-liberalism, one unintended¹⁹⁶ consequence has been to distract attention from, if not actually to hasten, the disappearance of "labour" in all the sense mentioned above.¹⁹⁷

La signification mentionnée précédemment du terme « labour » est : « [...] industrial power [...] political force [...] socio-cultural category [...] »¹⁹⁸.

Ce constat est d'une importance, à notre avis, centrale pour les rapports juridiques et sociaux dans les milieux de travail et nous avons l'intention d'en approfondir la signification au cours de notre recherche. Nous le ferons dans la deuxième partie, au chapitre 3, à la suite de l'examen

¹⁹⁴ Il nous apparaît évident que le constat d'Harry Arthurs peut s'appliquer à la *Charte québécoise*, mais il est permis de présumer qu'on découvrira, à ce sujet, une plus grande intensité compte tenu du puissant appareil mis en place pour son application et sa promotion et des puissants moyens mis à la disposition de l'individu qui veut se plaindre.

¹⁹⁵ Pierre VERGE, « La "constitutionnalisation" du droit du travail : perte ou salut de son âme », (2007) 48 *Les Cahiers de droit* 323.

¹⁹⁶ Même si nous trouvons que ce texte éclaire avec puissance un aspect de l'effectivité de la *Charte*, nous croyons qu'avant d'affirmer que cet effet n'était pas attendu, il faudrait produire une analyse de l'élaboration de cette politique constitutionnelle tenant pleinement compte des aspects idéologiques et de tous les éléments pertinents.

¹⁹⁷ Harry ARTHURS, « Labour and the "Real" Constitution », (2007) 48 *Les Cahiers de droit* 43, 47.

¹⁹⁸ *Id.*, p. 45.

dans une perspective historique de l'évolution de l'approche de la norme d'égalité et de sa mise en œuvre¹⁹⁹.

La pensée juridique pluraliste d'Harry Arthurs, ancrée dans une solide connaissance et expérience du droit et, en particulier du droit du travail, sera une précieuse source pour l'étude que nous envisageons de conduire.

Si la sociologie influencée par la formation juridique a souvent sous-estimé l'importance scientifique des cadres de droit non étatiques et leurs dynamismes, les anthropologues, comme nous l'avons évoqué, ont découvert le pluralisme juridique sur le terrain, ce qui a enraciné leur engagement scientifique pour une réalité constatée et assimilée comme faisant partie de l'ontologie du droit. Comme nous l'avons dit, ils ont été souvent à la recherche d'une approche « capable d'appréhender le phénomène pluraliste dans son universalité »²⁰⁰, ce qui n'a pas toujours produit des résultats convaincants, mais a été à l'origine de la théorie importante des champs sociaux semi-autonomes.

2. Les anthropologues du droit

Nous ne nous attarderons pas sur les approches de M. G. Smith²⁰¹ et L. Pospisil²⁰², ce type de tentative théorique nous semblant de peu d'utilité pour notre démarche à la suite de la prise en compte des commentaires critiques produits par des anthropologues dont la connaissance du pluralisme est notoire²⁰³.

¹⁹⁹ Nous examinerons, à ce stade, un autre aspect de l'effectivité de la *Charte canadienne*, son effet sur l'affirmation des libertés et droits syndicaux.

²⁰⁰ N. ROULAND, préc., note 40. Norbert Rouland mentionne les contributions de M. G. Smith, L. Pospisil et S. Falk Moore comme « les plus importantes ».

²⁰¹ M. G. SMITH, « Some Developements in the Analytic Framework Pluralism », dans Leo KUPER et Michael Garfield SMITH (dir.), *Pluralism in Africa*, Berkeley, University of California Press, 1969, p. 415-458.

²⁰² Leopold Jaroslav POSPISIL, *Anthropology of Law : a Comparative Theory*, N.Y., Harper, 1971.

²⁰³ J. GRIFFITHS, préc., note 70, p. 15-18. N. ROULAND, préc., note 40, p. 85-86.

Nous nous arrêterons toutefois à la théorie de Sally Falk Moore dont le succès ne se dément pas et qui offre un intérêt important, il nous semble, pour une théorie des ordres juridiques. Sally Falk Moore se réfère d'ailleurs à l'ordre juridique wébérien :

Much as we may agree [...] that force, legitimately applied (or the threat of its application) is a useful criterion for distinguishing legal norms from others for certain analytic purposes, an emphasis on the capacity of the modern state to threaten to use physical force should not distract us from the other agencies and modes of inducing compliance [...]. Though the formal legal institutions may enjoy a near monopoly on the legitimate use of force, they cannot be said to have a monopoly of any kind on the various forms of effective coercion or effective inducement. It is well established that between the body politic and the individual there are interposed various smaller organised social fields to which the individual "belongs" these social fields have their own customs and rules and the means of coercing or inducing compliance [...]. They have what Weber called a "legal order".²⁰⁴ (notre soulignement)

Norbert Rouland avait déjà commenté ainsi cette théorie :

La théorie de S. Falk Moore a fait l'objet dès sa première formulation (1973) d'un accueil favorable dans le milieu des anthropologues du droit. [...] elle est applicable aux sociétés modernes aussi bien que traditionnelles : S. Falk Moore s'appuie d'ailleurs sur des enquêtes effectuées dans des groupes aussi éloignés que les Chagga de Tanzanie et le milieu de l'industrie du prêt à porter féminin à New York.

S. Falk Moore substitue au concept habituel de sous-groupe » (systèmes et niveaux juridiques de Pospisil, associations d'Ehrlich) celui de « *champ social semi-autonome* » qui peut ou non se confondre avec un sous-groupe : « Le champ social semi-autonome est défini [...] par un caractère de type processuel résidant dans le fait qu'il peut donner naissance à des normes et assurer par la contrainte ou l'incitation leur application.²⁰⁵

²⁰⁴ Sally Falk MOORE, « Law and Social Change : The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », (1973) *Law and Society Review* 719, 720-721. L'expression « body politic » peut rappeler le langage de Weber mais semble concéder un monopole du politique aux ordres juridiques étatiques. Un tel langage ne peut à notre avis plus être tenu avec l'expérience des grandes centrales syndicales, des grandes fédérations coopératives comme les fédérations des caisses populaires et de beaucoup d'autres organisations. Le politique est la vie quotidienne du gouvernement de ces organisations.

²⁰⁵ N. ROULAND, préc., note 40, p. 86-87.

Sally Falk Moore définit ainsi la notion de semi-autonomie : « the fact that it can generate rules and customs and symbols internally, but that it is also vulnerable to rules and decisions and other forces emanating from the larger world by which it is surrounded »²⁰⁶.

Dans son article précité, Griffiths, après avoir examiné les approches du pluralisme en particulier de Vanderlinden, Pospisil, Smith et Ehrlich, tire la conclusion suivante :

The strength of Moore's approach, as compared with the others considered, lies in her appreciation of the complexity of the social situation in which law find its working, in the freedom of her approach from hierarchical, centralist, whole society preconceptions, and in her emphasis on the continuous variables autonomy of social fields. Also important is her emphasis on the dynamic aspect of partial autonomy, that is, the tendency of a self-regulating social field "to fight any encroachment on autonomy previously enjoyed" and the way in which the structure of the whole society at any given moment can be seen as pattern and network of "areas of autonomy and modes of self-regulation".²⁰⁷

Il est toutefois à notre avis de la plus grande importance de noter les dernières lignes de la conclusion de l'article de Sally Falk Moore :

[...] there are occasions when, though recognising the existence of and common character of binding rules at all levels, it may be of importance to distinguish the sources of the rules and the sources of effectiveness inducement and coercion. This is the more so in a period when legislation and other formal measures-judicial, administrative, and executive-are regularly used to try to change social arrangements. The place of state-enforceable law in ongoing social affairs, and its relation to other effective rules needs much more scholarly attention. Looking at complex societies in terms of semi-autonomous social fields provides one practical means of doing so.²⁰⁸ (notre soulignement)

Il importe de noter que Sally Falk Moore présente son approche comme une des voies pour des études qui couvrent le droit étatique et ses relations avec du droit provenant d'autres sources.

²⁰⁶ S. F. MOORE, préc., note 204, p. 720.

²⁰⁷ J. GRIFFITHS, préc., note 70, p. 36. Les extraits du texte de Moore sont tirés de l'édition de 1978. Sally Falk MOORE, « Law and Social change : the Semi-autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », dans Sally Falk MOORE, *Law as Process : An Anthropological Approach*, London, Boston, Routledge & K. Paul, 1978, p. 78-80.

²⁰⁸ S. F. MOORE, préc., note 204, p. 745. John Griffiths écrit sous la rubrique « What is "Legal Pluralism" ? » : « Pursuing Moore's analysis to its conclusion and rejecting her last-minute lapse into legal centralism, [...] ». J. GRIFFITHS, préc., note 70, p. 38. Nous interprétons ce commentaire comme un rejet de la position tenue dans le texte que nous venons de citer.

Soulignons, en terminant cette brève analyse de la théorie des champs sociaux semi-autonomes, que Harry Arthurs l'a intégrée à son analyse de la justice administrative et du pluralisme juridique dans l'Angleterre du 19^e siècle²⁰⁹.

Enfin, Étienne Le Roy, à la fin de la partie éditoriale de son texte introductif de l'édition des *Cahiers d'anthropologie du droit* consacrée aux pluralismes juridiques, prenant ses distances de l'individualisme méthodologique de Roderick A. Macdonald, écrit :

[...] notre différence et divergence tient au fait que ce n'est pas l'individu en soi que nous considérons mais l'acteur, cet individu inscrit dans la société par de multiples appartenances, jouant dans chacun des collectifs un rôle particulier où il se voit reconnaître des droits et obligations qui sont spécifiés par le mode de régulation propre à chaque « champ social semi autonome » selon la fameuse théorie de Sally Falk Moore.²¹⁰ (notre soulignement)

Ce texte est une appréciation relativement récente de la théorie de Sally Falk Moore par un éminent anthropologue.

Il nous semble évident que cette approche théorique, née de l'anthropologie du droit et si bien reçue par le milieu des anthropologues du droit, est venue enrichir l'approche scientifique du pluralisme juridique; nous ne pouvons éviter de la prendre en compte et elle peut être particulièrement utile pour l'examen de phénomènes relatifs au droit comme l'expérience collective de la justice.

John Griffiths s'est approprié la démarche de Sally Falk Moore et l'a poussée plus loin et, à notre avis, trop loin. Sa préoccupation d'une posture purement empirique peut peut-être expliquer sa position qui confine presque à l'exclusion du droit étatique. Ainsi il définit le droit (« What is law ? ») : « Law is the self-regulation of a semi-autonomous social-field »²¹¹ (soulignement de Griffiths).

Norbert Rouland a écrit à ce sujet :

²⁰⁹ H. W. ARTHURS, préc., note 176, p. 177-183.

²¹⁰ É. LE ROY, préc., note 151, p. 13.

²¹¹ J. GRIFFITHS, préc., note 70, p. 38.

[...] à l'heure actuelle (1987), c'est la théorie de Griffiths qui a poussé à son point le plus extrême la rupture avec l'État et son droit, [...] on peut se demander si, à force de repousser l'État toujours plus loin de la société, on ne finira pas par aboutir à une impasse théorique [...].²¹²

Par ailleurs John Griffiths met en lumière la complexité et l'enracinement sur le terrain de l'action normative effective. « What is Legal Pluralism » se termine sur cet important constat : « The law which is actually effective on the ground floor of society is the result of enormously complex and usually in practice unpredictable patterns of competition, interaction, negotiation, isolationism, and the like »²¹³.

En ce qui a trait à la conception du pluralisme de Griffiths, rappelons qu'il ne reconnaît pas comme pluralistes les régimes normatifs reconnus par l'État. Le fossé est donc énorme avec les positions de Gurvitch et de Romano.

Une de ses contributions les plus importantes est d'avoir affirmé que le centralisme juridique est une fiction, un mythe produit de l'idéologie et qu'une approche scientifique du droit ne peut qu'être pluraliste :

Legal pluralism is the fact. Legal centralism is a myth, an ideal, a claim, an illusion. Nevertheless, the ideology of legal centralism has had such a powerful hold on the imagination of lawyers and social scientist that its picture of the legal world has been able successfully to masquerade as fact and has formed the foundation stone of social and legal theory.²¹⁴

Il établit clairement son objectif que nous partageons de débloquer cette obstruction d'une idéologie qui ne correspond pas aux faits observables (« simple debunking as a necessary prolegomenon »). Pour reprendre ses termes, c'est là un nécessaire prolégomènes de l'étude du droit.

²¹² N. ROULAND, préc., note 40, p. 90.

²¹³ J. GRIFFITHS, préc., note 70, p. 39.

²¹⁴ *Id.*, p. 4.

L'influence de Griffiths est considérable. Comme le mentionne Étienne le Roy, certains l'ont appelé le « pape » du pluralisme²¹⁵. L'anthropologie du droit a permis de paver la voie d'une grande indépendance face à l'idéologie centraliste. C'est toutefois la sociologie du droit qui nous permettra le plus d'approfondir les rapports entre droit et société.

3. La sociologie du droit

Avançant toujours dans la perspective de la recherche d'un cadre théorique, nous laisserons de côté les apports des sociologues d'inspiration fonctionnaliste, de la sociologie des organisations ainsi que les approches de la sociologie marxiste pour nous centrer sur les travaux les plus prometteurs ou les plus importants dans le débat sur le pluralisme juridique. Nous retenons une théorie sociologique qui nous apparaît un apport fondamental pour notre démarche, la proposition de sociologie des ordres juridiques de Guy Rocher (a). Nous considérerons également le systémisme de Luhmann et de Teubner et ses liens avec la théorie des ordres juridiques (b).

a) La « sociologie des ordres juridiques »

Nous avons déjà présenté la conception wébérienne de l'ordre juridique et la théorie de Santi Romano. Guy Rocher propose « comme objet d'étude élargi de la sociologie juridique » l'ordre juridique qu'il définit²¹⁶ de la manière suivante :

1° un ensemble de règles, de normes sont acceptées comme au moins théoriquement contraignantes par les membres d'une unité sociale particulière, qu'il s'agisse d'une nation, d'une société, d'une organisation, d'un groupe, etc.;

2° des agents ou des appareils sont reconnus dans l'unité sociale comme étant spécialisés pour :

- élaborer de nouvelles règles ou modifier celles qui existent;
- interpréter les règles existantes;
- les appliquer et les faire respecter;

²¹⁵ É. LE ROY, préc., note 151, p. 14.

²¹⁶ Guy Rocher prend la peine de préciser « à l'intention du lecteur juriste qui serait peu familier avec la méthodologie sociologique que la définition en sociologie est de caractère **conventionnel** et **opératoire** et l'usage qui en est fait est explicatif plutôt que normatif. [...] La définition sociologique ressemble davantage à la construction de type pur de Max Weber ».

3° l'intervention des appareils ou agents est fondée sur une légitimité, c'est-à-dire que les membres de l'unité sociale considèrent que l'action de ces agents ou appareils est justifiée parce qu'ils leur reconnaissent l'autorité nécessaire pour faire ou interpréter ou appliquer les règles; concrètement cela signifie que les membres de l'unité sociale ont une conscience des rapports entre les règles et les appareils ou agents;

4° les trois fonctions énumérées en 2° peuvent être remplies par des agents ou des appareils différents ou par les mêmes. Ce qui est important cependant pour reconnaître l'existence d'un ordre juridique, c'est que ces trois fonctions – et non seulement une ou deux – soient exercées;

5° les règles et les agents ou appareils doivent faire preuve de stabilité dans le temps, d'une relative permanence. Ces règles ne doivent pas varier sans cesse et les agents être constamment relayés.²¹⁷

Guy Rocher considère comme fondamentale la conception de la juridicité qui se dégage de cette définition et il écrit :

Du point de vue sociologique, ce n'est pas dans l'univers des règles elles-mêmes qu'on peut déceler ce qui distingue le juridique du non-juridique, le droit du non-droit. *Ce qui fait qu'un ensemble de règles appartient au droit c'est qu'elles s'intègrent à un ordre juridique.* Plus précisément c'est qu'elles émanent d'un agent ou organisme autorisé, qu'elles peuvent être soumises à un agent ou organisme habilité à les interpréter, qu'elles peuvent être mises en œuvre par des agents revêtus de l'autorité nécessaire pour le faire.

La singularité des règles que l'on peut appeler juridiques, c'est donc qu'elles sont dotées d'un pouvoir [...] qui leur vient de l'appareil qui légitime et actualise leur potentiel normatif. La puissance normative du discours juridique repose essentiellement dans ce rapport à cet appareil qui le crée et le gère, plus particulièrement dans l'autorité reconnue à cet appareil à l'intérieur d'une unité sociale donnée.²¹⁸

À la question, quelle est la source de cette autorité, Guy Rocher répond en se référant aux trois fondements de l'autorité légitime analysés par Weber : tradition, charisme et dispositions positives, à savoir « une légalité qu'on accepte de reconnaître et de respecter, par exemple, la constitution d'un État ou la charte d'une entreprise ou d'une association »²¹⁹.

²¹⁷ G. ROCHER, préc. note 3, p. 134-135.

²¹⁸ *Id.*, p. 136.

²¹⁹ *Id.*

Guy Rocher souligne que « l'ordre juridique étatique occupe [...] une place et un statut prépondérants dans les sociétés modernes. Prenant en quelque sorte la position inverse de Griffiths, il écrit : « On peut reconnaître en lui l'archétype de tout ordre juridique. Le droit de l'État est sans doute l'ordre juridique le plus élaboré, poussé à sa mesure (ou démesure) extrême »²²⁰.

Pour Guy Rocher, le concept d'ordre juridique permet de développer « une problématique plus rigoureuse qu'on ne l'a fait jusqu'à présent de la régulation non étatique ». Il est important de noter pour avoir une idée juste du débat sur le pluralisme juridique que cette remarque a été accompagnée de commentaires sur la thèse de Jean-Guy Belley. Il écrivait que c'est à Jean-Guy Belley « que l'on doit l'analyse la plus détaillée et la plus approfondie des sources et de la problématique du pluralisme juridique »²²¹. Jean-Guy Belley met de l'avant « pour une problématique du pluralisme juridique », l'élaboration d'une définition générique et opératoire du droit et le développement d'une problématique de la centralisation/décentralisation du droit²²². En ce qui a trait à cette problématique, il soulève deux questions :

- Quelle est [...] la part respective de l'état et des autres instances de pouvoir dans la régulation des sociétés contemporaines ? [...]
- Quelle est la nature des relations entre les régulations juridiques étatiques et non-étatiques ? [...].²²³

Guy Rocher constatant que la perspective qu'il adopte pour une sociologie des ordres juridiques et les propositions qu'avance Belley convergent, commente ces propositions de Belley de la manière suivante :

Je crois cependant que les propositions générales de Belley demandent à être précisées et rendues opératoires par la recherche d'une problématique plus rigoureuse qu'on ne l'a

²²⁰ *Id.*, p. 138.

²²¹ *Id.*, p. 145.

²²² J.-G. BELLEY, préc., note 164, p. 26-51

²²³ *Id.*, p. 28

fait jusqu'à présent de la régulation non étatique. C'est précisément cette voie qu'ouvre, à mon avis, le recours au concept d'ordre juridique.²²⁴

Si la sociologie des ordres juridiques ouvre la voie à « une problématique plus rigoureuse [...] de la régulation non étatique », l'apport de la théorie systémique luhmannienne vient enrichir les perspectives d'analyse. Guy Rocher s'inspirant des théories systémiques de Parsons et de Luhmann considère « que tout ordre juridique peut être analysé comme un système social ». Il ajoute : « Ou peut-être mieux tout ordre juridique est un système social »²²⁵. Il établissait ce lien au cours d'une conférence et terminait son développement sur le systémisme par l'appréciation suivante des possibilités qu'offre cette théorie :

Sans aller plus loin dans la théorisation hautement et volontairement abstraite de Luhmann (qui considère que la sociologie a besoin d'une théorie complexe, c'est-à-dire à ses yeux abstraite), je veux seulement souligner que la perspective systémique inspirée de l'œuvre très riche de Luhmann ouvre de multiples voies d'analyse à la fois de la dynamique interne du système juridique en tant que système fermé et de ses rapports multiples et complexes avec son environnement sociétal, en tant que système ouvert.²²⁶

b) Le systémisme

Comme le met en lumière Michel Coutu dans un article publié en 1997, « deux paradigmes concurrents, celui de l'action et celui du système, se disputent depuis des décennies le champ des sciences sociales contemporaines ». Il ajoute : « La sociologie du droit n'échappe pas au conflit entre les approches théoriques et méthodologiques se rattachant à l'un ou l'autre de ces concepts, encore que, à l'évidence, le paradigme interactionniste demeure largement dominant »²²⁷.

Comme le soulignait Guy Rocher, « [C]'est à Talcott Parsons qu'on doit d'avoir le premier proposé une théorie générale du « système social » en montrant comment la société et ses composantes peuvent être analysées comme des systèmes sociaux ». Il ajoutait : « La thèse

²²⁴ G. ROCHER, préc., note 3, p. 146.

²²⁵ Guy ROCHER, « Le “regard oblique” du sociologue sur le droit », dans Pierre NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, p. 57, à la page 66.

²²⁶ *Id.*, p. 67

²²⁷ Michel COUTU, « Le pluralisme juridique chez Gunther Teubner : La nouvelle guerre des dieux ? », (1997) 12 *Journal of law and Society / Revue canadienne Droit et société* 93, 94.

parsonienne a été reprise et poussée à un niveau d'abstraction plus élevé et plus radical par le juriste sociologue allemand Niklas Luhmann, dans l'ensemble de son œuvre »²²⁸.

Nous n'avons pas l'intention de présenter ici un exposé de la théorie sociologique des systèmes de Parsons et de Luhmann, mais de souligner les aspects de l'approche systémique luhmannienne qui peuvent apporter un éclairage au cours de notre démarche. Une collègue de la Faculté de droit, Martine Valois, a, dans sa thèse de doctorat, présenté un tel exposé²²⁹. Nous allons nous en inspirer pour présenter brièvement certains aspects fondamentaux de cette théorie (i). Nous examinerons ensuite le système juridique (ii) et dégagerons quelques éléments d'évaluation (iii).

i) Aspects fondamentaux

Martine Valois souligne ainsi le passage au systémisme luhmannien :

Alors que Parsons définit les sociétés modernes par les systèmes d'action qui les composent, Luhmann a construit sa propre théorie générale des systèmes sociaux sur la base des systèmes de communication. Pour Luhmann en effet le système social est formé de communications utilisant un mode de production autoréférentiel.²³⁰

Comme exemple de systèmes sociaux, nous pouvons citer les systèmes juridique, politique et économique; comme nous le verrons plus loin, le droit du travail est un sous-système du système juridique.

Un fondement de cette approche est **la distinction système/environnement** qui s'opère par la clôture opérationnelle. Le système limite ainsi les dérangements de l'environnement afin de conserver l'équilibre fonctionnel de sa structure interne.

Il est important de comprendre que le système, même s'il est ouvert sur son environnement, maintient par sa clôture cet équilibre fonctionnel; il réduit ainsi la complexité ambiante qu'il gère

²²⁸ G. ROCHER, préc., note 225, p. 66

²²⁹ Martine VALOIS, *Évolution du droit et de la fonction de juger dans la tradition juridique occidentale : une étude sociohistorique de l'indépendance judiciaire*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2009, p. 64-88.

²³⁰ *Id.*, p. 76.

à l'intérieur. La différenciation sociale très développée des sociétés occidentales modernes produit un accroissement considérable de la complexité sociale.

Les systèmes sociaux peuvent survivre à condition que la complexité n'excède pas leur capacité de traiter les choix et les informations. Le traitement se fait nécessairement par une sélection interne. Martine Valois écrit à ce sujet :

Si la clôture organisationnelle ne signifie pas isolation, il n'en demeure pas moins que c'est le système qui détermine la nature des interactions qui pourront intervenir avec l'environnement en sélectionnant uniquement les communications pertinentes à ses opérations internes.²³¹

Luhmann identifie également le phénomène de **couplage structurel entre les systèmes sociaux**. Il s'agit d'un processus de connexion qui modifie la structure systémique.

ii) **Le système juridique et le droit du travail**

Le droit est appréhendé comme un système autonome de la société. Il se reproduit lui-même et il est autoréférentiel au sens qu'il « produit des significations seulement par référence à des procédures juridiques »²³². Pour un autre grand promoteur de cette théorie des systèmes, Gunther Teubner, la globalisation ouvre la voie du pluralisme juridique car « émerge des institutions sociales fragmentées un nouveau droit vivant pour lequel une théorie du pluralisme légal est requise »²³³. Ce nouveau droit est alimenté par l'auto-reproduction en cours de réseaux globalisés. Teubner, à partir de sa perspective systémique, semble donc partager ce que Jean-Guy Belley appelait, lors d'un séminaire du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail, en novembre 2012, « l'intuition d'une affinité élective entre "mondialisation" et "pluralisme juridique" ».

Teubner ancre, dans la foulée de l'approche de Luhmann, son approche théorique du droit sur le système autoréférentiel plutôt que sur l'institution ou le champ social semi-autonome qui ne

²³¹ *Id.*, p. 82. Il est à noter que la pertinence des informations est évaluée à l'intérieur du système.

²³² É. SERVERIN, préc., note 59, p. 28-29. Le terme procédure doit être compris ici dans un sens très large et serait, à notre avis, remplacé avantageusement par « processus ».

²³³ *Id.*, p. 30. Gunther TEUBNER, « Global Bukowina : Legal Pluralism in the World-Society », dans Brookfield Dartmouth (dir.), *Global Law Without a State*, SSRN, 1997, p. 3-28, à la page 7.

permettrait pas, selon lui, de rendre compte de la production du droit dans les sociétés contemporaines et ne tiendrait pas compte de l'autonomie radicale du système juridique qui se caractérise par sa clôture opérationnelle²³⁴.

Les systèmes autoréférentiels se développeraient graduellement en acquérant de plus en plus d'autonomie. Teubner décrit les trois phases de ce développement, de cette « autonomisation » : d'abord ce qu'il appelle le « droit socialement diffus »²³⁵ : à ce stade, « les éléments, structures, processus et limites du discours juridique se confondent avec la communication générale de la société, [...] »; il ne s'agit pas de « système juridique au sens strict du terme [...] »²³⁶. La seconde phase, celle du « droit partiellement autonome, [...] s'enclenche lorsque le discours juridique commence à définir lui-même ses composantes systémiques et à en faire un usage opérationnel ». La phase du droit autopoïétique, la troisième, sera atteinte « lorsque les composantes systémiques du système juridique s'enchaîneront de manière hypercyclique et réciproque »²³⁷. L'auto-constitution des composantes du système induit la clôture autopoïétique. Dans un développement éclairant, Teubner souligne que les composantes du système commencent à vivre d'une vie autonome :

Elles n'apparaissent plus dès lors comme moyens (juridiques) en vue d'une fin (sociale) mais bien comme une fin en soi [...]. Les règles juridiques deviennent les « sigles » des valeurs sociales qui les ont projetées, mais dont elles commencent à se détacher en même temps. Par conséquent la relation entre le droit et la société connaît un certain

²³⁴ Comme le signale Michel Coutu, l'ouverture à l'environnement n'est pas rejetée mais est traitée sur le mode couplage structurel et établissement de mécanismes de liaison. M. COUTU, préc., note 227, p. 103.

²³⁵ Gunther TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, 1^{ère} éd., coll. « Voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1993, p. 63.

²³⁶ *Id.*, p. 62.

²³⁷ *Id.*, p. 61. « Il existe une multitude de termes utilisés par les théoriciens des systèmes pour désigner la circularité de la production systémique [...]. Dans ses écrits, Luhmann fait souvent référence à l'autopoïèse, contrairement à Luhmann pour qui un système est autopoïétique, ou il ne l'est pas. Selon Teubner, l'autopoïèse est la dernière phase de l'autoréférence; elle implique non seulement l'autoobservation, l'autodescription et l'autoorganisation du système, mais également l'autoproduction des éléments ». Martine VALOIS, préc., note 229, p. 84 (en note de bas de page). Teubner reprend cette approche d'autonomisation graduelle au sujet des sous-systèmes dans Gunther TEUBNER et Nathalie BOUCQUEY, *Droit et réflexivité : l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, coll. « La Pensée juridique moderne », Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1996, p. 236.

relâchement. Il peut arriver que le droit ne réfléchisse plus toujours d'une manière adéquate les besoins et valeurs de la société.²³⁸ (notre soulignement)

Teubner souligne que ce modèle d'autonomisation est « opportun » pour analyser l'histoire et l'ethnologie du droit et peut-être encore davantage pour des études dans « l'hypothèse d'un concept pluraliste du droit »²³⁹. Il apparaît pouvoir accompagner l'histoire du droit du travail dans une perspective pluraliste. En ce qui a trait au droit du travail, Ralf Rogowski et Ton Wilthagen mettent en lumière cette autonomisation graduelle :

The concept of autonomy of labour law refers to structural condition which enable self-reference of communications. From an historical perspective the development of these structures can be described as a gradual process of autonomisation of labour law. The autonomisation can be analysed at the political, the doctrinal as well as the institutional level.²⁴⁰

Le modèle d'autonomisation peut être extrêmement fécond pour rendre compte de la construction de l'autonomie du droit en général et, en particulier, du droit du travail par rapport au système juridique.

Le professeur Ralf Rogowski s'est consacré à l'étude du droit du travail à l'aide de la théorie des systèmes. Examinons maintenant quelques éléments de théorie qu'il a proposés.

Selon Ralf Rogowski, le droit du travail est un sous-système du système juridique. Les relations du travail constituent un autre système social dont les négociations collectives et l'arbitrage font partie. Il souligne à l'aide de l'exemple anglais, l'importance du couplage structurel entre le système juridique et les négociations collectives : « Research has shown that the management of British collective bargaining faced obstacles in establishing viable structures precisely because

²³⁸ *Id.*, p. 64-65.

²³⁹ *Id.* p. 61.

²⁴⁰ Ralf ROGOWSKI et Ton WILTHAGEN, « Reflexive Labour Law : An Introduction », dans Ralf ROGOWSKI et Ton WILTHAGEN (dir.), *Reflexive Labour Law Studies in Industrial Relations and Employment Regulation* Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 13.

legal support was lacking »²⁴¹. Nous sommes portés à penser qu'au Québec, l'arbitrage est structurellement couplé au sous-système du droit du travail.

En ce qui a trait à l'autonomie du droit du travail québécois, Michel Coutu souligne que « le droit spécial du travail constitue un droit spécial non seulement sur le plan conceptuel et normatif, mais aussi du point de vue procédural et juridictionnel ». « Ce droit, [dit-il] est avant tout forgé par un ensemble de tribunaux administratifs spécialisés, formés de décideurs experts [...] ». Après avoir rappelé que, « dans la tradition de la *common law*, ces tribunaux administratifs sont soumis au contrôle judiciaire des Cours supérieures [...] », il fait le constat suivant : « La fermeture autoréférentielle du droit du travail n'est donc pas complète, à la différence de ce que connaît par exemple le droit allemand ». Il précise en note :

En droit allemand, il existe une Cour suprême du travail qui rend les décisions de dernière instance en cette matière (le *Bundesarbeitsgericht*) et qui est sur le même rang du point de vue constitutionnel que la Cour suprême en matière civile. On peut dire de ce fait que le droit allemand du travail est structuré de manière pleinement autonome et représente en ce sens un droit authentiquement autoréférentiel.²⁴²

Quelle évaluation peut-on faire de ces théories des systèmes ?

iii) Éléments d'évaluation

Dans son article précité de 1997, Michel Coutu soulignait la difficulté « à première vue » de concilier **la réalité plurielle du droit** avec la « référence au système juridique ». Il suggérait toutefois alors un filon important pour accomplir cette conciliation :

[...] il faudrait alors, à mon point de vue, admettre que tous les phénomènes juridiques ne s'y rattachent pas, qu'il existe une pluralité d'ordres juridiques dont bon nombre, sinon la quasi-totalité, ne se différencient pas du système social global, ou, le cas échéant, du

²⁴¹ Ralf ROGOWSKI, « Industrial Relations, Labour Conflict Resolution and Reflexive Labour Law », dans Ralf ROGOWSKI et Ton WILTHAGEN (dir.), *Reflexive Labour Law Studies in Industrial Relations and Employment Regulation* Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 53-93, à la page 64. Nous sommes portés à penser qu'au Québec l'arbitrage est structurellement couplé au sous-système du droit du travail.

²⁴² Michel COUTU, « Le droit du travail comme ordre légitime », dans Michel COUTU et Guy ROCHER (dir.), *La légitimité de l'État et du droit Autour de Max Weber* 2005, p. 333-353, à la page 338.

sous-système partiel qui les sous-tend, qu'il faille leur attribuer la qualité d'un droit autopoïétique.²⁴³

Les phases de développement des systèmes d'autopoïèse dont nous avons donné un aperçu dans la subdivision précédente tracent, il nous semble, la voie de cette conciliation.

Des réserves importantes ont été formulées au sujet de **l'aptitude du systémisme à donner accès à la vie du droit**. Michel Coutu écrivait à ce sujet :

[...] la perspective systémique s'expose au danger, vu ses présupposés théoriques et en particulier vu la priorité accordée à la communication sur l'action sociale, de ne pas se révéler suffisamment attentive aux valeurs, aux intérêts et à la dynamique de l'interaction entre les agents.²⁴⁴

Selon Évelyn Serverin « le modèle théorique du systémisme Luhmannien reproduit une image assez classique du droit, celle-là même qui est véhiculée par la dogmatique juridique et qui fonde l'idéologie juridique implicite de bon nombre de praticiens du droit ». Elle déclare : « Il en résulte une inaptitude des théories systémiques à donner accès à ce qui pour Weber constituait l'objet même de la sociologie du droit : la vie du droit dans une société »²⁴⁵.

Alors que Teubner considère « que l'institution ou le champ social semi autonome [...] ne permettrait pas [...] de rendre compte de la production du droit dans les sociétés contemporaines et ne tiendrait pas compte de l'autonomie radicale du système juridique qui se caractérise par sa clôture opérationnelle », Michel Coutu et Évelyn Serverin ont mis en doute l'aptitude du systémisme Luhmannien à rendre compte de la vie du droit, de la dynamique de l'action et de l'interaction entre les agents.

²⁴³ M. COUTU, préc., note 227, p. 112.

²⁴⁴ *Id.* Michel Coutu nuance toutefois son énoncé par une référence à une note précédente. Il est donc important de s'y référer pour avoir toute la richesse de sa réflexion à ce sujet.

²⁴⁵ É. SERVERIN, préc., note 59, p. 30. Évelyne Serverin réfère à un article de H. POURTOIS, « Le système juridique comme système social. Le débat Habermas-Luhmann », *Recherches sociologiques*, vol. 24, n° 1:2, 3-24, à la page 20.

Jean-Guy Belley, dans son article « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit », commente en quelque sorte ces appréhensions légitimes par ce commentaire sur l'évolution du systémisme :

[...] la théorie a d'abord conforté la thèse de l'autonomie du droit au point qu'on a cru y déceler une rupture avec le courant « droit et société » et son insistance sur les rapports du système juridique avec l'environnement social. L'évolution récente de la théorie dissipe indiscutablement cette crainte en concentrant l'attention sur les relations intersystémiques du droit avec les autres sphères d'action et plus encore en adoptant explicitement la perspective du pluralisme juridique. Dans la société fragmentée ou fortement différenciée de la modernité, la réalité sociale du droit est celle de la communication juridique plurielle dont l'État n'a pas le monopole; [...].²⁴⁶

Guy Rocher, par ailleurs, considère que le systémisme ouvre des voies complémentaires au pluralisme juridique comme il le mentionnait lors de sa conférence « Le regard oblique du sociologue » et que ces voies répondent à un besoin de théorisation de la sociologie du droit²⁴⁷.

Il ne ressort pas de notre examen que seule l'approche systémique peut rendre compte de la production du droit, mais nous constatons qu'il éclaire des aspects de cette production dont les sciences relatives au droit et au rapport droit et société ont besoin et en particulier qu'il est nécessaire de tenir compte de l'autonomie radicale du système juridique qui se caractérise par la clôture opérationnelle.

Dans cette perspective de l'autonomie radicale du système juridique s'inscrit le concept de l'autonomisation graduelle du droit du travail que Ralf Rogowski et Ton Wilthagen ont mis en lumière : « [...] structural condition which enable self-reference of communications ». Rappelons que, comme le soulignent ces auteurs, le développement de ces structures, dans une perspective historique, peut être analysé au niveau politique, dogmatique et institutionnel²⁴⁸.

Nous allons maintenant, dans la prochaine division de cette section, rendre compte brièvement de travaux relatifs au droit du travail inspirés d'une approche pluraliste du droit et soucieux d'un

²⁴⁶ Jean-Guy BELLEY, « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit », (2011) 26 *Revue canadienne droit et société* 257, 269.

²⁴⁷ G. ROCHER, préc., note 225.

²⁴⁸ R. ROGOWSKI et T. WILTHAGEN, préc., note 240.

nouvel éclairage tiré d'une démarche empirique. Ils ont été accomplis par un groupe de recherche à l'Université de Montréal. Cette démarche a nourri et inspiré aussi des contributions personnelles de certains membres du groupe.

4. Recherches récentes relatives au droit du travail à l'Université de Montréal

Comme nous l'avons mentionné au début de ce développement sur la sociologie du droit, ces recherches ont été conduites dans le cadre du Centre de recherche en droit public (CRDP) de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, ainsi que dans le cadre du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT). Il s'agit de recherches interdisciplinaires; la sociologie du droit y a joué un rôle de premier plan, en particulier la sociologie wébérienne.

La première de ces recherches porte sur la mise en œuvre de la norme d'égalité en milieu de travail; il s'agit d'une étude empirique qui a compris deux volets :

- 1- une étude comparative des décisions rendues par le Tribunal des droits de la personne et les tribunaux d'arbitrage entre 1992 et 1999 concernant la discrimination dans le domaine de l'emploi;
- 2- une série d'entrevues avec des arbitres de griefs²⁴⁹.

Il ne s'agit pas dans ce chapitre, compte tenu de notre démarche de recherche d'un cadre théorique, de rendre compte complètement de ces recherches, mais exclusivement de leurs aspects théoriques relatifs au pluralisme juridique. Un rapport du premier volet de cette recherche a été produit à l'occasion d'un colloque de la CDPDJ²⁵⁰.

²⁴⁹ Cette recherche a été réalisée par une équipe composée de M^c Michel Coutu, alors Conseiller juridique à la CDPDJ et chercheur associé au CRDP de l'Université de Montréal, maintenant professeur à l'École des relations industrielles de l'Université de Montréal, de M^c Jean-Denis Gagnon, alors professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et arbitre de griefs, du professeur Guy Rocher, du Département de sociologie et du CRDP de l'Université de Montréal, de Guylaine Vallée, professeur à l'École des relations industrielles de l'Université de Montréal et de l'auteur de cette thèse.

²⁵⁰ Guylaine VALLÉE, Michel COUTU et Marie-Christine HÉBERT, « La norme d'égalité : étude empirique de la mise en œuvre de la norme d'égalité par le Tribunal des droits de la personne et les tribunaux d'arbitrage », dans Guylaine VALLÉE, Michel COUTU, Jean Denis GAGNON, Jean M. LAPIERRE et

Les deux juridictions comparées, le Tribunal des droits de la personne et les arbitres de griefs, sont considérées comme appartenant à « deux sphères du droit : le droit des rapports collectifs du travail et les droits de la personne ». Le rapport ajoute : « À ce titre, elles s'insèrent dans une situation de pluralisme juridique »²⁵¹. Après avoir fait le constat de « l'autonomie relative du droit du travail » les auteurs déclarent : « Les écarts dans la mise en œuvre de la norme d'égalité dans le domaine de l'emploi pourraient tenir à la réception et au traitement particulier que reçoit la norme d'égalité dans ces deux sphères »²⁵².

Les auteurs diront plus loin :

C'est le constat d'un pluralisme juridique, au sens de la sociologie du droit qui justifie la comparaison du traitement qui est fait de la norme d'égalité dans deux sphères du droit assimilées à deux sphères d'action sociale.

En somme, la norme prohibant la discrimination dans l'emploi n'a pas d'effet homogène du simple fait de son existence; elle doit être mobilisée, mise en œuvre par des acteurs ou agents. Les acteurs [...] ne sont pas les mêmes et interagissent dans des sphères différentes.²⁵³

Le meilleur compte rendu des constats tirés de l'analyse des entrevues avec les arbitres se trouve dans un article de Guylaine Vallée dans lequel elle reprend, en le synthétisant, l'exposé accompli dans l'article qu'elle a écrit en collaboration avec Guy Rocher et Jean Marcel Lapierre « Légitimité et légitimations de l'arbitrage des griefs : la notion d'apprentissage chez Luhmann ». Un des principaux constats était qu'« on ne pouvait comprendre comment les arbitres intégraient les préoccupations relatives à la Charte dans leurs décisions uniquement en tenant compte de leur perception de celle-ci », mais que ce sont « les principes constitutifs de la légitimité de l'institution arbitrale dans l'ensemble juridique [...] qui guidaient la manière dont la majorité des arbitres conjuguait [...] le droit de la convention collective et le droit externe dont la Charte fait partie ». Guylaine Vallée ajoute :

Guy ROCHER (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 19-94.

²⁵¹ *Id.*, p. 22.

²⁵² *Id.*, p. 23.

²⁵³ *Id.*, p. 25-26.

Ces principes constitutifs du pluralisme industriel sont [...] intimement liés à l'histoire du droit du travail. En se fondant sur eux pour appréhender un contexte changeant, les arbitres manifestaient, au-delà des différences individuelles, une remarquable cohérence institutionnelle.²⁵⁴

Une nouvelle recherche a été entreprise par une équipe du CRIMT sous la direction de Michel Coutu et portant directement sur le pluralisme juridique et le droit du travail. Michel Coutu en a présenté la problématique dans un article publié en français dans *Lex Electronica* sous le titre « Crise du droit du travail, pluralisme juridique et souveraineté »²⁵⁵.

Face aux paradigmes qui ont informé le droit du travail, le positivisme juridique et les « paradigmes dominants la science des relations industrielles, c'est-à-dire le pluralisme industriel [...] et en particulier la théorie systémique » de Dunlop, Michel Coutu constate :

[...] la question du droit et de l'État fut en général mal posée, et ce, que les paradigmes de référence soient issus du positivisme juridique ou de la théorie dominante des relations industrielles. Comme la théorie du droit du travail foncièrement éclectique, puisa à la fois à l'une et l'autre source en dépit des contradictions, elle se priva derechef des outils théoriques requis pour une interprétation adéquate des rapports entre droit, État et société.²⁵⁶ (notre soulignement)

Michel Coutu juge que « pour comprendre la transformation du modèle nord-américain de relations industrielles et la crise du droit du travail qui l'accompagne, un changement fondamental de paradigme apparaît incontournable » et il propose de se détacher d'une « vision *stato-centriste* du droit qui ne considère que la normativité étatique [...] » et d'« [é]viter le piège inverse de l'indissociation de la régulation juridique et de la régulation sociale, ce qui du point de vue de la sociologie du droit en particulier, représente la déficience centrale de la théorie

²⁵⁴ G. VALLÉE, préc., note 178, p. 255. Jean Marcel LAPIERRE, Guy ROCHER et Guylaine VALLÉE, « Légitimités et légitimations de l'arbitrage de griefs : la notion d'apprentissage chez Luhmann », dans Michel COUTU et Guy ROCHER (dir.), *La légitimité de l'État et du droit Autour de Max Weber*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 355-384, à la page 376-382.

²⁵⁵ Michel COUTU, « Crise du droit du travail, pluralisme juridique et souveraineté », (2007) 12 *Lex Electronica*. Ce texte a été publié en anglais : Michel COUTU, « Labour Law, Legal Pluralism and State Sovereignty », 13 *C.L.E.I.J.* 147.

²⁵⁶ *Id.*, p. 9.

longtemps dominante en relations industrielles (Dunlop) » ainsi que dans plusieurs approches en sociologie des organisations et en sociologie des relations professionnelles²⁵⁷. Il ajoute :

Dans cette perspective, c'est le paradigme du pluralisme juridique, présent dès les débuts dans la théorie critique du droit du travail²⁵⁸ qui apparaît le plus prometteur, d'une part parce qu'il reconnaît pleinement la phénoménalité extra-étatique du droit, d'autre part car il présuppose par inférence nécessaire, la distinction entre le social et le juridique. Mais dire ceci ne nous avance pas beaucoup : en théorie du droit il existe de *multiples approches* du pluralisme juridique souvent contradictoires à tous points de vue. Le défi apparaît considérable : au regard de la crise contemporaine du droit du travail, on ne peut se contenter de recevoir une théorie toute faite qui refléterait un contexte révolu; il nous faudrait au contraire construire une telle approche théorique, ce qui veut dire franchir les nombreux obstacles épistémologiques et méthodologiques qui se dressent sur le vaste champ, souvent laissé en friche, du pluralisme juridique; tout en confrontant, puisqu'il n'est nulle théorie de la société qui puisse se soustraire à ce passage obligé, toute proposition théorique nouvelle à *la dure réalité des faits*.²⁵⁹

Nous constatons que les déficiences des théories qui ont informé le droit du travail et en ont été les paradigmes privent des outils théoriques nécessaires non seulement la recherche sur la « transformation du modèle nord-américain et la crise du droit du travail qui l'accompagne », mais également toute recherche fondamentale sur le droit du travail qui nécessite une « interprétation adéquate des rapports entre droit, État et société ». La présente thèse ne peut se passer de cette interprétation adéquate. Si le défi apparaît considérable, la richesse des travaux que nous avons brièvement examinés dans cette première partie nous suggère qu'il est possible de contribuer à cette tâche. Nous voulons toutefois non seulement éviter de nous contenter de recevoir « une théorie toute faite reflétant un contexte révolu », mais également nous garder d'éliminer des avancées théoriques importantes dans une sorte de fuite en avant vers des approches fondées sur de fausses perspectives de la réalité sociale dans le contexte de la globalisation. Il peut être tentant mais dangereux de généraliser certaines réalités nouvelles du droit et de ses rapports avec la société sans voir celles qui se perpétuent. La confrontation à *la dure réalité des faits* sera des plus nécessaires.

²⁵⁷ *Id.*, p. 9-10.

²⁵⁸ Il réfère à l'oeuvre de Georges GURVITCH, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1931.

²⁵⁹ M. COUTU, préc., note 255, p.10.

Sans penser accomplir la totalité de la tâche colossale proposée par Michel Coutu, nous travaillerons dans la deuxième partie de ce premier chapitre, à la construction d'une théorie pluraliste du droit, une théorie des ordres juridiques permettant « une interprétation adéquate des rapports entre droit, État et société » au présent stade de la mondialisation. Nous reprendrons évidemment les théories exposées dans cette première partie dans une perspective de critique constructive de cette théorie pluraliste. Cette deuxième partie sera donc, à toutes fins pratiques, la conclusion de la première.

L'épreuve des faits, dans cette deuxième partie du premier chapitre, ne pourra être que bien partielle. Une des principales dimensions d'une telle épreuve des faits est la confrontation avec l'évolution historique des relations du travail, du droit, avec les institutions qui composent la société, leurs acteurs et leurs actions. Le deuxième chapitre de cette première partie offrira un aperçu des institutions de la société québécoise. Les autres développements de la thèse permettront d'apporter un éclairage sur d'autres volets du contexte factuel de notre problématique.

2- Approches théoriques pour une étude, dans une perspective pluraliste, des voies de mise en œuvre du principe d'égalité dans les milieux de travail syndiqués

C'est dans le cadre de nos objectifs d'évaluation du droit et de contribution à l'amélioration de la politique publique au sujet de la mise en œuvre de la norme d'égalité en milieu de travail syndiqué que nous recherchons les meilleures approches théoriques pour l'accomplissement de la tâche que nous avons entreprise. Nous avons mentionné dans l'introduction de ce chapitre que nous prenions pour guide la proposition de sociologie des ordres juridiques de Guy Rocher. Cette traversée de travaux relatifs au pluralisme juridique que fut la première partie est loin de nous en avoir dissuadé. Dans la foulée des travaux de Max Weber et Santi Romano et en reprenant le constat de Jacques Chevallier à la suite de son commentaire de la notion de « relevance », nous affirmons : « [...] la thèse pluraliste paraît être la seule à pouvoir rendre compte de la dynamique juridique ».

Des phénomènes de fermeture du système du droit étatique et de puissance de l'idéologie centraliste expliquent sans doute l'absence pendant des décennies et, encore très répandue, de

reconnaissance de cette réalité. La puissance de l'idéologie centraliste n'est pas étrangère à l'expertise des juristes comme l'a constaté Harry Arthurs dont nous reprenons ici les termes :

One can understand that lawyer's expertise in the formal rules and their manipulations makes the centralist paradigm particularly attractive to them. It provides a basis for their monopoly over legal services and for the economic and psychic rewards of that monopoly.²⁶⁰

Comme nous l'avons mentionné, nous sommes d'avis que la négociation collective aurait dû être au pluralisme juridique le « Galápagos » de la théorie de l'évolution. Dans la foulée de Griffiths, nous affirmons que le pluralisme juridique est la réalité du droit et que le centralisme est un mythe et nous souhaitons que le déblocage épistémologique nécessaire se produise ou se poursuive rapidement dans les sciences du droit.

Nous pouvons constater toutefois que la perspective de l'orthodoxie centraliste coexiste avec un important courant hétérodoxe comme en témoignent les travaux récents de Jean-Guy Belley²⁶¹.

Pour Jean-Guy Belley, le nouveau pluralisme juridique :

[Q]ui connaît un rapide développement depuis quelques décennies, a vocation à s'ériger en nouvelle hétérodoxie du droit, laquelle s'accommode fort bien du décentrage de l'état : cette nouvelle doctrine du droit se veut à la fois descriptive et prescriptive, s'accordant le mieux avec la dynamique de la régulation juridique et la vision du monde des acteurs qui comptent politiquement, économiquement et socialement.²⁶² (nos soulignements)

Nous croyons nécessaire à ce sujet de préciser, comme nous l'avons annoncé, notre position au sujet du nouveau pluralisme.

Nous n'adhérons à aucune approche pluraliste prescriptive et fonctionnelle. À notre avis le droit a besoin, pour analyser la dimension fondamentale de ses rapports avec la société, d'une

²⁶⁰ Voir p. 79.

²⁶¹ « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », préc., note 69; « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit », préc., note 69; on notera que Jean-Guy Belley considère que le pluralisme juridique est « l'orthodoxie émergente ». *Id.*, p. 258; Jean-Guy BELLEY, « Quelle culture juridique pour le 21^e siècle ? », (2001) 80 *Revue du Barreau canadien* 1.

²⁶² M. COUTU et P. GUIBENTIF, préc., note 167, p. 219; le texte souligné reprend les termes exacts de l'article de Jean-Guy Belley. Ce constat nous amène à faire l'hypothèse que la doctrine « prescriptive » du droit des juristes a une forte tendance à épouser des intérêts professionnels

approche pluraliste descriptive et explicative. Nous adoptons donc la conception d'Harry Arthurs qui adhère à un pluralisme descriptif. Nous prenons pour modèle sa posture lorsqu'il prend ses distances du pluralisme industriel qu'il considère, à juste titre, comme empreint d'une rhétorique déformatrice²⁶³. Nous croyons, pour des motifs épistémologiques, qu'une approche scientifique des rapports du droit et de la société doit prendre ses distances des idéologies du droit et des relations du travail. Dans une perspective normative, on peut être favorable à la diminution du pouvoir de l'État central ou à son renforcement; à des normes qui favorisent le développement du commerce international ou le développement de l'activité économique régionale. Il est nécessaire, dans une perspective épistémologique, qu'il soit clair qu'on est alors dans l'ordre des positions de politiques normatives.

La démarche de Jean-Guy Belley dans ses récents travaux permet à ceux qui poursuivent une activité scientifique sur les rapports du droit et de la société, de constater les liens qui se sont créés « récemment et subrepticement entre cette conception (le pluralisme juridique) et un type spécifique de pratique sociale, l'activité des grandes organisations »²⁶⁴. Elle permet aussi de constater la haute qualité technologique de la production juridique des praticiens au service de l'activité économique transnationale. Toute étude qui permet de décrire ces phénomènes, de les mesurer et d'identifier leurs effets est bienvenue.

Revenant à nos positions théoriques en vue de notre démarche, nous reprenons d'Harry Arthurs le constat d'une condition importante sinon incontournable pour juger des politiques législatives : « Centralist or pluralist assumptions, often not made explicit, lie beneath many contemporary legal policy proposals and intellectual controversies. A much fuller articulation of these assumptions is need if we are to see clearly and judge wisely »²⁶⁵.

Rappelons que Guy Rocher commentant les propositions de Jean-Guy Belley pour la poursuite des travaux sur le pluralisme juridique écrivait :

²⁶³ Voir p. 78-79.

²⁶⁴ Voir p. 74.

²⁶⁵ Voir p. 79.

Je crois cependant que les propositions générales de Belley demandent à être précisées et rendues opératoires par la recherche d'une problématique plus rigoureuse qu'on ne l'a fait jusqu'à présent de la régulation non étatique. C'est précisément cette voie qu'ouvre, à mon avis, le recours au concept d'ordre juridique.²⁶⁶

Notre choix de prendre pour guide une approche développée sur la base de la théorie des ordres juridiques de Santi Romano nous expose peut-être à l'accusation de nous laisser guider par une théorie qui reflète un contexte révolu. Nous avons le souci par ailleurs d'éviter les dérives d'une théorie pluraliste fondée sur un contexte largement fictif et basée sur une analyse superficielle des rapports du droit et de la société actuelle. La tâche est d'actualiser la théorie des ordres juridiques sans réduire son puissant potentiel pour la recherche. Il est évident que les ordres juridiques actuels habitent des architectures organisationnelles souvent imprévisibles à l'époque de Santi Romano. Il est aussi évident qu'après les contributions de Sally Falk Moore et Gunther Teubner, on ne peut plus avoir les mêmes approches théoriques. La proposition de sociologie des ordres juridiques, en plus d'être notre fondement théorique, sera notre fil d'Ariane dans l'intégration de théories qui enrichissent notre approche. Le fil d'Ariane est toujours d'actualité comme les ancres du navire le sont toujours pour éviter la dérive dans un port.

Comme nous l'avons mentionné dans l'introduction de ce chapitre, nous préciserons d'abord nos positions sur deux questions : la première est la conception du droit qui est un des enjeux centraux du pluralisme juridique (A); la seconde porte sur la théorie pluraliste des ordres juridiques et sur la dimension systémiste (B); nous terminerons en nous situant par rapport à l'approche des champs sociaux semi-autonomes (C).

A- Une conception du droit

Nous l'avons dit; nous ne tenterons pas de donner une définition du droit; nous ne tenterons pas de donner un fond au célèbre tonneau des Danaïdes. Notre but est de réunir quelques éléments fondamentaux au sujet de la nature du droit. Les éléments de définition que nous retiendrons le

²⁶⁶ Voir p. 90-91.

seront à titre d'approche dans le cadre de notre cheminement²⁶⁷. Nous examinerons d'abord, comme il se doit, « l'élément déterminant » du concept de droit, le critère fondamental de la juridicité (1); nous verrons ensuite une autre dimension fondamentale du droit : les importants liens du discours juridique et des idéologies (2). Notre approche de l'effectivité du droit que nous avons l'intention d'évaluer doit également être précisée; nous le ferons brièvement dans la subdivision suivante (3). Il sera également nécessaire d'examiner le rôle des principes juridiques et comment ils se distinguent des règles (4). Nous terminerons par deux aspects particulièrement importants pour le droit du travail, l'expérience collective de la justice (5) et la qualité de droit social du droit du travail (6).

1. Le critère de la juridicité

À la suite de Gierke, nous constatons que le droit est un ordonnancement. Nous nous situons dans le cadre de l'approche wébérienne de Guy Rocher. Ce qui caractérise la juridicité d'un ensemble de règles, « c'est qu'elles s'intègrent à un ordre juridique ».

Le droit émerge lorsqu'un ensemble de règles est considéré par une autorité (une ou plusieurs institutions) comme devant s'appliquer et qu'un dispositif organisationnel est prévu pour en assurer le respect. Le caractère institutionnel large de l'autorité est précisé par Guy Rocher en utilisant les termes suivants : « une unité sociale particulière, qu'il s'agisse d'une nation, d'une société, d'une organisation, d'un groupe, etc »²⁶⁸. Reprenons le texte fondamental de Guy Rocher que nous avons déjà cité et qui vient expliciter ce caractère de la juridicité :

Plus précisément c'est qu'elles (un ensemble de règles) émanent d'un agent ou organisme autorisé, qu'elles peuvent être soumises à un agent ou organisme habilité à les interpréter,

²⁶⁷ Il est à noter que Weber, mentionnant dans ses « Concepts fondamentaux de la sociologie » que l'existence d'une instance de contrainte est, à ses yeux, l'élément déterminant du concept de droit, note qu'« il est possible de le délimiter autrement pour d'autres buts de la recherche » (notre soulignement). Max WEBER, *Économie et société*, Paris, Pocket, 1995, vol. 1, p. 69-70.

²⁶⁸ Voir p. 89. Pour la poursuite de cette thèse, nous réserverons le terme « organisation » qui a plusieurs sens à l'activité d'organisation et à ses résultats à l'intérieur d'une unité sociale donnée.

qu'elles peuvent être mises en œuvre par des agents revêtus de l'autorité nécessaire pour le faire.²⁶⁹

Il est rejoint, dans cette perspective wébérienne du critère de la mise en œuvre, par l'anthropologue Sally Falk Moore dont nous rappelons les termes : « [...] force, legitimately applied (or the threat of its application) is a useful criterion for distinguishing legal norms from others for certain analytic purposes, [...] various forms of effective coercion or effective inducement [...] »²⁷⁰.

Guy Rocher met ensuite en lumière que « la puissance normative du discours juridique repose essentiellement dans ce rapport à cet appareil qui le crée et le gère, plus particulièrement dans l'autorité reconnue à cet appareil à l'intérieur d'une unité sociale donnée »²⁷¹. Voilà donc que la jonction entre droit et société, plus précisément la jonction avec l'organisation sociale, est établie et que le droit est clairement distingué des autres formes de normativité.

L'action d'ordonnement dans lequel s'intègre le discours juridique, qui rejoint celui que Gierke a puisé dans son étude des regroupements humains²⁷² et qui a suscité l'enthousiasme d'Elhrich, est ici sociologiquement précisée. Pour reprendre les termes de Weber, que nous avons cités dans leur traduction anglaise : « Law is simply an order system with certain specific guarantees of the probability of its empirical validity »²⁷³. Weber établit ainsi le lien avec l'univers de l'action; pour qu'on parle de droit, la genèse et la mise en œuvre des règles doit être recherchée dans l'organisation. Nous adoptons cette approche pour notre recherche et nous considérerons que le droit implique ce lien entre le discours, une unité sociale, son organisation et l'action.

Abordons maintenant une autre dimension fondamentale, les liens entre discours juridique et idéologies.

²⁶⁹ Voir p. 89.

²⁷⁰ Voir p. 84-85.

²⁷¹ G. ROCHER, préc., note 3, p. 136.

²⁷² On se souviendra que ces regroupements humains, dans la pensée de Gierke, comprennent l'État.

²⁷³ Voir p. 45.

2. Discours juridique et idéologie

Nous venons de voir que la puissance normative du discours juridique repose « sur l'appareil qui le crée et le gère », Jacques Chevallier est d'avis que « la puissance normative (du droit) ne tient pas seulement à la seule force prescriptive de ses énoncés [...]. Le droit est aussi un discours imprégné des valeurs fondamentales qui garantissent la cohésion du groupe social et le maintien de l'ordre qui le régit »²⁷⁴. Cette réflexion ouvre une perspective intéressante sur les rapports de l'idéologie et du droit. La référence à des « valeurs fondamentales » nous semble toutefois, comme nous l'avons mentionné, inappropriée. Nous préférons l'approche d'Évelyne Serverin et d'Antoine Jemmaud dans leur article « Évaluer le droit » que nous avons cité au début de ce chapitre :

Le concept d'effectivité de la règle de droit perd de sa simplicité dès que l'on s'affranchit de la perception courante mais réductrice de cette norme comme une prescription ou prohibition de conduite et un pur instrument de contrainte pour reconnaître qu'il s'agit d'un modèle idéal pour les objets les plus divers érigé en référence obligatoire dans une sphère particulière de régulation sociale (le plan juridique).²⁷⁵

Un des aspects de l'effectivité du droit est d'ériger « en référence obligatoire un modèle idéal ». Voilà que la jonction du droit et de l'idéologie si souvent ignorée est envisagée sans se référer à des valeurs fondamentales, ouvrant ainsi la porte à la recherche de divers éléments idéologiques dont le discours juridique est imprégné²⁷⁶.

Pour notre recherche visant l'évaluation de la mise en œuvre de la norme d'égalité par des mesures liées à des sphères différentes du droit, il sera important d'analyser le contexte idéologique de ces mesures. Toutes les règles n'ont évidemment pas de lien idéologique; elles établissent souvent des modalités; elles jouent un rôle essentiel pour la construction des

²⁷⁴ Jacques CHEVALLIER, « Droit, ordre, institution », (1989) 10 *Droits* 19, 19-22.

²⁷⁵ A. JEAMMAUD et É. SERVERIN, préc., note 2, p. 266.

²⁷⁶ Dans une perspective de sociologie marxiste du droit, il peut s'agir d'un modèle idéologique « dissimulant les conditions d'existence et faisant passer les intérêts d'un groupe pour l'intérêt général ». É. SERVERIN, préc., note 59, p. 35.

institutions²⁷⁷. Il est à noter que les principes autant que les règles peuvent être imprégnés d'idéologie; ils sont érigés en référence mais la force obligatoire de cette référence est très liée à leur réception par l'autorité réglementaire ou la jurisprudence. Avant d'établir la distinction que nous avons l'intention de faire entre les principes et les règles, nous croyons nécessaire de préciser brièvement la conception générale de l'effectivité du droit.

3. L'effectivité

Notre démarche portant sur la mise en œuvre du principe d'égalité, nous nous inscrivons dans la perspective mise de l'avant par Guy Rocher dans son texte « L'effectivité du droit ». Nous attribuerons au terme effectivité « un sens beaucoup plus étendu et plus polyvalent » qu'au terme « efficacité ». Nous l'utiliserons pour désigner « tout effet de toute nature qu'une loi peut avoir »²⁷⁸ et compte tenu de la conception pluraliste du droit que nous adoptons, nous appliquerons cette approche non seulement aux lois, mais à tout acte juridique qu'il s'agisse de convention collective, des règlements d'une entreprise ou des statuts d'un syndicat. Comme l'explique Guy Rocher, la démarche d'observation et de compréhension de l'effectivité se décrit ainsi :

Tenter de comprendre l'effectivité du droit, c'est tout ensemble retracer la diversité de ses effets, voulus et involontaires, recherchés ou accidentels, directs ou indirects, prévus et inattendus, sociaux, économiques, politiques ou culturels. C'est aussi tenter de retrouver les voies par lesquelles passent ces effets et les mécanismes qui les produisent [...].²⁷⁹

Dans la suite du texte, Guy Rocher distingue deux démarches de recherche : « l'effectivité attendue » et « l'effectivité observée »²⁸⁰. Ces deux approches sont nécessaires à une évaluation de la mise en œuvre d'une politique publique.

²⁷⁷ Par exemple la disposition qui prévoit que la Commission des droits est composée de quinze membres. *Charte québécoise*, art. 58.

²⁷⁸ Guy ROCHER, « L'effectivité du droit », dans Andrée LAJOIE (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Bruxelles, Éditions Thémis, Bruylant, 1998, p. 133, à la page 135.

²⁷⁹ *Id.*, p. 136.

²⁸⁰ Nous ne croyons pas utile pour notre démarche d'accorder de l'attention à la discussion de ces deux champs qu'on peut lire dans les commentaires de Jacques Vanderlinden et, en particulier, au fait qu'il considère que « la catégorie de l'effectivité observée engloberait ce à quoi, sur le plan de la catégorisation,

Nous inscrivant dans la perspective de Guy Rocher, nous établirons également un fort lien entre l'analyse de l'effectivité et l'étude des idéologies qui inspirent les principes, les règles, les décisions d'application du droit et également les « définites, porteurs et promoteurs de ces idéologies »²⁸¹. Cette approche éclairante précise la notion de droit que nous avons retenue à l'effet que la puissance normative ne tient pas seulement à la force prescriptive mais aussi au discours; un régime de droit est « un modèle idéal [...] érigé en référence obligatoire dans une sphère particulière de régulation sociale (le plan juridique) »²⁸².

4. Principes et règles

Le professeur Dominic Roux a publié une étude fouillée relative au principe du droit au travail²⁸³. Dans le premier chapitre, il étudie la nature et la place des principes dans le système juridique en recourant à plusieurs auteurs « sélectionnés en raison de leur grande influence et du fait qu'ils sont représentatifs des principales écoles en théorie et en philosophie du droit » et conclut à une convergence tant pour la nature des principes que pour leurs fonctions vis-à-vis des règles qu'ils sous-tendent. Les principes peuvent jouer un rôle important tant pour la création du droit²⁸⁴ que pour son application. Georges Ripert termine une section de son livre *Les forces créatrices du droit* qu'il consacre aux principes juridiques par le texte suivant : « En définitive les principes juridiques sont les grandes règles qui président au maintien de l'ordre essentiel [...] »²⁸⁵.

elle s'oppose ». Jacques VANDERLINDEN, « Dialogue d'un ingénu et d'un promeneur solitaire en guise de synthèse générale d'un colloque de théorie du droit », dans Andrée LAJOIE (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Bruxelles, Éditions Thémis, Bruylant, 1998, p. 201-266, à la page 255. Il nous semble que Guy Rocher s'est placé dans une perspective d'opérationnalisation de la recherche et que le recours à ce type de logique formelle est inapproprié.

²⁸¹ G. ROCHER, préc., note 278, p. 140.

²⁸² É. SERVERIN et A. JEAMMAUD, préc., note 2, p. 266.

²⁸³ Dominic ROUX, *Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.

²⁸⁴ *Id.*, p. 31. Dominic Roux réfère à la deuxième section de l'ouvrage de Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955. Cette section est consacrée aux principes juridiques : p. 325 et suiv.

²⁸⁵ *Id.*

Conservant l'idée de base pour le développement de notre approche, nous dirions que les principes juridiques sont des dispositifs qui président au maintien et au développement de l'ordonnement social au sein d'un ou plusieurs ordres juridiques. Nous éviterons surtout de définir les principes en utilisant le terme règle puisque nous sommes convaincus qu'il faut faire une distinction entre « règle » et « principe ».

Dominic Roux établit concrètement la distinction entre principe et règle par un exemple relatif au principe du droit au travail et à la règle de la *Loi sur les normes du travail* prévoyant l'obligation de l'employeur de donner un avis écrit d'une durée déterminée pour mettre fin au contrat de travail d'un salarié.

Dans le cadre de la problématique de notre thèse, nous évoquerons l'exemple du droit à l'égalité salariale. Le principe est énoncé dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* au paragraphe 2 de l'article 23 : « Tous ont droit, sans discrimination à un salaire égal pour un travail égal ». En droit québécois, une règle rend ce principe applicable, au premier alinéa de l'article 19 de la *Charte québécoise* : « Tout employeur doit sans discrimination, accorder un traitement ou un salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un travail équivalent au même endroit ».

Un autre exemple significatif de principe est le préambule de la Partie I du *Code canadien du travail*²⁸⁶; nous en citons les deux premiers alinéas :

Attendu qu'il est depuis longtemps dans la tradition canadienne que la législation et la politique du travail soient conçues de façon à favoriser le bien-être de tous par l'encouragement de la pratique des libres négociations collectives et du règlement positif des différends;

que les travailleurs, syndicats et employeurs du Canada reconnaissent et soutiennent que la liberté syndicale et la pratique des libres négociations collectives sont les fondements de relations de travail fructueuses permettant d'établir de bonnes conditions de travail et de saines relations entre travailleurs et employeurs;

Il s'agit de principes qui expriment la volonté de les adopter pour guide pour la construction même de la législation et de la politique du travail; ils sont érigés en référence obligatoire par

²⁸⁶ L.R.C. (1985), ch. L-2.

leur intégration dans ce préambule. Ils comprennent des valeurs jugées importantes : le bien-être de tous; la liberté syndicale et les négociations collectives libres; le règlement positif des différends²⁸⁷. À l'importante source d'ordre légitime que sont « les dispositions positives » (légitimité rationnelle-légale), l'énoncé de principe constate un autre des trois fondements de l'autorité légitime identifiés par Weber : la tradition²⁸⁸. Il s'agit ici de la tradition collective des relations du travail. Les règles relatives à l'acquisition des droits de négociation seront énoncées dans les dispositions que comprend la partie I.

Évidemment tous les principes ne sont pas aussi riches. Celui-ci énonce un choix fondamental de société. La plupart du temps les principes n'accompagnent pas l'énoncé des dispositions.

Par ailleurs, ce préambule qui se réfère à l'« expérience collective de la justice » dans le champ semi-autonome des rapports collectifs du travail nous permet de partir d'un exemple remarquable de ce phénomène important pour préciser notre position à ce sujet.

5. L'expérience collective de la justice

Comme nous l'avons souligné, l'« expérience collective de la justice » occupe une place importante dans la conception du droit de Gurvitch. Jean-Guy Belley a mis cette expérience collective en relation avec la genèse et la performance des règles juridiques en soulignant leur interaction dynamique²⁸⁹. L'exemple du préambule dont nous avons cité un important extrait illustre bien, à notre avis, l'important lien accompli par Jean-Guy Belley. On ne peut séparer l'expérience collective dont le préambule fait état, de la genèse des règles du *Code canadien du*

²⁸⁷ On remarquera la formulation sans judiciarisation.

²⁸⁸ « Dans un commentaire sur *Économie et société* de Weber, Talcott Parsons rappelle comment il existe, selon Max Weber, une tendance de l'autorité rationnelle-légale à se faire reconnaître et accepter sur le mode traditionnel qui est plus “stable” que l'autorité rationnelle-légale ». J. M. LAPIERRE, G. ROCHER et G. VALLÉE, préc., note 254, p. 379. Ce préambule introduit dans le *Code canadien du travail* en 1972, se situe dans la foulée du célèbre rapport de l'*Équipe spécialisée en relations du travail* (Rapport Wood), équipe qui a été en mesure de recueillir l'expérience de la justice sociale relative aux relations de travail. *Id.* p. 362.

²⁸⁹ « [...] l'interaction dynamique entre l'expérience vécue de la justice et les prescriptions du droit organisé dans la genèse comme dans la performance des règles juridiques » (notre soulignement). Ce texte de Jean-Guy Belley, rappelons-le, est introduit dans son étude offerte à Jean-François Perrin alors qu'il rend hommage au fait que l'idée de pluralisme a e « statut de paradigme dans le protocole de recherche d'une sociologie empirique du droit ». J.G.BELLEY, préc., note 69, p. 135.

travail et nous pourrions sans doute établir le lien avec leur performance. Nous sommes portés à faire l'hypothèse que ces liens dépasseraient l'ordre juridique du niveau fédéral.

Par ailleurs, il est important de préciser notre position à ce sujet. Jean-Guy Belley, rappelons-le, souligne que, pour Gurvitch, « [...] l'expérience sociale de la justice se présente essentiellement comme un acte de reconnaissance et non de création du droit ». Cette approche nous rappelle la notion d'institution d'un juriste qui a influencé Gurvitch, Hauriou, notion imprégnée de droit naturel. Julius Stone a mis en lumière que Santi Romano a pris ses distances à ce sujet pour adopter une position positiviste²⁹⁰. Nous adopterons ici une approche de l'expérience de la justice en prenant nos distances de toute conception de reconnaissance du droit. Nous ne nions certes pas que l'expérience, dans les milieux de travail, comprenne une prise de conscience de la justice; cette expérience est sans doute nourrie par une culture de la justice et du droit, en général profane et dépourvue de l'organisation formelle et de la systématisation de l'ordre juridique effectif. C'est d'ailleurs ce qui peut faire sa puissance et son efficacité face à un droit formaliste ou déficient. L'expérience de la justice peut avoir une « interaction dynamique » avec la « genèse » du droit, mais le droit émerge d'un processus de création observable souvent complexe au cœur duquel une ou des décisions d'une autorité peuvent être identifiées.

Il importe de se pencher davantage sur les rapports de l'expérience vécue de la justice et « les prescriptions du droit organisé ». Nous le ferons en faisant un parallèle avec les processus d'autonomisation du droit élaborés par Gunther Teubner. Le premier stade est celui qu'il appelle le « droit socialement diffus [...] les éléments, structures, processus et limites du discours juridique se confondent avec la communication générale de la société, [...] »²⁹¹. Il ne s'agit pas de « système juridique au sens strict du terme [...] ». La seconde phase « [...] s'enclenche lorsque le discours juridique commence à définir lui-même ses composantes systémiques et à en faire un usage opérationnel ». La phase du droit autopoïétique, la troisième, sera atteinte « lorsque les composantes systémiques du système juridique s'enchaîneront de manière hypercyclique et réciproque ». Dans un développement éclairant, Teubner souligne que les composantes du

²⁹⁰ Voir p. 52.

²⁹¹ Voir p. 94-95.

système commencent à vivre d'une vie autonome et qu'une forme de rupture peut se produire entre le droit et les besoins et valeurs de la société.

L'expérience collective de la justice se situe, à notre avis, au niveau du droit socialement diffus; on peut présumer qu'elle se développe particulièrement au sein de champs semi-autonomes, par exemple le mouvement syndical, et se confond avec la communication propre au champ en question; elle épouse l'intensité de ses communications. La formation de l'expérience collective de la justice est un processus d'une très grande importance pour le développement d'un droit social.

6. Autonomie collective et droit social

L'engagement à l'emploi d'une entreprise a été interprété d'une manière réaliste, par Hugo Sinzheimer, comme « une incorporation dans un groupement orienté vers une finalité ». Il croit aussi que « le contrat de travail doit être pensé comme un phénomène collectif et non strictement comme ensemble de relations individuelles, puisqu'il signifie pour le travailleur un rattachement à un groupement de domination [...], soit l'entreprise organisée du point de vue interne sur le mode absolutiste »²⁹². Sinzheimer trace donc ainsi, avec Lotmar, la voie à la notion centrale de subordination et à une approche collective de la relation de travail. Évoquant la réglementation patronale des premiers temps du capitalisme, rappelons le constat qu'il fait :

[...] Ce droit non-étatique de domination constitue le véritable droit ouvrier des premiers temps du capitalisme.

À la forme hiérarchique du droit non-étatique succède la forme collective du contrat de travail.

Ce deuxième aspect résulte des coalitions d'ouvriers qui résistent au pouvoir dictatorial du patronat.²⁹³

Derrière la résistance au pouvoir dictatorial du patronat, l'expérience collective de la justice est en action.

²⁹² Voir p. 60-61.

²⁹³ Voir p. 58-59.

La convention collective tracera la voie du droit social du travail.

Rappelons le commentaire d'Heidrun Homburg relatif à la position de Sinzheimer au sujet du droit social :

Face à ce fait de droit social « qui s'est développé indépendamment de l'activité législative de l'État », ce dernier n'aurait qu'une seule possibilité d'action : reconnaître ce mouvement et le libérer des entraves et insuffisances juridiques, et se décharger ainsi des tâches de réglementation qui lui incombaient jusque-là. Au bout du compte, l'analyse de Sinzheimer débouche sur un plaidoyer pour l'élargissement du système juridique – qui ne connaît jusqu'alors que le droit public et le droit privé – à un droit social constituant une sphère indépendante.²⁹⁴ (nos soulignements)

La négociation collective qui se développe dans les communautés de travailleuses et de travailleurs, voilà le véritable fondement de la position de Sinzheimer au sujet du droit social du travail.

Dans leur ouvrage *Droit administratif du travail* Michel Coutu et Georges Marceau, en introduction, écrivent :

Les sources du droit administratif du travail relèvent en partie d'un *pluralisme juridique* qui fait historiquement une large place à ce que les spécialistes du droit du travail appellent « l'autonomie collective » : l'élaboration par les parties d'un droit autonome dont l'assise explicite demeure la convention collective. Ce droit social autonome repose sur des principes singuliers, telles la primauté du droit collectif et la juridiction exclusive de l'arbitre des griefs.²⁹⁵ (notre soulignement)

Nous adhérons à cette qualification du droit du travail de droit social sur la base de ce « fait de droit social », la convention collective, assise du droit des rapports collectifs du travail. Ce droit établit son espace entre le droit privé et le droit public; les institutions spécifiques comme l'arbitrage de griefs qui ont émergé de l'autonomie collective ne peuvent sans entraîner confusion et dérives être qualifiées de publiques ou de privées.

²⁹⁴ Voir p. 66.

²⁹⁵ Michel COUTU et Georges MARCEAU, *Droit administratif du travail : tribunaux et organismes spécialisés du domaine du travail*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 1-2.

Ayant identifié des éléments importants pour notre démarche, au sujet du droit, nous allons maintenant examiner les rapports des ordres juridiques qui sont pertinents pour notre étude.

B- Une sociologie des ordres juridiques complétée par l'analyse systémique

Nous retenons de l'exploration que nous avons accomplie, une approche de la société québécoise et en particulier des relations du travail, marquée par la pluralité des ordres juridiques et par les systèmes sociaux autoréférentiels, particulièrement le système juridique et le système des relations du travail.

Aux yeux de Talcott Parsons, le système est « un concept vital de toute science »²⁹⁶. Nous réduirions la valeur épistémologique de notre approche théorique en ne l'intégrant pas à notre analyse. La théorie sociologique luhmannienne permettra d'observer les systèmes de communication qui sont d'une importance majeure pour la transmission des connaissances nécessaires à la construction du droit et aux décisions juridictionnelles et de mettre en lumière la communication des connaissances entre les ordres juridiques ainsi que l'absence de transmission d'informations; elle permettra également d'identifier les couplages structuraux.

L'analyse systémique viendra compléter et accompagner la sociologie des ordres juridiques. Une telle démarche n'a pas à notre connaissance été expérimentée et cette association aura sans doute un caractère exploratoire.

Nous devons maintenant préciser notre position; à cette fin nous traiterons de la pluralité des ordres juridiques et de leurs relations (1), de la notion d'institution et d'ordre juridique (2) et de la dimension systémique (3).

1. Pluralité et relations des ordres juridiques

La définition d'ordre juridique proposée par Guy Rocher nous permettra d'identifier les ordres juridiques ou de situer une entité par rapport au type pur mis de l'avant; la théorie des ordres juridiques inspirée de Romano d'identifier leurs relations. Les notions d'institutions originaires

²⁹⁶ Talcott PARSONS, *Theories of Society; Foundations of Modern Sociological Theory*, N.Y., Free Press of Glencoe, 1961, p. 32.

ou dérivées, simples ou complexes, permettront d'éclairer la nature, l'origine, la composition, la diversité des entités qui sont des ordres juridiques; la composition de l'ordre juridique complexe par des ordres juridiques internes peut permettre de mieux comprendre les ordres juridiques étatiques ou les institutions complexes; Santi Romano établit une distinction qui est à la base d'un pluralisme intra-étatique :

[...] est interne, l'ordre d'une institution comprise dans une autre plus large, par rapport à l'ordre de celle-ci, et donc aussi le droit d'un service étatique par rapport au droit de l'état envisagé dans son ensemble, ou encore le droit de l'État par rapport au droit international.²⁹⁷

L'ordre juridique étatique québécois, lui-même, ordre interne de l'ordre canadien, est composé, d'une myriade d'ordres internes dont la diversité est remarquable. La complexité des centrales syndicales peut être mieux analysée à l'aide de cette qualification des rapports qu'elles établissent avec leurs ordres juridiques internes originaires ou dérivés. Comprendre la complexité des grandes entreprises est nécessaire pour comprendre leurs rapports sociaux et, s'il s'agit de sociétés multinationales, de leurs implantations, sous diverses juridictions étatiques.

Le principe de relevance ouvre la voie à des analyses des liens d'autorité, de domination, de dépendance ou de l'absence de tels liens. La typologie de Gurvitch²⁹⁸ dont la pertinence a été rappelée par Jacques Chevallier²⁹⁹, permet d'établir, en ce qui a trait aux rapports des ordres juridiques avec l'ordre étatique, qu'une multitude d'ordres juridiques n'ont pas de rapports avec l'ordre étatique pour ce qui concerne les activités pour lesquelles elles existent, mais doivent s'incliner en cas de conflit avec l'État³⁰⁰ et que de nombreux ordres juridiques (la sphère décentralisée) ont une importante marge d'autonomie dans leur production de normes réglementaires (par exemple, les universités); la sphère centralisée comprend de nombreux ordres dont le statut est particulier et doit être analysé en conséquence. Comme nous le verrons,

²⁹⁷ S. ROMANO, préc., note 99, p. 161.

²⁹⁸ Voir le résumé de Jean-Guy Belley aux pages 37.

²⁹⁹ Voir p. 75.

³⁰⁰ La société contemporaine est évidemment très différente de celle dont Gurvitch a eu l'expérience. Un syndicat par exemple doit être accrédité pour pouvoir négocier une convention collective. Même si elle doit être nuancée, l'approche reste valable.

c'est le cas de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse qui dispose d'une large marge d'autonomie. Le commentaire de Jacques Chevallier mérite ici d'être rappelé.

[...] l'étude des différents « titres » ou « manifestations de relevance entre les ordres juridiques, c'est-à-dire de l'importance qu'ils ont respectivement les uns pour les autres permet de mettre en évidence l'inégalité des positions qu'ils occupent. Mais la relevance ne saurait être entendue comme aboutissant à la restauration de l'unité de l'ordre juridique au profit de l'État : il n'est pas d'institution si vaste qu'elle éprouve le besoin de donner la relevance à tous les rapports sociaux; et un certain nombre d'ordres juridiques sont dépourvus de toute relevance pour l'ordre étatique [...]. La pluralité des ordres est donc corrigée par un principe d'agencement et de structuration, qui varie selon les sociétés et assure une certaine cohésion sociale. (notre soulignement)

La présupposition peut transformer la relevance; elle ouvre la porte à diverses formes de rapports entre les présumés et un ordre juridique : démocratie autogestionnaire, équilibre entre le leadership et l'assemblée des membres, contrôle basé sur la propriété ou contrôle basé sur les privilèges de certains des présumés.

Nous devons également avant de passer à la dimension systémique, préciser un autre aspect de notre approche théorique des ordres juridiques : la distinction entre l'institution et l'ordre juridique.

2. Institution et ordre juridique

Nous ne pensons pas qu'il soit maintenant possible, dans l'état de nos connaissances des organisations, d'identifier totalement institution et ordre juridique. Nous adoptons l'approche de Jacques Chevallier sur la place institutionnelle de l'ordre juridique. L'ordre juridique est « structuré et informé par l'ordre social auquel il appartient et dont il est un « sous-ensemble » ou un sous-système [...] la structuration de l'ordre social » étant « de son côté marquée par le rôle institutionnalisant de l'ordre juridique »³⁰¹ (notre soulignement). Au sein de l'entité ou des entités dont l'ordre juridique est un sous-ensemble, il y a des rapports qui sont de nature organisationnelle, qui peuvent être de nature politique, scientifique, etc. L'ordre juridique institutionnalise ou contribue à l'institutionnalisation de l'entité.

³⁰¹ Voir p. 75.

Ceci n'implique pas que nous remettons en question l'approche de Romano qui considère que le droit n'est pas que norme et qu'il est bien d'autres choses. L'effet de l'ordre juridique sur l'institution varie d'une institution à l'autre.

L'étude de la dimension systémique sera importante pour compléter et accompagner notre étude des ordres juridiques.

3. L'analyse systémique

Comme nous l'avons vu, **la distinction système/environnement** est au centre de la théorie systémique luhmannienne; elle peut permettre, à notre avis, de comprendre la communication des informations et par conséquent des connaissances en provenance de l'environnement, mais également l'absence de communication d'informations que le système rejette dans sa gestion de la complexité. La circulation des connaissances est favorisée par **le couplage structurel**.

En ce qui a trait spécifiquement au système juridique, nous retenons **l'autonomisation progressive du système juridique** mise de l'avant par Günter Teubner et les trois phases comprenant un stade présystémique et deux niveaux de systématisation. Un des effets de cette approche est de limiter les effets de clôture, ce qui est nécessaire dans le cadre du pluralisme juridique.

En ce qui a trait au **droit étatique du travail**, nous adoptons l'analyse de Rogowski à l'effet qu'il constitue un sous-système autonome du système juridique étatique. Les relations du travail constituent un système social mais, dans le contexte québécois, nous faisons l'hypothèse que la négociation collective est structurellement couplée avec les ordres juridiques des parties patronales et syndicales, ainsi qu'avec l'ordre juridique étatique; nous faisons également l'hypothèse que l'arbitrage de griefs est structurellement couplé avec l'ordre juridique de la convention collective et l'ordre juridique étatique³⁰².

³⁰² Comme nous le verrons, dans le deuxième chapitre, nous considérons que la convention collective donne naissance à un ordre juridique.

Enfin nous faisons le constat d'un droit étatique québécois du travail partiellement autonome par rapport aux systèmes juridiques étatiques québécois et canadien, partiellement en particulier à cause du contrôle judiciaire. Ceci n'empêche pas que, dans la foulée de Ralf Rogowski et de Ton Wilthagen, nous fassions le constat d'une autonomisation progressive par la voie de conditions structurelles qui permettent l'autoréflexion et que nous soyons conscients que ce processus peut être analysé au niveau politique, doctrinal et institutionnel.

Nous nous en tiendrons, à ce stade, à ces perspectives théoriques en ce qui a trait au pluralisme juridique complété et accompagné par la théorie des systèmes. Nous avons toutefois besoin, au cours de notre démarche, de recourir à l'approche des champs sociaux semi autonomes de Sally Falk Moore pour analyser certains phénomènes présystémiques de normativité dans des ensembles d'organisations qui ne constituent pas des ordres juridiques ou qui ne peuvent être toutes qualifiées d'ordre juridique.

C- Les champs sociaux semi-autonomes

Entre les individus et l'ordre juridique étatique, émergent, vivent et disparaissent des formations sociales, lieux de normes autonomes, de coutumes, d'expériences collectives. Ces formations sociales peuvent se confondre avec les institutions dont l'ordre juridique est relativement autonome, mais elles peuvent aussi ne pas répondre aux critères des ordres juridiques et abriter des normes autonomes ou des phénomènes liés au droit comme l'expérience collective de la justice; elles peuvent également être des regroupements plus ou moins formels d'entités et, dans certains cas, ces regroupements peuvent comprendre des institutions porteuses d'un ordre juridique mais également plusieurs autres espèces d'entités. Comme nous le verrons, on peut envisager que les négociations collectives créent un champ semi-autonome³⁰³. C'est aussi sans doute le cas du mouvement syndical. Les organisations syndicales jointes aux organisations populaires ou aux associations étudiantes ou aux organisations qui œuvrent dans le domaine des droits et libertés, comprenant, entre autres, des groupes féministes, des groupes militants en

³⁰³ Le préambule de la partie I du *Code canadien du travail* (L.R.C. (1985), ch. L-2) invoque à notre avis la présence d'un principe d'un champ social semi-autonome lorsqu'il constate que « les travailleurs, syndicats et employeurs du Canada reconnaissent et soutiennent que la liberté syndicale et la pratique des libres négociations collectives sont les fondements de relations du travail fructueuses [...] ».

faveur des droits des gais et lesbiennes ou contre le racisme peuvent être ou devenir des champs sociaux semi-autonomes. Nous recourons en particulier à cette approche pour mieux identifier la présence de l'expérience collective de la justice.

Conclusion relative à la globalisation des rapports sociaux

Il sera important d'actualiser cette théorie des ordres juridique dans le contexte socio-juridique actuel du Québec. Ce contexte est évidemment marqué par la « nouvelle économie » et au premier chef, la globalisation. Cependant, comme l'observe Mathieu Deflem dans son volume *Sociology of Law*, la prise en compte de la globalisation ne doit pas amener à négliger les enjeux juridiques du droit local interne³⁰⁴.

En ce qui a trait au travail, les organisations et l'environnement subissent de profondes transformations qui modifient les ordres juridiques. La configuration des entreprises est modifiée de façon importante pour un grand nombre d'entre elles³⁰⁵. Nous référant aux analyses d'Harry Arthurs précédemment examinées³⁰⁶, rappelons la montée en puissance des grandes sociétés transnationales, « l'affaiblissement de la réglementation des activités économiques » et « la réduction de l'interventionnisme social » qui changent les rapports de forces en ce qui a trait à la législation du travail et à la négociation collective; « la contribution positive du droit du travail étatique est affaiblie »; les accords commerciaux internationaux comme l'ALENA limitent aussi la marge de manœuvre étatique.

En ce qui a trait au droit et à la pratique des juristes, des transformations importantes sont observées en particulier au Québec comme en témoigne Jean-Guy Belley.

³⁰⁴ Mathieu DEFLEM, *Sociology of Law : visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge, UK; New York, Cambridge University Press, 2008, p. 269. Il donne l'exemple de la lutte contre la criminalité.

³⁰⁵ L'entreprise classique « coexiste maintenant [...] avec d'autres modes organisationnels de l'activité économique, modes eux-mêmes diversifiés [...] ». Pierre VERGE et Sophie DUFOUR, *Configuration diversifiée de l'entreprise et droit du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003, p. 2.

³⁰⁶ Voir p. 81.

Enfin il ne faudra pas négliger cet aspect majeur de l'effectivité des chartes sur les relations du travail lié à la mobilisation des motifs de discrimination. Harry Arthurs a attiré l'attention à ce sujet en ce qui a trait à la *Charte canadienne* : « [...] consequence has been to distract attention from, if not actually to hasten, the disappearance of “labour” »³⁰⁷. Ces changements s'inscrivent dans des transformations importantes de la culture juridique sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir.

Après avoir accompli cet examen des aspects théoriques du pluralisme juridique que nous jugeons pertinents pour notre recherche et avoir choisi la sociologie des ordres juridiques complétée et accompagnée par l'analyse des systèmes autoréférentiels pour se joindre à l'analyse juridique comme approche centrale de notre démarche, nous centrerons notre étude sur les aspects pertinents à une évaluation des processus de mise en œuvre de la norme d'égalité dans les milieux de travail syndiqués en rapport avec l'autonomie du droit du travail. Nous recourrons à cette fin à des analyses synchroniques et diachroniques comme l'a suggéré Jean-Guy Belley pour l'étude de la problématique centralisation/décentralisation du droit³⁰⁸. Évidemment nous ne pourrons que jeter des bases d'un travail dont l'ampleur dépasse largement les limites de cette thèse.

À la lumière de la sociologie des ordres juridiques, nous procéderons d'abord, dans le deuxième chapitre de la première partie, au tracé d'une esquisse synchronique des aspects juridiques et sociaux des institutions qui agissent en matière de relations du travail. La deuxième partie, rappelons le, utilisera une approche diachronique qui conduira, dans la troisième partie, à un examen approfondi des voies de mise en œuvre de la norme d'égalité dans les milieux de travail syndiqués.

³⁰⁷ Le sens donné à « labour » est « [...] industrial power [...] political force [...] socio-cultural category [...] ». Voir p. 83. Ce constat s'applique à notre avis à la *Charte québécoise*.

³⁰⁸ J. G. BELLEY, préc., note 164, p. 29.

Chapitre 2 – Les relations du travail dans les milieux syndiqués, à la lumière de la sociologie des ordres juridiques

Dans leur volume *Droits des rapports collectifs du travail au Québec*, Michel Coutu, Laurence Léa Fontaine et Georges Marceau, écrivent ce qui suit sous la rubrique « Un droit centré sur des acteurs institutionnels » : « À la recherche d'un équilibre entre les protagonistes du domaine du travail, le droit est amené à s'appuyer fortement sur les acteurs institutionnels qui y sont présents »¹. Dans la perspective pluraliste que nous mettons de l'avant, nous attribuerions toutefois cette caractéristique importante au droit étatique. Il est important de mettre en lumière cette caractéristique du droit étatique du travail et de souligner un autre aspect non moins important : si le droit étatique est ainsi centré sur les acteurs institutionnels et s'il recherche un équilibre, c'est qu'il reçoit les rapports sociaux de ces acteurs et, en particulier, la négociation collective. On peut sans doute présumer que cette réception n'est pas étrangère au besoin politique impérieux des gouvernements élus de maintenir la paix. Elle est probablement, pour une autre raison fondamentale, causée par l'incapacité de l'État à développer des régimes juridiques adaptés à certains champs de rapports sociaux et en particulier, aux relations du travail. Rappelons que Harry W. Arthurs, parlant du pluralisme, disait :

Its cause as I will try to show is precisely the inability of overarching normative regimes to penetrate and transform all contexts, such as places of work and the persistent tendency of such contexts themselves to generate and enforce distinctive norms expressing values which are at least in some respects, different from those of the encompassing society.²

Ces caractères centraux des rapports entre le droit étatique et les acteurs institutionnels des relations du travail déterminent le besoin fondamental de les comprendre et de les évaluer adéquatement. C'est un des objectifs de cette thèse et en particulier du présent chapitre de contribuer à cette compréhension.

¹ Michel COUTU, Laurence Léa FONTAINE, Georges MARCEAU et Tanaquil BURKE, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, coll. « Droit fondamental du travail », Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2009, p. 5.

² Harry W. ARTHURS, « Understanding Labour Law : The Debate over Industrial Pluralism », (1985) 38 *Current Legal Problems* 83, 85. Voir p. 78. Rappelons aussi la remarque de Jacques Chevallier : « Il n'est pas d'institution si vaste qu'elle éprouve le besoin de donner la relevance à tous les rapports sociaux et un certain nombre d'ordres juridiques sont dépourvus de toute relevance pour l'ordre étatique ». Voir p. 75.

Cette compréhension nous apparaît aussi nécessaire pour l'évaluation que nous avons entreprise des voies de mise en œuvre de la norme d'égalité dans les milieux de travail syndiqués.

L'autonomie des acteurs patronaux et syndicaux a un rôle déterminant dans la construction d'un droit du travail autonome.

La Cour suprême, dans sa décision *Isidore Garon ltée c. Tremblay*, sous la plume de la juge Deschamps, au nom de la majorité, souligne l'autonomie du droit du travail et son appartenance au droit social : « [...] le caractère autonome du droit du travail, droit social d'origine législative qui par conséquent supprime le droit commun »³.

Dans la perspective pluraliste que nous avons retenue, nous considérons que ce constat caractérise adéquatement le droit étatique du travail.

D'un point de vue sociologique, dans la perspective de la théorie wébérienne, les droits spéciaux s'appuieront sur des groupements bénéficiant d'une autonomie et sur la capacité des acteurs de créer du droit par le moyen des « contrats »⁴. Rappelons son approche qui est particulièrement appropriée au droit du travail « centré sur des acteurs institutionnels » dont l'autonomie s'affirme avec vigueur :

La spécialisation du droit étatique, au niveau des règles substantives comme à celui des institutions judiciaires pourrait [...] s'effectuer parallèlement au pluralisme juridique extra-étatique [...] la spécialisation des tribunaux étatiques (par exemple tribunaux du commerce, tribunaux du travail) refléterait les particularismes de certains agents économiques. Elle prendrait acte de leur activité spécifique et leur fournirait un statut juridique et un forum judiciaire particuliers.⁵ (notre soulignement)

Le droit étatique du travail consigné dans un imposant *corpus* de lois et de règlements dispose d'un large éventail de tribunaux et d'organismes administratifs pour la mise en œuvre de ses

³ *Id.*, p. 7. *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, 2006 CSC 2, (2006) 1 R.C.S. 27, par. 10. Notons que cette qualification de « droit social » est malheureusement isolée dans la jurisprudence de la Cour suprême; comme on le sait, une hirondelle ne fait pas le printemps.

⁴ Le terme « contrat » utilisé, dans ce texte, à cette époque, couvre une entente comme la convention collective.

⁵ Voir p. 49.

dispositions; mentionnons principalement la Commission des relations du travail et la Commission de la santé et sécurité au travail et la Commission des lésions professionnelles.

Toutefois les décisions de mise en œuvre de cette multitude de dispositions du droit étatique du travail sont sujettes à un contrôle judiciaire qui permet aux cours supérieures de trancher de nombreuses questions. En ce qui a trait aux conventions collectives, les parties disposent, pour leur mise en œuvre, du recours à des arbitres de griefs, ce qui permet une autonomie substantielle de l'interprétation et de l'application des conventions collectives; les décisions des arbitres sont également assujetties à un contrôle judiciaire. Nous reviendrons dans la troisième partie sur la question du contrôle judiciaire en traitant de l'arbitrage des griefs comme voie de mise en œuvre de la norme d'égalité. Ce contrôle des cours supérieures est un des facteurs principaux qui rendent l'autonomie du droit du travail relative. Le droit du travail québécois n'est donc pas dans la situation d'autonomie du droit du travail allemand qui dispose d'un tribunal du travail de dernière instance.

En matière de discrimination, les arbitres peuvent être saisis de griefs invoquant les dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* relatives au « droit à l'égalité [...] »; ils disposent des pouvoirs, en vertu du paragraphe 100.12 a) du *Code du travail* pour « interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief ». Par ailleurs, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et le Tribunal des droits de la personne constitués par la *Charte des droits et libertés de la personne*, peuvent être saisis de plaintes de discrimination dans un milieu de travail. Il existe ainsi un *corpus* de décisions arbitrales en matière de discrimination au travail et un *corpus* de décisions du Tribunal des droits de la personne ainsi que des cours supérieures en appel. Nous avons référé dans le premier chapitre⁶ au rapport d'une recherche empirique comparant les décisions de ces deux corpus. Comme nous l'avons mentionné, les deux juridictions comparées, le Tribunal des droits de la personne et les arbitres de griefs, sont considérées comme appartenant à « deux sphères du droit : le droit des rapports collectifs du travail et les droits de la personne ». Les auteurs de ce rapport soulignent l'autonomie relative du droit du travail par rapport aux droits de la personne :

⁶ Voir p. 99-101.

[...] il serait erroné de se représenter le domaine du droit du travail comme purement subordonné au champ des droits et liberté de la personne. Il faut plutôt faire le constat d'une autonomie relative du droit du travail⁷, autonomie que les acteurs (les travailleurs, les syndicats, les employeurs et leurs représentants, les arbitres des griefs, etc.) défendent et qui témoigne en quelque sorte de l'importance de l'action non étatique (syndicalisme, grève, accord collectif) dans l'émergence et le contenu du droit du travail.⁸

Rappelons à cause de son importance, ce que les auteurs disent plus loin : « C'est le constat d'un pluralisme juridique, au sens de la sociologie du droit qui justifie la comparaison du traitement qui est fait de la norme d'égalité dans deux sphères du droit assimilées à deux sphères d'action sociale »⁹.

⁷ Les auteurs réfèrent à : Pierre VERGE et Guylaine VALLÉE, *Un droit du travail ? : essai sur la spécificité du droit du travail*, coll. « Droit aussi... », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997. Nous n'utiliserons pas le terme « champ » comme il est utilisé dans notre citation des auteurs de ce rapport (p. 94) : « [...] champ des droits et libertés de la personne ». Pour éviter toute confusion, nous réserverons le terme « champ » au champ social semi autonome de l'approche de Sally Falk Moore. Par exemple, si nous considérons le secteur des commissions scolaires comme un champ social semi autonome, nous considérerons qu'il y a présence des deux sphères, le droit du travail et les droits et libertés de la personne y étant en action.

⁸ Effectivement l'autonomie du droit du travail est le produit de l'action des acteurs institutionnels et il est heureux que les auteurs aient mentionné les employeurs qui peuvent effectivement également intervenir pour défendre ou développer cette autonomie. Nous voyons un exemple remarquable dans l'action juridique relative à une question que nous allons aborder dans la première section portant sur les ordres juridiques patronaux : la notion d'entreprise. Le contrôle judiciaire d'une décision du commissaire du travail Réal Bibeault au sujet des services d'entretien de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais a donné lieu à une remarquable intervention de la Cour suprême dans l'interprétation et l'application des articles du *Code du travail* qui protégeaient l'accréditation dans les cas de transmission ou de concession d'entreprise. La Cour s'est fondée en bonne partie sur la faiblesse des pouvoirs conférés au commissaire du travail par l'article 46 pour intervenir sans réserve. *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, (1988) 2 R.C.S. 1048. L'autonomie des commissaires du travail et du Tribunal du travail a toutefois été restaurée grâce à une intervention des parties patronales et syndicales pour modifier les pouvoirs du commissaire du travail qui a été suivie de l'adoption d'une loi modifiant l'article 46 du *Code du travail*. L.Q. (1990) c. 69, art. 2. Évidemment les cours supérieures ont dû évaluer les effets de cette modification et elles ont accompli le travail requis montrant, à notre avis, qu'en plus du changement législatif, les cours supérieures pouvaient faire preuve de réserve. Le constat de l'autonomie retrouvée se trouve dans l'arrêt *Ivanhoé inc. c. TUAC, section locale 500*, (2001) 2 R.C.S. 565. Il faut faire deux remarques : premièrement, la collaboration patronale-syndicale au sujet de la modification de l'article 46 est, il nous semble, un exemple remarquable de dialogue social largement favorisé par la pratique institutionnalisée de dialogue et de conseil au sein du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre (maintenant le Comité consultatif du travail et de la main d'œuvre); deuxièmement, il faut souligner le travail remarquable de juges experts en droit du travail; dans l'affaire *Ivanhoé inc.*; c'est le cas des juges Denis Lévesque (Cour supérieure) et Louis Lebel (Cour d'appel). La juge Arbour qui a rédigé le jugement de la majorité en Cour suprême note, en ce qui a trait au travail du juge LeBel, en Cour d'appel : « [...] une opinion particulièrement fouillée [...] ». *Ivanhoé inc. c. TUAC, section locale 500, id.*, par. 17.

⁹ Guylaine VALLÉE, Michel COUTU et Marie-Christine HÉBERT, « La norme d'égalité en milieu de travail : étude empirique de la mise en oeuvre de la norme d'égalité par le Tribunal des droits de la personne et les tribunaux d'arbitrage », dans Guylaine VALLÉE, Michel COUTU, Jean-Denis GAGNON, Jean M.

Enfin la conception de l'autonomie relative du droit du travail est renforcée par l'approche de la théorie des systèmes à l'effet que les relations du travail constituent un système social radicalement autonome, opérationnellement fermé sur lui-même mais structurellement ouvert sur son environnement. Le système du droit étatique québécois a ainsi établi de multiples couplages structurels avec les relations du travail. À titre d'exemple, la disposition que nous avons citée à l'effet que l'arbitre de grief peut « interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief » trace la voie d'un couplage structurel entre la politique législative publique relative aux droits de la personne et l'ordre juridique de la convention collective. Ce couplage structurel est à l'origine de multiples effets depuis l'entrée en vigueur de cette disposition.

Dans l'examen qui va suivre, nous ne procéderons pas à une étude de la sphère du droit du travail suivi d'un examen de la sphère des droits et libertés de la personne. Le droit de ces deux sphères est en action au sein des relations du travail et, par conséquent, au sein des institutions en relation, lieux des ordres juridiques. Nous verrons aussi que l'autonomie des acteurs institutionnels patronaux et syndicaux est protégée avec une intensité variable par la liberté d'entreprise et la liberté syndicale. Si la liberté d'entreprise a toujours été un fondement du droit québécois et de son rapport au système économique, la liberté syndicale toujours incomplète a émergé de l'action souvent conflictuelle des organisations syndicales; les éléments historiques pertinents seront examinés dans la deuxième partie.

Nous procéderons à une brève étude des acteurs institutionnels des relations du travail à la lumière de la théorie des ordres juridiques complétée par l'approche systémique. Nous avons par ailleurs l'intention de consacrer une section distincte (section 2) au champ du secteur public de l'éducation que nous examinerons d'une manière plus approfondie; cette étude distincte est motivée en particulier par deux raisons :

- l'examen d'un champ du secteur public est particulièrement propice pour étudier les rapports des ordres juridiques étatiques et des ordres juridiques des relations du travail;

LAPIERRE et Guy ROCHER (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001, p. 19-94, à la page 25-26.

- cette étude plus approfondie permettra de développer une meilleure connaissance du champ de notre étude du dossier des gels d'échelon de la convention collective du personnel enseignant des commissions scolaires 1995-1998 qui sera accomplie dans le premier chapitre de la troisième partie.

Ce deuxième motif nous amènera à pousser plus loin l'analyse relative aux relations du travail du personnel enseignant des commissions scolaires.

La première section sera consacrée à une brève présentation générale des acteurs institutionnels des relations du travail au Québec et des rapports entre les ordres juridiques.

1- Aperçu général des acteurs institutionnels des relations du travail et de leurs ordres juridiques

Dans un premier temps, dans cette section, nous aborderons les ordres juridiques patronaux (A); nous examinerons ensuite les ordres juridiques syndicaux (B); les ordres juridiques étatiques et les ordres juridiques internationaux seront étudiés dans la troisième division (C); il s'agira en particulier, en ce qui a trait aux ordres juridiques étatiques, de ceux qui interviennent en matière de droit du travail et en matière de droits et libertés de la personne; pour les ordres juridiques internationaux, en plus des grandes institutions de la communauté internationale, nous croyons devoir ne pas laisser de côté d'importants développements qui s'inscrivent dans la globalisation du commerce et de l'économie et qui modifient les pouvoirs étatiques; ces développements sont au cœur de la mondialisation de l'économie modifiant profondément l'environnement des relations du travail. De plus, sur le plan des rapports des ordres juridiques, ils mettent en lumière comment des ordres juridiques nouveaux émergent d'accords entre des ordres juridiques existants, en l'occurrence des ordres juridiques étatiques. Nous avons l'intention de consacrer la dernière division de cette section à la négociation collective (D); il s'agit d'une question d'une importance centrale pour notre démarche.

A- Les ordres juridiques patronaux

Jean-Philippe Robé commence l'Introduction de son livre *L'entreprise et le droit* publié dans la collection *Que sais-je* par le texte suivant :

« Entreprise et droit forment un couple inséparable dans une société où règne la liberté d'entreprendre ».

Dans une telle société, les entreprises bénéficient *par principe* de la liberté de produire et vendre les biens et services qu'elles souhaitent, selon le processus de production et l'organisation économique qu'elles choisissent. Cette liberté d'initiative économique est la conséquence des principes fondateurs de notre société qui sont la liberté et l'autonomie individuelle, dont on entend qu'ils soient à l'avantage du plus grand nombre.¹⁰

Il est indéniable qu'un état démocratique libéral véhicule la liberté d'entreprise¹¹ et, dans une perspective politique réaliste, un tel État ne peut remettre en question ce principe quoiqu'il puisse intervenir par des politiques publiques auxquelles les entreprises doivent se soumettre. C'est le cas évidemment au Canada comme au Québec. Nous croyons que le droit reçoit ainsi une réalité socio-économique. Comme le disent Pierre Verge et Sophie Dufour, le « fait socio-économique de l'entreprise s'impose au droit ». Il s'agit ainsi d'un important fait de droit faisant partie de la réalité socio-économique du capitalisme qui s'impose à l'ordre juridique étatique¹².

Guylaine Vallée précise la réception de cette réalité par le droit au Canada :

[...] la liberté d'entreprendre que reconnaît le droit civil au Québec, la *common law* pour ce qui est des autres provinces canadiennes ainsi que de nombreuses lois provinciales et fédérales qui composent le droit des affaires. Contrairement au droit européen où la liberté d'entreprendre a une portée communautaire et au droit français où elle a un statut constitutionnel, elle n'a pas au Canada, de statut fondamental.¹³

¹⁰ Jean-Philippe ROBÉ, *L'entreprise et le droit*, coll. « Que sais-je ?; 3442 », Paris, Presses universitaires de France, 1999, p. 3. Le fait qu'on attende que ces principes « soient à l'avantage du plus grand nombre » est empreint d'idéologie. L'étude des rapports sociaux démontre à notre avis qu'un équilibre est plutôt nécessaire entre droits et libertés individuelles et droits et libertés collectives. C'est d'ailleurs, comme nous pourrions le constater, cet équilibre qui anime les orientations de l'Organisation internationale du travail (OIT) dont le Canada est membre avec ses composantes provinciales.

¹¹ Pierre VERGE, Gilles TRUDEAU et Guylaine VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 78. Ces auteurs mettent en lumière que le droit étatique véhicule la liberté d'entreprendre « dans la société occidentale contemporaine ».

¹² Pierre VERGE et Sophie DUFOUR, *Configuration diversifiée de l'entreprise et droit du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003, p. 2.

¹³ Guylaine VALLÉE, « Les rapports entre la protection des travailleurs et la liberté d'entreprendre : des principes aux manifestations actuelles », (2007) 86 *R. du B. can.* 247, 249-250. Guylaine Vallée précise que la liberté d'entreprise n'est pas protégée par l'article 7 de la *Charte canadienne* et réfère aux Commentaires de Graham Garton, Q.C. Ministère de la Justice, Ottawa, 2004, à la page 68.

L'état de droit de la liberté d'entreprendre la place qu'elle occupe dans le droit étatique ne modifie pas nécessairement substantiellement la puissance de la réalité socio-économique qui s'impose.

Dans la plupart des cas l'entreprise recourt au service de personnes qu'elle emploie. En ce qui a trait au rôle patronal de l'entreprise, c'est l'employeur qui est le sujet de droit; il exploite une entreprise qu'il dirige¹⁴.

Contrairement à d'autres sociétés¹⁵, à cause de notre régime d'accréditation et de l'article 45 du *Code du travail* qui protège l'accréditation dans les cas de transmission ou de concession d'entreprise, la notion d'entreprise a été abondamment discutée et a fait l'objet de décisions importantes des tribunaux. L'entreprise en tant qu'activité a également été définie par le *Code civil* (art. 1525 C.c.Q.).

L'ordre juridique étatique a ainsi échappé à la tendance contractualiste très importante qui dissout la réalité institutionnelle de l'entreprise en la considérant comme un circuit de contrats¹⁶.

Nous verrons d'abord la notion d'entreprise et de direction (1); nous examinerons ensuite la forme juridique des entreprises en distinguant les entreprises à caractère privé et les entreprises à caractère public (2). Notre analyse se poursuivra par un aperçu du recours aux formes juridiques et aux modes d'organisation (3); à cette fin, nous examinerons séparément les entreprises à caractère privée et les entreprises à caractère public; ces examens nous conduiront à une analyse accomplie à la lumière de la sociologie des ordres juridiques et de l'approche systémique qui, comme nous l'avons mentionné, est un objectif important de cette thèse (4).

¹⁴ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, préc., note 11, p. 76-77.

¹⁵ Jean-Philippe Robé affirme : « Il est surprenant de constater que dans aucun ordre juridique, l'entreprise *en soi* ne se voit reconnaître la personnalité morale, une existence en tant qu'unité juridique ». J. P. ROBÉ, préc., note 10, p. 11. L'auteur ignore sans doute l'état du droit québécois qui reconnaît l'entreprise *en soi* comme une unité juridique sans évidemment lui conférer la personnalité morale.

¹⁶ *Id.*, p. 6 et 7. Voir au sujet de ce débat : Gunther TEUBNER, « Company Interest The Public Interest of the Enterprise "in Itself" », dans Ralf ROGOWSKI et Ton WILTHAGEN (dir.), *Reflexive Labour Law*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, à la page 21, 21-27.

1. Notion d'entreprise et de direction

La notion d'« entreprise » nous apparaît bien exprimée par les auteurs de l'ouvrage *Le droit du travail par ses sources* :

L'entreprise est l'institution de caractère à la fois économique et social, permettant à l'employeur de poursuivre une fin économique particulière.¹⁷ Elle est normalement empreinte d'une certaine stabilité et d'une complexité organisationnelle, ce qui la distingue de l'artisan. Classiquement du moins elle est le fruit de la coordination d'un ensemble d'éléments ou de facteurs humains (le personnel), matériel (le site, et l'équipement ou la production, notamment) et intellectuels (les techniques de production et d'achalandage, en particulier) en fonction de la réalisation d'une finalité productive donnée qu'elle soit lucrative ou non. Il s'agit donc plus que d'un simple agrégat de ces facteurs, mais de leur ensemble organisé correspondant à une unité à la fois économique et sociale de production.¹⁸ (nos soulignements)

Nous sommes totalement en accord avec les auteurs de *Le droit du travail par ses sources* lorsqu'ils mettent en lumière une réalité fondamentale au sujet du pouvoir de direction : « La nécessité d'une direction ou d'une autorité pour assurer le fonctionnement d'une institution, en l'occurrence l'entreprise, est une réalité sociologique manifeste ». Les auteurs ajoutent : « Il revient au droit de recevoir cette approche institutionnelle »¹⁹.

Nous sommes encore là face aux faits que le droit reçoit. Comme le souligne encore les auteurs de *Le droit du travail par ses sources*, « le pouvoir de direction de l'employeur reçoit [...] une consécration formelle d'ordre contractuel lorsqu'il s'exerce à l'endroit du salarié »²⁰. Cette consécration se trouve dans la définition même du contrat de travail à l'article 2085 du *Code civil du Québec* : « Le contrat de travail est celui par lequel, une personne, le salarié, s'oblige pour un

¹⁷ En note de bas de page, les auteurs écrivent : « On parle alors de l'«entreprise-institution» par opposition à l'action d'entreprendre, c'est-à-dire de la seule poursuite d'une fin d'ordre économique, «l'entreprise-activité» ». Il est à noter que le *Code civil* définit, à l'article 1525, l'entreprise-activité.

¹⁸ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, préc., note 11, p. 76. Les auteurs réfèrent, en note de bas de page, à l'arrêt *Bibeault*, « à titre illustratif ». préc., note 8. (notre soulignement)

¹⁹ *Id.*, p. 78.

²⁰ *Id.*, p. 79.

temps limité et moyennant rémunération à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur. »²¹ (notre soulignement).

L'encadrement juridique de cette direction sera substantiellement déterminé par la forme juridique de l'entreprise.

2. Forme juridique des entreprises

En ce qui a trait à cette forme juridique, le droit civil au Québec distingue entre des organisations à caractère privé (a) et à caractère public (b).

a) Entreprise à caractère privé

La personne physique qui est propriétaire de son entreprise est libre de l'organiser comme elle l'entend et elle en est entièrement responsable. Les associés, dans une société en nom collectif, bénéficient d'une large marge de manœuvre pour la structuration de leur entreprise. Comme nous le verrons, la compagnie est toutefois la forme juridique la plus répandue; avec l'association sans but lucratif et la coopérative, elles sont constituées en vertu de lois spécifiques et leur structure juridique, la construction et la forme de leur direction est encadrée par les dispositions de ces lois. Le *Code civil du Québec* leur octroie la personnalité juridique²². L'article 309 déclare : « Les personnes morales sont distinctes de leurs membres. Leurs actes n'engagent qu'elles mêmes, sauf les exceptions prévues par la loi ».

²¹ L'ancien Code civil ne prévoyait pas expressément cet aspect fondamental de la relation de travail, ce qui a amené des juristes à s'interroger sur son fondement juridique dans une perspective civiliste. Marie-France BICH, « Le pouvoir disciplinaire de l'employeur-Fondements civils », (1988) 22 *Revue juridique Thémis* 85. Dans cette étude, Marie-France Bich examine la théorie institutionnelle et la théorie contractuelle. Elle préfère la théorie contractuelle et se fonde sur l'ancien article 1024 C.c. B.C. qui prévoyait que les « obligations d'un contrat s'étendent [...] à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature et suivant l'équité, l'usage ou la loi ».

Voilà une voie bien indirecte pour introduire un caractère fondamental de la relation. Nous sommes portés à penser que le silence du *Code civil du Bas Canada* sur la subordination des « salariés » est l'héritage québécois de l'idéologie française de l'égalité des « citoyens ». On pourrait également y voir une volonté de conserver la relation de travail dans une logique juridique exclusivement contractuelle.

²² *Code civil du Québec*, art. 298.

Ainsi les actionnaires n'ont aucune responsabilité personnelle pour les obligations de l'entreprise et il en est de même des membres de l'association sans but lucratif et de la coopérative. Il importe de souligner aussi que les organisations syndicales sont souvent des employeurs et elles peuvent bénéficier de la personnalité juridique en particulier en recourant à la *Loi sur les syndicats professionnels*²³. Nous y reviendrons dans la division suivante (B) qui est consacrée aux organisations syndicales. Enfin des entreprises constituées en vertu des lois fédérales font souvent affaire au Québec et ont évidemment du personnel et des relations de travail.

Comme le souligne Geneviève Dufour, le choix de la forme de structures « va [...] déterminer quelles seront les règles du jeu entre les parties qui ont choisi de créer l'entreprise : qui aura l'autorité de prendre les décisions de gestion et de quelle façon ces décisions doivent être prises [...] »²⁴. L'expression « décisions de gestion », ne nous y trompons pas, couvre une production de normes et de mesures pour leur application dont l'envergure et le caractère contraignant est évidemment très variable²⁵.

La direction de la compagnie (ses administrateurs) est élue par les actionnaires, leurs votes étant basés sur la propriété des actions. Pour l'élection de l'instance de direction, dans les associations sans but lucratif et les syndicats professionnels, les règlements généraux ou les statuts peuvent prévoir différentes formes de représentation des membres; dans beaucoup de cas, ce sont les membres (démocratie directe) qui élisent l'instance exécutive²⁶. En ce qui a trait aux coopératives, les membres élisent l'instance exécutive indépendamment du nombre de parts qu'ils détiennent. Le paragraphe 4 (2) de la *Loi sur les coopératives*, L.R.Q., c. C-67.2, établit clairement que le membre n'a droit qu'à un seul vote et qu'il ne peut voter par procuration.

²³ L.R.Q., c. S-40.

²⁴ Geneviève DUFOUR, *Le droit moderne des entreprises*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 55. On trouvera dans l'ouvrage de Geneviève Dufour un exposé détaillé de ces diverses structures juridiques au chapitre 3, p. 55 et suiv..

²⁵ Voir à ce sujet la citation de Weber et le commentaire de Michel Coutu :

« [...] De tous les exemples que donne Weber, le droit interne de l'entreprise, droit extra-étatique énoncé et appliqué par l'entrepreneur indépendamment de toute référence au droit de l'État, demeure celui qui dans le cadre de la modernité avancée du moins, exerce la contrainte la plus puissante et ce sur une multitude indéterminée de personnes [...] ». Voir p. 46-47.

²⁶ L'article 20.1 du *Code du travail* prévoit que cette élection se fait au scrutin secret.

Compte tenu du sujet de cette thèse, nous ne nous engagerons pas dans l'analyse de la répartition du pouvoir de décision entre instance générale et instance exécutive. Il nous suffit pour le moment de souligner que le pouvoir de direction patronal, le pouvoir d'établir un règlement d'entreprise ou de conclure en tant qu'employeur une convention collective est du ressort du conseil d'administration ou de l'instance exécutive.

Nous venons évidemment de traiter que des personnes morales dites de droit privé; il peut également s'agir d'une « personne morale de droit public » (C.c.Q. art. 298) et même du gouvernement.

b) *Entreprise à caractère public*

Le *Code civil du Québec*, comme nous venons de le voir, n'utilise pas l'expression « entreprise à caractère public ». Cependant le *Code du travail* québécois accrédite ce concept juridique puisque les articles 45 à 45.3 s'appliquent aux entreprises publiques autant qu'aux entreprises dites privées²⁷.

En ce qui a trait aux entreprises (personnes morales) de droit public, il faut se référer dans chaque cas « aux lois particulières qui les constituent » et à « celles qui leur sont applicables »²⁸ pour déterminer la répartition des pouvoirs de décision. Par exemple, en ce qui a trait aux commissions scolaires, elles sont constituées en vertu de la *Loi sur l'instruction publique*²⁹; c'est principalement à cette loi qu'il faut se référer au sujet des structures juridiques et de pouvoirs de décisions; cependant beaucoup d'autres lois sont applicables à ces institutions dont le *Code du travail* et la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Ayant brièvement exposé les types de formes juridiques utilisées, nous pouvons passer à un examen de la pratique des formes juridiques et organisationnelles dans une perspective de

²⁷ À titre d'exemple dans le domaine du transport municipal : *Agence métropolitaine de transport c. Syndicat du transport de Montréal*, (2004) *R.J.D.T.* 169 (T.T.). Il est intéressant de constater que le changement de structure juridique de l'entreprise peut s'accomplir par législation, décret ou par contrat.

²⁸ C.c.Q., art. 300.

²⁹ L.R.Q., c. I-1-13.3.

rapports des ordres juridiques. Nous l’accomplirons dans les deux subdivisions suivantes en traitant séparément des entreprises privées et des entreprises publiques et parapubliques.

3. Pratique des formes juridiques et organisationnelles des entreprises

Nous jugeons important de disposer d’une évaluation de la présence concrète au Québec des diverses formes juridiques des entreprises du secteur privé dans la vie sociale et économique (a); il importe aussi de situer dans les très grandes lignes la diversité organisationnelle des entreprises privées actives au Québec (b). Comme on pourra le constater, la société par actions est nettement prédominante et il nous apparaît nécessaire de situer le phénomène central de notre vie sociale et économique que constituent ces organisations (c). Nous examinerons ensuite la configuration des entreprises à caractère public (d). Nous situant dans la perspective des relations du travail, nous présenterons les principaux regroupements d’entreprises qui sont considérés comme les associations les plus représentatives à cette fin (e).

a) Diversité des formes juridiques et prévalence de la compagnie

À ce sujet, nous reproduirons ici un tableau tiré de l’ouvrage de Geneviève Dufour précité et dont les données proviennent du Registraire des entreprises du Québec³⁰. Il faut signaler que les entreprises qui font affaire au Québec doivent s’inscrire au *Registre des entreprises* québécois qui est tenu par le registraire; cependant l’entreprise exploitée par une personne seule sous son propre nom n’a pas de telle obligation de telle sorte qu’il est impossible par ce moyen de calculer le nombre des entreprises individuelles :

Tableau 1
Nombre d’entreprises par forme juridique

Entreprise individuelle	Nombre inconnu
Société en commandite	2 180 (0,75 %)
Société en nom collectif	43 005 (14,78 %)
Coopérative	3 297 (1,13 %)
Compagnie	242 540 (83,34 %)
Total	291 022

³⁰ G. DUFOUR, préc., note 24, p. 182. Registraire des entreprises du Québec, *Document de consultation: propositions pour un nouveau droit québécois des associations personnifiées*, 2004, p. 67-69.

Le document du Registraire livre d'autres informations intéressantes que relève Geneviève Dufour :

Afin d'apprécier l'importance des compagnies parmi ces personnes morales de droit privé, rappelons que si nous considérons uniquement les personnes morales de droit privé constituées en vertu des lois québécoises, les compagnies sont au nombre de 242 540; de ce nombre, 242 398 (soit 99,94 %) sont constituées en vertu de la L.C.Q. et 142 (soit 0,06 %) sont constituées en vertu d'autres lois particulières, alors que les personnes morales de droit privé sont au nombre de 338 875. Il y a donc 96 335 personnes morales de droit privé constituées en vertu des lois québécoises qui ne sont pas des compagnies. Ces personnes morales sont soit des coopératives [...] soit des associations à but non lucratif personnifiées [...].³¹

Comme nous l'avons vu les coopératives étaient au nombre de 3 297; les associations à but non lucratif personnifiées étaient au nombre de 46 519; environ 85 % étaient constituées en vertu de la Partie III de la *Loi sur les compagnies*, les autres étant régies par non moins de 1 597 lois différentes³².

Si nous revenons maintenant non pas aux entreprises constituées au Québec mais à toutes celles qui y exercent leurs activités, selon une étude accomplie dans le cadre du programme de recherche sur le financement des petites et moyennes entreprises³³ du Québec, 96 % des entreprises sont de tailles petites ou moyennes (PME)³⁴. Les auteurs soulignent que selon « l'Enquête sur le financement des petites et moyennes entreprises réalisée en 2004 par Statistique Canada, on compte environ 1,4 million de petites et moyennes entreprises commerciales (à but lucratif) au Canada » et environ 22 % de ces entreprises exercent leurs

³¹ *Id.*, p. 230.

³² *Id.*, p. 231. *Loi sur les compagnies*, L.R.Q. c. C-38. Nancy Neamtan, présidente du Chantier de l'économie sociale, dans une intervention à la rencontre économique 2010 de Lévis, a rappelé que l'économie sociale est « un facteur de développement »; elle « représente 8 % du PIB »; le secteur comprend « plus d'une centaine de milliers de salariés ». Nancy Neamtan avance au sujet de l'économie sociale : « nos pratiques et nos comportements contaminent l'ensemble de l'économie », *Le Devoir*, 30 et 31 janvier 2010, p. G-6.

³³ PME est définie, au début de l'étude, de la manière suivante : « [...] les exploitations commerciales (à but lucratif) comptant moins de 500 employés et ayant des revenus annuels inférieurs à 50 millions de dollars ».

³⁴ Allan RIDING et Barbara ORSER, *Profils de financement des petites entreprises. Les petites et moyennes entreprises du Québec.*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2007, p. 1.

activités au Québec³⁵. Il y avait donc environ 308 000 PME qui exerçaient leurs activités au Québec.

L'importance des PME au Québec ne doit pas être perdue de vue. Ce phénomène ne met toutefois pas le Québec à l'abri de la prévalence de la société par actions comme forme juridique patronale, de la diversification des formes organisationnelles des entreprises et du pouvoir immense qu'exercent de grandes compagnies multinationales. Nous allons maintenant tenter de situer ces importants aspects de notre vie sociale et économique.

b) Diversité organisationnelle des entreprises privées

Toutes les entreprises dites privées ont un caractère institutionnel et elles sont le lieu de relations contractuelles plus ou moins développées. Cependant, ces entreprises épousent des formes organisationnelles diversifiées. Pierre Verge et Sophie Dufour distinguent entre l'« **entreprise classique** » et l'« **entreprise nouvelle** »³⁶. L'entreprise classique est « un milieu physique organisé de poursuite d'une fin économique, qu'illustre particulièrement bien l'entreprise intégrée de production industrielle ». L'« entreprise nouvelle » extériorise sa production, à la limite totalement. Il s'agit alors d'une « entreprise réseau ». La logique contractuelle prend alors plus de place que l'exercice de l'autorité³⁷. Le caractère institutionnel de l'entreprise est moins affirmé sinon très peu affirmé et le réseau contractuel est nettement prépondérant.

L'entreprise classique ou réseau peut être **nationale** ou **multinationale**. La société multinationale est évidemment au cœur de la mondialisation de l'économie, « grande mutation de notre temps qui n'est en grande partie rien d'autre que le résultat de la mondialisation des entreprises »³⁸.

³⁵ *Id.*

³⁶ P. VERGE et S. DUFOUR, préc., note 12, p. 2.

³⁷ *Id.*, p. 2 et 3.

³⁸ DeAnne S. JULIUS et Royal Institute of International Affairs., *Global Companies & Public Policy : the Growing Challenge of Foreign Direct Investment*, coll. « Chatham House papers », New York, Published in North America for the Royal Institute of International Affairs [by] Council on Foreign Relations Press, 1990. Cité par J. P. ROBÉ, préc., note 10, p. 6.

Le développement de sociétés multinationales et la mondialisation des entreprises sont inséparables des formes juridiques de la société par actions.

c) La société par actions

Dans son *Histoire économique* Max Weber expose les conditions d'existence du capitalisme moderne. La première de ces conditions est la suivante : « Une appropriation de tous les moyens matériels de production [...] par des entreprises lucratives autonomes privées qui en ont la jouissance ». Les autres conditions sont la « liberté du marché », une « technique rationnelle », un « droit rationnel », le « travail libre » et « une commercialisation de l'économie par quoi il faut entendre l'usage général de la forme du titre pour valider les droits de participation dans l'entreprise [...] »³⁹.

Weber souligne ensuite que le régime corporatif de la société par actions allait être l'outil privilégié permettant de mettre en place ces entreprises lucratives⁴⁰. Les caractéristiques extrêmement favorables de cette forme juridique ont tracé la voie de nombreuses entreprises, dans les sociétés libérales, vers un développement et une puissance extraordinaire :

One of the primary functions of the corporate form is the insulation of individual stockholders from the liability for corporate debts. Additional advantages and attributes include separation of management and control from ownership, easy transferability of ownership, ability to retain earnings for internal growth, large investment in research and development, and attraction of large sums of funds either to equity participation and debentures. These factors and the ever increasing sophistication of managerial skills and techniques have brought the corporation to its present status as the principal mode of business organisation. Thus large publicly held corporations now control the economic of most countries.⁴¹ (notre soulignement)

Grant McConnel met en lumière la place extrêmement importante qu'occupent les compagnies dans la vie sociale et économique en soulevant la question du défaut de démocratie :

³⁹ Max WEBER, *Histoire économique : esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Paris, Gallimard, 1991, p. 297-298.

⁴⁰ *Id.*, p.299.

⁴¹ Yitzhak HADARI, « The Structure of the Private Multinational Enterprise », (1973) 71 *Mich. Law Rev.* 731, 768.

On the one hand, the corporation is to day an intrinsic part of the economy and society. It is the dominant way of doing business and of producing and distributing most of the goods by which men live and earn their living. Its organisations reach deep into the patterns of daily life of millions [...] On the other hand, the existence of the modern corporation does not accord with long-standing conception of political organization, and no theory exists by which it can be reconciled with such conceptions.⁴²

Nous constatons que le régime de propriété est central pour cette forme d'entreprise qui, comme nous l'avons vu, est la plus répandue. Jean-Philippe Robé souligne l'importance de la liberté de l'actionnaire de vendre ses actions sur le marché des valeurs :

[...] la possibilité pour l'investisseur de vendre librement (sans autorisation des autres actionnaires) sa participation sur le marché des valeurs mobilières. Cette [...] évolution du droit des sociétés est d'une importance fondamentale dans la mesure où elle est une des meilleures protections des actionnaires contre l'incurie des dirigeants en leur permettant de mettre un terme à une participation malheureuse à une entreprise mal gérée en vendant leurs titres.⁴³

La vente des actions sur le marché est favorisée par les bourses. L'entrepreneur qui décide de mettre ainsi « sur le marché une partie des titres de capital de la société qu'il contrôle » accède « à des ressources financières très importantes »⁴⁴.

Ce régime corporatif des sociétés par actions a été un facteur important du développement de sociétés multinationales :

The forces which have generated these multinational corporate groups are not simple [...]

One has been the emergence of the corporate form itself, endowed with attributes that give it extraordinary advantages as a vehicle for doing business. The corporation can count on perpetual life, it can hoe to attain unlimited size; it can bear children or create

⁴² Citation de Grant McConnell (1966) en exergue du premier chapitre : Scott R. BOWMAN, *The Modern Corporation and American Political Thought : Law, Power, and Ideology*, University Park, Pa., Pennsylvania State University Press, 1996, p. 1.

⁴³ J.-P. ROBÉ, préc., note 10, p. 30-31

⁴⁴ *Id.*, p. 38.

parents or generate siblings; and it can endow each of its newborn with such nationality as seems convenient.⁴⁵

Les sociétés multinationales n'échappent pas au droit étatique des sociétés où elles s'installent. Comme le mentionne Jean-Philippe Robé :

Les groupes multinationaux de sociétés – c'est-à-dire ces structures d'organisation d'entreprises dans lesquelles une ou plusieurs sociétés ont une ou plusieurs filiales à l'étranger – permettent une internationalisation de l'entreprise [...] en utilisant les instruments juridiques locaux.⁴⁶

Elles utilisent ainsi souvent des ordres juridiques extrêmement favorables à leur développement en en tirant, à l'aide de leurs conseillers juridiques et procureurs, le meilleur parti.

Pierre Verge dans un article relatif à la mondialisation et au droit du travail national, décrit ainsi ces sociétés qui sont « les principaux catalyseurs de la mondialisation des échanges économiques » :

Il s'agit en somme d'un réseau de sociétés distinctes, unissant selon une complexité variable, une société mère et différentes autres sociétés correspondant chacune à une filiale nationale de l'entreprise transnationale : « multinationales par leur implantation, (les) entreprises (dont il s'agit) sont en effet transnationales par leur activité [...] » Quel que soit le degré d'autonomie des filiales, en définitive un pouvoir de direction ultime de l'ensemble de l'entreprise existe, dont dépend notamment l'orientation générale, voire l'existence, des différentes unités nationales qui la composent.⁴⁷

Certaines multinationales créent également des sociétés assumant une direction régionale. Il est également de plus en plus courant que les centres d'expertise et d'exercice réel du pouvoir soient concentrés par branche d'activités (recherche et développement, finances, etc.) dans différentes filiales. Il faut retenir la grande diversité des situations et l'évolution rapide de ces sociétés qui rendent l'analyse de la répartition du pouvoir de direction difficile.

⁴⁵ Raymond VERNON, « Multinational Enterprise and national Sovereignty », (1967) 45 *Harv. Bus. Rev.* 156, 157.

⁴⁶ J.-P. ROBÉ, préc., note 10, p. 35-36.

⁴⁷ Pierre VERGE, « Mondialisation et fonction du droit du travail national », (1999) 40 *C. de D.* 437, 448.

Afin de concrétiser cet examen, recourons à un exemple. Nous examinerons brièvement la situation de l'Alcan Aluminium Limitée, une société multinationale dont l'importance a été très grande pour l'économie et la vie sociale québécoise; une société également importante pour l'histoire syndicale du Québec. Elle est aussi intéressante parce qu'il s'agit d'une entreprise étatsunienne qui s'est transformée en société canadienne⁴⁸. Alcan Aluminium Limitée maintenant Rio Tinto Alcan est constituée en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions*⁴⁹, une loi fédérale mais ses opérations sont principalement situées au Québec⁵⁰. Enfin il s'agit d'un cas unique pour la science du droit puisqu'un volet de l'activité d'une de ses filiales a fait l'objet d'une recherche sociologique et juridique dans une perspective pluraliste. En effet, Jean-Guy Belley a étudié en profondeur les contrats d'approvisionnement d'une de ses filiales, la « Société d'électrolyse et de chimie Alcan Limitée (Sécal) alors la principale filiale canadienne de l'entreprise multinationale Alcan Aluminium Limitée [...] ». Parmi les 20 établissements gérés par Sécal, 14 étaient alors situés au Québec dont 10 dans la seule région du Saguenay-Lac-Saint-Jean où la multinationale s'est établie en 1925⁵¹. Sécal était spécialisé dans la production d'aluminium primaire. Jean-Guy Belley note que le fichier central des fournisseurs de Sécal comptait plus de 13 000 noms d'entreprises⁵². Il met en lumière que l'organisation de cette activité « qui repose sur la conclusion d'au moins 100 000 contrats avec ses fournisseurs chaque année » est le fruit d'une « gestion dont les politiques, les principes, les règles, les procédés, les formulaires et les pratiques constituent un véritable droit des contrats d'approvisionnement à l'intérieur d'un ordre juridique privé doté d'une large mesure d'autonomie » (notre

⁴⁸ Dans une étude accomplie pour la Commission royale d'enquête sur les regroupements d'entreprise et publiée en 1977, les auteurs Isaiah A. Litvak et Christopher J. Maule soutenaient qu'il s'agissait d'une société canadienne « d'après les critères : 1- la propriété officielle des actions en circulation; 2-l'emplacement du siège social; 3- la nationalité des membres de la haute direction et des membres du conseil d'administration [...] » Isaiah Allan LITVAK et Christopher John MAULE, *Alcan Aluminium Limitée : une étude de cas*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1977, p. 7. La société mère fut Alcoa, qui fut durant de nombreuses années une entreprise familiale étatsunienne.

⁴⁹ *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44.

⁵⁰ Voir un organigramme permettant de mieux situer Sécal (en 1975) dans cette organisation complexe. I. A. LITVAK et C. J. MAULE, préc., note 48, p. 95.

⁵¹ C'était le cas à l'époque de la publication de l'ouvrage en question et cette remarque s'applique aux autres informations tirées de cet ouvrage. Jean-Guy BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société : étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, coll. « Droit aussi... », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 15.

⁵² *Id.*, p. 16.

soulignement). Cette autonomie lui est accordée à la fois par l'État, par son statut de personne morale et par la société mère Alcan Aluminium Limitée. À ce sujet Jean-Guy Belley écrit :

La société mère assure son approvisionnement en matières premières et contrôle directement la vente des produits de Sécal à l'intérieur ou à l'extérieur du groupe Alcan. Quant à ses activités de production et aux achats de bien et services qu'elles requièrent, Sécal jouit toutefois de la grande latitude qu'Alcan Aluminium Limitée entend laisser à ses filiales selon les termes mêmes de sa déclaration corporative [...].⁵³

Mentionnons toutefois une réserve sur l'approche du droit qui informe cette analyse dans laquelle, à notre avis, « les traits spécifiques du droit deviennent [...] méconnaissables »⁵⁴. La conception du droit que nous avons retenue, guidée par Guy Rocher dans le sillage de Max Weber et Santi Romano, requiert que nous considérions comme droit, dans l'ensemble des politiques, des principes, des règles, des procédés, des formulaires et des pratiques, seulement le normatif contraignant, ce qui le produit et ses moyens de coercition ou en tout cas ce qui est mis en place pour en assurer l'application. Le constat de Jean-Guy Belley au sujet d'un « véritable droit [...] à l'intérieur d'un ordre juridique privé doté d'une large mesure d'autonomie » garde toutefois toute sa pertinence.

Malheureusement, nous ne disposons pas de l'équivalent de cette étude en ce qui a trait aux relations de travail et nous ne pouvons que présumer qu'elles sont gérées au sein de l'ordre juridique interne de l'entreprise tout en tenant compte de la nécessité de se conformer au droit du travail québécois et aux autres dispositions législatives applicables, en particulier celles de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Nous pouvons faire le constat, après cet examen, que les diverses entreprises patronales épousent des formes d'organisations dont les principes puisent à des sources idéologiques différentes sinon opposées. Ceci est particulièrement vrai du rapport de ces institutions à la démocratie. Comme le soulignait Grant McConnell et à sa suite Scott Bownan, « the existence of the modern corporation does not accord with long-standing conception of political organization, and no

⁵³ *Id.*, p. 18.

⁵⁴ M. COUTU, L. L. FONTAINE, G. MARCEAU et T. BURKE, préc., note 1, p. 17. Les auteurs ne visent pas particulièrement l'étude de Jean-Guy Belley.

theory exists by which it can be reconciled with such conceptions »⁵⁵. La société par actions a émergé avec force dans le système économique en transformation et s'est imposée et développée poussée par un mouvement économique que l'État a d'abord cherché à contrer mais qu'il a, par la suite, plutôt accompagné que freiné. Nous y reviendrons lors de l'examen dans la perspective diachronique de la deuxième partie. La coopérative présente un rapport à la démocratie qui peut avantageusement être comparé à la représentation des citoyens des ordres juridiques étatiques canadiens; constatons que la coopérative offre un véhicule qui a permis des accomplissements non négligeables, en particulier le mouvement Desjardins mais aussi, pour les producteurs agricoles, la coopérative fédérée de Québec, maintenant La Coop fédérée et Agropur, « un joueur majeur de l'industrie laitière au Canada »⁵⁶. Mais ce champ est resté relativement modeste. Le champ de l'économie sociale est également relativement modeste malgré une riche contribution à la vie économique et sociale québécoise. Les organisations sans but lucratif et les organisations syndicales constituées ou non en vertu de la *Loi sur les syndicats professionnels* partagent, dans leur rapport à la démocratie, sur le plan des formes juridiques, des possibilités qui nécessitent un examen par champ et parfois au cas par cas.

Les entreprises se regroupent et certains regroupements sont considérés par les autorités gouvernementales comme les plus représentatifs en ce qui a trait aux relations du travail.

d) Configuration des entreprises des secteurs public et parapublic : diversité sous un ordre étatique général

Nous croyons qu'il est important, dès le départ, d'établir le territoire social et juridique qu'occupent les entreprises des secteurs public et parapublic et de le délimiter le plus clairement possible. Nous sommes d'avis que le critère déterminant est la forme juridique de l'entreprise et nous ne considérerons comme faisant partie de ce champ que celles qui sont constituées à ce titre par des lois particulières, par exemple la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse qui est constituée par la *Charte des droits et libertés de la personne*; une commission

⁵⁵ Voir p. 142 et note 42. La citation a été mise en exergue du premier chapitre du livre de Scott Bowman sur la société par actions moderne et la pensée américaine.

⁵⁶ AGROPUR, « Profil », en ligne < <http://www.agropur.com/fr/profil/> > (site consulté le 22 avril 2013).

scolaire constituée en vertu de la *Loi sur l'instruction publique*⁵⁷. Le *Code du travail* définit l'expression « secteurs public et parapublic » au 1^{er} paragraphe de l'article 11.3 :

Le gouvernement, ses ministères et les organismes du gouvernement dont le personnel est nommé suivant la *Loi sur la fonction publique*. (chapitre F-3.1.1), ainsi que les collèges, les commissions scolaires et les établissements visés dans la *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic* (chapitre R-8.2).⁵⁸

Notons que cette définition ne comprend pas les « organismes gouvernementaux » mentionnés à l'annexe C de la *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic* et dont le personnel n'est pas nommé en vertu de la *Loi sur la fonction publique* comme par exemple la Commission des droits.

Certaines entités faisant partie de l'organisation gouvernementale, par exemple les ministères⁵⁹ et les institutions du pouvoir judiciaire, ne sont pas distinctes de l'organisation gouvernementale comme employeur : c'est le cas du Tribunal des droits de la personne. C'est le greffier et le personnel de la Cour du Québec qui lui fournissent les services en vertu de l'article 105 de la Charte; la *Loi sur les tribunaux judiciaires* prévoit que le greffier de la Cour du Québec est nommé en vertu de la *Loi sur la fonction publique*⁶⁰; ainsi avec son personnel il appartient à la bureaucratie gouvernementale⁶¹. D'autres constituent des employeurs distincts au sens du *Code du travail*; on les reconnaît en particulier par leur intégration à la liste des organismes gouvernementaux de la *Loi sur le régime de négociation des secteurs public et parapublic* (Annexe C). La Commissions des droits de la personne et des droits de la jeunesse, comme nous

⁵⁷ L.R.Q., c. I-13.3.

⁵⁸ Le paragraphe 2 définit le terme établissement en se référant à l'article 1 de la *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic* (L.R.Q., c. S-4.2).

⁵⁹ Notons d'ailleurs que la définition du premier paragraphe de l'article 111.2 du *Code du travail* mentionne « le gouvernement, ses ministères et ses organismes [...] ».

⁶⁰ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16; *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q., c.F-3.1.1.

⁶¹ Voir l'article 139 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*.

l'avons mentionné, est un des organismes gouvernementaux inscrits sur cette liste; il s'agit d'un employeur au sens du *Code du travail*⁶².

Nous joignons en annexe un organigramme de l'État québécois produit par l'Observatoire de l'administration publique de l'École nationale d'administration publique (Annexe 1). Cet organigramme donne une vue d'ensemble des institutions des secteurs public et parapublic permettant de constater la myriade d'ordres juridiques étatiques et leurs liens avec l'État central⁶³.

Cet organigramme risque, si on y prête pas attention, d'induire en erreur pour nos fins, puisqu'il couvre des établissements privés : c'est principalement le cas dans les réseaux de l'éducation et dans le réseau de la santé et des services sociaux, pour les centres hospitaliers privés. La négociation des établissements privés n'est pas régie par la section III du chapitre V.1 du *Code du travail* : « Des secteurs public et parapublic ». Il faut évidemment établir une distinction importante entre le caractère public et le caractère privé des institutions. La forme juridique établit clairement cette distinction; la propriété et la gestion privée d'une institution sont des facteurs majeurs d'autonomie et la situe hors de l'État quoique l'assujettissement à un régime public comme celui de l'enseignement collégial, par exemple, puisse donner un caractère de service public à l'activité d'enseignement.

Enfin chaque organisme gouvernemental de l'annexe C) de la *Loi sur le régime de négociation des secteurs public et parapublic* négocie et signe une convention collective distincte. Cependant cette négociation se fait dans le cadre d'un contrôle gouvernemental portant à la fois sur les

⁶² En vertu de l'article 62 de la *Charte*, la « Commission nomme les membres du personnel requis pour s'acquitter de ses fonctions » toutefois « leur nombre est déterminé par le gouvernement » et ils ne peuvent être destitués que par décret du gouvernement mais « uniquement sur recommandation de la Commission ».

⁶³ Toutes les entités recensées ne bénéficient pas d'une personnalité juridique distincte de la personnalité juridique gouvernementale et elles ne sont donc pas toutes des employeurs qui négocient distinctement du gouvernement.

Les organismes identifiés, dans cet organigramme, sous la rubrique « Organismes gouvernementaux » comprennent, en plus de ceux qui négocient distinctement du gouvernement et qui sont mentionnés à l'Annexe C, d'autres qui sont intégrés à l'organisation étatique centrale et qui en sont une partie intégrante. C'est le cas du Conseil supérieur de l'Éducation; c'est aussi le cas de la Commission des relations du travail. Le personnel de ces entités est nommé par le gouvernement suivant la *Loi sur la fonction publique*. *Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation*, L.R.Q., c. C-60, art. 13; *Code du travail*, art. 137.54.

paramètres de la politique de rémunération et de conditions de travail et sur le déroulement de la négociation. C'est toutefois l'organisme gouvernemental qui propose au Conseil du trésor une politique pour approbation. (Chapitre IV de la Loi)

Cette politique législative d'autonomie contrôlée des organismes gouvernementaux a des effets sur l'organisation syndicale. Par exemple, le personnel salarié de la Commission des droits est regroupé dans un syndicat accrédité pour les représenter et affilié à une centrale syndicale, la CSN. Inévitablement des membres influents de la Commission des droits peuvent assumer des fonctions au sein de la Centrale et ne sont pas étrangers à ses orientations et pratiques y compris la concurrence qui est présente dans les relations intersyndicales. La Commission des droits ne fait cependant partie d'aucun des regroupements d'entreprises qui ont un rôle en matière de relations de travail.

Nous examinerons maintenant les regroupements d'entreprises exerçant une fonction ou une influence marquée en ce qui a trait aux rapports de travail.

e) *Les regroupements d'entreprises les plus représentatifs*

Au Québec comme ailleurs dans l'espace canadien, les entreprises se sont regroupées en fédérations et même en confédérations. En ce qui a trait aux entreprises publiques, les commissions scolaires se sont regroupées au sein de la Fédération des commissions scolaires, les collèges d'enseignement général et professionnel, au sein de la Fédération des cégeps et les universités au sein de la Conférence des recteurs et des principaux d'universités. Plusieurs institutions de la santé et des services sociaux, en particulier les centres de santé et de services sociaux, les centres hospitaliers à vocation universitaire sont regroupées au sein de l'Association québécoise des établissements de santé et de services sociaux. Ces associations sont membres du Conseil du patronat du Québec.

Le Conseil du patronat regroupait, en mai 2010, environ soixante associations d'entreprises⁶⁴ et il constitue la seule confédération patronale au Québec. Il est évidemment considéré comme une

⁶⁴ Ces associations sont des associations canadiennes d'entreprises : mentionnons la division du Québec de l'Association des banquiers canadiens, l'Institut canadien des produits pétroliers/division de l'est,

des associations les plus représentatives du patronat sinon la plus représentative. Au début de l'année 2013, son président, Yves-Thomas Dorval, était un des six membres représentant le patronat au Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre; Yves-Thomas Dorval a succédé en 2009 à Michel Kelly-Gagnon, qui avait été directeur de l'Institut économique de Montréal de 1999 à 2006; la présidente de la Fédération des chambres de commerce du Québec, Françoise Bertrand, représentait également le patronat à cet important comité au début de l'année 2013; y siégeaient également, la vice-présidente (Québec) de la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, Martine Hébert, et des Manufacturiers et exportateurs du Québec, Simon Prévost. Les deux autres représentants œuvraient au sein d'entreprises privées.

La Fédération des chambres de commerce du Québec considérée comme une des organisations patronales les plus représentatives vise à regrouper le milieu des affaires; elle permet une représentation de chambres locales, de chambres régionales et de secteurs d'activités commerciales. Les institutions ainsi regroupées sont très diversifiées. Son bureau de direction comprenait, en mai 2010, des hauts dirigeants du Mouvement des caisses Desjardins, un avocat du cabinet Fasken Martineau Dumoulin, de l'Hydro-Québec, du Groupe SNC Lavalin inc., de l'Industrielle Alliance Assurance auto et habitation inc., de Samson Bélair/ Deloitte & Touche et d'Alcoa Canada, la société canadienne de la multinationale Alcoa. Le représentant de la chambre régionale du Bas St-Laurent au Conseil d'administration était le conseiller aux investissements des Fonds régionaux de solidarité FTQ du Bas St-Laurent. Le représentant de la chambre locale de St-Laurent était responsable aux ressources humaines du cégep anglophone Vanier College.

Parmi les organisations les plus représentatives, la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante regroupe les petites et moyennes entreprises canadiennes. Les Manufacturiers et exportateurs du Québec est une division des Manufacturiers et exportateurs du Canada, qui affirme constituer le principal réseau d'affaires voué à la promotion des intérêts des entreprises manufacturières et exportatrices du Québec.

l'Association canadienne des cics d'assurance de personnes inc., l'Association de l'Aluminium du Canada, l'Association des banquiers canadiens (Division du Québec); elles sont également des associations québécoises d'entreprises : par exemple, l'Association de la construction du Québec, l'Association des brasseurs du Québec, l'Association de l'exploration minière du Québec.

Les associations les plus représentatives sont consultées par le ministre du travail lorsqu'il nomme les membres du Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre, en vertu de l'article 12.6 de la *Loi sur le ministère du travail*, (L.R.Q., c. M-32.2), comité composé de son président, du sous-ministre du travail et d'un nombre égal de personnes représentant les « employeurs » et les « salariés ». Cet important comité a pour fonction, en vertu de l'article 12.1, de conseiller principalement le ministre du travail mais également tout autre ministre sur les questions relatives au travail et à la main-d'œuvre; il est consulté sur les propositions d'instruments internationaux de l'Organisation internationale du travail (OIT). Le Conseil du patronat y est évidemment toujours présent ainsi que la Fédération des chambres de commerce.

Ayant examiné dans les grandes lignes les aspects importants des acteurs institutionnels patronaux des relations du travail, il importe maintenant pour notre démarche d'esquisser une analyse à la lumière de la théorie des ordres juridiques.

4. Analyse à la lumière de la sociologie des ordres juridiques

Avant d'aborder directement l'ordre juridique, il peut être éclairant d'examiner la conception wébérienne du lien entre droit et domination qu'il expose dans *Économie et société*. Il y a trois types de domination légitime : traditionnelle, charismatique et rationnelle-légale⁶⁵. Les catégories fondamentales de la domination rationnelle requièrent une activité administrative liée à des règles dans un domaine délimité, avec les pouvoirs de commandement requis et une délimitation précise des moyens de coercition. Weber appelle « autorité constituée » « une activité ordonnée de cette manière » et il énumère plusieurs types d'organisation pourvue d'une autorité ainsi constituée dont l'État, comme on peut le deviner. Il mentionne « les grandes entreprises privées »⁶⁶. On envisage facilement que dans les petites entreprises qui sont nombreuses au Québec, la domination va s'exercer principalement sur un mode charismatique ou traditionnel plutôt que rationnel-légal. L'autorité constituée est comme beaucoup de catégories wébériennes un « type pur » dont les moyennes et les grandes entreprises ont plus de chances de se rapprocher que les petites. On peut également envisager que dans les entreprises publiques, compte tenu de

⁶⁵ Max WEBER, *Économie et société*, Paris, Pocket, 1995, p. 289-325.

⁶⁶ *Id.*

leur lien de relevance avec l'ordre juridique gouvernemental, l'autorité constituée est la situation normale. On peut envisager que la présence d'une autorité constituée modifie la nature de la direction.

La notion d'**ordre juridique** est également, comme nous l'avons mentionné, un idéal type ou un « type pur »⁶⁷. Les entreprises seront en général le lieu de la construction d'un ordre juridique qui se rapproche plus ou moins de cet idéal type.

Comme on a pu le constater les entreprises représentent une grande diversité de situation. Pour le développement d'un ordre juridique, l'entreprise réseau pourra ne pas avoir le caractère institutionnel nécessaire à l'émergence d'un ordre juridique et être davantage un circuit de contrat. En ce qui a trait à l'entreprise classique, celle qui est mise sur pied et exploitée par un propriétaire unique est une institution originaire, simple, dans un rapport de relevance avec l'ordre étatique mais bénéficiant d'une importante marge d'autonomie. Un grand nombre des PME du Québec sont des petites entreprises employant moins de 20 personnes (97 % en 2007)⁶⁸. Il s'agit d'entreprises qui se passent de contacts soutenus avec l'État. L'entreprise peut grandir sur le même lieu sans apporter de différence importante à ce modèle. La situation diffère toutefois pour l'entreprise nationale complexe et en particulier pour la multinationale. Lorsqu'un réseau de filiales est dirigé par une société mère, on se trouve vraiment devant un champ d'institutions dérivées.

Les sociétés par actions construisent généralement leur ordre juridique propre en marge du droit étatique qui leur est applicable et cet ordre développe l'institutionnalisation de l'entreprise. Cette situation est mise en lumière par Jean-Philippe Robé :

On se rend compte, [...] dans la vie des entreprises, que les décisions prises sont en fait souvent le résultat de processus de communication se déroulant non pas au sein de la *société commerciale* (c'est-à-dire suivant la procédure du droit des sociétés aux termes desquelles, formellement seuls les actionnaires et leur mandant se « parlent » au sein des conseils d'administration, qui communiquent à des assemblées générales selon des procédures très précises), mais au sein de l'*entreprise*. La communication aboutissant à la prise d'une décision est canalisée par les règles de fonctionnement internes à l'entreprise

⁶⁷ Voir p. 89.

⁶⁸ A. RIDING et B. ORSER, préc., note 34, p. 2.

qui sont *autonomes* par rapport à la structure juridique positive de l'entreprise (la société ou le groupe de sociétés). Chaque entreprise a ici un fonctionnement qui lui est propre et, dans la plupart des cas, le droit des sociétés n'est respecté que *formellement* une fois la décision déjà prise dans les organes de gestion autocrésés par chaque entreprise. Le droit n'est respecté *a posteriori* (par rapport à la réalité de la *prise de décision*) que pour assurer la *portée juridique* en droit positif des décisions prises, la plupart du temps selon bien d'autres procédures [...].

Ce phénomène est particulièrement visible s'agissant des décisions formellement prises par la filiale d'un groupe de sociétés servant de support sociétaire à une entreprise multinationale [...]. Du point de vue de chacun des États où existe une filiale, chaque société est une création faite en vertu de *son droit*, une partie de son système juridique. [...] du point de vue de la filiale locale d'une multinationale les choses sont très différentes; ses « dirigeants », son « intérêt social », l'« intérêt » de ses actionnaires (dont la prise en compte est censée être assurée par le droit « régulateur » – le « droit « économique » local) etc. peuvent ne jouer que des rôles minimes et partiels dans le processus discursif menant, par exemple, à une décision d'investissement, ou de désinvestissement prise formellement (en droit positif) par la filiale [...].⁶⁹ (nos soulignements)

Ainsi comme on peut le constater, le rapport entre l'entreprise complexe et le droit étatique est en général instrumental alors qu'elle fonctionne à l'intérieur de son propre ordre juridique. Si la relevance est réelle, elle repose sur des liens instrumentaux et coexiste avec la prévalence de l'autonomie. L'ordre juridique interne « structuré et informé » par l'institution sera dominant pour façonner l'institution.

Comme nous l'avons vu, la typologie de Gurvitch constitue, sans évidemment utiliser le nom, une catégorisation des ordres juridiques et de leurs rapports avec l'État, établie évidemment dans le contexte de l'époque; il peut être éclairant de se référer à la synthèse qu'en a faite Jean-Guy Belley.

La première catégorie comprend des institutions qui « en cas de conflit avec l'ordre du droit étatique [...] se montrent équivalent ou supérieur à lui »; ce n'est pas le cas des entreprises; la confrontation au sujet des produits du tabac est significative à ce sujet⁷⁰. L'État dispose des

⁶⁹ J.-P. ROBÉ, préc., note 10, p. 35-36.

⁷⁰ Le 18 juin 2009, l'Assemblée nationale a adopté à l'unanimité la *Loi sur le recouvrement du coût des soins de santé et des dommages-intérêts liés au tabac*, L.R.Q., c. R-2.2.0.0.1., une législation proposée le 14 mai par le ministre de la Santé et des Services sociaux, Yves Bolduc. Cette loi vise à faciliter les démêlés du

instruments de contrainte les plus développés et demeure d'une puissance qui lui permet, lorsque la volonté politique se manifeste, d'accomplir l'application de son droit aux entreprises. Nous examinerons les limites que les engagements internationaux apportent à ces pouvoirs dans la troisième division de cette section (C). Les politiques législatives et réglementaires de l'État, en matière de relations de travail sont donc nécessaires pour les pouvoirs, les droits et le traitement des « salariés » dans l'entreprise et nous rappelons notre adhésion à la position équilibrée de Sinzheimer à ce sujet⁷¹.

La seconde catégorie regroupe « des groupes structurés qui se passent de la contrainte inconditionnelle et fonctionnent généralement sans contact soutenu avec l'organisation étatique [...]. Dans le cas de conflit avec l'ordre étatique, ils doivent cependant s'incliner. Leur champ d'action couvre le domaine du droit "privé" de l'État ou celui du droit commercial ». Notons que Gurvitch les situe hors du droit social. Les entreprises à propriété individuelle et les sociétés par actions se retrouvent dans cette catégorie. En ce qui a trait aux relations du travail, leur observance des lois peut être variable. Chez un grand nombre, une partie des exigences est intégrée à la pratique bureaucratique routinière (exemple : forme du salaire et prélèvement d'impôt). Un certain nombre de petites et moyennes entreprises travaillent « au noir » et par conséquent en marge du droit étatique n'observant que leur ordre juridique interne.

En ce qui a trait aux regroupements d'entreprises, soulignons que le Conseil du patronat fédère (nous devrions plutôt dire « confédère ») des regroupements d'entreprises de différents secteurs. Ces regroupements qui ont des liens de présupposition avec leurs entreprises-membres sont à leur tour les présumés de leur confédération patronale.

Quant à la Fédération des chambres de commerce, il semble bien qu'elle ait un lien de présupposition avec les chambres locales qu'elle regroupe. Il n'est toutefois pas nécessaire d'aller plus loin sur cette question pour notre démarche.

gouvernement du Québec devant les tribunaux, afin d'obtenir un dédommagement financier des fabricants de produits du tabac, lesquels seront accusés d'avoir, depuis plusieurs décennies, délibérément encouragé les consommateurs à sous-estimer gravement les méfaits sanitaires du tabac. *Info tabac*, n° 79, juillet 2009.

⁷¹ Voir p. 63-65. La comparaison du droit du travail allemand et du droit du travail anglais est à noter. Voir aussi p. 96. L'analyse de Ralf Rogowski sur les carences des couplages structureux avec le système des relations du travail en droit anglais.

L'approche systémique vient à notre avis permettre d'examiner l'entreprise dans une autre perspective. Recourons à nouveau à un texte de Gunther Teubner dans lequel il analyse la notion d'intérêt des compagnies en exposant une approche systémique de l'entreprise :

The theory of self-referential systems allows the enterprise-in-itself to be treated without organic metaphor, as a legal concept that is legitimate in term of both social theory and legal doctrine. From this perspective, the enterprise appears as a self-referential system of interrelated communications which interfere with external economic and political process on the basis of its operative closure. This concepts is clearly distinguished from the usual legal definition of the enterprise (“a longterm combination of personal forces and material resources”), and from the theory of the enterprise as a social association (“a group of co-operating people”). People and things are transferred into the enterprise environment and the enterprise is constructed in radical fashion exclusively as an ensemble of communication. That is why the term enterprise-in-itself seems appropriated, underlining the self-reference and autonomy of the organisation.

Self-referential closure changes the enterprise's relation to the environment. This can no longer be seen as an exchange relation via input-output, but as the structural coupling of an operatively autonomous organization to its economic and political environment [...]. A view of the enterprise as a self-referential system abandons an organisation theory perspective and establishes from the outset a social theory perspective which focuses on the complex relationships of the economic organization to the society at large.⁷² (nos soulignements)

Soulignons d'abord que la notion d'entreprise que nous avons citée et adoptée⁷³ ne fait pas appel à la métaphore organique qu'il est souhaitable d'éliminer, nous en convenons. L'approche systémique permet de mettre en lumière d'une manière particulièrement vigoureuse, par la notion de clôture, l'autonomie opérationnelle de l'entreprise. Le texte de Teubner expose également clairement l'importance des couplages structuraux avec son environnement économique et politique. Il apparaît toutefois indéniable que des couplages structuraux sont établis avec l'environnement des relations du travail et cet environnement sera différent pour l'entreprise dont le personnel est syndiqué. Les liens systémiques produiront toutefois dans le système autoréférentiel clos de l'entreprise des réponses diverses et même des absences de

⁷² G. TEUBNER, préc., note 16, p. 24. Notons ici l'observation de Philippe Robé citée plus haut dans le cadre d'une analyse qui n'est pas proprement systémique : « La communication aboutissant à la prise d'une décision est canalisée par les règles de fonctionnement internes à l'entreprise qui sont *autonomes* par rapport à la structure juridique positive de l'entreprise (la société ou le groupe de sociétés) ».

⁷³ Voir p. 133-134.

réponses⁷⁴. On peut déduire facilement qu'il existe une importante diversité des liens, des réponses et des intensités variables. L'autonomie radicale de l'entreprise dont la propriété est privée éclaire l'importance des couplages structuraux avec le sous-système du droit étatique du travail et de leur adéquation, ce qui nécessite évidemment une analyse dans l'univers de l'action.

Les entreprises des secteurs public et parapublic présentent des différences fondamentales à cause de leur situation au sein de l'ordre étatique général.

Nous abordons les institutions de l'organisation étatique dans la perspective des entreprises publiques ayant un statut d'employeur. Nous distinguerons comme l'a fait Gurvitch dans sa typologie, deux niveaux. Le premier niveau, celui qui correspond à la « sphère décentralisée » de l'État et qui dispose de la plus grande marge d'autonomie, correspond à la troisième catégorie (synthèse de Jean-Guy Belley) de cette typologie :

Le droit social annexé par l'État mais autonome. Il correspond encore à un groupe social déterminé dont il exprime la vie juridique, mais ce groupe est incorporé à l'organisation de l'état et participe à son action. C'est la sphère décentralisée du droit « public » : collectivités locales, corporation professionnelles obligatoires, services publics décentralisés [...].⁷⁵

Le second niveau correspond à la quatrième catégorie de la typologie de Gurvitch; il s'agit de la sphère centralisée : « *Le droit social condensé en ordre du droit étatique* qui correspondrait aux aspects du droit de la collectivité étatique globale [...] qui demeurent centralisés et ne s'appuie sur aucun groupement intermédiaire identifiable ».

Dans cette catégorie, nous analyserons du point de vue de la théorie des ordres juridiques que les ordres gouvernementaux qui ont un rôle important en matière de relations du travail, leur statut d'employeur, le cas échéant, étant en quelque sorte inséparable de leurs autres fonctions pour l'analyse. À titre d'exemple, la Commission des droits qui intervient de manière importante en matière de relations du travail dans le cadre de sa mission de mise en œuvre de la *Charte des*

⁷⁴ Ralf ROGOWSKI et Ton WILTHAGEN, « Reflexive Labour Law : An Introduction », dans Ralf ROGOWSKI et Ton WILTHAGEN (dir.), *Reflexive Labour Law Studies in Industrial Relations and Employment Regulation* Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 6-7.

⁷⁵ Voir p. 36-37.

droits et libertés de la personne et qui exerce des fonctions patronales à cause de son statut d'employeur. Remarquons toutefois que la Commission des droits qui agit au cœur du « droit de la collectivité étatique globale » ne correspond pas parfaitement à l'idéal type de la quatrième catégorie de Gurvitch en particulier parce qu'elle « s'appuie » dans une certaine mesure sur des groupements intermédiaires identifiables entre autres des organisations de l'important mouvement féministe et sûrement sur la Ligue des droits et libertés. Nous envisageons également l'hypothèse que la Commission des droits soit avec la Ligue des droits au centre d'un regroupement d'organisations qui ont pour objectifs le développement des droits humains; plusieurs organisations syndicales font partie de ce regroupement dont la CSN et la CSQ. Nous serions en présence d'un champ semi autonome au sein duquel se développe une normativité et qui vient encadrer et orienter l'expérience collective de la justice. Les communications à l'intérieur de ce champ favorisent une culture des droits de la personne conforme aux orientations de la *Charte québécoise* et une promotion des institutions qu'elle régie.

Revenant à la troisième catégorie de Gurvitch et à sa formulation, le terme « annexé » peut à prime abord surprendre. Les municipalités du Québec n'ont jamais été indépendantes; rappelons-nous toutefois d'une période de l'histoire en Europe où des cités n'étaient pas en situation de relevance à l'égard d'un état central, un des exemples les plus frappants étant Venise, cité qui connaît une expansion impériale et dont la totale autonomie s'est terminée lorsque les troupes françaises sont entrées dans la Ville, le 15 mai 1797⁷⁶.

Au Québec, le transport en commun à Montréal a été « annexé » par l'adoption d'une loi en avril 1950, qui donnait à la Ville de Montréal le pouvoir de constituer la Commission de transport de Montréal qui avait droit et pouvoir d'acquérir la Montreal Tramways Company. En 1963, l'Hydro-Québec, créé avec la nationalisation en 1943, de la Montreal Light Heat and Power,

⁷⁶ Les Français furent bientôt remplacés par les Autrichiens. Le 22 février 1798, les patriciens désignaient douze représentants dont le doge déchu qui prêtèrent serment d'obéissance à l'empereur d'Autriche. Christian Bec écrit : « [...] ils voient en l'annexion à l'empire un moindre mal » (notre soulignement). Christian BEC, *Histoire de Venise*, 3^e éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses universitaires de France, 2002, p. 93-94.

prend possession de dix sociétés d'électricité privées⁷⁷. Il s'agit là d'un exemple. Nous pourrions également mentionner le secteur de l'enseignement privé collégial en partie intégré au secteur public après l'adoption de la *Loi des collèges d'enseignement général et professionnel*⁷⁸.

On ne peut pas parler d'annexion dans tous les cas, mais il s'agit d'un phénomène très présent faisant partie du développement de l'État et même de son développement relativement récent.

Cette sphère décentralisée des institutions publiques est d'une importance majeure pour la vie de la société et les ordres juridiques y jouent des rôles souvent vitaux. Faisons un bref inventaire en utilisant les termes de l'organigramme de l'État québécois de l'Observatoire de l'administration publique : les « trois réseaux de l'éducation » : le réseau de l'enseignement obligatoire; le « réseau collégial » et le « réseau universitaire »; le « réseau de la santé et des services sociaux »; le « réseau des services de garde »; sous la rubrique « Les institutions objets de décentralisation publique », le champ des entités municipales et de leurs regroupements; enfin les sociétés d'État comme Hydro-Québec. Il est impossible et il ne serait pas pertinent, pour les fins de cette thèse, d'analyser l'ensemble des institutions de cette sphère. Nous pouvons toutefois constater une caractéristique importante de la troisième catégorie de la typologie de Gurvitch. Chaque réseau correspond à un groupe d'acteurs qui est incorporé à l'État et qui participe à son action. Il s'agit, dans le cas des trois réseaux de l'enseignement, principalement du personnel enseignant⁷⁹. Dans la deuxième section du présent chapitre, nous examinerons ces trois réseaux et en particulier le champ des commissions scolaires. Sur le plan des ordres juridiques, ce champ est d'une richesse remarquable; il permet ainsi une bonne expérimentation de la théorie des ordres juridiques en matière de relations du travail; de plus le dossier de plaintes de discrimination à la CDPDJ qui fera l'objet d'un examen empirique au premier chapitre de la partie 3, est au cœur des relations du travail de ce champ.

⁷⁷ John Alexander DICKINSON et Brian YOUNG, *Brève histoire socio-économique du Québec*, Sillery, Éditions du Septentrion, 2003, p. 327. Jean PROVENCHER, *Chronologie du Québec 1534-2007*, Boréal éd., Montréal, 2008, p. 278.

⁷⁸ S.Q. 1967, c. 71. Sanctionnée le 29 juin 1967.

⁷⁹ Il est à noter qu'en ce qui a trait aux cégeps, le phénomène d'annexion d'établissements privés lors de leur création en 1967 et 1968 est facilement observable.

Il est évident que toutes les institutions de cet inventaire sont dans une situation de relevance à l'égard de l'ordre juridique étatique général, mais cette relevance peut être plus complexe. Il nous semble nécessaire, au début de cette analyse, d'énoncer ou de rappeler certains principes de la théorie des ordres juridiques.

En ce qui a trait à la nature de l'ordre juridique, il faut se rappeler l'approche de Santi Romano qui s'opposait à Hauriou, en ce qui a trait à la personnalité juridique des institutions :

[...] nous voulons déjà indiquer que la limite qu'Hauriou a assigné au concept d'institution en le restreignant à une seule espèce d'organisation sociale ayant atteint un certain degré de développement et de perfection nous apparaît mal fondée. À côté des institutions qu'il appelle corporatives, il en est d'autres qui n'ont pas moins de titres à être reçues par le système juridique car elles ont une existence propre indépendante de celle d'individus déterminés, et elles bénéficient d'une autonomie plus ou moins large.⁸⁰ (notre soulignement)

Ce texte était précédé du suivant : « [...] on ne peut plus douter qu'il ait été opportun d'affranchir ce concept d'institution de celui de personnalité juridique, lequel peut s'y superposer lorsque certaines conditions sont remplies mais peut aussi bien faire défaut »⁸¹.

Cette importante distinction confirme l'approche sociologique de Santi Romano. La personnalité juridique est essentiellement une création de l'ordre juridique étatique qui ne doit pas faire dévier l'analyse sociologique du droit.

La seconde remarque touche la notion d'ordre interne particulièrement importante pour les institutions étatiques. Un texte de Santi Romano permet d'éclairer ce type de relation que nous rencontrerons au cours de notre analyse :

S'agissant de l'État (mais on pourrait évidemment suivre les mêmes critères pour toute autre entité à structure complexe), nous entendons par [...] ordres internes étatiques :

- a) les ordres de son organisation, en tant qu'ils concernent la position respective et les relations de ses divers organes et services;

⁸⁰ Voir p. 51-52.

⁸¹ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 23.

- b) les ordres que constituent ces organes et ces services, soit en eux-mêmes, soit dans leurs rapports avec les personnes titulaires de certaines fonctions ou avec celles qui, pour des raisons variables peuvent être admises dans les services.⁸²

Rappelons que seules les entités qui réunissent les trois fonctions juridiques d'élaboration, d'interprétation et d'application de règles de droit doivent être reconnues comme ordre juridique et il ne faut pas confondre les instances ou les agents d'une institution avec l'ordre juridique.

Il importe en terminant cette esquisse de ne pas omettre les regroupements d'entreprises qui concerne les entreprises publiques aussi bien que les entreprises privées.

Notons que les regroupements d'institutions publiques sont membres du Conseil du patronat, une organisation au sein de laquelle les entreprises privées ont un poids considérable. Les communications avec le Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre de ces regroupements ont pour seul canal institutionnel la représentation du patronat exercée par le président du Conseil du patronat.

On peut à notre avis présumer que les communications établies entre et par ces systèmes véhiculent des connaissances pétries par les idéologies économiques et sociales du grand patronat privé actif au Québec. Il n'y a pas de couplage structurel des regroupements d'entreprises publiques avec le Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre, sinon par le truchement d'un système patronal qui a de multiples liens avec les regroupements d'entreprises privées et avec des systèmes organisationnels appartenant aux sphères de la finance et de la production privée des biens et services sans en avoir avec les secteurs des coopératives et de l'économie sociale.

Il s'agit là d'un des volets de la réalité dans lesquelles les relations du travail se poursuivent et se construisent.

⁸² *Id.*, p. 161.

B- Les ordres juridiques syndicaux

*Il n'y a rien que la volonté humaine
désespère d'atteindre par l'action libre
de la puissance collective des individus.*⁸³

Alexis DE TOCQUEVILLE

La réalité du syndicalisme comme phénomène social nous apparaît la meilleure manière d'aborder cette question; le premier paragraphe de l'« Introduction » de l'ouvrage de Pierre Verge et de Gregor Murray, *Le droit et les syndicats*, est éclairant à ce sujet :

Le syndicalisme est une réalité qui s'impose d'elle-même avant d'être une construction juridique : organisation, vie et action de groupements essentiellement salariés, voués certes à la protection et à l'avancement des intérêts de ceux-ci sur le plan professionnel mais aussi dans bien des cas et d'une façon plus large, à l'établissement d'une société plus complètement démocratique. Avec son dynamisme propre, il constitue une des grandes composantes du milieu québécois [...] comme dans bien d'autres sociétés.⁸⁴

La réalité sociale et juridique du syndicalisme est indissolublement liée à la liberté syndicale. Cependant dans une société capitaliste façonnée par le libéralisme économique, la reconnaissance de cette liberté résulte de la lutte syndicale; c'est de cette lutte qu'émerge cette liberté au 19^e siècle. Sur le plan juridique, ce combat est inachevé au Québec et au Canada dans son ensemble. L'État canadien a adopté, par la *Loi constitutionnelle de 1982*, la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'État québécois a adopté la *Charte des droits et libertés de la personne* sans la reconnaître expressément, obligeant à des longs débats judiciaires pour déterminer si elle est incluse dans la liberté d'association. Aux prises avec cet état du droit, une tentative de faire reconnaître son inclusion dans la liberté d'association par les cours supérieures s'est heurtée finalement à une fin de non recevoir de la Cour suprême⁸⁵.

⁸³ Texte inscrit en exergue de l'article de Christian BRUNELLE et Pierre VERGE, « L'inclusion de la liberté syndicale dans la liberté générale d'association : un pari perdu ? », (2003) 82 *R. du B. can.* 711.

⁸⁴ Pierre VERGE et Gregor MURRAY, *Le droit et les syndicats : aspects du droit syndical québécois*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1991, p. 1.

⁸⁵ Renvoi relatif à la *Public services Employee Relations Act (Alb.)*, 1987 CanL II 88 (C.S.C.), (1987) 1 R.C.S. 313. *AFPC c. CANADA*, 1987 CANLII 89 (C.S.C.), (1987) 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, 1987 CanLII 90 (C.S.C.), (1987) 1 R.C.S. 460.

L'arrêt *Health Services and Support* marque un point tournant historique en reconnaissant enfin que la liberté syndicale bénéficie d'une forme de protection constitutionnelle. Nous n'avons pas l'intention, compte tenu des objectifs que nous poursuivons, de nous étendre sur les antécédents judiciaires et la portée de cet arrêt⁸⁶, sinon pour mentionner trois éléments qui sont directement pertinents pour notre démarche :

- 1- en matière de liberté syndicale, il marque la fin d'une profonde opposition entre le droit international de l'ordre juridique de l'Organisation internationale du travail et l'ordre constitutionnel canadien;
- 2- il fait appel à une approche sociale du droit en particulier par le recours à l'analyse historique;
- 3- la Cour établit un lien fondamental avec le principe d'égalité en mettant en lumière que la liberté d'association vise « à pallier l'inégalité qui a toujours existé entre employeur et employé »⁸⁷.

Comme nous l'avons mentionné, l'action, la vie juridique et sociale des organisations syndicales, a un besoin vital de cette liberté.

Nous passerons maintenant à l'examen des institutions et des ordres juridiques. Nous examinerons d'abord la notion de syndicat, en évitant de nous situer d'un point de vue formel, ce qui serait forcément réducteur, mais en lien avec la réalité sociale (1). Nous passerons ensuite

⁸⁶ L'ouvrage *Droit des rapports collectifs du travail au Québec* comprend une étude fouillée de cet arrêt et de la « liberté constitutionnelle d'association ». M. COUTU, L.L. FONTAINE, G. MARCEAU et T. BURKE, préc., note 1, p. 131-193. Voir l'article écrit avant l'arrêt *Health Services and Support* de Christian Brunelle et Pierre Verge : préc., note 83.

⁸⁷ *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 84 L'arrêt *Fraser* change-t-il la portée juridique de la reconnaissance de l'inclusion de la liberté syndicale dans la *Charte canadienne* ? Selon la professeure Julie Bourgault, la portée de la liberté d'association demeurant restreinte, « l'arrêt *Fraser* ne constitue pas un recul en ce qui concerne les principes juridiques ». Julie BOURGAULT, « L'arrêt *Fraser* : un recul pour les droits des syndiqués ? », dans *Développements récents en droit du travail*, vol. 348, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 209-248, à la page 247. La fragilité de la liberté reconnue et la violence des attaques qu'elle subit ressort de la position de la Cour dans l'arrêt *Fraser* et, en particulier, des dissidences évidemment à l'exception de la dissidence de la juge Abella centrée sur la mise en œuvre de la liberté syndicale reconnue en lien avec les véritables fondements de *Health Services and Support. Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20 (Can LII), (2011) 2 R.C.S. 3.

aux formes juridiques des organisations syndicales (2); à la diversité organisationnelle tant des associations à la base que des regroupements (3); à une analyse à la lumière de la théorie des ordres juridiques (4) et une hypothèse d'approche systémique (5) clôtureront cette deuxième division.

1. Réalité sociale et notion de syndicat

L'organisation syndicale est « une réalité qui s'impose »; elle s'est imposée au fil de l'histoire; comme nous le verrons dans le chapitre 1 de la deuxième partie; la réalité actuelle est non pas le reflet de son histoire mais la construction qui en résulte et un stade d'une évolution liée à la réalité économique et sociale du travail.

Comme le mentionnent Pierre Verge et Gregor Murray, les syndicats sont des « groupements essentiellement salariés ». Le cœur de la fonction syndicale est, à notre avis, exprimé le plus clairement par l'Organisation internationale du travail (OIT) dans la *Résolution de 1952 concernant l'indépendance du mouvement syndical* : « L'objectif fondamental et permanent du mouvement syndical est le progrès économique et social des travailleurs »⁸⁸. Ainsi l'objectif fondamental du syndicat au Québec comme ailleurs est le progrès économique et social des travailleuses et travailleurs qu'il représente. « Cette finalité inclut en la dépassant, l'action axée sur les rapports professionnels [...] »⁸⁹. Les travailleuses et les travailleurs que les syndicats représentent au Québec et dans les sociétés libérales dites démocratiques sont des citoyennes et des citoyens dont les intérêts s'étendent aux autres aspects de la vie civile.

C'est par la médiation de cette fonction et par la voie des regroupements de syndicats, que s'élargit la mission de promotion du progrès économique et social à des ensembles de travailleuses et de travailleurs ainsi qu'« au développement économique et social » et au « progrès de l'ensemble de la population »⁹⁰.

⁸⁸ CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Résolution de 1952 concernant l'indépendance du mouvement syndical*, 35^e session, art. 1. Adoptée par la Conférence internationale du travail le 26 juin 1952. P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, préc., note 11, p. 95.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.*, par. 2.

C'est pourquoi il importe de se demander si les regroupements syndicaux sont des **groupes d'intérêts** ou des **groupes de pression**? Nous examinerons ensuite si les regroupements syndicaux peuvent être qualifiés de **mouvement social**.

La distinction entre groupe de pression et groupe d'intérêt ne semble pas clairement établie. Il est courant d'utiliser l'une et l'autre expression comme synonyme. On peut lire dans *l'Encyclopédie canadienne* : « Un groupe de pression appelé aussi groupe d'intérêt, est une organisation formée de personnes animées des mêmes idées qui cherchent à influencer les politiques gouvernementales en vue de promouvoir de l'intérêt » (notre soulignement). On peut lire dans *Le dictionnaire des sciences humaines* de Jean-François Dortier, sous la rubrique « Groupe de pression » :

Dans le vocabulaire des sciences politiques, les notions de « groupe de pressions » ou de « groupe d'intérêts » désignent des organisations dont le but, la fonction, n'est pas, comme les partis politiques, la prise et l'exercice du pouvoir, mais la défense d'une cause auprès des autorités politiques ou administratives.⁹¹

Le dictionnaire général des sciences humaines se limite à la définition de « Groupe de pression » qu'il définit de manière similaire⁹². Cependant, sous la rubrique « Groupe de pression » dans *Le dictionnaire des sciences humaines* on divise les organisations définies en « deux catégories » : d'une part celles qui défendent « des intérêts professionnels »; d'autre part celles qui défendent « une idéologie ou un idéal »⁹³.

Nous constatons toutefois par ailleurs, des nuances dans l'utilisation de ces deux expressions dans les textes législatifs et réglementaires. La *Loi sur le Commissaire à la santé et au bien-être*⁹⁴ institue à l'article 24 un forum de consultation :

Est institué un forum de consultation, composé de 27 personnes dont 18 citoyens provenant de chacune des régions du Québec et ne représentant aucun groupe d'intérêt

⁹¹ Jean-François DORTIER, *Le dictionnaire des sciences humaines*, Auxerre, Éditions Sciences humaines, 2004, p. 288.

⁹² Georges THINÈS et Agnès LEMPEREUR, *Dictionnaire général des sciences humaines*, Louvain-la-Neuve, Belgique, CIACO, 1984, p. 434.

⁹³ J.-F. DORTIER, préc., note 91, p. 288.

⁹⁴ *Loi sur le commissaire à la santé et au bien-être*, L.R.Q., c. C-32.1.1, art. 24.

particulier et de neuf autres personnes possédant une expertise particulière en relation avec le domaine de la santé et des services sociaux. (notre soulignement)

Comme nous le verrons au sujet de la représentation, le *Règlement sur l'éthique et la déontologie des administrateurs publics* prévoit que l'obligation de discrétion de l'administrateur public est tempérée en tenant compte des relations et responsabilités avec le groupe qu'il représente ou avec lequel il est en lien :

Cette obligation n'a pas pour effet d'empêcher un administrateur public représentant ou lié à un groupe d'intérêt particulier de le consulter ni de lui faire rapport, sauf si l'information est confidentielle suivant la loi ou si la conseil d'administration exige le respect de la confidentialité.⁹⁵ (notre soulignement)

Il est clair que les organisations syndicales sont couvertes par l'expression « groupe d'intérêt » utilisé dans ce règlement. Par ailleurs, l'expression « groupe de pression » est utilisée dans trois codes de déontologie. En ce qui a trait au membre du Tribunal administratif et au commissaire de la Commission des relations du travail, le texte est identique : il « s'abstient de s'impliquer dans une cause ou de participer à un groupe de pression dont les objectifs ou les activités concernent des matières qui relèvent de la compétence du Tribunal » (notre soulignement). En ce qui a trait au membre du Tribunal des droits de la personne, le texte est quelque peu différent : il « s'abstient de s'impliquer dans une cause, de participer à une organisation ou à un groupe de pression dont les objectifs sont reliés aux matières qui relèvent de la compétence du Tribunal ou de se livrer à une activité politique »⁹⁶ (notre soulignement).

Nous remarquons que l'expression « groupe de pression » est utilisée en lien avec l'objectif que la personne qui a une mission d'adjudication ne soit pas impliquée dans une cause liée aux matières qui relèvent de sa compétence.

⁹⁵ Voir, dans la même subdivision, p. 162. En vertu de l'article 8 du *Code de déontologie des dirigeants et administrateurs d'un office d'habitation* (R.R.Q., c. R-8, r. 2) l'administrateur ou le dirigeant « doit faire abstraction de toute considération de politique partisane et des liens qui l'unissent à un groupe d'intérêt particulier »; voir aussi l'article 16 du *Règlement sur la vente, la location et l'octroi de droits immobiliers sur les terres du domaine de l'État*, R.R.Q., c. T-8.1, r. 7.

⁹⁶ *Code de déontologie applicable aux membres du Tribunal administratif du Québec*, R.R.Q., J-3, r. 1, art. 15. *Code de déontologie des commissaires de la Commission des relations du travail*, R.R.Q., c. C-27, art. 15. *Code de déontologie des membres du Tribunal des droits de la personne*, RLRQ, c. C-12, r. 1, art. 12.

Selon Jean Meynaud, des groupes d'intérêts « ne se transforment en organisme de pression qu'à partir du moment où les responsables utilisent l'action sur l'appareil gouvernemental pour faire triompher leurs aspirations ou revendications »⁹⁷. Nous prenons cette condition pour acquies en considérant que l'action de pression peut ne pas s'exercer seulement sur l'appareil gouvernemental, mais sur l'ensemble de l'ordre juridique étatique incluant l'ordre parlementaire.

Nous considérerons toutefois qu'il est également nécessaire que le groupe cherche à faire triompher une revendication qui va au-delà de ses intérêts et qui s'inscrit dans une cause.

Jacques Dofny et Paul Bernard, dans une étude accomplie pour l'Équipe spécialisée en relations du travail, préféraient la notion de groupe de pression pour qualifier l'organisation syndicale en particulier parce que le mouvement syndical est « amené à défendre des intérêts autres que les siens propres » (notre soulignement). Ils considéraient également le rapport au pouvoir, « critère principal de différenciation entre les groupes qui remettent en question la distribution du pouvoir dans la société, et ceux qui s'arrêtent à ce seuil »⁹⁸. Ces critères peuvent établir une distinction qui favorise l'analyse d'une manière propice pour notre démarche; nous considérerons que les groupements qui sont voués à leurs intérêts sans défendre une cause et prioriser la vie de la société ou un aspect important de cette vie de la société, ne devraient pas être considérés comme des groupes de pression même s'ils dissimulent la défense étroite de leurs intérêts derrière un simulacre d'intérêt collectif⁹⁹. Les organisations syndicales sont également des groupes d'intérêt mais, comme nous l'avons mentionné, leur « finalité inclut en la dépassant, l'action axée sur les

⁹⁷ Jean MEYNAUD, *Les groupes de pression*, Paris, Presses Universitaires de France, 1965, p. 10.

⁹⁸ Jacques DOFNY et Paul BERNARD, *Le syndicalisme au Québec; structure et mouvement*, Ottawa,, Imprimeur de la Reine, 1970, p. 4. Jean Meynaud, dont un texte est publié la même année, utilise le terme « groupe de pression » en un sens large pour couvrir des groupes qui ne défendent que leurs intérêts. Jean MEYNAUD, « Groupe de pression et politique gouvernementale au Québec », dans *Réflexions sur la politique au Québec*, 2^e éd., coll. « Les Cahiers de l'université du Québec », Québec, Presses de l'Université du Québec, 1970, p. 65-92, à la page 68.

⁹⁹ Jean Meynaud met en lumière cette question importante de l'intérêt : « [...] en allant au fond des choses, on se rend compte que ces groupes n'ont en vue que leurs intérêts et souvent des intérêts très limités, qu'ils se moquent strictement de tout le reste et notamment des conséquences sociales de leurs démarches ». Il rappelle également la phrase célèbre : « [...] ce qui est bon pour General Motors l'est également pour les États-Unis ». *Id.*, p. 69-71. Selon Évelyne Serverin, « [...] la sociologie marxiste du droit [...] contient des éléments qui permettent de concevoir une théorie du droit comme idéologie (dissimulant les conditions d'existence, et faisant passer les intérêts d'un groupe pour l'intérêt général), et comme pratique (modifiant les conditions réelles d'existence). Évelyne SERVERIN, *Sociologie du droit*, coll. « Collection Repères; 282 », Paris, Éditions La Découverte, 2000, p. 35.

rapports professionnels [...] ». La médiation de cette finalité et la voie des regroupements syndicaux fédératifs, régionaux et dans des centrales élargit la mission syndicale bien au-delà d'intérêts étroits. L'action syndicale porte tout de même cette double dimension et nous n'écartons pas que les intérêts professionnels l'emportent dans la vie de certaines organisations ou prévalent à l'occasion dans d'autres.

Les regroupements syndicaux peuvent-ils être qualifiés de mouvements sociaux?

Un regroupement pourra être qualifié de mouvement social s'il conduit une action concertée en faveur d'une cause dirigée contre un adversaire¹⁰⁰. C'est le cas de la plupart des organisations syndicales ou, pour le moins, de la plus grande partie des organisations syndicales. Jacques Dofny et Paul Bernard analysent la question en terme de tendance à agir comme groupe de pression ou comme mouvement social au sein d'une même organisation et comme critère de qualification des diverses organisations syndicales. À un extrême du continuum « le groupe de pression cherche des avantages immédiats sans remettre en cause le système économique et le système politique [...] »; à l'autre extrême « le mouvement social [...] cherche [...] à mettre en place un autre système n'estimant plus pouvoir tirer du système actuel des avantages suffisants ». La position des regroupements syndicaux québécois a varié en fonction de la conjoncture et de l'évolution des organisations. En ce qui a trait aux plus importantes centrales syndicales, elles forment un mouvement social dont les composantes agissent toutefois souvent comme simple groupe de pression. Elles ont une culture des droits sociaux et défendent des causes dont les principes sont énoncés dans des déclarations et identifiables dans leurs interventions publiques¹⁰¹. On vient de rappeler par leurs publications, les trois manifestes des années 1970 qui remettaient vraiment en question la société de libéralisme économique québécoise. Ces manifestes imprègnent toujours la culture syndicale de beaucoup de dirigeants¹⁰².

¹⁰⁰ Erik NEVEU, *Sociologie des mouvements sociaux*, 4^e éd., Paris, La Découverte, 2005, p. 9-10.

¹⁰¹ Voir sous les rubriques « Documents » et « Membres », la déclaration de principes de l'Alliance sociale « Un autre Québec est possible » et les organisations syndicales qui y ont adhéré : en ligne < www.alliancesociale.wordpress.com > (site consulté le 14 février 2013).

¹⁰² CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *Ne comptons que sur nos propres moyens*, Montréal, CSN, 1971. CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *Ne comptons que sur nos propres moyens*, Ville de Mont-Royal, M éditeur, 2012. Dans l'avant-propos, Louis Roy, alors président de la CSN, écrit au sujet de ce manifeste : « [...] ce texte fondateur du durcissement de la critique de la CSN

Compte tenu de la relation de domination des employeurs sur leur personnel salarié et également de la nature des forces politiques dans une société dans laquelle règne le libéralisme économique, les groupements syndicaux ne peuvent poursuivre leur mission sans mener des luttes parfois très dures. La lutte devient donc pour un grand nombre d'organisations syndicales une pratique intégrée à l'organisation comme la démocratie. Comme le mentionnait Gérard Dion dans une communication intitulée « La démocratie syndicale », lors du 23^e Congrès des relations industrielles, une organisation syndicale en plus d'être un agent de négociation est un **instrument de transformation sociale**¹⁰³. L'essence de l'organisation syndicale combative a été concentrée dans une formule lapidaire et frappante : « Army and town meeting »¹⁰⁴.

La fonction de **représentation** est au cœur de la mission syndicale. À ce sujet, les auteurs de *Le droit du travail par ses sources* mettent en lumière le caractère central de cette fonction et son ampleur :

Concrètement l'activité syndicale envisagée a correspondu au fil de son histoire, notamment au Canada, à un ensemble diversifié d'action de négociation collective, d'amplitude variée, de concertation à des fins professionnelles ou sociales, de

du système économique capitaliste », et plus loin : « [...] il faut le réécrire. Non pas pour le réformer, mais pour le mettre à niveau tant dans les données que dans une nouvelle pédagogie transversale ». *Id.*, p. 9-10. CORPORATION DES ENSEIGNANTS DU QUÉBEC, *L'école au service de la classe dominante : manifeste présenté au XXII^e congrès de la CEQ, juin 1972*, Québec, Corporation des enseignants du Québec, 1972. CENTRALE DE L'ENSEIGNEMENT DU QUÉBEC, *L'école au service de la classe dominante*, Ville Mont-Royal, M éditeur, 2012. Dans l'avant-propos, Lorraine pagé qui a été présidente de la Centrale écrit, au sujet de « l'égalité des chances en éducation » que le manifeste pourrait « nous donner le goût de relancer l'action pour cet objectif ». *Id.*, p. 9-10. FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS DU QUÉBEC, *L'État rouage de notre exploitation*, Ville Mont-Royal, M Éditeur, 2012.

¹⁰³ Gérard DION, « La démocratie syndicale », dans Gérard DION (dir.), *Le syndicalisme canadien : une réévaluation, 23^e Congrès des relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1968.

¹⁰⁴ A. J. MUSTE, « Factional Fights in Trade Unions », dans J.B.S. HARDMAN (dir.), *American Labor Dynamics in the Light of Post-War Developments: an inquiry by Thirty-two Labor Men, Teachers, Editors and Technicians*, New York, Russell and Russell, 1968, p. 332-348, à la page 332. Sous la rubrique « Army and Town meeting », A. J. Muste écrit : « In the first place the trade union seeks to combine within itself two extremely different types of social structure, that of an army and that of a democratic town meeting ». Ce texte d'Abraham John Muste a été publié pour la première fois en 1928. En rapport avec le travail et les syndicats des États-Unis, il fut « chairman » du Brookwood Labor College, vice-président de l'American Federation of Teachers et membre du « committee on education » de la « New York State Federation of Labor ». *Id.*, p. 431. Il écrivit ce texte à une époque de dures luttes syndicales; on pourra lire dans *Une histoire populaire des États-Unis* d'Howard Zinn le récit de certains de ces combats et, en particulier, la grève des fourreurs durant laquelle les grévistes se sont battus avec la police, ont été arrêtés et roués de coups, mais obtinrent la semaine de quarante heures et une augmentation de salaire. Howard ZINN, *Une histoire populaire des États-Unis de 1492 à nos jours*, Marseille, Montréal, Agone, Lux, 2002, p. 436. Howard Zinn qualifie Muste de « révolutionnaire pacifique ». *Id.*, p. 481.

lobbyisme¹⁰⁵ auprès des pouvoirs publics, de participation à différents organismes publics à vocation notamment sociale et économique et de protection mutuelle des adhérents au groupement. De cet éventail varié d'activités de mise en œuvre de l'objet syndical ressort de façon prédominante une fonction d'intermédiation ou de représentation au sens général qu'assume le groupement syndical au nom d'un segment plus ou moins important du salariat, voire de la totalité de celui-ci, selon les circonstances. Il agit ainsi tantôt auprès d'un ou de plusieurs employeurs ou du patronat en général, tantôt auprès des pouvoirs publics à des niveaux divers. Il exercera donc une fonction de promotion et de défense par des moyens variés, d'un intérêt collectif celui de la collectivité des salariés en cause. Telle fonction de représentation porte naturellement à s'interroger sur le caractère représentatif des groupements qui prétendent représenter de cette manière différentes collectivités de salariés.¹⁰⁶ (notre soulignement)

En ce qui a trait à la représentation devant les pouvoirs publics, ce type d'action est maintenant inscrit dans l'histoire et dans les structures sociales comme l'ont souligné Pierre Verge et Gregor Murray dans leur volume *Le droit et les syndicats* :

Comme mouvement social ou comme groupement d'intérêts, les organisations syndicales sont très présentes dans la vie publique québécoise. Elles ont joué un rôle important dans la modernisation de l'état et de la société québécoise lors de la révolution tranquille.¹⁰⁷ Il y a peu de débats publics où l'une des grandes centrales n'a pas été présente ou ne l'est pas encore. L'état reconnaît d'ailleurs, partiellement au moins ce rôle sociopolitique, par exemple en prévoyant la présence de représentants syndicaux dans divers organismes consultatifs et administratifs [...].¹⁰⁸

La fonction de représentation syndicale la plus importante est la négociation collective. Nous donnerons cependant à ce stade de notre démarche un aperçu de la représentation syndicale au-delà de la négociation collective.

¹⁰⁵ Le terme lobbyisme, nous semble, dans une perspective de droit social, inapproprié pour identifier la représentation syndicale auprès des pouvoirs publics.

¹⁰⁶ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, préc., note 11, p. 96.

¹⁰⁷ Les auteurs réfèrent à l'histoire du syndicalisme de J. Rouillard. Voir Jacques ROUILLARD, *Histoire du syndicalisme au Québec : des origines à nos jours*, Montréal, Boréal, 1989, p. 291-301.

¹⁰⁸ P. VERGE et G. MURRAY, préc., note 84, p. 10. Nous avons précisé plus haut notre approche au sujet de la notion de groupe d'intérêts. Si L'État québécois reconnaît « partiellement » ce rôle sociopolitique, ce n'est pas le cas de l'organisation internationale du travail, qui le reconnaît pleinement; elle adoptait en 1952, le texte suivant : « Les syndicats ont également un rôle important à jouer en participant aux efforts déployés dans chaque pays en vue de promouvoir le développement économique et social et le progrès de l'ensemble de la population ». *Résolution de 1952 concernant l'indépendance du mouvement syndical*, préc., note 88, art. 2.

Un nouvel ouvrage de Pierre Verge et Gregor Murray portant sur la question de la représentation syndicale était publié en 1999¹⁰⁹. Ces auteurs mettent en lumière que le régime québécois de « représentation sur le plan de l'entreprise [...] ne prend en considération la réalité syndicale que partiellement [...] et conduit à privilégier l'action à dominante professionnelle par rapport à celle à caractère civique ou politique »¹¹⁰. Il ne prend en considération également que l'institution syndicale au niveau local sans tenir compte du plus grand syndicat ou du regroupement dont il fait partie (particulièrement la fédération professionnelle)¹¹¹.

Pierre Verge et Gregor Murray mettent également en lumière que la représentation syndicale particulièrement dans le cadre de la négociation collective « peut présenter un visage à dominante conflictuelle », mais que lorsqu'elle s'intègre aux différents organismes étatiques, elle peut bien présenter « un visage principalement participatif »¹¹². En ce qui a trait à la participation à ces organismes étatiques, l'état conserve l'initiative comme ils le soulignent :

Plus ou moins méthodiquement et objectivement et d'une façon plus ou moins directe, selon le cas, les pouvoirs publics font une sélection parmi la multitude des groupements syndicaux et choisissent de traiter avec quelques-uns d'entre eux à certaines fins plus ou moins intensément selon les situations. Les groupements élus qui deviennent ainsi officiellement les porte-parole de diverses collectivités de salariés, plus ou moins étendues sont dits selon des formules variables, « représentatifs » ou les « plus représentatifs » des collectivités de salariés en cause.¹¹³

Compte tenu de l'ensemble des formes de représentation, comme le disent ces auteurs, est « posée avec acuité l'ambivalence inhérente à la représentation syndicale, partagée entre la promotion d'intérêts particuliers et d'intérêts généraux, intérêts eux même hétérogènes dans une certaine mesure »¹¹⁴.

¹⁰⁹ Gregor MURRAY et Pierre VERGE, *La représentation syndicale : visage juridique actuel et futur*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999, p. 59-103. Cet ouvrage comprend, sous forme de tableau, un état éclairant de la représentation syndicale dans diverses instances ou organisme.

¹¹⁰ *Id.*, p. 60.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.*, p. 61.

¹¹³ *Id.*, p. 63.

¹¹⁴ *Id.*

Comme ces textes y font allusion (« Plus ou moins [...] objectivement »), il ne faut pas écarter les possibilités que cette situation de participation à des organismes étatiques offre à un gouvernement d'utiliser ses pouvoirs pour ses intérêts politiques qui peuvent évidemment souvent être d'affaiblir ou de contrer la force démocratique syndicale et de donner la parole à l'organisation la moins radicale ou d'éviter la plus combative. Évidemment l'examen de cette piste demanderait de pousser plus avant les recherches dans cette direction.

À titre d'hypothèse, l'organisation syndicale combative qui assume vraiment sa mission ne perd pas son caractère militant, mais la constitution de l'institution syndicale doit permettre la surveillance démocratique des porte-parole et cette surveillance doit effectivement s'exercer. Notons que cette surveillance est facilitée mais peut être entravée par les dispositions du *Règlement sur l'éthique et la déontologie des administrateurs publics* qui prévoit à l'article 6 un devoir de « discrétion » et à l'article 12 l'interdiction à l'administrateur d'utiliser « à son profit ou au profit de tiers l'information obtenue dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ». Les deux articles¹¹⁵ sont pourvus d'une précision importante :

Cette obligation n'a pas pour effet d'empêcher un administrateur public représentant ou lié à un groupe d'intérêt particulier de le consulter ni de lui faire rapport, sauf si l'information est confidentielle suivant la loi ou si le conseil d'administration exige le respect de la confidentialité.

La représentation s'exerce au niveau de la conception du droit étatique du travail particulièrement et dans un cadre institutionnel, par la voie du Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre. Comme nous l'avons mentionné au sujet des regroupements d'entreprises¹¹⁶, les membres de cet important comité paritaire qui représentent les syndicats sont nommés par le ministre du travail après consultation des « associations de salariés les plus représentatives ». Le rôle de ce comité est très important pour la législation et la réglementation du travail; rappelons

¹¹⁵ *Règlement sur l'éthique et la déontologie des administrateurs publics*, R.R.Q., c. M-30, r. 1, art. 6 et 12. Une décision d'un conseil d'administration peut causer une sérieuse rupture de la communication; se pose également la question des rapports des personnes qui représentent les organisations syndicales; par exemple à qui les deux personnes qui représentent les organisations syndicales au Conseil du statut de la femme doivent-elles faire rapport ? Les membres des Conseils sont assujettis à ce règlement en vertu de ses articles 2 et 3.

¹¹⁶ Voir p. 148-150.

qu'il participe également au processus d'étude des propositions d'instruments internationaux de l'Organisation internationale du travail et qu'il dispose d'un comité spécial ou sous-comité à cette fin¹¹⁷.

Le Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre joue également un rôle dans le champ des négociations collectives et ceci au stade de l'adoption du contenu de la convention collective ainsi qu'au stade de sa mise en œuvre. Lorsque le ministre du travail doit en vertu du Code du travail désigner un arbitre de différend ou un arbitre de griefs, il fait son choix sur « une liste dressée annuellement par le ministre après consultation du Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre » en vertu du deuxième alinéa de l'article 77 du *Code du travail*.

En 2001, a été institué un organisme administratif qui peut être considéré comme le plus important en matière de rapports collectifs du travail, la Commission des relations du travail qui remplace le régime précédent de commissaires du travail et de Tribunal du travail. L'article 115 du *Code du travail* en établit la composition : la Commission est composée « d'un président, de deux vice-présidents, de commissaires ainsi que de membres de son personnel chargés de rendre des décisions en son nom ». Le président, les vice-présidents et les commissaires sont nommés par le gouvernement après consultation « des associations de travailleurs et des associations d'employeurs les plus représentatives » (art. 137.11 et 137.40). Comme il s'agit de l'organisme administratif le plus important pour le régime des rapports collectifs du travail, ce lien étatique avec les regroupements patronaux et syndicaux doit être particulièrement souligné.

Les syndicats sont représentés avec les employeurs sur une base paritaire dans le conseil d'administration d'un autre organisme d'une grande importance pour les relations du travail, la Commission de la santé et de la sécurité du travail¹¹⁸.

Nous donnerons maintenant quelques exemples de représentation syndicale au sein d'organismes ou instances importants pour la mise en œuvre du principe d'égalité.

¹¹⁷ La *Loi sur le Ministère du travail* (L.R.Q., c. M-32.2), à l'article 12.4 octroie le pouvoir de « former des comités spéciaux pour l'étude de questions particulières ». L'information gouvernementale utilise le terme « sous-comité ». Le Comité est pourvu du « Sous-comité sur les normes internationales du travail ».

¹¹⁸ *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1, art. 140-141.

Le conseil du statut de la femme donne son avis au ministre sur « des sujets qui concernent l'égalité et le respect des droits et du statut de la femme »¹¹⁹ (notre soulignement). Il est composé de 11 membres dont 2 sont nommés parmi ceux qui sont recommandés par les organismes syndicaux¹²⁰.

L'Office des personnes handicapées du Québec est institué et régi par la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées en vue de leur intégration scolaire, professionnelle et sociale*¹²¹. En vertu de l'article 6, le conseil d'administration est formé de 16 membres nommés par le gouvernement; 11 personnes « sont nommées après consultation des associations de personnes handicapées les plus représentatives des diverses régions du Québec et des divers types de déficiences, dont neuf sont lors de leur nomination, des personnes handicapées ou des parents ou des conjoints de personnes handicapées »; un siège est comblé « après consultation des organismes les plus représentatifs des employeurs » et un après « consultation des organismes les plus représentatifs des associations de salariés ».

Évidemment en ce qui a trait à la mise en œuvre du principe d'égalité, l'organisation gouvernementale la plus importante est la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. La *Charte des droits et libertés de la personne* ne prévoit aucune représentation du champ des relations de travail¹²².

Il est intéressant de mettre en lumière que la source de la représentation peut être la convention collective. C'est le cas du Comité consultatif sur l'égalité dans les commissions scolaires centré sur la condition des femmes et les programmes d'accès à l'égalité. Nous trouvons d'autant plus pertinent de le mentionner qu'il s'agit du champ des commissions scolaires dans lequel nous accomplirons notre étude empirique. Ce comité consultatif a fait l'objet d'une lettre d'entente par laquelle le ministère de l'Éducation s'est engagé à le maintenir. Il a été mis en place en 1995.

¹¹⁹ *Loi sur le Conseil du statut de la femme*, L.R.Q., c. C-59, art 3.

¹²⁰ *Id.*, art. 7.

¹²¹ L.R.Q., c. E-20.1

¹²² Il s'exercerait « une certaine participation syndicale, sans que la loi y fasse référence » ce qui nous apparaît avoir besoin d'être mis à jour et approfondi. G. MURRAY et P. VERGE, préc., note 109, p. 87. Nous y reviendrons dans la troisième partie.

L'entente prévoit qu'il « est composé de deux représentantes ou représentants de la Coordination à la condition féminine du ministère de l'Éducation, de deux représentantes ou représentants de la Fédération des commissions scolaires du Québec et de deux personnes désignées par la partie syndicale pour représenter le personnel enseignant professionnel et de soutien des commissions scolaires »¹²³.

Nous terminerons en donnant un exemple de représentation syndicale sur le conseil d'administration d'un organisme de service public, la Régie de l'assurance maladie. Le conseil est composé de 15 membres nommés par le gouvernement; un siège est occupé par un membre « nommé après représentation d'organismes représentatifs du milieu de travail ». Un conseiller régional de la FTQ a été nommé à la fin de 2010 pour occuper ce siège.

Au sujet des différents lieux de représentation, Pierre Verge et Gregor Murray évaluent l'effectivité du dispositif en en graduant l'intensité.

Par rapport au lieu de représentation, l'effet de la représentation syndicale résulte de la conjugaison de l'importance des pouvoirs de l'organisme où elle s'exerce et de l'importance relative de l'élément syndical dans la composition de cet organisme. L'intensité de la présence syndicale y est variable. Elle va du paritarisme à l'absence d'assurance de participation syndicale quelconque.¹²⁴

Ainsi le plus haut degré d'intensité serait aux organismes paritaires tels le Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre et la Commission de la sécurité et de la santé du travail alors que la Commission des droits et libertés de la personne est au degré le plus bas.

En terminant, ce développement sur la représentation syndicale qui s'exerce en plus de la négociation collective, il importe de rappeler que les dispositifs que nous avons examinés s'inscrivent dans une institutionnalisation de la représentation au sein de l'ordre juridique étatique québécois. D'autres formes de représentation vont s'exercer sous forme de rencontres,

¹²³ *Entente intervenue entre le Comité patronal de négociation pour les commissions scolaires pour catholiques, les commissions scolaires confessionnelles catholiques et les commissions scolaires dissidentes pour catholiques et la Centrale de l'enseignement du Québec (CEQ) pour le compte des syndicats d'enseignantes et d'enseignants qu'elle représente 1995-1998, « Comité consultatif d'accès à l'égalité », Annexe XXXV.*

¹²⁴ G. MURRAY et P. VERGE, préc., note 109, p. 98.

de présentation de mémoires souvent à des commissions parlementaires, de commissions consultatives. On peut rappeler ici les commissions parlementaires qui ont étudié la *Charte des droits et libertés* dont nous examinerons certains volets importants dans la deuxième partie de notre thèse et la *Commission consultative sur le travail et la révision du Code du travail*.

Il importe maintenant d'examiner les formes juridiques qu'adoptent les organisations syndicales québécoises.

2. Formes juridiques des organisations syndicales

Pour définir le groupement syndical, Le *Code du travail* utilise l'expression « association de salariés ». Nous allons en citer la définition qui épouse ce que nous appellerons l'aspect central de la mission du syndicat et qui prend en compte un aspect fondamental de la réalité, l'approche pluraliste de l'organisation syndicale; cette définition respecte la liberté de choix du cadre juridique, un élément fondamental de la liberté syndicale :

[...] un groupement de salariés constitué en syndicat professionnel, union, fraternité ou autrement et ayant pour buts l'étude, la sauvegarde et le développement des intérêts économiques, sociaux et éducatifs de ses membres et particulièrement la négociation et l'application des conventions collectives. (nos soulignements)

Cette liberté de choix respecte les dispositions de la *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical* de l'OIT adoptée en 1948 et qui a été ratifiée par le Canada. Michel Coutu écrit au sujet de cette convention :

Instrument fondamental en matière de liberté syndicale, la Convention n° 87 confère un certain nombre de garanties essentielles aux travailleurs et aux employeurs, notamment le droit d'association, sans autorisation préalable, et le droit d'affiliation (article 2); la liberté d'action, sans intervention des autorités publiques, en ce qui a trait en particulier au fonctionnement interne (élaboration des statuts, élection des dirigeants, formulation d'un programme d'action, etc.) des organisations de travailleurs et d'employeurs (article

3); l'interdiction de la dissolution ou de la suspension de ces organisations par voie administrative (article 4).¹²⁵

Compte tenu de cette liberté de choix des formes juridiques, nous allons maintenant examiner dans les grandes lignes les différents régimes qui régissent les organisations syndicales du Québec.

Un syndicat n'est pas obligé de recourir à une forme de constitution qui lui accorde la personnalité juridique mais une grande partie des organisations syndicales le font. La Centrale des syndicats du Québec à titre d'exemple, faisait part de la situation de son organisation à ce sujet dans un mémoire au Registraire des entreprises :

La Centrale des syndicats du Québec (CSQ) est constituée en vertu de la *Loi sur les syndicats professionnels* (L.R.Q., c. S-40). Elle représente deux cent cinquante-huit syndicats regroupés en treize fédérations. Cent quarante-cinq d'entre eux sont constitués en vertu de la *Loi sur les syndicats professionnels* et un autre l'est constitué en vertu de la *Loi sur les compagnies* (L.R.Q., c. C-38). Douze des fédérations affiliées à la CSQ sont constituées en vertu de la *Loi sur les syndicats professionnels*. La CSQ affine également l'Association des retraités de l'enseignement du Québec (A.R.E.Q.) qui est elle aussi constituée en vertu de la *Loi sur les syndicats professionnels*. Ainsi, près de soixante pour cent des syndicats, fédérations et associations affiliées à la Centrale sont des associations personnifiées [...].¹²⁶

Comme on peut le constater, toutes les organisations syndicales ne sont pas personnifiées. Il y a eu certaines manifestations de volonté par le passé de rendre la constitution des syndicats en vertu d'une loi, obligatoire¹²⁷. La première recommandation de la Commission d'enquête sur l'exercice de la liberté syndicale dans l'industrie de la construction se lisait comme suit : « Que

¹²⁵ Michel COUTU, *Les libertés syndicales dans le secteur public*, coll. « Minerve », Cowansville, Québec, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989, p. 11-12. CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Convention concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 31^e session, 1948.

¹²⁶ CENTRALE DES SYNDICATS DU QUÉBEC, *Proposition pour un nouveau droit québécois des associations personnifiées – Commentaires présentés au Registraire des entreprises du Québec*, [non publié].

¹²⁷ Voir un peu plus bas le développement sur la *Loi sur les syndicats professionnels*.

toutes les associations d'ouvriers de la construction soient incorporées sous le régime de la *Loi sur les syndicats professionnels*, de façon à leur assurer un statut légal et publique »¹²⁸.

Heureusement le gouvernement n'a pas donné suite à cette recommandation¹²⁹. L'enjeu de la démocratie syndicale demeure un enjeu important lié à la faculté même du syndicat de représenter ses membres.

Sur le plan de la forme juridique, il y a donc au Québec des syndicats personnifiés et des syndicats sans personnalité juridique.

Les syndicats non constitués en personnes ont recouru par le passé, lorsque c'était nécessaire¹³⁰, à diverses techniques juridiques pour assurer leur vie associative; en ce qui a trait à la propriété des biens, certains ont eu recours à une loi fédérale qui permettait de détenir des biens moyennant un enregistrement¹³¹; d'autres ont recouru à une formule de droit civil comme la fiducie. Le *Code de procédure civile* permet depuis de nombreuses années à ces associations d'ester en justice et d'être poursuivies. Le *Code civil du Québec* adopté en 1994 crée une voie contractuelle, le contrat d'association « par lequel les parties conviennent de poursuivre un but commun autre que la réalisation de bénéfices pécuniaires »¹³². Ainsi la logique civiliste ne reconnaît pas le caractère institutionnel de ces organisations et adopte une perspective contractuelle, pour ne pas dire contractualiste. La réalité de la fondation d'un syndicat n'est

¹²⁸ QUÉBEC (PROVINCE) COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'EXERCICE DE LA LIBERTÉ SYNDICALE DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION, *Rapport de la Commission d'enquête sur l'exercice de la liberté syndicale dans l'industrie de la construction*, Québec, Éditeur Officiel du Québec, 1975, p. 296.

¹²⁹ La FTQ s'est opposée avec vigueur à cette mesure dans son mémoire à la Commission parlementaire sur l'industrie de la construction. Le développement placé sous la rubrique : « Démocratie syndicale et le droit d'exister » commence ainsi : « Contrairement à la Commission nous ne croyons pas que le garant de la démocratie syndicale doive être le gouvernement ». FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS DU QUÉBEC et Québec (Province). Commission parlementaire sur l'industrie de la construction, *Des bons sentiments à la dictature : réaction de la FTQ au rapport Cliche et aux lois répressives : mémoire présenté par la Fédération des travailleurs du Québec à la Commission parlementaire sur l'industrie de la construction*, le jeudi 12 juin 1975, Montréal, Fédération des travailleurs du Québec, 1975, p. 13.

¹³⁰ Les petits syndicats possèdent en général très peu de biens.

¹³¹ *Loi sur les syndicats ouvriers*, L.R.C. (1985) c. T-14. Cette loi remonte à 1872 et a été liée à la décriminalisation de l'action syndicale; elle a été adoptée sous l'intitulé *Acte concernant les associations ouvrières*, 1872, 35 Vict., c. 30.

¹³² C.c.Q., art. 2186, 2^e alinéa.

appréhendée par le droit civil que par la voie du contrat dans lequel les membres deviennent « les parties ». Sans reconnaître qu'il s'agit d'une entité juridique, ce développement du droit civil apporte une solution à des problèmes de gestion collective comme la propriété des biens et la conclusion de contrats civils. Il faut également souligner son caractère démocratique, le contrôle des membres étant affirmé¹³³ ainsi que leur droit d'être informé « des affaires de l'association »¹³⁴.

Les **syndicats personnifiés** occupent quantitativement au Québec la place la plus importante. Comme on a pu le remarquer dans l'extrait d'un mémoire de la Centrale des syndicats du Québec citer un peu plus haut, on trouve deux espèces de syndicats personnifiés, ceux qui sont constitués en vertu de la *Loi sur les syndicats professionnels* et ceux qui sont constitués en vertu de la troisième partie de la *Loi sur les compagnies*.

Nous ne ferons qu'un bref commentaire au sujet de la forme juridique offerte en particulier aux organisations sans but lucratif dans la troisième partie de cette dernière loi. Le régime nous apparaît comme le parent pauvre de celui offert aux organisations qui poursuivent des bénéfices pécuniaires. Alors qu'on peut envisager qu'il sera utilisé par des personnes qui ne sont pas des spécialistes du droit, il recourt, à notre avis abusivement au renvoi¹³⁵. Le problème le plus important est toutefois les pouvoirs limités de l'assemblée générale des membres en matière de règlements. Elle ne dispose que d'un pouvoir d'approbation et ne peut prendre l'initiative d'un nouveau règlement ou même proposer une modification, ce qui constitue un obstacle au développement d'une démocratie syndicale véritable.

La *Loi sur les syndicats professionnels* demeure le régime le plus utilisé et le plus approprié. Même si nous procédons d'abord à une analyse synchronique de la réalité syndicale, il nous semble important de mettre en perspective l'émergence de cette loi qui est étroitement liée à la fondation, en 1921, de la Confédération des travailleurs catholiques du Canada (C.T.C.C.), maintenant la Confédération des syndicats nationaux (CSN). Il s'agit aussi d'un exemple

¹³³ Art. 2272.

¹³⁴ Art. 2273.

¹³⁵ Voir ce sujet les articles 224 et 225.

remarquable de détermination de politique publique par une organisation syndicale. Pierre Verge et Gregor Murray expose ainsi cet évènement :

À son congrès à Québec en 1923, la Confédération des travailleurs catholiques du Canada adopta la résolution n° 1 demandant au gouvernement du Québec l'adoption d'une loi dont le contenu allait correspondre assez substantiellement à la *Loi des syndicats professionnels* sanctionnée l'année suivante.¹³⁶

Cette loi était inspirée « directement de lois françaises »¹³⁷. Un élément important de cette influence exceptionnelle de la nouvelle confédération sur la législation est ainsi exposé par Pierre Verge et Gregor Murray : « Ces vœux rejoignaient ceux du gouvernement¹³⁸ soucieux de favoriser le développement d'un syndicalisme autochtone concurrent des unions internationales, tout en assurant un certain encadrement des syndicats qui se prévaudraient de la loi ».

Selon Jean-Réal Cardin : « Elle constituait [...] une garantie d'ordre social par le fait de la responsabilité incombant aux syndicats incorporés en vertu de ses dispositions »¹³⁹.

Marie-Louis Beaulieu concrétise en quelque sorte les raisons de l'émergence de cette loi :

À cette occasion on avait même présenté à M. Taschereau deux projets d'incorporation qui ne devaient s'appliquer qu'à ces unions, dont on voulait contrôler les activités. Il va sans dire qu'elles s'opposèrent à une semblable législation. Deux ans auparavant le Congrès des métiers et du travail s'était prononcé dans le même sens à l'occasion d'une campagne des employeurs pour que la législature adoptât une loi. L'adoption de la loi fut grandement aidée par la grève des unions internationales durant la session de 1922, qui avait entravé les délibérations de l'assemblée imposant l'incorporation aux syndicats ouvriers [...].

Le but évident du gouvernement, en faisant adopter la loi, était de mettre à la disposition des associations patronales et des syndicats ouvriers qui voudraient s'en servir, un moyen d'obtenir la personnalité juridique par l'incorporation. Il avait un autre but, moins évident, qui lui était venu d'une certaine crainte à l'égard des unions ouvrières.

¹³⁶ P. VERGE et G. MURRAY, préc., note 109, p. 117.

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ Il s'agit d'un gouvernement du parti libéral dont le premier ministre était Louis-Alexandre Taschereau.

¹³⁹ Jean-Réal CARDIN, *L'influence du syndicalisme national catholique sur le droit syndical québécois*, Montréal, Institut social populaire, 1957, p. 21.

Il voyait celles-ci se développer et établir leur influence sur une partie importante de la population. Le législateur y voyait un peu comme un défi à la souveraineté de l'État. Aussi en incorporant ces unions, le législateur pourrait avoir sur elles un œil plus vigilant. La surveillance en serait de beaucoup facilitée.¹⁴⁰

Le législateur, cependant, n'a pas voulu rendre l'incorporation obligatoire. C'eut été contredire l'idéal de libéralisme qu'il prétendait représenter »¹⁴¹.

La *Loi des syndicats professionnels*¹⁴² accordait aux syndicats qui se constituaient en vertu de ses dispositions la personnalité juridique et leur accordait des pouvoirs relatifs à la négociation collective qui ont évidemment été remplacés par la suite par le régime général. Un des principaux effets de cette loi est sans doute d'accorder au syndicat qu'elle régit une limite de la responsabilité équivalente à celle que les entreprises constituées en société par actions avaient obtenue.

Le syndicat constitué¹⁴³ en vertu de la *Loi sur les syndicats professionnels* a une existence juridique propre, distincte de celle de ses membres et ses actes n'engagent que lui-même. La limite de la responsabilité est expressément énoncée au deuxième alinéa de l'article 22 : les membres « ne sont pas responsables personnellement des dettes du syndicat ».

Il peut notamment dans la poursuite de sa mission acquérir et posséder des biens, passer des contrats et ester en justice. « Il répond [...] directement de ses actes en justice et advenant condamnation son patrimoine y satisfait directement »¹⁴⁴.

En terminant ce bref développement sur le régime des « syndicats professionnels », il est important de mettre en lumière qu'elle laisse au syndicat une grande liberté dans l'établissement de sa constitution, ce qui est conforme à l'article 3 de la *Convention concernant la liberté*

¹⁴⁰ Denys DION, « Loi des syndicats professionnels de Québec », (1950) 10 *R. du B.* 145.

¹⁴¹ Marie-Louis BEAULIEU, *Les conflits de droit dans les rapports collectifs du travail*, Québec, Presses universitaires Laval, 1955, p. 115.

¹⁴² *Loi des syndicats professionnels*, S.Q. 1924, c. 112.

¹⁴³ Le premier paragraphe de l'article 1 requiert une déclaration d'intention signée par « (Q)uinze personnes ou plus, citoyens canadiens, exerçant la même profession, le même emploi, des métiers similaires, se livrant à des travaux connexes concourant à l'établissement de produits déterminés [...] ».

¹⁴⁴ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, préc., note 11, p. 107-108.

*syndicale et la protection du droit syndical*¹⁴⁵ de l'OIT qui prévoit que les « autorités publiques doivent s'abstenir de toute intervention » à ce sujet.

Il est très important de mettre en lumière ici que la véritable **démocratie syndicale** pratiquée par un grand nombre de syndicats est une démocratie directe¹⁴⁶. Ce sont les membres qui prennent les décisions importantes pour la vie syndicale au sein de l'assemblée générale. Le *Code du travail* impose depuis 1977, à l'article 20.2, l'adoption d'un « vote de grève » par la majorité des « membres de l'association accréditée qui sont compris dans l'association accréditée et qui exercent leur droit de vote »; il impose également à l'article 20.3, une telle majorité pour autoriser la signature d'une convention collective. Notons que la Commission d'enquête sur l'exercice de la liberté syndicale dans l'industrie de la construction (Commission Cliche) avait fait en 1975 la recommandation suivante : « Que les statuts de tous les syndicats ou locaux prévoient un mode de scrutin démocratique permettant à la très grande majorité d'y participer »¹⁴⁷.

La Commission avait tiré des témoignages le constat d'atteintes importantes à la démocratie syndicale, mais faisait précéder ces constats de la réserve suivante :

[...] il convient de dire que, fort heureusement, les abus dénoncés plus bas n'existent pas dans tous les locaux de la FTQ-Construction. On les a trouvés principalement là où des bandits notoires se sont infiltrés. Soulignons aussi que ni à l'intérieur de la CSN, ni à l'intérieur de la CSD, la Commission n'a pu déceler de pareils excès, devenus monnaie courante à l'intérieur de certains locaux.¹⁴⁸

Il semble ressortir de ces épisodes et du traitement politique qui en a été fait, nous le formulons à titre d'hypothèse, que des atteintes à la démocratie dans certaines organisations syndicales risquent de mettre en péril l'autonomie syndicale et la liberté syndicale. Nous serions porté à l'inverse à présumer que la pratique de la démocratie directe de qualité par les syndicats et les

¹⁴⁵ CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 31^e session, 1948.

¹⁴⁶ Les organisations qui pratiquent la démocratie directe ne recourent pas à la représentation pour la prise de décision mais le font par l'assemblée des membres.

¹⁴⁷ QUÉBEC (PROVINCE), COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'EXERCICE DE LA LIBERTÉ SYNDICALE DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION, préc., note 128, p. 296.

¹⁴⁸ *Id.*, p. 12.

locaux, lorsque sa valeur sociale n'est pas compromise par des abus qui envahissent la scène politique, peut renforcer l'autonomie syndicale et protéger la liberté du mouvement. La démocratie directe est en quelque sorte le type pur de la démocratie que les organisations syndicales de base peuvent souvent pratiquer, leur nombre de membres en permettant l'exercice. Les états modernes ne peuvent y recourir qu'à l'occasion par le truchement du référendum, un type de pratique évidemment très différent.

Nous avons traité de la constitution des syndicats. La *Loi sur les syndicats professionnels* permet toutefois la constitution de **fédérations** (art. 19) et de **confédérations** (art. 20).

L'article 19 de la *Loi sur les syndicats professionnels* prévoit que les « syndicats, constitués ou non en vertu de la présente loi, au nombre de trois ou plus » peuvent constituer une fédération. Des fédérations avec des syndicats peuvent se constituer en confédération en vertu de l'article 20.

Les membres affiliés, syndicats ou fédérations ne sont pas responsables des dettes de la fédération ou confédération à laquelle ils sont affiliés¹⁴⁹. Ces organisations « jouissent dans leur sphère propre de tous les droits et pouvoirs [...] conférés aux syndicats ».

Nous avons pu constater que douze des treize fédérations affiliées à la CSQ sont constituées en vertu de cette loi¹⁵⁰. C'est évidemment une pratique de la CSN qui a été la première centrale à adopter cette loi pour sa constitution et qui a un statut de confédération. La CSQ est elle-même constituée en vertu de cette loi. Enfin la FTQ est également régie par cette loi. Dans tous les cas on a eu recours à des lois particulières pour rendre possible ou assurer la légalité de la constitution.

Dans le cas de la CSN, une modification a apporté un remède à un doute au sujet de la validité de son incorporation. Marie-Louis Beaulieu explique ainsi cette mesure : « En 1947, on eut des doutes sur l'existence légale de la Confédération des travailleurs catholiques du Canada, et alors

¹⁴⁹ 2^e alinéa de l'article 19 et 1^{er} alinéa de l'article 21.

¹⁵⁰ Voir p. 175.

qu'on apportait de nombreux amendements à la loi, l'article 15A, qui couvre le cas, fut ajouté avec effet rétroactif »¹⁵¹.

À l'origine, la CSQ était une organisation de nature hybride dont la constitution de base se trouvait dans une loi et qui regroupait exclusivement des syndicats de personnel enseignant des commissions scolaires; elle détenait aussi des caractères de corporations professionnelles. Cette organisation, née de l'idéologie corporatiste alors largement répandue dans les milieux catholiques y compris dans le mouvement du syndicalisme catholique, était le résultat d'une volonté politique du Gouvernement de Maurice Duplessis de contrôler la force démocratique du syndicalisme enseignant naissant qui faisait preuve d'un dynamisme remarquable¹⁵².

À la suite d'une étude à ce sujet le Congrès de la Corporation prit la décision de fonder une centrale constituée en vertu de la loi générale, la *Loi sur les syndicats professionnels*¹⁵³. La constitution de la nouvelle centrale fut autorisée le 13 juin 1974¹⁵⁴. Une loi fut évidemment nécessaire pour mettre fin à la Corporation et assurer la succession de la Centrale en ce qui a trait à l'actif et au passif, au décret tenant lieu de convention collective et aux actions civiles pendantes. Cette loi fut sanctionnée le 30 mai 1975, soit environ un an après la constitution de la Centrale en vertu de la *Loi sur les syndicats professionnels*¹⁵⁵. On peut donc constater que l'action autonome de la Centrale pour sa constitution précède l'intervention législative.

¹⁵¹ M.-L. BEAULIEU, préc., note 141, p. 116.

¹⁵² Jean M. LAPIERRE, « La loi constitutive de la C.E.Q », dans *Rapport de la Commission d'étude sur la gestion et l'implantation des structures, 21^e congrès de la C.E.Q.*, Québec, Corporation des enseignants du Québec, 1971, p. G-1-G-31, à la page G-1-G-15. L. Panitch parle ainsi des formes corporatistes : « corporatism's substantive character as a mechanism of state control over the organized working class in capitalist societies ». G. MURRAY et P. VERGE, préc., note 109, p. 61, en note de bas de page. Leo PANITCH, *Working Class Politics in Crisis : Essays on Labour and the State*, London, Verso, 1986, p. 169-180.

¹⁵³ J. M. LAPIERRE, *id.*, Recommandations 1 et 2, p. G-32.

¹⁵⁴ (1974) 106 G.O.

¹⁵⁵ *Loi abrogeant la Loi constituant la Corporation des instituteurs et institutrices catholiques du Québec*, L.Q. 1975, c. 119.

À la suite de l'adoption d'une loi¹⁵⁶ lui ouvrant la voie, la FTQ est également maintenant régie par la *Loi sur les syndicats professionnels* et « une section locale ou un autre organisme affilié à la FTQ, ou une association de salariés dont au moins une section locale est affiliée à la FTQ » peut en vertu de l'article 1 de cette loi présenter une demande d'être constitué en personne morale et régie par la *Loi sur les syndicats professionnels* ». Le préambule invoque le fait qu'une loi était nécessaire pour permettre « d'atteindre cette fin sans inconvénients importants »¹⁵⁷.

Ainsi les trois grandes centrales CSN, CSQ et FTQ sont constituées et régies (régie dans le cas de la FTQ) à cause de leur volonté politique à cet effet, par la loi générale de l'organisation syndicale du Québec. Les législatures sont intervenues pour favoriser cet accomplissement, avec la collaboration, d'une manière évidente dans les deux cas plus récents de la CSQ et de la FTQ, des ressources juridiques des centrales en question¹⁵⁸. Nous pouvons, il nous semble, y voir un exemple de l'approche équilibrée entre l'autonomie syndicale et l'ordre étatique que favorisait Hugo Sinzheimer¹⁵⁹.

Comme il est normal, en vertu des principes de la liberté syndicale, les organisations syndicales ont déterminé, d'une manière autonome, leur organisation en tenant compte des lois qui les régissent.

3. Diversité organisationnelle au sein du mouvement syndical

Un aspect important de la réalité des organisations syndicales doit être mis en lumière. Les rapports entre les unités de base et les regroupements sont différents selon que le mouvement est issu du syndicalisme international, ce qui est le cas de la FTQ ou du syndicalisme catholique, ce qui est le cas de la CSN, de la CSQ et de la Centrale des syndicats démocratiques, la CSD. Nous nous devons ici de citer de larges extraits du volume *Le droit et les syndicats* qui décrit cette réalité avec précision :

¹⁵⁶ *Loi concernant la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec (FTQ), ses affiliés et leurs syndicats*, L.Q. 1994, c. 78. Cette loi a été proposée par un député de l'opposition, ex-dirigeant de la CEQ, Guy Chevrette.

¹⁵⁷ *Id.*, 4^e alinéa.

¹⁵⁸ Ayant agi comme conseiller juridique, nous pouvons en témoigner en ce qui a trait à la CSQ.

¹⁵⁹ Voir p. 63-64.

À la CSN le syndicat local est affilié à une fédération, instance sectorielle ou professionnelle, et à un conseil central, instance interprofessionnelle et géographique. Par exemple, un syndicat local à Montréal accrédité dans une petite usine fabriquant des pièces de métal sera affilié à la fois à la Fédération de la métallurgie de la CSN et au Conseil central de Montréal.

[...]

À la CEQ, nous retrouvons le même genre de division entre la centrale, les fédérations et autres regroupements professionnels et les syndicats locaux. À l'encontre de la CSN, la fédération regroupe des catégories professionnelles particulières comme celle des employés de soutien à l'intérieur d'un secteur plus considérable, tel celui de l'éducation. Il n'y a pas de regroupement régional interprofessionnel [...]. Par contre les syndicats locaux détiennent souvent plusieurs accréditations. Par rapport au territoire d'une seule commission scolaire, un syndicat local peut regrouper différentes accréditations relatives à plus d'une catégorie professionnelle comme les professeurs et les employés de soutien. Ce syndicat local s'affilie professionnellement aux différentes fédérations professionnelles correspondant chacune à l'une de ses catégories professionnelles.

[...]

Le syndicat local de la CSD reflète les mêmes principes que ceux de la CSN et de la CEQ. Les membres sont regroupés dans les trois fédérations autonomes et dans cinq secteurs réunis qui relèvent directement de la Centrale en ce qui a trait à la négociation et à l'administration des conventions collectives. Les syndicats sont pourtant libres de s'affilier à une fédération ou à un ou des secteurs réunis.

La structure interne des syndicats locaux affiliés à la FTQ ou à d'autres organisations internationales présente des caractéristiques plus complexes. Le syndicat national ou international délivre généralement une charte à un groupement de travailleurs en tant que section locale ou union locale. Dans le cas de syndicats ramifiés, la section locale émane ainsi du syndicat national et non le contraire. Il s'ensuit que le syndicat local ou international se réserve en fait, selon sa constitution, un droit de regard sur tout ce qui a rapport avec la négociation collective. Il retient également le droit de modifier ses structures internes dont celles des sections locales. Il décide aussi des champs de compétence des nouvelles accréditations. L'autonomie relative du syndicat local est beaucoup plus réduite que celle du syndicat local affilié aux autres grandes centrales au Québec, en raison de son lien avec le syndicat qui l'a créé.

Une autre spécificité de la structure du syndicat local affilié à la FTQ est que le syndicat national ou international auquel il se rattache s'affilie au nom de tous ses membres, au CTC. Par contre c'est cette section locale elle-même qui s'affilie à une fédération provinciale du CTC en l'occurrence la FTQ. En effet la FTQ ne commande pas automatiquement l'adhésion des sections locales québécoises des syndicats affiliés au CTC; elle est volontaire. Par contre, certains regroupements au Québec, dont les

Métallos, le SCFP et les TCA, ont adopté des politiques qui obligent leurs sections locales à adhérer à la FTQ.¹⁶⁰

En nous basant sur un extrait¹⁶¹ du livre *Le syndicalisme québécois - Deux siècles d'Histoire* de Jacques Rouillard, voici un tableau qui permet d'avoir un ordre de grandeur des effectifs syndicaux en 2001, y compris les syndicats qui ne sont affiliés à aucune centrale :

Tableau 2
Effectif des centrales syndicales en 2001

CTC/FTQ	500 000 (43,6 %)
CSN	260 450 (24,1 %)
CEQ/CSQ	114 690 (10,6 %)
CSD	60 000 (5,5 %)
Autres	141 740
Total	1 076 880

Le total des effectifs syndicaux représentait un taux de syndicalisation d'environ 37 %.

Depuis 2001, des évènements importants ont modifié certains aspects de la situation. La CSQ a vécu un important mouvement de désaffiliation perdant neuf syndicats de personnel enseignant des commissions scolaires et comprenant la presque totalité des forces de la région de Montréal. Ceux-ci ont constitué la Fédération autonome de l'enseignement (FAE). Cette nouvelle fédération affirmait au début de l'année 2013 regrouper « quelque 32 000 enseignantes et enseignants francophones »¹⁶². La Fédération autonome du collégial s'est par ailleurs dissoute et les treize syndicats qui demeuraient affiliés se sont répartis entre la FNEEQ (CSN) et la FEQ (CSQ), six syndicats joignant les rangs de la CSQ et sept ceux de la CSN. Quelques syndicats s'étaient déjà désaffiliés et avait rejoint la FNEEQ.

¹⁶⁰ P. VERGE et G. MURRAY, préc., note 109, p. 67-68.

¹⁶¹ J. ROUILLARD, préc., note 107, p. 220.

¹⁶² En ligne < www.lafae.qc.ca > (site consulté le 14 janvier 2013).

Changement important, les responsables de garde en milieu familial accèdent à la syndicalisation après des années de travail et de luttes et une longue saga politique et juridictionnelle¹⁶³. L'embryon de l'organisation émerge en 1997 lorsqu'un groupe de personnes qui œuvrent dans ce champ demande à la CSQ de travailler avec elles à bâtir un regroupement; c'est au cours de cette année 1997 que sera fondée la première ADIM (Alliance des intervenantes en milieu familial)¹⁶⁴. Les effectifs de la FIPEQ, Fédération des intervenantes en petite enfance du Québec (CSQ) ont crû d'environ 12 000 responsables de service de garde en milieu familial lors de la récente campagne de recrutement; ils atteignaient environ, en mai 2010, 12 500 personnes. Ceux de la FSSS, Fédération des services de santé et services sociaux (CSN) ont crû de plus de 1 500 et atteignent maintenant 2 000 responsables qui sont organisés dans des syndicats régionaux¹⁶⁵. Cette campagne a été rendue possible à cause de la décision de la juge Grenier de la Cour supérieure qui a statué que deux lois bloquant la syndicalisation des responsables de service de garde en milieu familial étaient « contraires à l'alinéa 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à l'article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* » parce qu'elles violaient la liberté d'association et, par conséquent, que chacune de ces lois était « inconstitutionnelle, invalide, inopérante et sans effet ». Compte tenu de la place centrale qu'occupe la norme d'égalité dans notre démarche, nous soulignerons également que le jugement déclare une de ces lois « inconstitutionnelle, invalide et sans effet » parce que discriminatoire (sexe) et par conséquent contraire au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁶⁶.

¹⁶³ Pour les principaux éléments d'histoire de l'accès à la négociation collective de ce groupe, voir *Alliance des intervenantes en milieu familial de Montréal (CSQ) c. Syndicat des éducatrices et éducateurs en milieu familial du Montréal-métropolitain-CSN*, 2009 QCCRT 437. Voir aussi la décision fouillée de la juge Danielle Grenier : *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCS 5076; D.T.E. 2008T-885; (2008) R.J.D.T. 1477. Cette décision tranchait un recours équivalant de la CSQ. Le rédacteur de cette thèse a été un acteur des débuts de l'organisation à la CSQ.

¹⁶⁴ Définition apparaissant au début du jugement de la juge Grenier : note 166.

¹⁶⁵ Données tirées de < www.fsss.qc.ca > (consulté le 1^{er} février 2010). Au sujet de la FIPEQ ce message du 1^{er} février 2010 : « Les membres du Conseil syndical de stratégie et d'action représentant les 12 500 responsables d'un service de garde en milieu familial (RSG) affiliés à la FIPEQ et à la CSQ ont adopté unanimement hier à Montréal le contenu des demandes qui seront bientôt déposées auprès du ministère de la Famille et des Aînés du Québec en vue de la négociation d'une première entente collective » (note soulignement), en ligne < www.adim.csq.net > (consulté le 28 mai 2010).

¹⁶⁶ Préc., note 163.

Enfin plusieurs organisations du secteur public se sont regroupées au sein du Secrétariat intersyndical des services publics (SISP). Cette organisation permanente a été mise en place par la CSQ, le Syndicat de la fonction publique du Québec (SFPQ) et le Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ) en mars 2005. À l'été 2007, l'Alliance du personnel professionnel de la santé et des services sociaux (APTS) joignait les rangs. Le secrétariat affirmait, au début de l'année 2013, regrouper 285 000 membres¹⁶⁷.

Il ressort de ces divers changements que les effectifs syndicaux de la CSQ ont baissé substantiellement dans le secteur du personnel enseignant des commissions scolaires et que cette perte est venue accroître le syndicalisme indépendant. La baisse a été en partie compensée par une légère hausse du personnel enseignant de cégeps et surtout par une augmentation substantielle de personnes d'un groupe qui avait un grand besoin de syndicalisation, les responsables de service de garde en milieu familial. La formation du Secrétariat a par ailleurs scellé des alliances et regroupé des organisations dans une structure institutionnelle, diminuant ainsi d'une manière importante (plus importante que la baisse signalée) le nombre de personnes représentées par des organisations ne faisant partie d'aucun regroupement.

À partir de ces données relatives aux organisations syndicales, nous travaillerons maintenant à esquisser une analyse des ordres juridiques en recourant aussi à l'éclairage de la théorie des systèmes.

¹⁶⁷ En ligne : < www.sisp.qc.net > (consulté le 10 janvier 2013). Ronald Cameron dans un article intitulé « Le mouvement syndical comme mouvement social » écrit au sujet du Secrétariat intersyndical des services publics :

« En mettant sur pied ce regroupement de l'ensemble des organisations principalement professionnelles et non affiliées du secteur public, le SISP a forcé le jeu dans le débat stratégique sur les alliances pour la ronde de négociation. Il a permis de considérer l'intégration des organisations non affiliées dans une stratégie centrale unifiée et de remettre en question la dispersion qui caractérisait habituellement le syndicalisme dans le secteur public depuis au moins 20 ans, compte tenu du grand nombre d'organisations non affiliées ».

Ronald CAMERON, « Le mouvement syndical comme mouvement social », (2011) *Nouveau Cahiers du socialisme* 220, 227. Ronald Cameron a été président de la Fédération nationale des enseignantes et des enseignants du Québec (CSN).

4. Esquisse des ordres juridiques syndicaux

Pour l'analyse des ordres juridiques syndicaux, trois notions nous semblent particulièrement importantes : le caractère originaire ou dérivé de l'institution (a); le lien de présupposition (b) et la relevance (c).

a) *Institutions originaires et dérivées*

Nous prendrons ici les grands regroupements d'organisations syndicales pour fins d'analyse soit la CSN, la FTQ, la CSQ et la CSD.

Nous considérons que **les syndicats et les fédérations** de la CSN, de la CSQ et de la CSD sont des institutions originaires. Toutefois, comme le dit Santi Romano une même institution peut être à la fois originaire et dérivée. Les syndicats naissent de la volonté des travailleuses et des travailleurs qui se regroupent; les fédérations de la volonté des syndicats qui se regroupent. La personnalité juridique, le cas échéant, leur sera octroyée par la suite, la *Loi sur les syndicats professionnels* exigeant d'ailleurs en quelque sorte l'existence d'une association pour permettre la personnification. Dans sa formulation antérieure, la *Loi des syndicats professionnels* exigeait la production des statuts du syndicat et un officier ou un ministre du Québec les approuvait. Ceci met en lumière que la personnalité juridique était accordée à une association qui s'était donnée une constitution, une institution originaire. La disparition de ce contrôle étatique élargit l'autonomie syndicale et ne change évidemment pas les raisons pour affirmer ce caractère originaire. Nous devons par ailleurs considérer que la personnalité juridique donne à l'institution un caractère dérivé en ce qui a trait à sa forme juridique.

La situation des syndicats locaux au sein de la FTQ est différente pour une partie importante des effectifs. Rappelons la description des faits tirée de l'ouvrage *Le droit et les syndicats* :

Dans le cas de syndicats ramifiés, la section locale émane du syndicat national et non le contraire. Il s'ensuit que le syndicat local ou international se réserve en fait, selon sa constitution, un droit de regard sur tout ce qui a rapport avec la négociation collective. Il retient également le droit de modifier ses structures internes dont celles des sections locales. Il décide aussi des champs de compétence des nouvelles accréditations.

En fait la section locale est une institution principalement dérivée mais son origine est syndicale. Nous disons principalement parce que l'émergence de ces sections est sans doute, dans beaucoup

de cas, le fruit d'une action conjointe de membres de la base, l'acte de naissance, si on me permet l'expression se concrétisant au sein de la constitution du syndicat national ou international qui est le maître de la constitution du nouveau groupe. Il peut certes accorder une marge d'autonomie à ses locaux, mais il le fait sur ses propres bases constitutionnelles. Nous avons par ailleurs également vu que depuis 1994, une section locale peut recevoir la personnalité juridique dans le cadre de la *Loi sur les syndicats professionnels*; c'est la cas également d'« une association de salariés dont au moins une section locale est affiliée à la FTQ »¹⁶⁸. La section locale ainsi constituée dérive donc de l'ordre du syndicat auquel elle est rattachée et de l'ordre juridique étatique, plus précisément dans le cadre du droit syndical de l'état québécois.

Par ailleurs, en ce qui a trait aux **centrales syndicales**, la CSN a été fondée en 1921, trois ans avant l'adoption de la *Loi sur les syndicats professionnels*¹⁶⁹. Il s'agit donc d'une institution originaire dont la forme juridique est dérivée.

Le cas de la FTQ est différent puisqu'il s'agit d'une fédération provinciale, constituée dans le cadre des statuts du Congrès du travail du Canada et, par conséquent, une institution principalement dérivée de cette organisation syndicale regroupant des travailleuses et des travailleurs de l'ensemble du Canada. À la suite d'une crise déclenchée au Congrès de Vancouver en 1992, la FTQ négocie son statut au sein du CTC et obtient ce qui a été désigné comme une forme de souveraineté-association¹⁷⁰. La FTQ, si elle demeure une association dérivée du CTC, pourrait maintenant être considérée après ce renouveau comme partiellement originaire. Par ailleurs, elle dérive également pour sa forme juridique dans une certaine mesure de l'ordre juridique étatique dans le cadre du droit syndical québécois.

Le cas de la CSQ est aussi spécifique. Le mouvement syndical du personnel enseignant des commissions scolaires a vécu son regroupement de 1946 à 1974, au sein d'une corporation

¹⁶⁸ *Loi concernant la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec (FTQ), ses affiliés et leurs syndicats*, L.Q. 1994, c. 78, art. 1.

¹⁶⁹ J. R. CARDIN, préc., note 139, p. 19.

¹⁷⁰ Louis FOURNIER, *Histoire de la FTQ : 1965-1992, la plus grande centrale syndicale au Québec*, Montréal, Québec/Amérique, 1994, p. 257-263.

constituée par une loi spéciale¹⁷¹. La constitution de base de cette organisation se trouvait dans cette loi et ne pouvait être modifiée sans que la législature n'y consente. Il s'agissait donc d'une institution dérivée de l'État québécois. De plus la loi adoptée ne correspondait pas aux souhaits des « promoteurs du regroupement »¹⁷². L'étroite marge d'autonomie était strictement encadrée. Comme nous l'avons mentionné, un regroupement de syndicats des services publics a été construit, le Conseil provincial de la corporation se transformant en constituante; tous les syndicats membres de la corporation ont voté librement leur affiliation à la nouvelle centrale. La CSQ est donc une institution originaire qui a une totale maîtrise de sa constitution sous réserve du cadre très peu contraignant de la *Loi sur les syndicats professionnels*. En ce qui a trait à sa personnalité juridique en vertu de cette loi, elle dérive évidemment de l'ordre juridique étatique québécois dans le cadre de son droit syndical.

Mais les fédérations syndicales sont des regroupements de syndicats et les centrales sont des regroupements de syndicats, de fédérations et également d'autres types de regroupements. La relation de présupposition est au cœur de ces ordres juridiques.

b) Lien de présupposition

Rappelons qu'« un ordre peut être présupposé par un autre, institution complexe, et cela, même en lui demeurant subordonné »¹⁷³ (notre soulignement).

Santi Romano, lorsqu'il parle de présupposition, utilise l'exemple de la communauté internationale. Les regroupements syndicaux sont un des modèles les plus importants de ce type de lien des ordres juridiques dans la société québécoise.

Dans une fédération syndicale, en effet, les syndicats affiliés sont les présupposés de l'institution complexe qui les regroupe. Ces présupposés sont nécessaires à la vie et à l'action juridique de l'ordre juridique fédératif. Les organisations syndicales affiliées à une centrale syndicale, qu'il s'agisse de syndicats, de fédérations ou d'autres types de regroupement, sont les présupposés de

¹⁷¹ *Loi constituant la Corporation des instituteurs et institutrices catholiques du Québec*, S.Q. 1946, c. 87.

¹⁷² J. M. LAPIERRE, préc., note 152, p. G-11.

¹⁷³ S. ROMANO, préc., note 81, p. 108.

la centrale. Cependant tous ces présupposés ne sont pas nécessairement essentiels. Par exemple, si la CSN décidait d'éliminer ses conseils centraux, la Centrale en serait sûrement affaiblie mais son existence ne serait pas en jeu.

Il importe de souligner ici la richesse de cette relation de présupposition. L'ordre juridique fédéral ou confédéral syndical est alimenté par les assemblées des représentantes et des représentants des organisation affiliées octroyant aux normes étudiées et adoptées ainsi qu'aux actions relatives à ces normes ou aux mécanismes élaborés, une légitimité et une proximité qui ne peut exister sans ce type de relation. Évidemment l'intensité de cette légitimité et de cette proximité est tributaire de la qualité du fonctionnement démocratique. La puissance de l'action en tant qu'organisme de pression est renforcée par ces liens.

Les décisions prises par les instances peuvent porter sur des normes de l'ordre étatique, par exemple, une position ou une action relative aux dispositions de la *Charte de la langue française* ou à un article du *Code du travail*. Il peut s'agir d'une disposition à modifier des statuts de la Fédération ou de la Centrale, de destituer un dirigeant; en fait de multiples questions et actions.

La présupposition, selon Santi Romano, est un des titres de la relevance. Il s'agit sans doute de la relation qui détermine la relevance la plus équilibrée, profondément différente des pratiques des sociétés par actions mais, comme nous l'avons vu, au cœur des regroupements syndicaux¹⁷⁴.

c) La relevance

Rappelons que, selon Santi Romano, « pour qu'il y ait relevance juridique, il faut que l'*existence*, le *contenu* ou l'*efficacité* d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre »¹⁷⁵.

Santi Romano identifie, en plus de la présupposition, un autre titre important de relevance pour notre démarche : « la supériorité et la dépendance corrélative ». Nous verrons dans la dernière partie de ce chapitre que la négociation collective a développé une forme et un « titre » de

¹⁷⁴ Une analyse des ordres juridiques du mouvement coopératif mettrait à notre avis en lumière que la présupposition est également au coeur des regroupements des coopératives.

¹⁷⁵ S. ROMANO, préc., note 81, p. 106.

relevance que Romano n'a pas analysé, sans doute parce qu'il n'a pas été mis en présence de ce type de rapports qui était beaucoup moins répandu lors de la rédaction de *L'ordre juridique*.

Une organisation syndicale affiliée à un regroupement est à la croisée de deux formes de relevance. Elle est dans une situation de relative dépendance à l'égard de l'ordre étatique qui affirme sa supériorité et cette dépendance a lieu tant à l'égard du droit commun que des droits spéciaux, droit syndical, droit du travail (souvent à titre d'employeur en plus du statut d'association accréditée). Nous avons vu que le droit du contrat d'association ou le droit des personnes morales régit le syndicat.

Elle est également en situation de dépendance juridique volontaire, le cas échéant dans la plupart des cas, à l'égard de la fédération à laquelle elle est affiliée. S'il s'agit d'une section locale une dépendance (plus intense) peut exister à l'égard du syndicat qui a établi sa charte. Syndicats, sections locales et fédérations seront souvent en situation de dépendance à l'égard d'une centrale, sinon de deux, comme c'est le cas pour une organisation dont les liens d'affiliation sont établis non seulement avec la FTQ, mais également avec le Congrès du travail du Canada (CTC).

La relevance prend différentes formes : nous avons vu que l'encadrement de la *Loi sur les syndicats professionnels* laisse une grande marge de liberté; l'ordre étatique québécois se doit d'ailleurs de respecter cette liberté à cause de sa relation de relevance avec l'OIT, compte tenu de ses liens avec l'État canadien, présumé de cette importante organisation internationale.

Dans le cadre de l'approche équilibrée, favorisée par Hugo Sinzheimer, relativement présente au Québec, les organisations syndicales pourront particulièrement par leurs fédérations et leurs centrales promouvoir d'importantes mesures législatives ou réglementaires. Les grandes centrales font partie de l'appareil d'élaboration du droit du travail, en particulier par le Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre.

On peut rappeler quelques exemples dans lesquels l'ordre juridique étatique a en quelque sorte reçu la mesure législative élaborée par une Centrale syndicale :

- la *Loi des syndicats professionnels* en 1924;

- la loi d'abrogation de la *Loi constituant la Corporation des instituteurs et institutrices catholique de la Province de Québec* en 1975;
- la *Loi concernant la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec (FTQ)*, ses affiliés et leurs syndicats en 1994.

On peut présumer que la loi relative au fond de solidarité de la FTQ a été substantiellement reçue par l'ordre étatique¹⁷⁶. Enfin rappelons aussi la modification des pouvoirs du commissaire du travail à la suite de l'arrêt Bibeault qui a été reçu par l'ordre étatique à la suite d'interventions convergentes des représentants syndicaux et patronaux¹⁷⁷.

Les syndicats et des regroupements, comme on le verra dans les secteurs de l'éducation et de la santé et services sociaux, sont les acteurs principaux avec la partie patronale de l'établissement des conventions collectives; nous y reviendrons dans la deuxième section de ce chapitre.

On doit par ailleurs mettre en lumière que les organisations syndicales (syndicats et sections locales) qui sont les présumées d'une institution syndicale complexe participent aux décisions de cette institution par leurs représentants. Ces décisions ne sont évidemment pas toutes d'ordre juridique.

La connaissance des rapports que nous avons brièvement examinés dans le cadre de l'approche des ordres juridiques bénéficierait d'un éclairage dans une perspective systémique. La connaissance du droit du travail qui ne peut être isolée de ses bases sociales et la connaissance des réalités du travail créatrice des conventions collectives effectives en ce qui a trait à des « relations du travail fructueuses »¹⁷⁸ sont, pour une part importante, tributaires des communications entre les acteurs syndicaux et entre les organisations syndicales et les autres institutions du vaste champ du travail.

¹⁷⁶ *Loi constituant le fonds de solidarité des travailleurs du Québec (FTQ)*, L.R.Q., c. F-3.2.1.

¹⁷⁷ Voir p. 128, note 8.

¹⁷⁸ *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), c. L-2, Partie I – « Relation du travail », « Préambule », 2^e alinéa.

5. Aperçu d'une hypothèse systémique relative aux organisations du mouvement syndical

Malheureusement nous ne disposons pas pour le moment d'analyses qui constitueraient des matériaux facilitant la construction de cette approche. Toutefois comme nous l'avons vu dans le chapitre 1, les ordres juridiques sont inséparables de leurs systèmes; ils n'échappent pas à l'autonomie qui résulte du phénomène de clôture opérationnelle et ils sont normalement structurellement ouverts sur leur environnement. Les organisations syndicales ont développé des couplages structuraux multiples à cause d'une relation de présupposition d'une grande continuité entre les unités de base et les regroupements. Le fait d'être originaire ou dérivée peut avoir des conséquences considérables sur les liens structuraux qui canalisent les communications. Nous envisageons par exemple que la FTQ lors de son émergence, institution dérivée, et demeurée partiellement dérivée tout en ayant conquis une précieuse autonomie, possède un développement considérable de ses couplages structuraux avec la Centrale originaire, le CTC, et par ce canal, avec la structure canadienne spécifique, dans le cadre du lien de présupposition au sein de la centrale canadienne, avec l'OIT. Les centrales, organisations complexes avec une réflexivité plus développée que les unités de base, disposent d'une autonomie plus radicale mais aussi de couplages structuraux avec de nombreux ordres juridiques en particulier à l'intérieur du Québec mais également à l'extérieur. Ces couplages varieront sensiblement quant à la communication qu'ils permettent et à la réponse des organisations impliquées. Par exemple, les couplages qui se sont développés dans le cadre du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre (maintenant le Comité) seront nombreux et continus alors que ceux qui se produisent par contact avec l'Office des personnes handicapées seront plus réduits. Comme nous l'avons vu, Grégor Murray et Pierre Verge explicitent avec précision la variation d'intensité des liens de représentation; rappelons-en les termes :

Par rapport au lieu de représentation, l'effet de la représentation syndicale résulte de la conjugaison de l'importance des pouvoirs de l'organisme où elle s'exerce et de l'importance relative de l'élément syndical dans la composition de cet organisme. L'intensité de la présence syndicale y est variable. Elle va du paritarisme à l'absence d'assurance de participation syndicale quelconque.¹⁷⁹

¹⁷⁹ G. MURRAY et P. VERGE, préc., note 109, p. 98. Voir les pages 98 à 102 qui explicitent cette réalité.

Dans le cas d'absence d'assurance de participation, comme c'est le cas pour la Commission des droits de la personne, les couplages structureaux et les communications qu'ils permettent risquent de se développer exclusivement s'il y a une volonté de l'organisme et à la manière que l'organisme veut ce développement.

Les organisations syndicales sont en opération au sein du système des relations du travail; elles disposent de nombreux couplages structureaux avec le système du droit étatique en particulier avec le sous-système du droit du travail.

Après avoir accompli ce bref examen des institutions patronales et syndicales, il importe maintenant d'examiner les ordres juridiques étatiques de la société québécoise.

C- Les ordres juridiques étatiques et internationaux

La réunion dans cette subdivision des ordres juridiques étatiques et internationaux nous semble normale puisque les ordres internationaux que nous étudierons sont le résultat principalement de l'activité étatique. Nous examinerons dans la première section les ordres juridiques étatiques (1) et dans la deuxième, les ordres juridiques internationaux (2).

1. Les ordres juridiques étatiques du Québec et l'État canadien

L'émergence de l'État canadien débute lorsque le Roi de France, « Sa Majesté très chrétienne cède et garantit à Sa dite Majesté britannique en toute propriété le Canada [...] », le 10 février 1763. Une loi du Parlement de Londres, l'Acte de Québec sanctionnée le 22 juin 1774, décrète qu'un Conseil législatif assistera le gouverneur¹⁸⁰. Les lois civiles françaises sont reconnues mais les lois anglaises s'appliqueront en matière criminelle. L'article 17 autorise la création de tribunaux criminels, civils et ecclésiastiques sur le modèle britannique, qui doivent fonctionner parallèlement aux cours françaises beaucoup plus anciennes du Québec.

Nous n'avons pas l'intention de repasser ici toute l'histoire de l'État canadien. Cependant l'*Acte de Québec* porte l'embryon de l'État colonial québécois et la reconnaissance du droit civil

¹⁸⁰ Jacques LACOURSIÈRE (dir.), *Histoire du Québec*, Henri Rivard, 2001, p. 79-81.

français sera à l'origine de la juridiction du Québec en matière de droit du travail. La *Loi constitutionnelle de 1867* a attribué aux provinces la compétence en matière de « propriété et de droit civil »¹⁸¹ et comme le mentionne Harry W. Arthurs, « au cours des années 1920 et 1930, les plus hautes cours du Canada ont statué que les normes du travail et les conflits du travail sont matière de “propriété et droits civils [...] de nature locale et privée dans la province” et par conséquent de juridiction provinciale »¹⁸² (notre traduction).

L'ensemble de l'ordre juridique canadien est dérivé de l'État britannique qui lui a donné naissance en particulier par l'*Acte de Québec de 1774* et par l'*Acte de l'Amérique britannique du nord* en 1867. Rappelons qu'il a acquis son indépendance par étapes dont trois sont particulièrement significatives : un acte accordant la primauté des lois fédérales et provinciales : le Statut de Westminster; un acte mettant fin à la juridiction du Conseil privé et enfin ce qu'il est convenu d'appeler le rapatriement de la constitution canadienne. Nous croyons nécessaire de situer brièvement le caractère dérivé et colonial de l'ordre juridique canadien.

Rappelons que la Confédération canadienne est née alors que l'État britannique venait en 1865 par le *Colonial Law Validity Act*¹⁸³ d'affirmer formellement et clairement, en particulier à l'article 2, la prépondérance des lois britanniques sur les lois canadiennes fédérales ou provinciales. Cet état des pouvoirs législatifs sera maintenu jusqu'au Statut de Westminster adopté en 1931 qui accordait la prépondérance aux lois de la colonie postérieures à l'édition de cette loi du Parlement britannique¹⁸⁴.

Il faut donc constater que les lois portant sur les libertés syndicales adoptées dans les premières années de l'ordre juridique canadien n'étaient pas prépondérantes; elles ont d'ailleurs été

¹⁸¹ Art. 92.

¹⁸² *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, (1925) 2 D.L.R. 5 (P.C.); Harry ARTHURS, « Labour Law and the “Real” Constitution », (2007) 48 *C.de D.* 43, 52-53.

¹⁸³ 1865 (R.-U.) 28 & 29 Vict. Ch. 63.

¹⁸⁴ Statut de Westminster, 22 Geo V, ch. 4 (R.U.) Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec : du régime français à nos jours*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 374-375. Il est à noter qu'en ce qui a trait aux modifications de la constitution, une convention était à l'effet que le Parlement britannique adoptait celles décidées par le Canada et exclusivement ces modifications. Les auteurs de l'ouvrage utilisent le terme « fiduciaire » pour qualifier cette relation de l'ordre juridique étatique impérial avec son « dominion ».

adoptées comme nous le verrons dans le chapitre suivant par mimétisme ou par dépendance de l'État impérial.

L'ordre juridique canadien a été façonné dans la dépendance de l'État impérial britannique.

La *Loi des syndicats professionnels*, à l'article 4, lors de son adoption requérait la signature de vingt « sujets britanniques »¹⁸⁵; la citoyenneté n'existait pas mais le fait d'être sujet de la royauté d'un empire conquérant. D'ailleurs le *Code civil du Bas-Canada* énonçait à l'article 18 : « Tout sujet britannique est quant à la jouissance des droits civils dans le Bas-Canada sur le même pied que ceux qui y sont nés sauf les dispositions particulières résultant du domicile ».

L'abolition des appels au Comité judiciaire du Conseil privé est une longue saga, la première loi canadienne à ce sujet ayant été présentée en 1939. La loi mettant fin aux appels est entrée en vigueur le 23 décembre 1949, mais elle ne s'appliquait pas aux litiges commencés avant cette date de telle sorte que le dernier jugement du Conseil privé a été rendu en 1960¹⁸⁶.

Nous constatons que l'adoption du régime de rapports collectifs du travail, la *Loi des relations ouvrières*¹⁸⁷, en 1943, a été faite alors que le contrôle judiciaire était toujours dominé par le Conseil privé. La Cour suprême créée au début de la Confédération, en 1875, a pendant au-delà de 80 ans été soumise à la juridiction d'une Cour de l'ordre étatique britannique. Elle y a ainsi fait son apprentissage et a été façonnée par sa pratique dans cet environnement; elle est composée par des juristes en majorité formés dans la tradition du droit anglais. Cet héritage est manifestement ambivalent : s'il s'agit d'une grande tradition juridique, elle a été forcément marquée par une conception impériale de l'État et des rapports avec les sujets de « Sa dite Majesté britannique ».

La *Loi constitutionnelle de 1982* a consacré l'indépendance de l'ordre juridique canadien et établi les règles pour la modification de la constitution par un regroupement d'ordres juridiques canadiens. L'ordre juridique étatique canadien constitue un ordre juridique global. Nous référant

¹⁸⁵ *Loi des syndicats professionnels*, S.Q. 1924, c. 112.

¹⁸⁶ J. MORIN et J. WOEHLING, préc., note 184, p. 390-392.

¹⁸⁷ S.Q. 1944, c. 30 (S.R.Q. 1941, c. 162A)

au modèle proposé par Guy Rocher auquel nous avons adhéré, l'élément central d'un ordre juridique est le suivant.

Dans « une unité sociale particulière, qu'il s'agisse d'une nation, d'une société, d'une organisation, d'un groupe, etc. »¹⁸⁸, des agents ou des appareils sont reconnus comme spécialisés pour : « élaborer de nouvelles règles ou modifier celles qui existent; interpréter les règles existantes; les appliquer et les faire respecter »¹⁸⁹.

Le constituant est depuis le rapatriement de la constitution un regroupement d'ordres juridiques qui varie selon les décisions constitutionnelles à prendre¹⁹⁰. Le constituant fait parti d'un ordre juridique global car il n'est pas l'interprète de la constitution et il n'a pas la mission de la faire respecter. Les cours supérieures qui ont cette mission sans qu'elle soit exclusive, font partie de l'architecture institutionnelle de la constitution canadienne; la Cour supérieure a vu son statut de cour générale et son rôle de contrôle judiciaire consacré par l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour supérieure et la Cour d'appel qui sont de juridiction québécoise dépendent des nominations du gouvernement fédéral. La Cour suprême a été constituée par une loi fédérale¹⁹¹; une telle constitution était autorisée par l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui donne au parlement canadien le pouvoir d'« adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel ».

Ainsi par rapport à l'ordre juridique étatique canadien global, les juridictions fédérale et québécoise sont des ordres internes auxquels elles participent en particulier par leurs appareils spécialisés judiciaires et administratifs.

¹⁸⁸ Nous serions porté à ajouter « un regroupement de nations ou de sociétés », ce qui correspondrait davantage à la réalité canadienne et internationale.

¹⁸⁹ Voir p. 89.

¹⁹⁰ *Loi constitutionnelle de 1982*, a. 38. La règle générale requiert l'adoption d'une résolution par les deux chambres fédérales et le deux-tiers des provinces représentant 50 % de la population de toutes les provinces. Si une seule province est visée par la modification, les deux chambres fédérales et cette province suffisent comme ce fut le cas pour la modification de l'article 93 qui a ouvert la voie à la déconfessionnalisation des commissions scolaires et à leur réorganisation sur une base linguistique au Québec.

¹⁹¹ *Loi sur la Cour suprême du Canada*, L.R.C., c. S-26.

Nous n'avons pas l'intention d'exposer ici les rapports des ordres juridiques étatiques canadiens mais de nous limiter à ce qui est important pour notre démarche; par conséquent, comme notre recherche porte sur la mise en œuvre de la norme d'égalité dans les milieux de travail syndiqués, les institutions qui produisent le droit ainsi que les organes judiciaires, les organismes et tribunaux administratifs qui interprètent les normes et les appliquent.

Dans un développement éclairant, les auteurs du volume *Droit des rapports collectifs du travail* exposent, sous la rubrique « De la théorie classique à l'organisation contemporaine du pouvoir étatique », l'évolution de la théorie des pouvoirs étatiques depuis *De l'esprit des lois* de Montesquieu¹⁹². Comme ces auteurs le mettent en lumière, la séparation des pouvoirs de cette théorie classique (fonction législative, fonction exécutive et fonction juridictionnelle) ne correspond pas à la répartition des pouvoirs dans l'État canadien. Elle est probablement inadaptée à la complexité d'un état moderne tout en représentant des principes démocratiques qui ne doivent pas être ignorés.

En ce qui a trait au pouvoir législatif, les pouvoirs réglementaires délégués au gouvernement sont innombrables. Nous ne voyons évidemment pas la nécessité d'en faire l'inventaire mais nous examinerons brièvement quelques exemples.

Le *Code du travail* québécois comprend des pouvoirs réglementaires importants à l'article 138. En vertu de cette disposition, « le gouvernement peut faire tout règlement qu'il juge approprié pour donner effet aux dispositions du [...] code [...] ». C'est en vertu de ce pouvoir qu'a été adopté le *Règlement sur l'exercice du droit d'association conformément au Code du travail*¹⁹³. C'est par ailleurs à l'article 103 du *Code* qu'est énoncé un pouvoir qui ne peut être exercé qu'« après consultation du Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre [...] » de régir la rémunération des arbitres de griefs et de différends. C'est en vertu de cette disposition qu'a été

¹⁹² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Gallimard, 1995. M. COUTU, L. L. FONTAINE et G. MARCEAU, préc., note 1, p. 50-51.

¹⁹³ R.R.Q., 1981, c. C-27, r. 3.

adopté le *Règlement sur la rémunération des arbitres*¹⁹⁴. Nous aurons l'occasion de revenir sur la question de cette rémunération.

La Charte des droits et libertés de la personne détermine, à l'article 97, des pouvoirs réglementaires; ainsi le gouvernement peut intervenir de manière importante en matière de programmes d'accès à l'égalité (paragraphe 2) et il édicte «la procédure de recrutement et de sélection des personnes aptes à être désignées à la fonction d'arbitre ou nommées à celle d'assesseur au Tribunal des droits de la personne». L'article 98 assure une consultation de la Commission des droits avant la publication dans la *Gazette officielle du Québec*. C'est en vertu de ces articles qu'ont été adoptés le *Règlement sur les programmes d'accès à l'égalité*¹⁹⁵ et le *Règlement sur la procédure de recrutement et de sélection des personnes aptes à être désignées à la fonction d'arbitre ou nommées à celle d'assesseur au Tribunal des droits de la personne*¹⁹⁶.

Ces pouvoirs de réglementation sont nécessaires au fonctionnement d'un état moderne comme l'État canadien. On peut facilement comprendre l'importance que ces pratiques de délégation ne soustraient pas du travail et de la responsabilité politique du Parlement composé des députés élus des textes législatifs demandant son examen. Les risques pour la démocratie que représentent ces pratiques de délégation sont un peu minimisés par la publication requise dans la *Gazette officielle*¹⁹⁷.

Au sujet des tribunaux qui interviennent en matière d'interprétation et d'application du droit du travail et des droits de la personne, faisons une première distinction entre ceux qui sont de juridiction québécoise et la Cour suprême, tribunal de dernière instance, qui est de juridiction fédérale et, par conséquent, régie par une loi du Parlement du Canada¹⁹⁸. La Cour supérieure et la Cour d'appel sont intégrées à l'ordre juridique québécois et régies par la *Loi sur les Tribunaux judiciaires* dont l'article 1 se lit comme suit : « Les tribunaux du Québec, en matières civiles,

¹⁹⁴ (2002) 134 G.O. II, 4860 (c. C-27, r. 4.3).

¹⁹⁵ R.Q. c. C-12, r.0.1, (*Charte des droits et libertés de la personne*).

¹⁹⁶ R.Q. c. C-12, r.0.01 (*Charte des droits et libertés de la personne*).

¹⁹⁷ *Loi sur les règlements*, L.R.Q., c. R-18.1, art. 8-14.

¹⁹⁸ *Loi sur la Cour suprême du Canada*, (1985) L.R.C., c. S-26.

criminelles ou mixtes, sont : la Cour d'appel; la Cour supérieure; la Cour du Québec; les Cours municipales »¹⁹⁹.

Au centre de ce régime, la Cour supérieure exerce une compétence générale de surveillance et de contrôle sur les tribunaux dits inférieurs, mais également sur « les personnes morales de droit public et de droit privé »²⁰⁰. Ce contrôle s'exerce à ce titre sur la Cour du Québec, sur les Cours municipales, sur la Commission des relations du travail, sur tous les autres tribunaux de la sphère du droit du travail, sur les arbitres de griefs et de différends, ainsi que sur la Commission des droits.

Cependant la Cour suprême qui est intégrée à l'ordre juridique fédéral est « la Cour générale d'appel pour l'ensemble du pays »²⁰¹; elle décide en dernière instance des causes auxquelles elle accorde la permission d'appeler. Les neuf juges, le juge en chef et les huit autres juges sont nommés dans le cadre de l'exercice du pouvoir exécutif fédéral²⁰² et « choisis parmi les juges actuels ou anciens d'une cour supérieure provinciale et parmi les avocats inscrits depuis au moins dix ans au barreau d'une province »²⁰³.

Au moins trois de ces juges doivent provenir « des juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure [...] ou parmi les avocats » du Québec²⁰⁴. À la suite de la démission de la juge Deschamps, le juge Richard Wagner a été nommé. Les deux autres juges qui proviennent de l'ordre juridique québécois sont les juges LeBel et Fish.

En ce qui a trait aux spécialisations en matière de droit du travail, la biographie de trois juges révèle une expérience et une expertise en droit du travail. Il n'est pas nécessaire d'insister, le juge LeBel est reconnu comme un éminent juriste en droit du travail québécois. Le juge

¹⁹⁹ L.R.Q., c. T-16.

²⁰⁰ C.p.c., art. 33.

²⁰¹ *Loi sur la Cour suprême du Canada*, préc., note 198, a. 3.

²⁰² Les auteurs de *Les constitutions du Canada et du Québec* déclarent que « le fait que les juges soient actuellement nommés par le gouvernement fédéral [...] empêche la Cour de se présenter de façon crédible comme une instance véritablement impartiale ». J. MORIN et J. WOEHRLLING, préc., note 184, p. 546.

²⁰³ *Id.*, a. 5.

²⁰⁴ *Id.*, a. 6

Cromwell a été arbitre en droit du travail de 1984 à 1997, année de sa nomination à la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse; il a été vice-président du Nova Scotia Labour Relations Board and Construction Industry Panel (1991-1992). La juge Abella conjugue une expérience du droit du travail et des droits de la personne : commissaire de la Commission ontarienne des droits de la personne de 1975 à 1980, membre du Tribunal des relations du travail de la fonction publique de l'Ontario de 1975 à 1976; en 1984, elle agit à titre de commissaire unique de la Commission royale d'enquête sur l'égalité en matière d'emploi; elle préside la Commission des relations du travail de l'Ontario de 1984 à 1989. Il semble bien que la véritable expertise et expérience en droit du travail au sein de la Cour suprême se limite à ces trois juges et seul le juge LeBel détient une telle expertise en droit du travail québécois. À titre d'exemple, rappelons que les juges Abella, LeBel et Cronwell ont été dissidents dans l'arrêt *Wal-Mart*²⁰⁵ parce qu'ils étaient d'avis que l'affaire devait être renvoyée à la Commission des relations du travail pour évaluer la présence de motifs antisyndicaux. Il est tout à fait significatif que ces trois juges aient été ceux qui, au cours de leur travail de juristes, ont développé une expertise et une expérience en droit du travail et il faudrait sans doute ajouter une connaissance des organismes administratifs du travail comme la Commission des relations du travail. Ces juges possèdent une connaissance des ordres juridiques étatiques du travail, du droit étatique couplé avec le système autonome des relations du travail et « des agents ou appareils [...] reconnus comme spécialisés » dans ces ordres juridiques, ceux du Québec ou ceux des ordres similaires dans d'autres juridictions canadiennes. Il s'agit d'un exemple mais il est tiré d'une décision majeure pour les rapports sociaux du travail. Cet exemple ne permet sans doute qu'une hypothèse appelant une recherche plus poussée, mais il vient corroborer l'analyse des ordres juridiques et, en particulier, l'analyse systémique.

Si ces constats relatifs à la décision *Wal-Mart* ont un caractère circonstanciel, ils révèlent aussi des fondements structureux et la difficulté, sinon l'impossibilité, en matière de droit des rapports collectifs du travail, de conférer à une cour d'un autre ordre juridique qui n'est pas spécialisée en droit du travail la compétence de rendre une décision finale sur une question de cette nature. Certaines distinctions nous semblent maintenant nécessaires pour notre analyse.

²⁰⁵ *Desbiens c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 55 (CanLII), (2009) 3 R.C.S. 540.

Pour fin de clarté, distinguons les cours de droit commun (civil ou criminel ou mixte), la Cour supérieure, la Cour d'appel et la Cour du Québec, des cours spécialisées comme le Tribunal des droits de la personne et la Cour du Québec en ce qui a trait à sa juridiction en matière de jeunesse; les cours spécialisées doivent être distinguées des tribunaux administratifs. Un tribunal administratif a été créé qui remplace la Commission des affaires sociales, la Commission d'examen des troubles mentaux, le bureau de révision en immigration, le bureau de révision de l'évaluation foncière, ainsi que le Tribunal d'appel en matière de protection du territoire agricole²⁰⁶. Il est révélateur du caractère spécifique et de l'autonomie du droit du travail que ce guichet unique ne regroupe pas les tribunaux administratifs du travail.

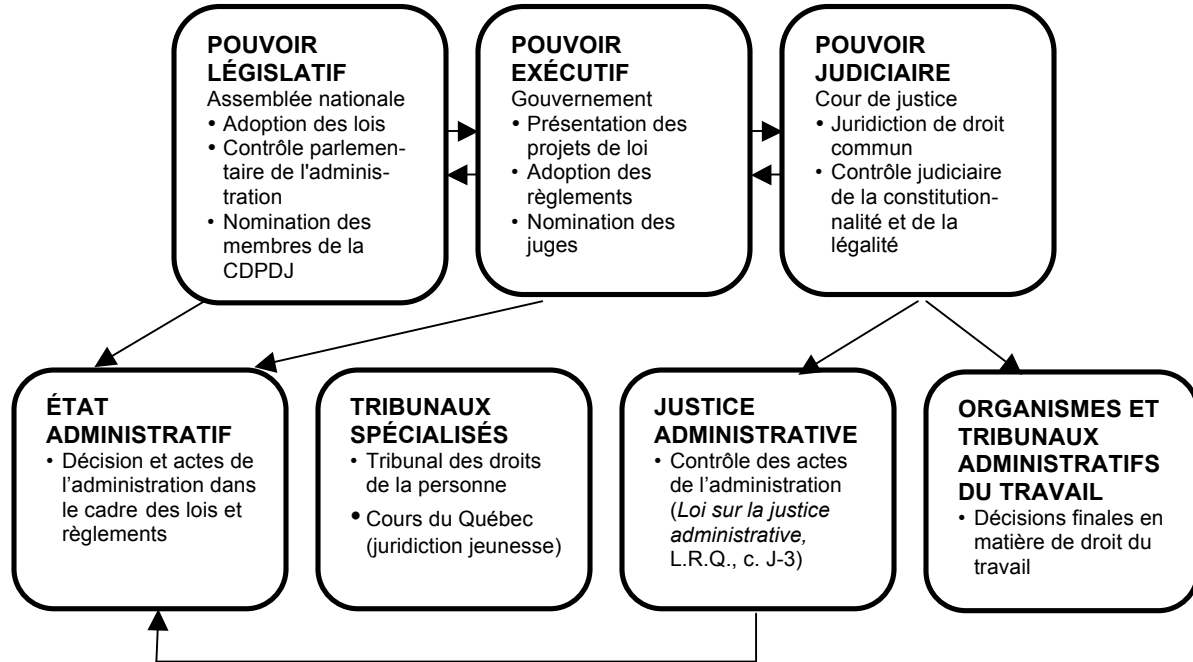
Nous distinguerons également les tribunaux administratifs qui sont des organes de l'ordre juridique étatique des arbitres de griefs et de différends qui, même s'ils sont encadrés par le *Code du travail* et sous le contrôle de la Cour supérieure, appartiennent fondamentalement à l'ordre juridique de la convention collective. En ce qui a trait au grief, le *Code du travail* le reconnaît, au paragraphe 1 f), par la définition même du grief : « toute mésentente relative à l'interprétation et à l'application d'une convention collective ».

Nous illustrerons maintenant visuellement ces rapports entre les pouvoirs au sein de l'ordre juridique étatique; nous reproduisons en bonne partie la figure 1 du livre précité *Droit des rapports collectifs du travail*²⁰⁷.

²⁰⁶ *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., c. J-3.

²⁰⁷ M. COUTU, L. L. FONTAINE et G. MARCEAU, préc., note 1, p. 52.

Figure 1
Organisation des pouvoirs au sein de l'ordre étatique québécois



Notre figure diffère de celle incluse dans *Droit des rapports collectifs du travail au Québec* sur une question importante, la place des tribunaux administratifs du travail et la place des tribunaux spécialisés. Elle rend compte à notre avis de la place tout à fait particulière des tribunaux administratifs du travail et de l'organisme administratif qu'est la Commission des relations du travail. Il nous faut retourner ici à la théorie wébérienne des droits spéciaux et à l'analyse qu'en a faite Jean-Guy Belley.

Les droits spéciaux s'appuieront sur des groupements bénéficiant d'une autonomie et sur la capacité des acteurs de créer du droit par le moyen des contrats²⁰⁸. Comme nous l'avons mentionné, il faut entendre ici contrat au sens large englobant les conventions collectives.

La spécialisation du droit étatique, au niveau des règles substantives comme à celui des institutions judiciaires pourrait [...] s'effectuer parallèlement au pluralisme juridique extra-étatique [...] la spécialisation des tribunaux étatiques (par exemple tribunaux du commerce, tribunaux du travail) refléterait les particularismes de certains agents

²⁰⁸ Voir p. 48-50.

économiques. Elle prendrait acte de leur activité spécifique et leur fournirait un statut juridique et un forum judiciaire particuliers.²⁰⁹

L'analyse wébérienne rejoint ici l'approche de Sinzheimer au sujet de l'autonomie et rappelons également le constat de Sinzheimer qui se vérifie largement dans l'expérience québécoise : le déploiement de l'autonomie sociale demeure dépendant de l'existence d'un droit imprégné de normes étatiques²¹⁰.

Cette figure ne permet pas toutefois de bien situer un agent du pouvoir exécutif comme la **Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (CDPDJ)**. Il faut à notre avis considérer cette importante commission comme un ordre juridique interne de l'ordre juridique étatique québécois. En vertu de l'article 58 de la Charte, les membres de la Commission sont nommés par l'Assemblée nationale par « les deux tiers des membres de l'Assemblée ». En fait cette indépendance est logique puisque, en vertu de l'article 54, la « Charte lie l'État »; la Commission peut recevoir des plaintes contre des actes du gouvernement.

Comme nous l'avons déjà mentionné, elle est une personne morale de droit public. Elle a un statut d'employeur en vertu du *Code du travail*, son personnel ne faisant pas partie de la fonction publique.

Son intégration à l'ordre juridique québécois ne fait pas de doute. Son action est totalement vouée à des normes de l'ordre juridique étatique qui ont un caractère fondamental.

Sa constitution prend place à la Partie II de la Charte. Elle « a pour mission de veiller au respect des principes énoncés dans la [...] Charte [...] »²¹¹; cette mission est précisée, au début du chapitre II intitulé « Fonctions » : elle assure « par toutes mesures appropriées la promotion et le respect des principes contenus dans la [...] Charte ». La disposition sans limiter la généralité de ces textes, expose un ensemble de responsabilités : en plus de son rôle dans le traitement des plaintes sur lequel nous aurons l'occasion de revenir, la Commission a la responsabilité d'« élaborer et d'appliquer un programme d'information et d'éducation [...], de diriger et

²⁰⁹ *Id.*

²¹⁰ Voir p. 63-64.

²¹¹ Art. 57

encourager les recherches et publications [...], de relever les dispositions des lois du Québec qui seraient contraires à la Charte [...], de recevoir les suggestions, recommandations et demandes [...] » y compris par des auditions publiques, de « coopérer avec toute organisation vouée à la promotion des droits et libertés [...] »²¹². Elle a également la responsabilité de faire enquête sur tout acte ou tentative de représailles relatives à la Charte et de prendre le recours approprié le cas échéant²¹³.

Dans le cadre de sa mission, elle a le pouvoir, en particulier lors de son rapport annuel, de faire des recommandations qui peuvent porter sur des dispositions législatives à adopter ou à modifier soit qu'il s'agisse de dispositions contraires à la Charte qu'elle a relevées, soit qu'il s'agisse de moyens de promouvoir les droits et libertés de la personne; ces recommandations peuvent porter sur des modifications de la Charte. À titre d'exemple, la Commission a rendu compte d'un examen approfondi de la Charte dans son bilan pour son 25^e anniversaire et fait de nombreuses recommandations²¹⁴. Ainsi elle intervient non seulement pour la mise en œuvre de la Charte, mais comme conseillère du pouvoir législatif.

Dans le cadre de ses responsabilités relatives aux plaintes, mentionnons qu'elle assume le rôle de procureur devant le Tribunal des droits de la personne et, à ce titre, il fait partie de la vie professionnelle d'avocats à son emploi de plaider des dossiers devant ce Tribunal ou en appel de ses décisions.

Par ailleurs, comme nous l'avons également vu, contrairement à beaucoup d'organisations, il n'est pas prévu que parmi les membres de la Commission, des représentants des organisations syndicales doivent être nommés.

Dans une perspective systémique, c'est-à-dire sur le plan des systèmes de communication essentiels pour la transmission des connaissances, elle est à l'extérieur du système

²¹² Art. 71.

²¹³ *Id.* et art. 82.

²¹⁴ Pierre BOSSET et QUÉBEC (Province). COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans : la Charte québécoise des droits et libertés – Bilan et recommandations*, vol. 1, Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, p. 107-113.

opérationnellement radicalement autonome des relations du travail. Comme sous-système du système juridique, elle est structurellement ouverte sur son environnement, mais les couplages sont multiples au sein de la sphère des droits de la personne; Tribunal des droits de la personne, Association des commissions des droits de la personne. La Charte n'offre comme ouverture sur le développement de couplages structureaux avec les organisations du mouvement syndical que son mandat de « coopérer avec toute organisation vouée à la promotion des droits et libertés de la personne, au Québec et à l'extérieur »; il n'est pas évident que les organisations visées par cette disposition sont les organisations syndicales et encore moins celles du patronat. En pratique, des couplages structureaux se sont développés avec de nombreuses organisations incluant celles du mouvement syndical; la négociation collective avec le syndicat qui représente son personnel a donné naissance à des transformations structurelles. Comme nous l'avons annoncé, nous examinerons, dans la section suivante, le type de transformations que produit la convention collective entre les parties patronale et syndicale²¹⁵.

Le **Tribunal des droits de la personne** est proche parent de la Cour du Québec, une instance judiciaire complètement étrangère aux relations du travail et aux aspects juridiques de ces relations. Ses juges sont nommés par le gouvernement, parmi les juges de la Cour du Québec et après consultation du juge en chef de la Cour du Québec²¹⁶. Toute demande au Tribunal est « produite au greffe de la Cour du Québec »²¹⁷ et les décisions sont déposées à ce même greffe²¹⁸. Le Tribunal est cependant composé non seulement des juges mais d'« assesseurs ».

Le choix des assesseurs se fait parmi les personnes « inscrites sur la liste dressée périodiquement par le gouvernement suivant la procédure de recrutement et de sélection qu'il prend par

²¹⁵ Dans le bilan des 25 ans de la *Charte*, on fait état d'une rencontre de consultation tenue le 13 juin 2000 avec une représentante de la CSN et une représentante de la CSQ; la FTQ n'était pas présente mais a transmis un texte le 3 juillet 2000. *Id.*, p. 315.

Les pratiques de communication de la Commission avec les syndicats demanderaient un inventaire qui tiendrait compte également du rôle que des membres importants du personnel de la Commission a pu jouer à l'intérieur de la CSN.

²¹⁶ *Charte des droits et libertés*, art. 101 et 103.

²¹⁷ *Id.*, art. 114.

²¹⁸ *Id.*, art. 125.

règlement »²¹⁹. Le *Règlement sur la procédure de recrutement et de sélection des personnes aptes à être désignées à la fonction d'arbitre ou nommées à celle d'assesseur au Tribunal des droits de la personne* charge le ministre de la Justice de former « un comité de sélection de trois membres » composé du « président du Tribunal des droits de la personne ou après consultation de celui-ci, un autre membre de ce tribunal qui est juge », d'un avocat nommé après consultation du Barreau du Québec et d'une troisième « personne qui n'est ni juge ni avocat et que le ministre estime représentative parmi celles qui œuvrent au sein des divers groupes ou organismes qu'il considère voués à la défense et à la promotion des droits et libertés de la personne »²²⁰.

Toutes les personnes choisies, celles qui seront inscrites sur la liste prévue à l'article 62 et, par conséquent, les « assesseurs » choisis parmi les noms de cette liste et les juges de la Cour du Québec nommés au Tribunal doivent avoir été jugé détenir une qualité d'une importance majeure : ils doivent avoir « une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière de droits et libertés de la personne »²²¹. Ceci implique une connaissance qui provient d'une fréquentation soutenue du droit à l'intérieur de cette sphère.

Nous avons voulu, avant de passer aux institutions du droit international, cerner de plus près les entités de l'État auxquelles le droit attribue d'importantes fonctions dans la mise en œuvre de la norme d'égalité. L'examen des institutions du droit international permettra, nous l'espérons même s'il sera bref, de compléter la vue d'ensemble des ordres juridiques qui ont un impact sur le droit du travail, sur son autonomie et sur la situation de la mise en œuvre de la norme d'égalité dans les milieux de travail.

²¹⁹ *Id.*, art. 60, 3^e alinéa. Cette liste est également une banque d'arbitres utilisée dans le cadre du traitement des plaintes.

²²⁰ *Règlement sur la procédure de recrutement et de sélection des personnes aptes à être désignés à la fonction d'arbitre ou nommées à celle d'assesseur au Tribunal des droits de la personne*, R.Q. c. C-12, r. 0.01, art. 9.

²²¹ *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 62, 3^e alinéa, 101 et 103.

2. Les ordres juridiques internationaux

Selon Santi Romano, le droit d'un État serait un ordre interne par rapport au droit international²²². Nous ne pensons pas qu'il soit encore possible avec l'évolution du droit international de soutenir cette proposition. Comme nous le verrons, d'autres auteurs ont mis exclusivement l'accent sur le fait que les organisations internationales seraient dérivées des États qui les ont créées. Examinons maintenant quelle est la situation des ordres juridiques étatiques canadiens et québécois en ce qui a trait aux ordres juridiques internationaux.

Le Canada est membre de l'Organisation internationale des Nations Unies. Au sein des Nations Unies, il existe un ordre juridique général et des organisations spécialisées; parmi ces agences spécialisées mentionnons l'Organisation des Nations Unies pour la science et la culture (UNESCO), l'Organisation mondiale pour la santé (OMS), la Banque mondiale, le Fonds monétaire international (FMI) et l'Organisation internationale du travail (OIT). Le droit du travail étant au cœur de notre démarche, l'Organisation internationale du travail (OIT) nous intéresse évidemment particulièrement. Le Canada est également signataire d'accords commerciaux internationaux et en particulier de l'Aléna et membre de l'Organisation mondiale du commerce. Il est donc, avec ses composantes fédérale et provinciale, en relation d'une part avec l'ordre juridique de la communauté internationale : l'Organisation des Nations Unies et ses organisations spécialisées (a) et, d'autre part, avec les ordres juridiques des rapports commerciaux internationaux (b); pour nos fins, parmi les organisations spécialisées, nous nous limiterons à l'Organisation internationale du travail.

a) *L'Organisation des Nations Unies (ONU) et l'Organisation internationale du travail (OIT)*

L'Organisation des Nations Unies, institution originaire, est créée à la fin du deuxième conflit mondial, en 1946, largement sur la base de la coopération qui s'est instaurée entre les alliés contre l'axe Allemagne-Italie : les États-Unis, le Royaume-Uni, la France et l'Union-Soviétique. Les circonstances historiques favorisent une coopération entre sociétés bâties sur des idéologies et des traditions profondément différentes et en particulier le libéralisme économique et le

²²² S. ROMANO, préc., note 81, p. 161.

communisme. La confrontation de ces « différents courants de pensée »²²³ permettra l'émergence d'une convergence et de textes juridiques uniques qui constituent maintenant la Charte de l'ONU, la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* et les deux pactes qui ont suivi, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. L'ordre juridique onusien permet cette coordination des sociétés nationales sur une base d'égalité. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* a été adopté, le 16 décembre 1966, par l'Assemblée générale des Nations Unies. Le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* a été adopté à la même date²²⁴.

L'Organisation internationale du travail présente des caractères spécifiques importants. Il s'agit d'abord d'une institution créée en 1919 et qui a survécu au naufrage de la Société des nations. Il s'agit également d'une institution structurellement profondément différente de l'ONU. La représentation est tripartite; elle associe, en son sein, avec les États-membres, les organisations patronales et syndicales. On trouve d'ailleurs en début de la page d'accueil de son site web l'énoncé suivant : « L'organisation internationale du travail (OIT) est l'agence tripartite de l'ONU qui rassemble gouvernements employeurs et travailleurs de ses États-membres dans une action commune pour promouvoir le travail décent au travers le monde »²²⁵.

On trouve sous la rubrique « Tripartisme et dialogue social » un éclairage fondamental à ce sujet :

L'OIT est la seule institution des Nations Unies dotée d'une structure tripartite, grâce à laquelle les représentants des gouvernements et des organisations d'employeurs et de travailleurs se réunissent pour élaborer ensemble ses politiques et ses programmes. Cette

²²³ Guy Rocher le met en lumière dans un article de l'ouvrage collectif *Les Chartes des droits et les relations industrielles* : Guy ROCHER, « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes », dans Rodrigue BLOUIN, Gilles FERLAND, Gilles LAFLAMME, Alain LAROCQUE et Claude RONDEAU, *Les chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Département des relations industrielles, Université Laval, Presses de l'Université Laval, 1988, p. 1.

²²⁴ Les deux pactes ont été ratifiés par le Canada, le 19 mai 1976 et sont entrés en vigueur pour le Canada, le 19 août 1976, (1976) *R.T. Can.* n° 46. Michel COUTU, préc. note 125, p. 58 et 61. Le type de relations qui a permis l'émergence de ces textes est mis en lumière par Romano. Préc., note 81, p. 106.

²²⁵ En ligne : < www.ilo.org > (site consulté le 8 avril 2010).

spécificité permet à l'OIT de fonder son action sur des connaissances issues de la vie réelle en matière d'emploi et de travail. (nos soulignements)

Et sous la rubrique « Normes internationales du travail » :

L'OIT est l'organisation internationale chargée d'élaborer les normes internationales du travail et de veiller à leur application. L'OIT intervient auprès de ses 178 États-membres pour s'assurer que les normes du travail sont bien respectées, au niveau de la loi comme dans la pratique.²²⁶ (notre soulignement)

Sans rentrer dans les détails de la structure décisionnelle, les articles 2, 3 et 5 de la Constitution permettront de préciser les modalités de cette représentation.

2. Chaque délégué pourra être accompagné par des conseillers techniques, dont le nombre pourra être de deux au plus pour chacune des matières distinctes inscrites à l'ordre du jour de la session. Quand des questions intéressant spécialement des femmes doivent venir en discussion à la Conférence, une au moins parmi les personnes désignées comme conseillers techniques devra être une femme.

3. L'Organisation permanente comprendra :

a) une Conférence générale des représentants des Membres;

b) un Conseil d'administration [...];

c) un Bureau international du Travail sous la direction du Conseil d'administration.

5. Les Membres s'engagent à désigner les délégués et conseillers techniques non gouvernementaux d'accord avec les organisations professionnelles les plus représentatives soit des employeurs, soit des travailleurs du pays considéré, sous la réserve que de telles organisations existent.

Au Canada, la consultation tripartite sur les projets de convention et de résolution qui seront étudiés par la Conférence générale s'accomplit dans le cadre d'une structure fédérale-provinciale. En ce qui a trait au Québec, cette consultation se fait au sein du Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre.

L'analyse d'Éric Gravel, juriste principal attaché au Département des normes du travail dans un article qu'il a écrit avec un consultant auprès du BIT, Quentin Delpech, au sujet des rapports

²²⁶

Id.

entre les droits du travail nationaux et les normes internationales, permet de mieux percevoir les relations entre les ordres juridiques étatiques et cet ordre juridique international :

L'émergence de dispositifs de droit du travail au niveau national et l'idée d'une réglementation internationale du travail ont été concomitantes.²²⁷ Plus encore, le droit international loin d'être un simple reflet des constructions juridiques nationales, a été pensé comme une réglementation juridique que la concurrence internationale entre les économies nationales rendait nécessaire. L'élaboration des règles internationales relatives au travail s'inscrivait ainsi dans un prolongement juridique indispensable au maintien des législations nationales.

Le processus d'internationalisation du droit du travail trouve dans l'organisation internationale du travail une incarnation institutionnelle. Les législations nationales et les instruments juridiques internationaux du travail se sont ainsi construits de manière coordonnée, l'adoption des codes nationaux du travail par les États et l'institutionnalisation progressive de la discipline du droit du travail étant alors relayée au niveau international par l'activité normative de l'OIT. L'élaboration de normes internationales du travail, issues d'un consensus tripartite, a généré ce qui est souvent décrit comme un *Code international du travail*. Aussi en fonction des évolutions du contexte politique international, l'OIT a étendu ses domaines d'activité tout en mobilisant constamment une expertise juridique qui s'est traduite par l'adoption de conventions et de recommandations ainsi que de principes inscrits dans des déclarations ou des résolutions adoptées par la Conférence internationale du travail ou encore par des commentaires et des recommandations émanant des organes de son système de contrôle. Ainsi, les systèmes nationaux et internationaux de régulation du travail loin de s'opposer, sont très largement imbriqués.²²⁸

Si les systèmes sont imbriqués, il est à souligner toutefois que l'efficacité du droit de l'OIT peut être très différente d'un état à l'autre, cette efficacité dépendant de la réception par chaque état dans son ordre juridique; ceci comprend l'approche des juristes au sujet de l'application du droit international public. Ainsi, Isabelle Duplessis écrit au sujet de la pensée des juristes du 19^e siècle²²⁹ au sujet d'organisations de la nature de l'OIT :

²²⁷ Les auteurs réfèrent au volume de Nicolas Valticos : Nicolas VALTICOS, *Droit international du travail*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1983.

²²⁸ Eric GRAVEL et Quentin DELPECH, « Contrôle des normes internationales du travail et complémentarité des systèmes nationaux et internationaux; récentes évolutions », (2008) 147 *Revue internationale du travail* 439, 439-440.

²²⁹ Isabelle Duplessis réfère aux deux ouvrages suivants : Emmanuelle JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998. A. VERDROSS, « Le

Dans cette structure juridique bien particulière, les organisations internationales sont des créatures dérivées des acteurs premiers et subordonnées à eux. À ce titre, elles ne peuvent prétendre imposer des obligations aux États sans leur consentement. Elles doivent se contenter de formuler des vœux, des recommandations, dont la réalisation revient à chaque état individuellement. La valeur juridique des résolutions ou recommandations est finalement déterminée par les origines de l'organisation internationale : elle a été créée par les états dans un but de coopération internationale et ne doit en aucun moment se substituer à ces créateurs en agissant à l'image d'un parlement mondial. Les actes qu'elle peut adopter à l'égard de ses États membres sont incitatifs et ne relèvent pas de l'ordre du commandement du souverain comme dans la sphère du droit national. Or la scène internationale n'a jamais été articulée autour d'une autorité centrale. L'organisation de son droit est donc complètement étrangère à la logique hiérarchique du commandement. De là à refuser aux résolutions et recommandations des organisations internationales tout caractère contraignant, il n'y avait qu'un pas qui a vivement été franchi.²³⁰ (notre soulignement)

Cette rationalisation fondée sur une idéologie de la souveraineté ne résiste pas à l'analyse, en particulier à l'égard des conventions ratifiées de l'OIT. Elle nie un des traits de la souveraineté, celui de s'engager avec d'autres pays dans une entente internationale qui établit des structures institutionnelles, pouvoir que le Canada exercera d'ailleurs en ce qui a trait à l'ALÉNA. La Cour suprême s'écarte d'ailleurs avec raison de cette logique dans l'arrêt *Health Service and Support* lorsqu'elle affirme au sujet de la ratification des deux Pactes de l'ONU et de la Convention n° 87 relative à la liberté syndicale : « Cela signifie que ces documents dégagent non seulement le consensus international, mais aussi des principes que le Canada lui-même s'est engagé à respecter »²³¹.

Certains états intègrent à leur constitution ce droit international qui devient partie intégrante de l'ordre juridique étatique national. Lorsque ce n'est pas le cas, du moins d'une manière explicite, les instances judiciaires peuvent invoquer ces dispositions de droit international pour éclairer les

fondement du droit international », dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 16, 1927, p. 251-321.

²³⁰ Isabelle DUPLESSIS, « La déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail – Une nouvelle forme de régulation efficace ? », (2004) 59 *Relations industrielles* 52, 57.

²³¹ *Health Services and Support - Facilities Subjector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 87.

normes de l'ordre juridique étatique interne comme ce fut le cas au Canada au sujet du droit de négocier²³².

Nous n'avons pas l'intention ici de faire une analyse du régime d'application des normes de l'OIT. Cet examen a été bien fait par Michel Coutu dans son volume *Les libertés syndicales dans le secteur public*²³³ et il n'est pas nécessaire à notre démarche d'en faire un exposé. On constatera cependant que parmi les organes de contrôle de l'OIT, en particulier la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, les Commissions d'enquête et le Comité de la liberté syndicale, seules les commissions d'enquête s'inscrivent dans un processus « pleinement juridictionnel »; en vertu de l'article 29 de la Constitution, l'État doit « signifier au Directeur général du Bureau international du travail, dans le délai de trois mois, s'il accepte ou non les recommandations contenues dans le rapport de la Commission et, au cas où il ne les accepte pas, s'il désire soumettre le différend à la Cour internationale de Justice ». Cependant les commissions d'enquête sont rarissimes.

Dans le courant de globalisation de l'économie, des ordres juridiques munis de dispositifs davantage propres à contraindre l'État québécois ont émergé d'accords commerciaux internationaux. Comme nous l'avons mentionné, nous en ferons un bref examen, parce qu'ils sont, sur le plan juridique, des manifestations importantes de la globalisation du commerce et de l'économie et qu'ils modifient les pouvoirs des ordres juridiques étatiques. En ce qui a trait à la théorie des ordres juridiques, ils permettent aussi de constater une forme de développement qui n'avait pas cours à l'époque de Weber et de Santi Romano.

²³² E. GRAVEL et Q. DELPECH, préc., note 228. Les auteurs analysent, à ce sujet, sous la rubrique « Le tournant canadien » les arrêts *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, (2001) 3 R.C.S.1016 et l'arrêt *Health Service and Support, id.*; ils analysent aussi l'« épopée du « contrat de nouvelles embauches » en France et les décisions significatives de cette affaire.

²³³ M. COUTU, préc., note 125, p. 17 et suiv. On trouvera à la page 19 un tableau comparant les juridictions des organes de contrôle de l'OIT.

b) Les nouveaux ordres juridiques des rapports commerciaux internationaux

Selon Stephen Clarkson et Stepan Wood, « alors que les accords de gouvernance internationale deviennent de plus en plus puissants et plus intenses, il est devenu possible de dire d'eux que, collectivement, ils donnent un caractère constitutionnel à la communauté mondiale »²³⁴.

Nous puiserons l'essentiel des bases de notre analyse dans le texte dont cette citation est tirée : *Le dilemme démocratique et la constitution externe du Canada* à cause des travaux de recherche réputés de leur auteur et parce qu'il s'inscrit dans une démarche scientifique collective réunissant « les universitaires spécialisés en droit international et les instances du ministère de la justice »²³⁵.

Les auteurs signalent le point tournant que représente l'accord du GATT qui « interdit la discrimination entre les partenaires commerciaux même pour des raisons de politique sociale ou environnementale » :

Le traitement national et la norme de la nation la plus favorisée, ainsi que d'autres principes commerciaux de base sont devenus supra-constitutionnels car ils lient entre eux de façon efficace les membres contrairement aux engagements internationaux que le Canada a pris en signant, par exemple, les nombreuses conventions sur les droits dans le domaine du travail rédigées par l'Organisation internationale du travail.²³⁶

Les deux accords internationaux principaux qui méritent cette qualification de supra-constitutionnelle sont l'ALÉNA et l'OMC. Les auteurs précisent ainsi leur position :

Auparavant les modifications des lois et des règlements étaient effectuées par les gouvernements selon la structure juridique et institutionnelle établie par leur constitution interne et en réponse aux demandes des électeurs ou des parties intéressées en particulier. Ce qui rend l'ALÉNA supra-constitutionnel est le fait que les gouvernements signataires

²³⁴ Stephen CLARKSON et Stepan WOOD, « Le dilemme démocratique et la constitution externe du Canada », dans Oonagh FITZGERALD (dir.), *Règle de droit et mondialisation: Rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2006, p. 121-158, à la page 123. Les auteurs définissent ainsi le terme « constitution » : « [...] l'ensemble des règles fondamentales et des pratiques institutionnelles selon lesquelles toute organisation, que ce soit une petite organisation ou un grand État, est régie », p. 122.

²³⁵ Cette démarche est expliquée par le directeur de la publication, Oonagh Fitzgerald, dans son introduction. Oonagh FITZGERALD, « Introduction et remerciements », p. 1-6, à la page 2.

²³⁶ *Id.*, p. 130.

ont dû changer leurs lois et règlements dans un contexte qui les rend irréversibles. Contrairement aux modifications habituelles des lois effectuées par une législature souveraine, qui peut aussi modifier ou révoquer ses lois en réponse à de nouveaux facteurs nationaux, les modifications législatives qui incluent les normes commerciales internationales ne peuvent être effectuées de façon valable que si le régime externe modifie ses règlements au moyen d'un accord international. Ce qui dans d'autres circonstances, constituerait des mesures démocratiquement légitimes pourrait déclencher l'imposition de sanctions ou de pénalités à un gouvernement si ces mesures sont réputées violer l'accord international en question au terme des procédures arbitrales appropriées.

Ainsi c'est non seulement l'ordre politique qui a été changé par les modifications mais aussi l'ordre juridique qui a été altéré par l'acceptation de modifications législatives et réglementaires sur lesquelles le parlement n'exerce plus de souveraineté.²³⁷ (nos soulignements)

Les auteurs soulignent aussi d'importants effets de l'ALÉNA et de l'OMC sur les rapports entre les ordres juridiques étatiques canadiens :

En plus de limiter la capacité souveraine des gouvernements fédéral et provinciaux en matière d'initiatives politiques, l'ALÉNA et l'OMC affectent profondément le pouvoir relatif des gouvernements provinciaux. Ainsi seul le gouvernement fédéral peut entamer des poursuites commerciales et comparaître lors des audiences, même lorsqu'une mesure ou un grief provinciaux sont à la base du litige.²³⁸

Par ailleurs les auteurs mettent en lumière que les mécanismes et procédures de l'ALÉNA sont juridiquement déficients, n'ayant pas le même effet sur les parties. Alors que ses partenaires sont assujettis à l'accord, « lorsque ces procédures ne satisfont pas Washington, ce dernier peut utiliser son pouvoir pour atteindre ses objectifs »²³⁹.

Nous touchons ici un aspect important de ces ordres juridiques qui émergent d'un accord international. Ils sont le fruit d'une négociation contrairement aux constitutions des États développés qui sont d'origine institutionnelle. Ils peuvent ainsi reproduire l'inégalité économique et politique des parties.

²³⁷ *Id.*, p. 133-134.

²³⁸ *Id.*, p. 138.

²³⁹ *Id.*, p. 142.

À ce stade de l'évolution de ce type d'accords commerciaux, ils peuvent, comme c'est le cas en l'occurrence, représenter dans la mise en œuvre ce qui semble bien être une régression du principe de la primauté du droit qui est central pour l'ordre juridique étatique global du Canada.

Dans le cadre de la théorie des ordres juridiques, nous ne sommes pas d'accord avec Stephen Clarkson et Stepan Wood, qui considèrent l'ALÉNA et l'OMC comme la constitution externe du Canada. Nous évaluons plutôt que chacun des accords constitue un ordre juridique et que le Canada est dans une situation de relevance par rapport à ces ordres juridiques. Le titre de cette relevance est un lien de présupposition. Comme le dit Santi Romano « un ordre peut être présupposé par un autre, institution complexe, même en lui demeurant subordonné ». La subordination réelle est mise en lumière en nous référant à la conception wébérienne du droit intégrée à l'approche de l'ordre juridique de Guy Rocher. Un ordre de contrainte émerge des agents et des appareils mis en place par ces accords.

Ces développements portent aussi un enseignement sur la dynamique de l'émergence de nouveaux ordres juridiques par la négociation et la conclusion d'ententes entre les acteurs institutionnels d'ordres juridiques existants. Il sera maintenant question des ordres juridiques qui naissent de la négociation collective au Québec et qui sont le fruit d'une longue évolution propulsée par le développement du syndicalisme.

D- La négociation collective à la lumière de la sociologie des ordres juridiques

Pierre Verge et Guylaine Vallée, dans leur ouvrage *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, ouvrent leur chapitre sur les fondements du droit du travail par le texte suivant :

Le développement du droit du travail correspond à la prise en compte par le droit du phénomène du travail subordonné pour autrui. Ce rapport de travail ou rapport salarial en est la source vive [...]. La généralisation du travail subordonné favorise la mise en place d'actions concertées de salariés et l'émergence de rapports collectifs qui marquent aussi de façon essentielle la genèse du droit du travail [...].²⁴⁰

²⁴⁰ P. VERGE et G. VALLÉE, préc., note 7, p. 13.

La négociation collective n'est certes pas le seul aspect du travail salarié que régit le droit du travail. Cependant, comme l'exprime Michel Coutu, Laurence Léa Fontaine et Georges Marceau, son rôle a été central dans l'émergence et le développement d'un droit du travail autonome :

[...] le droit du travail n'existe lui-même comme champ d'étude spécialisé du droit, que parce que le phénomène de la négociation collective a imposé une rupture avec la manière traditionnelle, individualiste et abstraite, d'envisager le droit qui est celle du droit civil. Le droit du travail trouve pour sa part son point d'ancrage dans la reconnaissance d'un rapport de subordination, d'une inégalité des parties au contrat de travail que le droit civil s'est longtemps refusé à prendre en considération.²⁴¹

Le lien entre la négociation collective et la dynamique de développement du droit du travail ainsi que le rôle central du rapport de subordination a été illustré, dans le premier chapitre, dans le cadre de la société allemande²⁴². Lotmar, le premier et Sinzheimer, nous l'avons vu, n'ont pas peu contribué à la connaissance qui a permis cette prise en compte du phénomène du travail subordonné. Beaucoup d'auteurs ont mentionné l'inégalité de la relation de travail salarié. Mais référons-nous d'abord à Max Weber et à son formidable exemple de la domination de l'employeur : l'ouvrier pour qui la pensée de la possibilité qu'il perde son emploi assure l'efficacité de la contrainte qu'exerce sur lui son employeur et celui-ci qui bénéficie du droit criminel pour assurer sa domination²⁴³. Rappelons le commentaire de Michel Coutu sur ce texte :

[...] le droit interne de l'entreprise, droit extra-étatique énoncé et appliqué par l'entrepreneur indépendamment de toute référence au droit de l'État, demeure celui qui dans le cadre de la modernité avancée du moins, exerce la contrainte la plus puissante et ce sur une multitude indéterminée de personnes [...].

Weber met clairement en lumière la domination de l'employeur en évoquant l'inégalité économique des parties, parce qu'il est « le plus puissant sur le marché ». Rappelons également cet aspect de son analyse dans *Sociologie du droit* :

Le droit formel pour un ouvrier de conclure n'importe lequel contrat de travail avec n'importe quel employeur ne représente pas pour l'ouvrier la moindre liberté dans la

²⁴¹ M. COUTU, L. L. FONTAINE et G. MARCEAU, préc., note 1, p. 3. Soulignons la riche métaphore du point d'ancrage.

²⁴² Voir p. 60-63.

²⁴³ Voir p. 46-47.

détermination de ses conditions de travail et ne lui garantit aucune influence sur son contrat. Pour le moins, il en résulte que le plus puissant sur le marché, normalement l'employeur, a la possibilité de fixer librement les conditions, de dire à l'ouvrier : « c'est à prendre ou à laisser », et vu le besoin économique normalement plus puissant chez le travailleur, d'imposer ses conditions.²⁴⁴

Au sujet de cette inégalité économique, dans l'introduction de sa thèse de doctorat relative à la discrimination, Alain Barré l'affirme avec vigueur comme voie d'oppression et développe le constat très important que le contrat de travail dans le contexte de cette inégalité devient un vecteur de discrimination :

Au-delà de la liberté et de l'égalité juridique des parties contractantes, l'inégalité économique de ces dernières transforme le contrat en un instrument d'oppression de la classe ouvrière. La nature abstraite du contrat n'a pas seulement masqué l'inégalité de fait, mais a aussi permis à l'employeur d'aller au-delà de la prestation de travail et du salaire en faisant de l'identité même du travailleur – identité déterminée par des caractéristiques telles que la race, le sexe, la religion, l'opinion politique, etc. – un objet de contrat : l'employeur a pu user de sa liberté de contracter non seulement pour décider d'établir ou de ne pas établir un rapport de travail, pour décider, en d'autres termes d'embaucher ou de ne pas embaucher sur la base de l'identité du travailleur, il a aussi pu user de sa liberté de contracter non seulement pour dicter les conditions du contrat, mais aussi pour fixer ces dernières sur la base de l'identité du travailleur. La liberté des contrats, idée issue des concepts de liberté et d'égalité des parties contractantes, s'est donc révélée être un véhicule de première classe au développement de la discrimination.²⁴⁵

L'égalité identitaire relative aux caractéristiques personnelles est un enjeu important de la relation du travail subordonné auquel la négociation collective sera confrontée et auquel le droit du travail international et québécois cherchera à faire face avant l'adoption de la Charte.

Comme le souligne Michel Coutu, Laurence Léa Fontaine et Georges Marceau, en se basant sur l'opinion du juge LeBel dans *Isidore Garon ltée*²⁴⁶, « trois institutions fondamentales » distinguent le droit des rapports collectifs du travail du droit commun : « [...] l'*accréditation* dont le corollaire est le monopole syndical de représentation », « la *convention collective* négociée

²⁴⁴ *Id.*

²⁴⁵ Alain BARRÉ, *La discrimination dans le droit international du travail*, Lyon, Jean Moulin, 1984, p. 1.

²⁴⁶ *Isidore Garon ltée c. Tremblay*, préc., note 3. par. 134. Le juge LeBel exprime aussi l'opinion de la juge en chef et du juge Fish.

entre les parties et qui détermine les règles propres au milieu de travail » et enfin « l'*arbitrage des griefs* qui institue une procédure particulière des mécontentes ». Les auteurs ajoutent :

Naît ainsi un ensemble institutionnel tout à fait spécifique [...]; le principe de la liberté contractuelle « disparaît totalement »²⁴⁷ puisque la négociation individuelle des conditions de travail devient impossible. La nature juridique de la convention collective n'est pas assimilable au contrat de droit civil puisqu'elle remplit une fonction publique, soit le règlement pacifique des conflits de travail. L'*arbitrage des griefs* devient le seul forum compétent pour décider des litiges découlant de la convention collective, excluant toute compétence des tribunaux de droit commun.²⁴⁸

Cette spécificité institutionnelle fournit l'architecture générale du *Code du travail* [...].²⁴⁹

Ces trois piliers du régime des rapports collectifs du travail proviennent essentiellement de la réception par le droit du travail du phénomène social de relations du travail de la négociation et de la convention collective.

Observant ce phénomène dans **une perspective d'ordres juridiques**, nous constatons que le syndicat, l'« association accréditée », même si elle est composée ou comprend les « salariés » majoritaires de l'employeur, n'est pas un ordre juridique interne de l'entreprise et n'a pas de lien de relevance avec elle. Elle a comme nous l'avons vu, en général, principalement des liens à l'extérieur dans le champ syndical.

La négociation et l'entente collective qui naît de la négociation peuvent être considérées comme la mise au monde d'un nouvel ordre juridique. En effet, les caractéristiques de l'ordre juridique sont présentes :

- un ensemble de règles contraignantes sont acceptées par l'unité sociale de travail au sein de l'entreprise;

²⁴⁷ *Id.*, par. 135.

²⁴⁸ *Id.*, par. 134 et 136. Les auteurs citent *Weber c. Ontario Hydro*, (1995) 2 R.C.S. 157, par. 30.

²⁴⁹ M. COUTU, L. L. FONTAINE et G. MARCEAU, préc., note 1, p.12-13.

Soulignons que le *Code du travail*, au paragraphe 1d), ne recourt pas à la notion de « contrat » pour définir la convention collective mais au concept d'« entente ». Le droit du travail a d'abord recouru à la notion de « contrat »; le changement s'est opéré avec la *Loi des relations ouvrières* en 1943.

Le recours aux termes « institution » et « institutionnel » n'a pas le sens que nous leur donnons dans le cadre de notre approche des ordres juridiques.

- il est entendu que la modification des règles en cours de convention collective se fera par l'accord des parties souvent à la suite de négociations.

En ce qui a trait à l'interprétation et à l'application des règles qui se fait en grande partie dans le cadre de la procédure de grief, les agents qui interviennent seront en général prévus dans la convention collective et souvent plusieurs étapes seront déterminées avec l'intervention d'agents différents; s'il n'y a pas entente, le grief est soumis à un arbitre « en la manière prévue dans la convention collective »²⁵⁰. « La sentence arbitrale est sans appel »²⁵¹.

- **le syndicat a le devoir de veiller au respect de la convention collective**

Les règles, agents et appareils font certes preuve d'une « relative permanence »; la durée minimale d'une convention collective est d'un an et depuis une modification du *Code du travail* datant de 1994, le plafond de trois ans a été supprimé sauf pour la première convention collective²⁵²; la durée moyenne des conventions collectives dépasse les 36 mois et les pratiques sont maintenant bien plus diversifiées²⁵³. Le renouvellement de la convention collective est prévu par des règles expresses du *Code du travail*. Ce régime au sujet de la durée et du remplacement des règles de la convention collective constitue la réception par le droit du travail des besoins des milieux de travail d'avoir des solutions normatives qui offre un équilibre entre la stabilité et l'adaptabilité. Pour l'efficacité et le maintien de la paix, tant sur le plan de la production des normes que de leur application, les milieux du champ du travail souvent en évolution rapide ont besoin que les parties soient fixées sans que les clauses problématiques ou les processus de décision ne s'éternisent.

²⁵⁰ *Code du travail*, art. 100. « [...] en la manière prévue dans la convention collective si elle y pourvoit et si l'association accréditée et l'employeur y donnent suite [...] ».

²⁵¹ *Id.*, art.101.

²⁵² *Id.*, art. 65.

²⁵³ Gérard HÉBERT, Jean CHAREST et Marcel SIMARD, *La convention collective au Québec*, Montréal, G. Morin, 2007, p. 56-57. « La déréglementation de la durée maximale des conventions collectives dans le secteur privé intervenue en mai 1994 au Québec a un effet évident sur l'allongement global de la durée des conventions. Ainsi, la durée moyenne de l'ensemble des conventions collectives ratifiées annuellement, qui est de 31,1 mois en 1993, passe à 36,6 mois en 1994 et à 42,6 mois en 1995, pour se stabiliser autour de 43 mois en 1998 et 1999 [...] ». *Id.*, p. 56.

Compte tenu de ces caractéristiques, il faut donc considérer que la négociation de la convention collective donne naissance à un nouvel ordre juridique.

Il s'agit d'un ordre juridique complexe dérivé des institutions qui sont parties à l'entente, l'entreprise et le syndicat. Cet ordre juridique est en relation de relevance avec l'ordre juridique étatique, en particulier pour la sphère du travail et pour celle des droits de la personne. En ce qui a trait au droit étatique de la sphère des droits de la personne, le lien de relevance est de plus en plus affirmé par la Cour suprême. Et on doit constater que ce lien avec les règles de droit commun de nature particulière comme celle de la Charte pousse des racines profondes dans le temps. La juge McLachlin dans la décision majoritaire de la Cour suprême de l'affaire *Weber* souligne le devoir des arbitres d'appliquer la *Charte canadienne* en citant le principe énoncé par le juge Denning dans une décision du Comité judiciaire du Conseil privé datant de 1953 : « Il n'y a pas un droit pour les arbitres et un droit pour les tribunaux, il y a un droit pour tous »²⁵⁴.

Cependant comme le met en lumière Harry Arthurs, « [...] the most distinctive feature of collective bargaining is not its nexus with the state : rather it is that collective bargaining relies upon employers and workers to generate and enforce the norms which govern workplace behaviour » (notre soulignement).

Cet ordre juridique permet de mettre à contribution la démocratie syndicale dans la détermination des conditions de travail dans la mesure de la démocratie de la constitution, des règles et des pratiques au sein de l'ordre juridique syndical. En général toutefois, en ce qui a trait à la partie patronale, l'entreprise n'est absolument pas démocratique; c'est le cas des sociétés par actions et des entreprises à propriétaire unique; une telle démocratie est par ailleurs présente dans le mouvement coopératif et souvent dans les associations sans but lucratif, les lois applicables le favorisant dans le premier cas et le permettant dans le second; elle est présente dans les organisations syndicales et dans les organisations des employeurs dans la mesure de leurs pratiques à ce sujet. S'il est de la mission des ordres juridiques nés de la négociation collective de mettre à contribution la démocratie des parties, elle n'est pas de constituer des mini-

²⁵⁴ *David Taylor & Sons, Ltd c. Barnett*, (1953) All. E. R. 843 (C.A.), 847. *Weber c. Ontario Hydro*, (1995) 2 R.C.S. 929, par. 53. L'énoncé de ce principe illustre bien également que les arbitres ne sont pas des tribunaux.

démocraties malgré ce qu'a dit le célèbre *Rapport de l'Équipe spécialisée en relations du travail* (Rapport Wood) à l'effet que la négociation collective était parvenue à instaurer la démocratie sur les lieux de travail²⁵⁵. Par ailleurs le *Rapport* souligne dans le même passage un aspect important du régime de relations de travail : la primauté du droit est assurée par « un système judiciaire indépendant : la procédure de règlement des griefs et l'arbitrage ». Sur ce point, on ne peut nier qu'il s'agit d'un élément central d'une société démocratique intégré aux ordres juridiques nés de la négociation collective.

L'approche de la négociation collective que nous esquissons s'inscrit dans le sillon tracé par Sinzheimer : il ne conçoit pas seulement la convention collective comme une relation juridique, mais une véritable source de droit « comme un droit que les intéressés ont eux-mêmes créé ». Comme Otto Kahn-Freund le met en lumière, les syndicats sont reconnus comme « law-creating bodies [...] »²⁵⁶.

La conclusion à laquelle nous arrivons par un cheminement différent est sensiblement la même que celle des auteurs de *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, Michel Coutu, Georges Marceau et Léa Fontaine :

[...] l'ordre juridique dérivé de l'autodétermination sociale et établi par la convention collective [...] doit être nettement distingué du droit autonome des groupements qui concluent la convention. Prends ici naissance un ordre juridique spécifique, distinct de l'ordre interne de l'organisation ou de l'entreprise qui comporte ses propres organes administratifs de mise en œuvre et établit une « communauté de droit » [...] dans le domaine du travail. L'autonomie conventionnelle apparaît en ce sens distincte de l'autonomie institutionnelle qui est celle des organisations syndicales et patronales. La communauté de droit ainsi réalisée demeure toutefois, en système économique capitaliste, inégalitaire : elle est traversée par un conflit permanent entre les règles du droit social et les règles du droit individuel. Dans son fondement, le droit produit par l'autonomie

²⁵⁵ CANADA. ÉQUIPE SPÉCIALISÉE EN RELATIONS DU TRAVAIL, *Les relations du travail au Canada : rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969. G. HÉBERT, J. CHAREST et M. SIMARD, préc., note 253, p. 38.

²⁵⁶ Voir p. 62-63. Dans une perspective systémique, voir Ralf ROGOWSKI, « Autopoietic Industrial Relations and Reflexive Labour Law in the World Society », dans Ton WILTHAGEN (dir.), *Advancing Theory in Labour and Industrial Relations in a Global Context*, Amsterdam, New York, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, 1998, p. 67-82, à la page 76.

conventionnelle reste construit sur un rapport de domination, qu'il ne modifie et ne limite que partiellement.²⁵⁷

Ce rappel du rapport de domination resitue les ordres juridiques conventionnelles, fruit de la négociation collective par rapport au point d'ancrage du droit du travail.

Dans **une perspective systémique**, Ralf Rogowski met en lumière que le système du droit du travail a besoin de la reconnaissance du système des relations du travail. Compte tenu de ce besoin de reconnaissance, le droit du travail doit évoluer vers un rôle de soutien de l'autonomie :

[...] Law is [...] confronted with demands to change from an authoritative instrument of control into a facilitative instrument for mutual recognition of self-regulation.

[...] in order to be successful labour law, including the legal regulation of labour conflicts, must facilitate processes of self-regulation within other social systems [...]. If this is achieved in relation to other systems of regulation and in relation with its own structure and process labour law has become reflexive.

Furthermore, reflexive labour law becomes able to instigate societal processes by regulating itself. Labour courts and other official dispute fora, for example, distinguish types of conflict which are suitable for a judicial forum and those which are left to system-specific fora which form part of the self-regulatory mechanisms of the collective bargaining or workplace industrial relations system.²⁵⁸

Nous situant au sein du droit du travail québécois, nous constatons que la disposition qui confère à l'arbitre le pouvoir d'« interpréter et [d']appliquer une loi ou un règlement, dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief », le paragraphe 100.12 a) du *Code du travail* est une mesure qui s'inscrit dans ce cadre d'analyse; si l'arrêt *Weber* nous incitait à penser que la Cour suprême avait la capacité de s'inscrire dans ce processus réflexif, l'arrêt *Morin* que nous analyserons dans le premier chapitre de la troisième partie nous en fait douter²⁵⁹.

²⁵⁷ M. COUTU, L.L. FONTAINE, G. MARCEAU et T. BURKE, préc., note 1, p. 118. Comme on peut le constater, les auteurs recourent à la théorie de Georges Gurvitch au sujet du conflit permanent entre droit social et du droit individuel. Voir p. 34-35.

²⁵⁸ Ralph ROGOWSKI, « Autopoietic Industrial Relations and Reflexive Labour Law in the World Society », dans Tom WILTHAGEN (dir.), *Advancing Theory in Labour and Industrial Relations in a Global Context*, Amsterdam/New York, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, 1998, p. 67, à la p. 76.

²⁵⁹ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39 (CanLII), (2004) 2 R.C.S. 185.

Nous avons brièvement examiné le régime général de négociation collective du Québec à la lumière de la théorie des ordres juridiques. Comme nous l'avons prévu, dans la deuxième section de ce chapitre, nous approfondirons les rapports des acteurs institutionnels des relations du travail du secteur public de l'éducation. Comme nous l'avons mentionné, cette étude plus approfondie permettra de développer une meilleure connaissance du champ de notre étude du dossier des gels d'échelon qui sera accomplie dans le premier chapitre de la troisième partie.

2- Aperçu des ordres juridiques des relations du travail dans le secteur public de l'éducation

Nous examinerons successivement les ordres juridiques au sein des universités publiques qui sont, en matière de rapports collectifs du travail, régies par le régime commun du *Code du travail* (A); nous étudierons ensuite ceux des « secteurs public et parapublic » (B); les collèges d'enseignement général et professionnel (1) et les commissions scolaires (2).

A- Les universités publiques

Le réseau universitaire comprend principalement les universités publiques dont les activités requièrent une immense production normative pour régir à la fois leur organisation, leur enseignement et la recherche. Elles sont toutes dotées de la personnalité juridique.

Prenons l'exemple de la plus intégrée à l'État, l'Université du Québec. Elle a été créée par la *Loi sur l'Université du Québec*²⁶⁰, le 18 décembre 1968; cette loi institue à l'article 2, l'organisme général, et établit, à l'article 7, l'assemblée des gouverneurs pour exercer ses droits et pouvoirs. Notons que les objets d'« enseignement supérieur » et de « recherche » doivent être, en vertu de l'article 3, poursuivis dans le respect de la « liberté de conscience » et des « libertés académiques »²⁶¹. Les articles 18 et 21 instituent une commission des études et une commission de planification. L'article 27 octroie au gouvernement le pouvoir d'instituer des universités constituantes après avoir reçu l'avis de l'Assemblée des gouverneurs. Cette instance peut, en vertu de l'article 17, adopter des règlements généraux applicables aux universités constituantes,

²⁶⁰ *Loi sur l'Université du Québec*, L.R.Q., c. U-1.

²⁶¹ Il s'agit là de libertés qu'un État libéral n'a pas la capacité de remettre en question, au niveau universitaire.

aux écoles supérieures et aux instituts de recherche. Six constituantes ont été instituées : les Universités du Québec à Montréal, Trois-Rivières, Chicoutimi, Rimouski, en Outaouais et en Abitibi-Témiscamingue; également l'Université du Québec s'est pourvu d'écoles et instituts de recherche : l'École de technologie supérieure et l'École nationale d'administration, l'Institut national de recherche scientifique et Télé-université. L'organisme général et les composantes, constituantes, écoles et instituts, disposent de la personnalité juridique.

Toutes les universités publiques sont représentées à la Conférence des recteurs et des principaux des universités du Québec; l'institution centrale, les constituantes de l'Université du Québec, ses écoles supérieures et son institut de recherche y sont représentés directement. Comme nous l'avons vu, la Conférence des recteurs et des principaux des universités du Québec est membre du Conseil du patronat. En matière de relations du travail, c'est par cette confédération qu'elle est représentée au Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre.

En ce qui a trait à la représentation syndicale au niveau universitaire, le Syndicat des professeurs et professeures de l'Université du Québec à Montréal (SPUQ) qui regroupe au-delà de mille membres représente un cas particulier en étant affilié à la fois à la CSN et à la Fédération québécoise des professeures et professeurs d'universités (FQPPU). À l'intérieur de la CSN, ce syndicat est affilié à la Fédération des professionnelles (sic) et non à la Fédération nationale des enseignantes et enseignants du Québec (FNEEQ) à laquelle sont affiliés la plupart des syndicats de « chargées et chargés » de cours et tous les syndicats de personnel enseignant de CEGEP affiliés à la CSN.

Le Syndicat des professeurs et professeures de l'Université de Montréal a été fondé en mars 1972; il sera accrédité le 9 mars 1975, après de longues discussions relatives au droit de gérance des directeurs de départements et des doyens. Le syndicat des professeurs et professeures de l'Université Laval est « fondé en 1974 durant les années de syndicalisation de la plupart des universités québécoise »²⁶². Il est accrédité en 1975. Le Syndicat des professeurs et professeures de l'Université Sherbrooke (SPPUS) est fondé en 1973 « alors que se manifeste un fort mouvement de syndicalisation au sein des universités québécoises »; il est accrédité le 5 février

²⁶² « Historique », janvier 2013, en ligne : < www.spul.ulaval.ca >.

1974²⁶³. Il est affilié à la Fédération québécoise des professeures et professeurs d'université (FQPPU) qui le « représente auprès de l'Association canadienne des professeurs d'université (ACPU)²⁶⁴. Curieusement, la Fédération des professeures et professeurs d'université regroupe principalement les syndicats des « professeures et professeurs » des composantes de l'Université du Québec et d'universités anglophones. Le Syndicat des professeurs et professeures de l'Université Laval qui a été « un des piliers de la Fédération »²⁶⁵ s'est désaffilié en 1986. Le Syndicat des professeurs et professeures de l'Université de Montréal a également décidé en 2005 de se retirer de la Fédération²⁶⁶. Les affiliations au niveau du personnel de soutien sont partagées principalement entre la CSN et la FTQ.

Le syndicalisme des « professeurs et professeures » d'universités est, comme on le constate en général, indépendant. Il représente toutefois, pour le syndicalisme des institutions d'éducation et pour le mouvement syndical, une nouvelle force qui s'est développée durant les années 70.

Le personnel de soutien des universités est par ailleurs intégré, en général, aux centrales syndicales et a rejoint le Syndicat canadien de la Fonction publique, ce syndicat étant affilié à la FTQ et au Congrès du travail du Canada. C'est le cas du Syndicat des employé-es de l'Université de Montréal et du Syndicat des employés d'entretien; c'est le cas également du Syndicat des employés et employées de l'Université Laval (SEUL), du Syndicat des employées et employés de soutien de l'Université Sherbrooke (SEESUS); c'est également le cas de plusieurs constituantes de l'UQAM. La Fédération du personnel de soutien de l'enseignement supérieur (CSQ) regroupe également deux syndicats au sein de l'Université du Québec et le personnel d'une unité à Polytechnique. À l'Université McGill par ailleurs, le personnel de soutien a rejoint l'Alliance de la Fonction publique du Canada, un syndicat indépendant.

²⁶³ Jacques ROUILLARD, *Apprivoiser le syndicalisme en milieu universitaire : histoire du Syndicat général des professeurs et professeures de l'Université de Montréal*, Montréal, Boréal, 2006, p. 87-94. Cet ouvrage permet de comprendre l'évolution vers le syndicalisme des « professeurs et professeures » de l'Université de Montréal.

²⁶⁴ « L'histoire en bref », SPPUS - Syndicat des professeures et professeurs de l'Université de Sherbrooke : en ligne < www.usherbrooke.ca > (site consulté le 15 janvier 2013).

²⁶⁵ SYNDICAT DES PROFESSEURS DE L'UNIVERSITÉ LAVAL, « Historique-Chronologie du SPUL », en ligne : < <http://www.spul.ulaval.ca> >, (site consulté le 20 février 2013).

²⁶⁶ J. ROUILLARD, préc., note 263, p. 207-209.

Les relations de travail dans les universités publiques sont conduites en vertu du régime commun de rapports collectifs du *Code du travail*. La convention collective établit un ordre juridique simple, à un seul palier, dérivé de l'ordre juridique de l'employeur et de l'ordre juridique du syndicat accrédité. Comme on le sait, ce n'est pas le cas des autres niveaux du vaste champ de l'éducation publique.

B- Ordres juridiques des secteurs de l'éducation intégrés au Régime de négociation des secteurs public et parapublic

Les collèges d'enseignement général et professionnel et les commissions scolaires sont partie intégrante du secteur public et parapublic défini par le premier paragraphe de l'article 111.2. En vertu de l'article 111.1, les dispositions du *Code du travail* s'appliquent aux relations du travail dans les secteurs public et parapublic, sauf dans la mesure où elles sont inconciliables avec celles de la section 111 du chapitre V.1 qui instaure les régimes particuliers et centralisés de négociations collectives de la *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives des secteurs public et parapublic* (L.R.Q., chapitre R-8.2). Les différences sont substantielles, sinon fondamentales, puisque la relation entre le membre du personnel couvert par une accréditation et l'agent négociateur qui représente son unité n'est plus la relation du membre à l'égard de son syndicat lui permettant un contrôle à proximité dans un cadre de démocratie directe. La négociation est conduite, en vertu de l'article 26 de la *Loi sur le régime de négociation*, par un « agent-négociateur nommé par le groupement » dont le syndicat accrédité fait partie pour l'ensemble du groupement, en totalité ou pour une partie importante de l'entente.

Les objectifs de notre démarche ne requièrent pas une analyse des relations de travail du secteur public de l'éducation. Il nous apparaît toutefois nécessaire de souligner qu'elles sont profondément marquées par l'ordre juridique étatique qui peut recourir au pouvoir législatif pour imposer sa volonté en matière de négociation collective et qui n'a pas hésité à le faire en plusieurs occasions²⁶⁷. Dans un article d'un dossier publié par la *Ligue des droits et libertés* sur le droit d'association, Marie-Ève Bernier, doctorante à la Faculté de droit de l'Université de

²⁶⁷ François DELORME et Gaston NADEAU, « Un aperçu des lois de retour au travail adoptées au Québec entre 1964 et 2001 », (2002) 57 *R.I.* 743.

Montréal, rappelle les trois fonctions de l'État : législateur, gouvernement et employeur²⁶⁸. Elle mentionne que « [C]ette triple qualification de l'État entraîne un risque de conflit d'intérêts puisqu'un gouvernement majoritaire peut modifier le régime de négociation applicable à un conflit auquel il est partie ou y mettre fin par l'adoption d'une loi spéciale ». Après avoir analysé les caractéristiques des lois spéciales et mis en lumière les importantes sanctions dont ces lois ont été pourvues, elle mentionne en conclusion : « Le fait que l'État-employeur soit en position d'imposer des sanctions aux travailleurs du secteur public ne peut que modifier en sa faveur le rapport de force lors d'un conflit de travail, déjouant ainsi l'une des fonctions du droit du travail québécois ». Elle invite à une réflexion sur cette pratique²⁶⁹. Nous n'irons pas plus loin à ce sujet, mais il était important de le mentionner d'autant plus que le dossier que nous étudierons dans le premier chapitre de la troisième partie, le dossier des gels d'échelon dans la convention collective du personnel enseignant des commissions scolaires, se rapporte à des événements qui se sont produits dans des relations de travail marquées par l'imposition de lois spéciales et de sanctions et au cours d'une négociation sous la menace d'une loi spéciale. Nous faisons le constat que l'État et les organisations syndicales ne sont pas arrivés à une formule équilibrée du droit des rapports collectifs du travail dans les secteurs public et parapublic.

Ceci dit, il ne nous apparaît pas nécessaire de faire un examen particulier des rapports entre l'ordre juridique étatique et les institutions du secteur de l'éducation en dehors du système des relations de travail. Il faut toutefois noter que la relation entre, d'une part, le gouvernement et le ministère de l'Éducation du loisir et du sport et, d'autre part, les Cégeps et les commissions scolaires est constituée de forts liens de relevance dont le titre est la supériorité. Les pouvoirs à cet effet sont énoncés dans les lois respectives de ces groupes d'institutions, *La Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, la *Loi sur l'instruction publique* et la *Loi sur le ministère de l'éducation du loisir et du sport*²⁷⁰.

²⁶⁸ Marie-Ève BERNIER, « Lois de retour au travail dans le secteur public. La négation du droit de grève ? », (2012 – automne) *Bulletin de la Ligue des droits et libertés* 27, 27.

²⁶⁹ *Id.*, p. 28.

²⁷⁰ *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, L.R.Q., c. C-29; *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-13.3; *Loi sur le ministère de l'Éducation, du loisir et du Sport*, L.R.Q., c. M-15.

Nous examinerons maintenant les acteurs institutionnels en présence dans le cadre des négociations collectives.

1. Les collèges d'enseignement général et professionnel

Pour le réseau des collèges d'enseignement général et professionnel (cégeps), chaque collège « institué » en vertu de la *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*²⁷¹ est doté de personnalité juridique et, en vertu de l'article 19, à l'intérieur du cadre étatique, peut adopter des règlements pour des objets déterminés par cette disposition. Tous les cégeps sont regroupés au sein de la Fédération des cégeps. Comme nous l'avons mentionné, cette fédération est membre du Conseil du patronat.

En ce qui a trait à la partie syndicale, les nouveaux collèges créés après l'adoption de la loi en 1967 ont été un champ de concurrence intersyndicale; les syndicats de personnel enseignant se sont affiliés à la CSN, à l'intérieur de la Fédération nationale des enseignantes et enseignants (FNEEQ) et à la CSQ, à l'intérieur de la Fédération des enseignantes et des enseignants de Cégep (FEC). Ces fédérations sont devenues les acteurs syndicaux principaux des négociations collectives du personnel enseignant qui ont été conduites principalement à deux tables. Le personnel professionnel a largement rejoint les rangs de la CSQ à l'intérieur de la Fédération du personnel professionnel des collèges (FPPC-CSQ). Les syndicats de personnel de soutien sont en général affiliés à la Fédération des employées et employés de services publics (FEESP-CSN) ou à la Fédération du personnel de soutien de l'enseignement supérieur (CSQ)²⁷². Dans ce contexte, l'ordre juridique de la convention collective est dérivé à la fois des fédérations et des syndicats accrédités en ce qui a trait à la partie syndicale et du côté patronal, des ordres juridiques qui, en vertu de la Loi, ont un rôle décisionnel relatif à la convention collective. Nous expliquerons, dans la subdivision suivante, en ce qui a trait aux commissions scolaires, les éléments pertinents du régime de négociation. La situation des Cégeps est la même en faisant les adaptations nécessaires

²⁷¹ L.R.Q., c. C-29.

²⁷² PORTAIL DU RÉSEAU COLLÉGIAL, en ligne : < www.lescegeps.com >, (site consulté le 25 janvier 2013).

et avec des variantes, en ce qui a trait aux matières négociées et agréées à l'échelle locale ou régionale²⁷³.

2. Les commissions scolaires et leurs écoles

Comme les cégeps, chaque commission scolaire est instituée par le gouvernement et dotée de personnalité juridique en vertu de la *Loi sur l'instruction publique*. Les 67 commissions scolaires francophones sont regroupées au sein de la Fédération des commissions scolaires du Québec. Les neuf commissions scolaires anglophones le sont au sein de l'Association des commissions scolaires anglophones.

À notre avis, ces établissements d'enseignement ne constituent pas des ordres juridiques internes du gouvernement, mais de véritables entreprises parapubliques assumant le service public d'enseignement et d'éducation et non des fonctions gouvernementales. De plus, toutes ces institutions sont membres de la Fédération des commissions scolaires; elles en sont les préposées.

Rappelons-le, la Fédération des commissions scolaires du Québec est membre du Conseil du patronat avec la Conférence universitaire et la fédération collégiale. Les regroupements d'entreprises publiques y sont très minoritaires; cette confédération patronale est le seul lien avec le Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre²⁷⁴.

Examinant de plus près le champ des commissions scolaires, nous constatons que la législation est très développée révélant le travail considérable de réflexion et de rationalisation accompli. Aspect intéressant cependant, la *Loi sur l'instruction publique* établit d'abord la politique législative à l'égard des élèves ainsi que des écoles, des centres de formation professionnelle et des centres d'éducation des adultes avant d'aborder les commissions scolaires au chapitre V. Cet ordre envoie un message sur l'importance que la législature représentant la société québécoise, a accordé aux différents sujets, ce qui nous amène à nous rappeler la réflexion à ce sujet de

²⁷³ *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*, L.R.Q., c. R-8.2. Voir l'annexe A pour les variantes.

²⁷⁴ Voir p. 148-151.

Jacques Chevallier; c'est sans doute un bel exemple, bien sûr entre beaucoup d'autres exemples, du droit en tant que « discours [...] imprégné des valeurs fondamentales »²⁷⁵.

Le droit étatique détermine ici, d'une manière très développée, le régime de l'école, établissement d'enseignement établi par la commission scolaire²⁷⁶. Elle constitue à notre avis, fondé sur les principes énoncés par Santi Romano et que nous venons de citer, une institution et un ordre juridique interne établi par la commission scolaire. La *Loi sur l'instruction publique*, à ce sujet, régit le « directeur d'école »²⁷⁷, prévoit un « conseil d'établissement » composé paritairement de parents et de membres du personnel²⁷⁸, un « comité des élèves »²⁷⁹ et établit la possibilité de mettre en place « un organisme de participation des parents »²⁸⁰. Il est à noter que la mission de l'école centrée comme il se doit sur les élèves doit être poursuivie « dans le respect de l'égalité des chances »²⁸¹; une norme d'égalité à large portée est donc enchâssée dans la *Loi sur l'instruction publique* à l'égard des élèves.

L'école est le lieu de travail du personnel enseignant qui y est affecté et de membres du personnel de soutien. Les relations du travail s'y vivent au quotidien. En ce qui a trait aux normes de consultation du personnel, pour l'exercice de certains pouvoirs importants du conseil d'établissement et du directeur d'école, le personnel de l'école doit être consulté et les normes qui régissent cette consultation sont déterminées par des assemblées générales des « membres du personnel »²⁸². Le directeur d'école exerce certains pouvoirs relatifs aux études « sur proposition des enseignants », ce qui implique évidemment une assemblée du personnel enseignant²⁸³.

²⁷⁵ Voir p. 110.

²⁷⁶ *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-13.3, art. 36 et 39.

²⁷⁷ *Id.*, section V.

²⁷⁸ *Id.*, section II.

²⁷⁹ *Id.*, section IV.

²⁸⁰ *Id.*, section III.

²⁸¹ *Id.*, art. 36

²⁸² C'est le cas pour le « plan de réussite de l'école » et pour les « règles de conduite » et les « mesures de sécurité ». *Id.*, art. 75-77.

²⁸³ *Id.*, art. 96.15. Un régime est également prévu au chapitre IV pour deux autres types d'établissements : le Centre de formation professionnelle et le Centre d'éducation des adultes.

Les ordres juridiques en matière d'éducation publique primaire et secondaire, sont donc de plusieurs niveaux avant même de tenir compte de la négociation collective; le tableau suivant permettra de mieux saisir cet ordonnancement :

Tableau 3
Ordres juridiques en matière d'éducation publique primaire et secondaire

Types d'ordre juridique	Institution	Actes juridiques
Ordre juridique interne de l'État ayant un statut d'autorité	Législature	<ul style="list-style-type: none"> • Législation en particulier la <i>Loi sur l'instruction publique</i>
Ordre juridique interne de l'État détenant le pouvoir exécutif	Gouvernement	<ul style="list-style-type: none"> • Découpages du territoire • Institution des commissions scolaires • Par décret
Ordre juridique dérivé de l'ordre étatique	Commissions scolaires	<ul style="list-style-type: none"> • Acte d'établissement des écoles
Ordres juridiques internes dérivés de la commission scolaire	Écoles	Constitution des organes : <ul style="list-style-type: none"> • conseil d'établissement • conseil des élèves • organe de représentation des parents (facultatif) • assemblées du personnel • assemblées du personnel enseignant

La *Loi sur l'instruction publique* comprend la politique législative relative aux commissions scolaires. Le gouvernement par décret établit deux découpages du territoire : un pour les commissions scolaires francophones et l'autre pour les commissions scolaires anglophones. Il institue une commission scolaire sur chaque territoire²⁸⁴.

En ce qui a trait à la négociation collective, compte tenu des fins que nous poursuivons, nous n'accomplirons pas une étude détaillée de ses aspects juridiques; une telle étude a été accomplie par Michel Coutu, Georges Marceau et Laurence Léa Fontaine dans leur ouvrage *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*²⁸⁵. Nous nous limiterons aux éléments qui nous apparaissent nécessaires pour une connaissance des ordres juridiques qui favorise l'évaluation du droit en matière de mise en œuvre du principe d'égalité dans les milieux de travail syndiqués.

²⁸⁴ *Id.*, art. 111.

²⁸⁵ M. COUTU, L.L. FONTAINE, G. MARCEAU et T. BURKE, préc., note 1, p. 715-777.

Notre champ d'observation dans cette étude, rappelons-le, est en particulier le milieu de l'enseignement au sein des commissions scolaires.

En vertu de la *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*, un comité patronal de négociation pour les commissions scolaires francophones et un comité patronal de négociation pour les commissions scolaires anglophones sont institués. Ces « comités se composent de personnes nommées par le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport et de personnes nommées » par l'organisation « dont la majorité des commissions scolaires font partie » et « qui est jugée représentative de ces commissions scolaires par le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport [...] »²⁸⁶. La Fédération des commissions scolaires du Québec et l'Association des commissions scolaires anglophones nomment respectivement ces personnes sur les comités en question. La Fédération des commissions scolaires du Québec a un lien de présupposition avec les commissions scolaires francophones qu'elle regroupe; elles en sont les présupposées. Elle est elle-même la présupposée du Conseil du patronat. Le Conseil du patronat du Québec est une confédération; les groupements membres en sont, nous l'avons vu, les présupposés. L'Association des commissions scolaires anglophones du Québec (ACSAQ) a le même lien de présupposition avec les neuf commissions scolaires anglophones sans être affiliée au Conseil du patronat.

Dans une perspective de **théorie des systèmes**, les entreprises publiques comme les commissions scolaires doivent être considérées comme radicalement autonomes, opérationnellement fermées mais ouvertes sur leur environnement; les couplages structuraux avec le droit étatique et le gouvernement, en particulier le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport sont multiples et importants. Comme on peut le constater également, d'importants couplages structuraux ont été développés avec le regroupement des commissions scolaires et par le truchement de cette organisation avec le Conseil du patronat. Nous ne reprendrons pas ici ce que nous avons déjà mentionné à ce sujet dans la première section, sinon pour constater que les institutions qui travaillent à l'éducation publique au Québec n'ont pas, selon toute probabilité, de lien avec le forum permanent au sein duquel ont lieu les débats patronaux-syndicaux sur le droit du travail québécois et sur les instruments internationaux en discussion à l'Organisation internationale du

²⁸⁶ *Loi sur le régime de négociation des secteurs public et parapublic*, L.R.Q., R-8.2, art. 30 et 31.

travail (OIT). Il s'agit là d'un des volets de la réalité dans lequel les relations du travail se poursuivent et se construisent dans le secteur de l'éducation.

En ce qui a trait aux acteurs syndicaux, le personnel enseignant des commissions scolaires francophones est actuellement représenté par deux fédérations : la Fédération des syndicats de l'enseignement (FSE) affiliée à la CSQ et par une fédération indépendante et la Fédération autonome de l'enseignement. Le personnel professionnel est principalement regroupé à l'intérieur de la CSQ, au sein de la Fédération des professionnelles et professionnels de l'éducation du Québec. Le personnel de soutien adhère à des syndicats affiliés aux centrales CSN, FTQ et CSQ, ainsi qu'à la Fédération indépendante des syndicats autonomes (FISA). Ils sont regroupés à la CSN, au sein de la Fédération des employés et employées de services publics (FEESP-CSN), à la FTQ, au sein du Syndicat canadien de la fonction publique (SCFP), du Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau - Québec (CTC-FTQ) et de l'Union des employés et employées de service (UES), section locale 800, et à la CSQ, au sein de la Fédération du personnel de soutien scolaire (CSQ).

Prenons ici le cas des commissions scolaires francophones et du personnel enseignant que nous aurons à approfondir dans l'étude empirique de la troisième partie. Les négociations se déroulent principalement au niveau de l'ensemble du Québec mais également, pour certaines matières, au niveau local ou régional. La négociation de niveau national est conduite entre le comité patronal composé de personnes désignées par le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport et par la Fédération des commissions scolaires et, à des tables différentes, la Fédération des syndicats de l'enseignement et la Fédération autonome de l'éducation. Certaines matières sont toutefois négociées au niveau de la Centrale et même, dans le cadre d'un front commun à une table commune.

Les pouvoirs du Conseil du trésor sont déterminés à l'article 42 de la *Loi sur le régime de négociation* :

Conformément aux orientations déterminées par le gouvernement, le Conseil du trésor :

1° assure le suivi des négociations des stipulations visées dans l'article 44 et, à cette fin, peut déléguer un observateur aux séances de négociations;

2° autorise les mandats de négociations des comités patronaux dans les matières qu'il juge d'intérêt gouvernemental à l'exception des matières définies comme devant faire l'objet de stipulations négociées et agréées à l'échelle locale ou régionale suivant les articles 57 et 58; [...].²⁸⁷

Le syndicat local participe aux décisions au sein de sa Fédération. Comme nous l'avons dit, certaines matières sont négociées au niveau local ou régional. En ce qui a trait au personnel enseignant des commissions scolaires, ces matières sont énumérées dans la partie II de l'annexe A de la *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic* (chapitre R-8.2). Pour notre démarche dans le cadre de la théorie des ordres juridiques, les mécanismes de participation du personnel enseignant à la direction et à l'élaboration de principes et de règles sont particulièrement pertinents. Le paragraphe 8 de l'annexe A détermine que ces mécanismes de participation sont une matière de négociation au niveau local ou régional.

À titre d'exemple nous nous référerons à une entente intitulée *Entente locale et arrangements locaux intervenus entre la Commission scolaire de la Pointe-de-l'Île et Le Syndicat de l'enseignement de la Pointe-de-l'Île*, juin 2009.

Le chapitre 4-0.00 établit les mécanismes de participation en question au niveau de l'école et au niveau de la Commission scolaire. Au niveau de l'école, le Comité de participation des enseignantes et des enseignants aux politiques de l'école (CPEPE) réunit les représentants du personnel enseignant de l'école avec une personne qui représente l'autorité. Une disposition (4-2.00) détermine 25 sujets de consultation qui sont presque tous normatifs ou réglementaires : par exemple, « les critères généraux reliés à la distribution des locaux; [...] les grilles de surveillance [...]; la fixation des journées pédagogiques école dans le calendrier; [...] le système utilisé pour faire rapport à la direction des retards et des absences des élèves; [...] ». Au niveau de la Commission scolaire, un comité paritaire est utilisé comme lieu de consultation; l'annexe 5 énumère 21 objets de consultation.

L'article 9-4.00 porte sur les griefs et l'arbitrage sur les matières de négociation locale.

²⁸⁷ Le renvoi à l'article 44 permet de préciser qu'il s'agit exclusivement des négociations nationales. La référence aux articles 57 et 58 renvoie aux annexes qui précisent ces matières.

On constate que l'ordre juridique local existe et même dans certains cas un ordre juridique régional peut exister, mais les ordres locaux sont toujours des ordres internes de l'ordre juridique que la convention collective nationale a créé. Cet ordre juridique national est renforcé par une organisation de l'arbitrage au niveau national avec un greffe commun et un arbitre en chef qui a des fonctions de coordination.

Conclusion

Nous avons constaté la réception par l'ordre juridique étatique québécois des rapports collectifs des acteurs institutionnels, en particulier la représentation syndicale, la négociation collective et l'arbitrage des griefs. Cet état du droit québécois est évidemment à situer dans le contexte historique des luttes syndicales et de l'influence considérable des lois des ordres juridiques étatsunien et canadien. Nous accomplirons cette étude historique dans le premier chapitre de la partie suivante (Partie 2).

Cette réception des rapports collectifs du travail est toutefois précédée de l'émergence de la production industrielle et du développement du capitalisme libéral, le terme libéral devant être compris au sens de l'adhésion à la liberté d'entreprise. En ce qui a trait aux **ordres juridiques patronaux**, nous avons observé que la liberté de commerce, dans une société de libéralisme économique, s'impose au droit. Le régime corporatif de la société par action qui est la forme juridique prévalente des acteurs patronaux du secteur privé²⁸⁸ a été « l'outil privilégié permettant de mettre en place des entreprises lucratives » s'appropriant « tous les moyens matériels de production ». Le régime de la société par action a favorisé le développement de sociétés multinationales puissantes et la mondialisation de leurs activités²⁸⁹.

Le pouvoir décisionnel fondé sur la propriété des actions est en profonde contradiction avec les règles démocratiques parlementaires et, quant aux entreprises commerciales, aux coopératives²⁹⁰.

²⁸⁸ Voir p. 141-143.

²⁸⁹ *Id.*

²⁹⁰ *Id.*

Nous avons aussi constaté qu'en ce qui a trait à la dimension des acteurs patronaux du secteur privé, la petite et moyenne entreprise est la plus répandue.

Nous avons attiré l'attention pour les acteurs institutionnels publics, sur les grands réseaux des services publics, l'éducation, la santé et les services sociaux mais également, compte tenu du sujet de cette thèse, sur un organisme gouvernemental comme la Commission des droits de la personne qui a un statut d'employeur et négocie des conventions collectives avec un syndicat affilié à la CSN.

Nous avons également constaté que le grand regroupement des acteurs patronaux, le Conseil du patronat, réunit avec les grandes associations du patronat privé, des organisations comme la Conférence des recteurs et des principaux des universités, la Fédération des commissions scolaires et la Fédération des cégeps. Nous constatons des liens de relevance basés sur la présupposition des acteurs patronaux du secteur public avec leurs regroupements, les mêmes liens existants quant à leur regroupement à l'égard du Conseil du patronat. Les couplages structuraux se développent dans ce cadre et les communications avec le Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre emprunte la voie du porte-parole du Conseil du patronat à cet important comité. Nous constatons que ces importantes organisations du secteur public n'ont pas de communication autonome avec ce comité, alors que leurs problèmes de gestion et de relations de travail sont très spécifiques.

En ce qui a trait aux **ordres juridiques syndicaux**, nous avons constaté que par la médiation de leur mission et la voie des regroupements de syndicats, les organisations syndicales assument « une fonction de promotion et de défense [...] d'un intérêt collectif [...] de la collectivité des salariés [...] ». Dans la foulée de ce constat, l'approche la plus féconde pour notre démarche nous est apparu être de considérer que l'organisation syndicale est un groupe d'intérêt et un groupe de pression, cette expression étant toutefois réservée aux organisations qui prennent en compte, dans leur action, les intérêts et besoins de la collectivité des salariés. Nous avons considéré que les principaux regroupements syndicaux au Québec formaient un mouvement social, mais que leur action était souvent celle de simples groupes de pression.

Les organisations syndicales assument des fonctions de représentation au sein de divers organismes administratifs. « L'État reconnaît [...] (ainsi), partiellement au moins ce rôle

sociopolitique [...] », alors que l'Organisation internationale du travail le reconnaît pleinement. L'intensité de la représentation varie de la parité à l'absence de norme à ce sujet. Aucune telle représentation n'est prévue au Conseil d'administration de la Commissions des droits de la personne.

Nous avons vu que la *Loi sur les syndicats professionnels*, qui est une forme juridique très répandue et utile au niveau du syndicat, de la fédération et des centrales, était le fruit de l'action syndicale des syndicats nationaux et que la réception du projet syndical avait été favorisée par la crainte des autorités étatiques devant le développement des syndicats.

S'il y a diversité organisationnelle dans le mouvement syndical, la richesse des liens de présupposition jointe à une pratique répandue de la démocratie directe permet de donner aux décisions normatives et relatives à l'action une légitimité interne et une proximité qui ne pourrait exister sans ce type de relations. L'intensité de cette légitimité et de cette proximité est tributaire de la qualité du fonctionnement démocratique et peut se heurter à la complexité de la question débattue. Si ces liens engendrent les couplages structuraux à l'intérieur des regroupements, ils ne font pas disparaître la clôture opérationnelle de chaque organisation et les problèmes de communications, en particulier, confrontés à la complexité, peuvent affecter l'apprentissage et compromettre la qualité de la décision.

En ce qui a trait à **l'ordre juridique étatique québécois**, dans le cadre de l'ordre juridique canadien, le système a connu, en particulier durant la deuxième moitié du XX^e siècle, un développement qui l'a rendu extrêmement complexe. Rappelons ici trois développements majeurs :

- le nouvel ordre juridique hybride du constituant qui, sur le plan adoption, recourt aux ordres juridiques fédéral et provinciaux et sur le plan interprétation et mise en œuvre, aux appareils judiciaires et administratifs de ces ordres juridiques;
- le développement du droit du travail avec ses nombreux tribunaux et organismes administratifs, ainsi que l'institutionnalisation de l'arbitrage des différends et des griefs;
- le développement de la justice administrative.

Dans le cadre de l'ordre juridique canadien la Cour suprême, tribunal de l'ordre juridique fédéral, a la mission d'assurer la primauté du droit comme le commande expressément le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés* en affirmant que « le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent [...] la primauté du droit ». Cour constituée dans le cadre de la constitution du « dominion » canadien dérivée de l'ordre juridique britannique, alors que les composantes provinciales étaient extrêmement éloignées de la complexité du système juridique actuel, elle a la mission de décider en dernière instance les questions constitutionnelles et les questions dont sont saisies les cours supérieures des ordres juridiques provinciaux et intervient fréquemment sur les questions de droit du travail québécois. À l'intérieur de l'ordre juridique québécois, la Commission des droits de la personne, ordre juridique interne bénéficiant d'une large marge d'autonomie, est entre autres vouée à la mise en œuvre de certains aspects personnels et identitaires de l'égalité. Nous reviendrons au deuxième chapitre de la troisième partie sur cet organisme important et sur le Tribunal des droits de la personne, dont nous avons mis en lumière, en plus de la mission, la parenté avec la Cour du Québec.

En ce qui a trait aux **ordres juridiques internationaux**, le Canada et le Québec se sont engagés envers la mise en œuvre du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. Ces pactes n'ont pas négligé, malgré leur approche englobante des droits fondamentaux, les droits syndicaux. Mais tout le domaine du droit international du travail est assumé d'une manière autonome par l'Organisation internationale du travail (OIT). Cette organisation dont les décisions sont prises par les acteurs patronaux, les acteurs syndicaux et le États est porteuse de messages puissants pour les ordres juridiques étatiques : elle est un modèle de dialogue social institutionnel; sa place dans l'organisation onusienne est un modèle d'autonomie du droit du travail; son approche large du principe d'égalité et la place centrale accordée au droit de négociation collective devrait être incontournable pour le Canada et ses composantes provinciales.

La grande faiblesse de l'OIT est au niveau de ses moyens d'exiger la mise en œuvre de ses principes fondateurs et de ses conventions, même lorsqu'elles sont ratifiées. Dans le cadre de la mondialisation de l'économie, des ordres juridiques munis de dispositifs davantage propres à contraindre les États canadiens et québécois ont émergé d'accords commerciaux internationaux, allant même jusqu'à restreindre ses pouvoirs législatifs constitutionnels (ALÉNA et OMC). Ces

accords internationaux ont également fait une éclatante démonstration qu'un ordre juridique pouvait émerger d'un accord.

Force est de constater que, face à la domination des employeurs instaurée par le travail salarié fondé sur un lien de subordination, terrain favorable à des pratiques discriminatoires, le développement de la négociation collective permet d'instaurer, par la conclusion de conventions collectives, de véritables ordres juridiques, distincts des ordres juridiques institutionnels patronaux et syndicaux.

L'arbitre de griefs est l'agent de l'ordre juridique créé par la convention collective. Il a pour mission d'interpréter et de mettre en œuvre la convention collective; son rôle central en matière d'aspects juridiques des relations du travail a développé sa mission d'interpréter et d'appliquer d'importantes dispositions législatives et réglementaires, en particulier en matière de droits de la personne dans le milieu de travail pour lequel sa compétence s'exerce.

Dans la deuxième partie de cette thèse, c'est en adoptant une perspective historique que nous examinerons l'émergence et le développement de l'action syndicale et, en particulier, de la négociation collective (chapitre 1), ainsi que l'émergence et le développement de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, de la Commission des droits de la personne et du Tribunal des droits de la personne. (Chapitre 2).

PARTIE 2

La quête de l'égalité, le développement des rapports collectifs du travail et l'évolution des politiques publiques québécoises relatives à la négociation collective et à l'égalité des personnes

The legal system is fundamentally a normative instance of history. It defines goals, decides what roads society must travel, and dictate the norms of social action.

José Antonio Viera-Gallo¹

Quelle est la pertinence de recourir à la connaissance des dimensions historiques de l'activité des ordres juridiques des relations du travail et de la construction du droit du travail ? Quelle est la pertinence de recourir à la connaissance des dimensions historiques de l'émergence et du développement de la politique publique en matière de norme d'égalité ?

Le temps est une dimension incontournable du développement et de l'activité des ordres juridiques. Ils sont créés et se développent au cours de l'histoire; leurs rapports avec les acteurs et leurs rapports entre eux évoluent et leur évolution éclaire leur état contemporain. Le droit est construit au cours de l'histoire et on ne peut le décrire et l'interpréter sans examiner les différentes couches présentes dans ses ensembles de normes. On ne peut comprendre son véritable rôle et les effets de ses normes, dans une démarche normative, sans scruter les activités des ordres juridiques et de leurs acteurs.

Notre thèse permet d'explorer des territoires inconnus ou peu connus du droit et, en particulier, l'action juridique syndicale qu'il s'agisse de la négociation collective ou de l'activité de représentation. Au travers l'observation de cette évolution, la subordination du travail salarié est confirmée et on peut constater son intensité et les conditions de cette subordination. Comme l'a

¹ Extrait d'un discours de José Antonio Viera-Gallo, sous-secrétaire au ministère de la Justice sous le gouvernement Allende (juillet 1971). Cité dans Karl E. KLARE, « Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness », (1978) 62 *Minn. L. Rev.* 265.

mis en lumière la Cour suprême, l'histoire des relations de travail au Canada révèle la nature fondamentale de la négociation collective². L'histoire est enfin un immense réservoir d'action juridique, de principes, de normes et de techniques, de stratégies, de débats et le développement de l'analyse de ces réalités sociales et juridiques est souvent d'une grande importance pour l'éclairage des problèmes sociaux et juridiques contemporains.

Le sujet de notre thèse requiert une exploration, d'une part, de l'évolution des relations du travail avec l'émergence et le développement du syndicalisme, ainsi que l'émergence et le développement d'un droit du travail autonome et, d'autre part, de l'émergence, du développement et de la mise en œuvre de la politique publique québécoise de lutte à la discrimination de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Nous examinerons d'abord, en conservant la perspective essentielle de luttes contre les inégalités et du contexte nord-américain, le développement du syndicalisme et du droit du travail québécois. (Chapitre 1). Nous étudierons ensuite l'émergence, le développement et la mise en œuvre de la politique publique de lutte à la discrimination pour des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles (Chapitre 2). Nous terminerons cette partie par une analyse des enseignements qui se dégagent de l'étude accomplie dans le cadre de cette approche diachronique. (Chapitre 3).

Chapitre 1 - La lutte contre les inégalités, le développement du syndicalisme et du droit du travail au Québec

Nous diviserons ce chapitre en deux sections. Dans la première, nous examinerons les débuts du mouvement syndical, son développement et sa recherche de reconnaissance dans le cadre de l'industrialisation, dans un contexte juridique oppressif et, à compter de 1872, les premières

² Dans le jugement de la majorité (seule la juge Deschamps est dissidente) de l'arrêt *Health Service and Support* de la Cour suprême, rendu par la juge en chef et le juge LeBel, un historique des relations du travail au Canada est placé sous la rubrique : « L'histoire des relations du travail au Canada révèle la nature fondamentale de la négociation collective ». Cet historique adopté par la Cour suprême prend sans doute une valeur spécifique pour une étude de nature juridique sur des aspects des relations du travail au Canada. *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, (2007) R.C.S. 391, par. 40-68.

mesures d'affirmation de liberté et de légitimité syndicale. (1). Dans la seconde, nous étudierons l'émergence et l'évolution du régime de monopole de représentation syndicale unipatronal, la négociation collective au sein de ce régime tant dans le secteur privé que dans le secteur public et parapublic, ainsi que le devoir de juste représentation et son rapport à la mise en œuvre du principe d'égalité en milieu de travail syndiqué (2).

1- Premières conquêtes des libertés d'organisation et d'action syndicale

La période couverte dans cette première partie va de la naissance du mouvement syndical canadien jusqu'au début du 20^e siècle. Nous croyons nécessaire, compte tenu de l'étroite relation entre l'ordre juridique étatique britannique et l'ordre juridique étatique canadien, d'examiner brièvement cette évolution sociale en Grande-Bretagne. Comme le mentionne la Cour suprême dans l'arrêt *Health Services and Support* : « Le droit canadien tire son origine de divers systèmes de droit, mais surtout du droit britannique et du droit américain. Avant les années 1940, le droit britannique a largement contribué à l'évolution de notre droit du travail »³. C'est cet état du droit britannique dont nous donnerons d'abord un bref aperçu (A). Nous examinerons ensuite le contexte juridique d'oppression de l'activité syndicale qui prévalait au Québec (B) et nous étudierons, dans la troisième division de cette section, les premières affirmations de la liberté et de la légitimité syndicale (C).

A- L'évolution en Grande-Bretagne

Dans l'arrêt *Health Services and Support*, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel relatent brièvement, dans la partie historique du jugement qu'ils rendent, comment, en Angleterre, « les travailleurs [...] présentaient des pétitions au parlement réclamant des lois leur accordant de meilleures salaires ou d'autres conditions de travail plus avantageuses » et que peu après, « ils ont commencé à organiser des grèves »⁴. Sidney et Béatrice Webb étudient le passage du syndicalisme à la formation d'un mouvement syndical en Angleterre et l'attribuent à l'abandon par l'État de ses pratiques législatives de protection des salaires et des conditions de travail sous

³ *Id.*, par. 43.

⁴ *Id.*, par. 45.

la poussée du développement de la concurrence, dans le cadre de l'industrialisation qui transforme la société anglaise, vers le milieu du 17^e siècle⁵.

Sur le plan des entreprises, le *Bubble Act*⁶ est toujours en vigueur, mais nombre de sociétés par actions se sont constituées elles-mêmes en « joint stock companies ». Rappelons que l'ingéniosité des praticiens anglais du droit fut telle qu'« avec le temps, ils parvinrent à fabriquer une “société par actions” jouissant de presque tous les attributs de la personnalité morale complète de la compagnie d'auparavant ».

Les syndicats anglais se heurteront à une action juridique répressive diversifiée qui leur niait toute légitimité : « les organisations syndicales étaient considérées comme illégales selon la notion de complot criminel en common law »⁷ et la *Master and Servant Law*⁸ permettait des recours sommaires avec des peines d'amendes et d'emprisonnement pour inexécution du contrat dans le cas d'abandon du travail dans le cadre d'une grève. La révolution française viendra exacerber la méfiance de la classe dirigeante anglaise (largement constituée d'aristocrates) face à des regroupements de travailleurs et on recourra à des mesures législatives pour disposer d'instruments plus performants contre les nouveaux syndicats : les *Combinations Acts* de 1799 et de 1800⁹. Ces lois « interdisaient aux travailleurs de se coaliser, que ce soit pour la majoration

⁵ Sidney James WEBB et Beatrice WEBB, *The History of Trade Unionism*, New York,, Kelley, 1965, p. 45-63. Voir aussi Harry Douglas WOODS, Sylvia OSTRY et Mahmood A. ZAIDI, *Labour Policy and Labour Economics in Canada*, 2nd éd., Toronto,, MacMillan, 1972, p. 33. Ces changements de la société britannique y sont décrits ainsi : « The changes in commercial practice, and in agriculture, the beginnings of industrialism, and the associated changes in the population and in working arrangements were ushering in a new economy and promoting a revolution in socio-economic thinking. Wage regulation by statute or by justices operating under statutory authority gradually gave way to the market supported by laissez-faire economics ».

⁶ 6 Geo.1, c. 18 en 1720. Voir note 57 à la p. 39.

⁷ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 2, par. 47.

⁸ « La Loi existante pesait lourdement sur l'employé, car il pouvait être considéré comme criminel et envoyé en prison pour toute rupture de contrat, tandis que son employeur n'était passible que de poursuites civiles. De plus les magistrats avaient pris l'habitude de menacer les grévistes d'emprisonnement pour rupture de contrat en vertu de cette loi, s'ils ne reprenaient pas le travail sur le champ ». Henry PELLING, *Histoire du syndicalisme britannique*, Paris, Éditions du Seuil, 1967, p. 69.

⁹ Cette réalité est exprimée de la manière suivante dans l'arrêt *Health Services and Support* : « Convaincu que les organisations syndicales constituaient des nids d'incubation d'éventuelles révolutions, le Parlement britannique a adopté [...] ». Préc., note 2, par. 47.

des salaires, la réduction des heures de travail ou pour inciter d'autres travailleurs à quitter le travail ou à refuser du travail »¹⁰.

Les juges McLachlin et LeBel, indiquent que, dans les années 1860, des changements majeurs au sein de l'ordre étatique ont amené le Parlement britannique à changer de cap. Le premier, d'ordre structurel, est « la réforme du droit de suffrage » qui reconnaît « le droit de vote à un large segment de la classe ouvrière »¹¹. Le second est l'établissement, en 1867, d'une commission royale d'enquête sur les syndicats et sa recommandation d'une « plus ample reconnaissance juridique des syndicats »¹². Le Parlement a été ainsi amené à adopter en 1872, le *Trade Unions Act* et le *Criminal Law Amendment Act*¹³ qui avait pour but de permettre aux syndicats et à leurs membres d'échapper à l'application des lois criminelles réprimant le complot et les pratiques restrictives du commerce¹⁴.

Ce jugement ne mentionne toutefois pas que cet espace de liberté a été ouvert sous la pression de l'action syndicale durant cette période de structuration très importante du mouvement¹⁵. Heureusement un de leurs prédécesseurs l'a fait. Le juge Girouard, dans son jugement de l'arrêt *Perrault c. Gauthier*, souligne que la législation britannique a été conquise progressivement par les travailleurs :

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.*, par. 49. Les juges s'appuient sur d'importantes références. Au sujet de la réforme électorale, le changement fut amorcé en 1832, mais « les grands propriétaires qui dominaient [...] les campagnes » et les « hommes d'affaires » restaient « maîtres de la Chambre des Communes ». « La réforme de 1867 donna un suffrage réellement démocratique aux bourgs [...] À partir de 1885, la Grande-Bretagne eut un régime électoral peu éloigné du suffrage universel des hommes ». Jacques CADART, *Régime électoral et régime parlementaire en Grande-Bretagne*, Paris, Colin, 1948, p. 25-26.

¹² *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 2, par. 49.

¹³ *An Act Respecting Trade Unions*, 35 Victoria, 1872, chapitre XXX; *An Act to Amend the Criminal Law Relating to Violence, Threats and Molestation*, 35 Victoria, S.C. 1872, chapitre XXXI.

¹⁴ *Id.* Ces lois n'ont pas mis fin à la répression. Michel MORIN, *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Éditions Thémis, 2004, p. 303.

¹⁵ La première convocation ou déclaration de tenue du premier congrès (« summons of the first Trade Union Congress ») est datée du 16 avril 1868. Un des points de l'ordre du jour est le suivant : « The necessity of an Annual Congress of trade Representatives from the various centres of industry ». S.J. WEBB et B. WEBB, préc., note 5, p. 738-739.

The Imperial Trade union Act has been in force since 1871 and even before, in 1855, 1858, 1859 and especially 1869, laws has been enacted to remove partly the restrictions and disabilities of the common law against coalitions and promote trade unions. The present legislation of Great Britain, [...] was conquered by degrees by and through the increasing political influence of the workingmen.¹⁶ (notre soulignement)

À titre d'exemple à ce sujet, Henri Pelling mentionne : « En 1865 fut fondée la Ligue pour la réforme demandant le droit de vote pour l'ouvrier; et la plupart des dirigeants syndicalistes de Londres s'associèrent pleinement à ses activités ». Il mentionne aussi que les dirigeants du Conseil des métiers de Londres jouèrent un rôle décisif au cours de l'agitation ouvrière pour l'élargissement du droit de vote et il ajoute qu'en ce qui a trait à la *Master and Servant Law*, « [...] ce fut le Conseil des métiers de Glasgow, fondé en 1858, soit deux ans avant son homologue londonien qui contribua dans une large mesure à la réforme » de cette loi¹⁷.

H.D. Woods, Sylvia Ostry et Mahmood A. Zaidi concluent ainsi leur développement des préalables britanniques des lois canadiennes (« The Background to Current Policy ») :

The old weapons of criminal and civil conspiracy, which had had such disastrous effects, has been removed by legislation, and a reasonable degree of protection in law for the union as an entity had been established. The remarkable thing about British development is that it was achieved with so little control of either the internal affairs of unions themselves, or of the relations between unions and employers.¹⁸

Nous avons exposé ces développements de l'histoire britannique en particulier parce qu'ils sont à l'origine des changements qui ont apporté, au Québec, le premier stade de reconnaissance étatique des syndicats et, par conséquent, de la légitimité de l'organisation et de l'action syndicale. Comme nous le verrons toutefois, les changements canadiens ne se feront pas sans ingérence étatique. Soulignons aussi que les changements canadiens se situent dans le contexte

¹⁶ *Perrault c. Gauthier*, (1897) S.C.R. 241, 252-253. Soulignons toutefois qu'aucun autre juge ne semble faire sien le jugement du juge Girouard. Il nous apparaît significatif et révélateur de la fermeture opérationnelle de la Cour suprême, que la plus haute cour canadienne, dans *Health Services and Support*, ne mentionne que les changements de l'ordre étatique et que le juge Girouard soit isolé dans son réalisme et son ouverture.

¹⁷ H. PELLING, préc., note 8, p. 68-69.

¹⁸ H. D. WOODS, S. OSTRY et M. ZAIDI, préc., note 5, p. 38.

colonial; l'ordre juridique étatique canadien n'est pas indépendant de l'ordre juridique britannique quoiqu'un processus d'autonomisation soit en cours¹⁹.

Dans notre examen de la situation au Québec, nous étudierons, comme nous l'avons mentionné d'un point de vue québécois, d'abord l'émergence d'un mouvement syndical canadien et la répression du syndicalisme.

B- Construction d'un mouvement syndical au Canada et répression du syndicalisme

Nous examinerons les deux angles de cette question dans deux subdivisions : la construction du mouvement syndical canadien (1) et la répression du syndicalisme (2).

1. Construction d'un mouvement syndical au Canada

Jacques Rouillard écrit dans *Syndicalisme québécois. Deux siècles d'histoire* : « Au Québec comme ailleurs en occident, la naissance et le développement du syndicalisme sont liés à l'extension du salariat qui découle de l'avènement de la Révolution industrielle »²⁰. Les juges McLachlin et LeBel mentionnent, dans l'analyse historique de l'arrêt *Health Services and Support* : « [...] au Canada, [...] ce n'est qu'avec la révolution industrielle que [...] naît un véritable mouvement syndical »²¹. Ce lien avec l'industrialisation est important; il nous apparaît cependant qu'il faut faire preuve de prudence afin d'éviter une approche réductrice, ce que l'analyse fouillée des Webb a permis, il nous semble, d'éviter pour la société britannique.

Apportons ici deux réserves : la première porte sur la notion de révolution industrielle, à savoir la qualification de « révolution » des transformations sociales de la période visée. Nous préférons une approche comme celle de la *Brève histoire socio-économique du Québec* de John A.

¹⁹ Voir p. 196-198.

²⁰ Jacques ROUILLARD, *Le syndicalisme québécois : deux siècles d'histoire*, Montréal, Boréal, 2004, p. 15.

²¹ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 2, par. 46 et sources indiquées.

Dickinson et de Brian Young qui aborde ces changements souvent qualifiés de révolution industrielle comme une transition vers le capitalisme industriel²².

Nous adoptons l'approche que Guy Rocher a exposé à ce sujet dans sa conférence *Le laboratoire des réformes dans la Révolution tranquille*; elle permet de clarifier la notion de révolution : « [...] elle se manifeste par une mutation rapide et brusque qui marque une nette rupture et un saut hors de la légalité existante, avec l'intention d'opérer un changement total, fondamental ». Quant à son rapport au droit, la révolution « [...] s'est produite par une sortie hors du droit existant et elle se conclut par une refonte fondamentale du droit public antérieur, généralement par une nouvelle Constitution qui reformule sur de nouvelles bases la conception et les structures de l'État et de ses rapports avec les citoyens »²³.

L'approche de ces transformations comme une transition vers le capitalisme industriel permet de rendre compte de ces changements dans la perspective appropriée, celle de l'évolution.

La seconde réserve qui ne se veut pas une critique de l'analyse des juges McLachlin et LeBel mais plutôt un complément utile pour notre étude centrée sur le Québec, est à l'effet que la naissance d'un mouvement syndical au Canada ne coïncide pas avec celle du mouvement syndical au Québec qui sera plus tardive. Ceci s'explique sans doute par le fait que la transition au capitalisme industriel ne sera pas uniforme et qu'au Québec, le développement industriel, à Montréal, n'aura pas d'équivalent dans les autres régions²⁴.

Jacques Rouillard évalue que le Québec « entre pour de bon dans l'ère industrielle au cours des années 1880 »²⁵. Il est significatif que le mouvement pour la journée de neuf heures en action en

²² John Alexander DICKINSON et Brian YOUNG, *Brève histoire socio-économique du Québec*, Sillery, Éditions du Septentrion, 2003, p. 177-266. Voir en particulier les pages 195 à 202 sur la production industrielle et l'organisation du travail.

²³ Guy ROCHER, *Le « laboratoire » des réformes dans la Révolution tranquille*, coll. « Grandes conférences Desjardins », Montréal, Programme d'études sur le Québec, Université McGill, 2001. Voir p. 11.

²⁴ Selon Jean Hamelin et Yves Roby, Montréal et l'Outaouais sont les exemples classiques de concentration industrielle pour le 19^e siècle. L'Outaouais se distingue toutefois de Montréal, la concentration étant liée à la forêt et au développement des scieries. Jean HAMELIN et Yves ROBY, *Histoire économique du Québec, 1851-1896*, Montréal, Fides, 1971, p. 287.

²⁵ J. ROUILLARD, préc., note 20, p. 23-24.

1871 se manifeste dans de nombreuses villes ontariennes et, au Québec, seulement à Montréal²⁶. Après 1880, le syndicalisme connaît de l'expansion au Québec mais reste beaucoup plus important à Montréal²⁷. Notre hypothèse est que le syndicalisme montréalais faisait alors partie d'un mouvement syndical canadien naissant sans qu'il existe de mouvement syndical proprement québécois. Notons qu'en 1871, l'État québécois est un ordre juridique au début de son développement. L'ordre étatique québécois jouera plus tard un rôle important dans la configuration des organisations syndicales et dans la constitution d'un mouvement syndical québécois autonome face au mouvement canadien.

2. Répression et tolérance au Québec

Un système juridique de répression de l'activité syndicale dans une certaine mesure propre au Québec a été en place, dans son intégralité, jusqu'en 1872. Il est toutefois difficile de voir clair dans la situation réelle des syndicats. Comme le soulignent les juges McLachlin et LeBel dans *Health Services and Support* : « La question de savoir si les principes répressifs de la Common Law et les *Combinations Acts* ont été introduit en droit canadien demeure sujette à controverse ». Ils jugent qu'il n'est pas nécessaire de trancher le débat mais que les lois canadiennes « jettent une ombre sur la légitimité des syndicats »²⁸. La métaphore de l'ombre apparaît malheureusement être un élégant euphémisme. Les événements liés à l'adoption même des deux

²⁶ C'est ce qui ressort d'un article dont le souci de rigueur nous apparaît indéniable. Claude D'AOUST et François DELORME, « The Origin of the Freedom of Association and of the Right to Strike in Canada », (1981) 36 *R.I.* 894, 897.

²⁷ Jacques Rouillard souligne qu'en 1887, le Québec compte 45 assemblées des Chevaliers du travail dont 29 à Montréal. En 1897, les deux tiers des syndicats internationaux se trouvent à Montréal. J. ROUILLARD, préc., note 20, p. 25 et 28. L'*Histoire du mouvement ouvrier au Québec* publiée par la CSN et la CSQ met en lumière que les premières associations ouvrières, au 19^e siècle, « sont généralement fondées par des immigrants britanniques inspirés par la pratique du syndicalisme [...] en Grande-Bretagne. Les Canadiens français, encore peu urbanisés, sont peu présents au sein des premières unions » (notre soulignement). CSN et CEQ, *Histoire du mouvement ouvrier au Québec : 150 ans de luttes*, Montréal, CSN-CEQ, 1984. Une troisième édition n'a pas modifié le contenu, mais la CEQ y est identifiée comme la CSQ. À la fin de son ouvrage, *Le syndicalisme québécois* [...] que nous venons de citer, sous la rubrique « Orientation bibliographique », Jacques Rouillard place, comme il se doit, cet ouvrage dans les ouvrages de synthèse avec le commentaire suivant : « [...] comme son titre l'indique, [il] demeure un ouvrage plutôt axé sur le mouvement ouvrier dans un sens large que sur l'histoire syndicale ». *Id.*, p. 309. Cette distinction pourra être mieux observée lorsque nous traiterons de la participation ouvrière au pouvoir législatif.

²⁸ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 2, par. 50.

lois éclairent l'état de la répression durant cette période. Une importante opinion juridique à l'effet que l'action syndicale était interdite à titre de conspiration pour restreindre le commerce a été publiée en 1872 dans le *Globe*, par le propriétaire de ce journal, le chef de l'opposition libérale à la chambre des communes, George Brown²⁹. À la suite du déclenchement de la grève au journal le *Globe*, les leaders du comité de grève des typographes sont arrêtés et accusés de « conspiration criminelle »³⁰. Il faut donc affirmer que, quelle que soit l'incertitude du droit³¹, la légitimité de l'action syndicale n'était pas reconnue et que ceci constituait une épée de Damoclès au-dessus de la tête des syndicalistes. Ainsi la perspective de Jacques Rouillard semble plus proche de la réalité historique lorsqu'il mentionne que la preuve de la conspiration « n'est pas toujours facile à établir »³² et que « certains employeurs préfèrent traiter avec les syndicats, surtout s'ils ont affaire à des ouvriers de métier dont ils peuvent difficilement se passer ». À son avis, il s'établit « une zone de tolérance qui explique l'existence des syndicats ouvriers avant 1872. Mais la crainte d'être poursuivi demeure toujours présente chez les syndiqués »³³ (notre soulignement).

²⁹ « [...] the legal opinion of a lawyer, Mr. Robert A. Harrison, Q.C. [...] ». C. D'AOUST et F. DELORME, préc., note 26, p. 901.

³⁰ CSN et CSQ, préc., note 27, p. 52. En vertu de la *Loi des maîtres et serviteurs de 1847* : « Four printers were held for trial during the 1872 strike : one was subsequently sentenced to twenty days in jail, and another, who was given the alternative of a fifteen-dollar fine or thirty days, joined him there ». Paul CRAVEN, « Canada 1670-1935 Symbolic and Instrumental Enforcement in Loyalist North America », dans Douglas HAY et Paul CRAVEN (dir.), *Masters, Servants, and Magistrates in Britain and the Empire 1562-1955*, Chapel Hill; University of North Carolina Press, 2004, 175-218, 202.

³¹ Dans *Perrault c. Gauthier*, le juge Girouard qualifie, peut-être avec un soupçon d'ironie, cette incertitude de « glorious uncertainty of the law ». Préc., note 16, p. 245.

³² « Dans le petit nombre de cas rapportés par les historiens où des travailleurs furent poursuivis pour conspiration en vue de cesser le travail, on note une majorité d'acquittements par un jury ». Michel COUTU, Georges MARCEAU, Laurence Léa FONTAINE et Tanaquil BURKE, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, coll. « Droit fondamental du travail », Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 66. Avec en note de bas de page : Eric TUCKER, « That Indefinite Area of Toleration », (1991) 27 *Labour/Le travail* 15, 34 et suiv.

³³ J. ROUILLARD, préc., note 20, p. 21. Jacques Rouillard ajoute, après avoir mentionné cette crainte constante d'être poursuivi : « [...] c'est probablement pourquoi certains syndicats s'affichent plutôt comme des sociétés de secours mutuels, sortes de coopératives destinées à venir en aide à leurs membres en cas d'accident, de maladie ou de décès ». L'*Histoire du mouvement ouvrier au Québec* de la CSN et de la CSQ va dans le même sens sans faire cet intéressant lien avec le contexte de répression : « Les premières associations ouvrières [...] fonctionnent sous la forme de sociétés de secours mutuel ». Préc., note 27, p. 43.

Les relations du travail de cette période ne peuvent être comprises sans tenir compte de la *Loi des maîtres et serviteurs*. Il importe d'entrée de jeu, à ce sujet, de bien situer cette importante mesure législative qui a marqué les rappports individuels du travail dans l'ensemble de l'Empire britannique et qui, nous l'avons vu dans le contexte britannique, a été utilisée dans les conflits des rapports collectifs du travail. À cause de sa nature d'intervention pénale étatique en matière de relation individuelle d'emploi, les mesures qui découlent de ce régime se poursuivront dans certains cas bien au-delà des lois de 1872 introduisant la liberté syndicale au Canada. Il faut sans doute commencer par préciser la nature du régime au Québec, ce qui ne saute pas nécessairement aux yeux en lisant les auteurs qui ont abordé cette question.

Jacques Rouillard semble prendre pour acquis qu'en 1847 cette loi « est renforcée au Québec »³⁴. Une confusion semble avoir été provoquée par la nouvelle structure du Canada-Uni. Le professeur Michel Morin met en lumière un aspect important de l'ordre étatique qui est issu de l'*Acte d'Union* :

L'article 46 précise que le droit de chacune des anciennes provinces demeure en vigueur jusqu'à ce qu'il soit modifié par une loi du Canada-Uni. Dans la plupart des cas, le législateur ne cherche pas à uniformiser ces droits. Il continue plutôt d'adopter des lois dont le champ d'application est expressément limité au Haut-Canada ou au Bas-Canada.³⁵

Ainsi la loi des maîtres et serviteurs de 1847³⁶ prévoit expressément, à son article XI, « [...] le présent acte n'aura d'effet que dans cette partie de la province qui constituait ci-devant la province du Haut-Canada ».

Résumons la situation au Bas-Canada et ensuite au Québec en recourant à l'étude fouillée de Paul Craven publiée en 2004 dans un ouvrage qui couvre l'ensemble de l'Empire britannique :

³⁴ J. ROUILLARD, préc., note 20, p. 21. On trouve le même glissement des faits dans *L'histoire du mouvement ouvrier au Québec* [...] de la CSN et de la CSQ. CSN ET CSQ, précité, note 27, p. 40. On peut voir la cause de ce glissement dans la date de publication de ces ouvrages antérieure à la parution de l'étude fouillée de Paul Craven sur le *Loi des maîtres et serviteurs au Québec*. Il est à noter que ce glissement est évité dans le *Droit des rapports collectifs du travail au Québec* des auteurs Coutu, Fontaine, Marceau et Burque dont la publication est postérieure. Préc., note 32, p. 66.

³⁵ Michel MORIN, « Les grandes dates de l'histoire du droit québécois », (1998) *Actes des conférences des juristes de l'État* 293, 300.

³⁶ *Acte pour régler les obligations des Maîtres et des Serviteurs et pour d'autres fins y mentionnées*, 10-11 Victoria, 1847, chapitre XXIII.

The 1802 legislation directed the justices in quarter sessions of each of the three judicial districts to make regulations “to restrain, rule and govern” apprentices, domestics, hired servants and journeymen, and for the conduct of masters and mistresses, subject to the approval of the district court of King’s Bench; penalties were not to exceed ten pounds or two months imprisonment.³⁷

Cependant l’activité réglementaire semble n’avoir été soutenue qu’à Montréal, les districts de Québec et de Trois-Rivières tardant à assumer ce mandat³⁸. Comme nous l’avons mentionné, Montréal est alors un centre d’activité économique important et l’industrialisation s’y développe rapidement.

Le pouvoir de faire de tels règlements dans ces municipalités fut transmis à des conseils municipaux électifs en 1833³⁹. Alors qu’on y trouvait à l’origine une certaine réciprocité entre la personne embauchée et son employeur, cette caractéristique s’évanouit tôt au cours du 19^e siècle :

After 1821, servants could no longer complain to the magistrate of mistreatment by their masters; their only recourse became expensive and protracted civil litigation. The regulations also became more punitive. The ostensibly mandatory penalty for most kinds of worker indiscipline became imprisonment and fine.⁴⁰

En 1836 la législature adopta des mesures substantielles inspirées des règlements de Montréal applicables en dehors des villes de Montréal, Trois-Rivières et Québec⁴¹.

Ces mesures, tant celles des villes que celles des campagnes, ont survécu à l’adoption du *Code civil du Bas-Canada* en 1866. L’article 1670 se lisait comme suit :

Les droits et obligations résultant du bail de service personnel sont assujettis aux règles communes aux contrats. Ils sont aussi, dans les campagnes, sous certains rapports régis par une loi spéciale et, dans les villes et villages, par les règlements des conseils municipaux.

³⁷ P. CRAVEN, préc., note 30, p. 18.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*, p. 190.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.*

La deuxième phrase de cet article n'a été retirée que le 10 mars 1949. Paul Craven écrit à ce sujet :

Despite the formal apparatus of Roman law underpinning the analysis of employment as lease of service in the Civil Code of Lower Canada, its authors did not interfere with the existing master and servant regime, which was at such odds with the civilian tradition [...]. In the result the code articulated a splendid abstraction that simply did not apply in important respects to most workers in the province.⁴²

Toutefois le régime applicable en dehors des villes de Montréal, Trois-Rivières et Québec serait devenu beaucoup moins répressif avec de nouvelles lois en 1881 et 1894, mais la réglementation de Montréal fut préservée jusqu'au début de la Première Guerre mondiale⁴³.

Après un examen des recherches au sujet des lois des maîtres et serviteurs dans plusieurs juridictions, Judy Fudge, Eric Tucker et Leah F. Vosko faisaient le constat suivant :

This body of research demonstrates that contrary to the conventional story, for most of the nineteenth century the employment relationship was not legally conceptualized in purely contractual terms. Contract may have been the principal gateway into the master and servant relation, but the law fixed many of its incidents in a manner that conferred upon servant a distinct and subordinate status [...]. The relationship therefore, was not viewed simply as a bilateral one, of no interest to anyone other than the particular parties, but rather as one overlaid with a strong public interest.⁴⁴ (notre soulignement)

Ces auteurs constatent aussi : « In sum, the historical evidence is quite clear : the conception of the employment relationship as purely contractual is not only recent, but is an ideological construct that obscures its hierarchical essence ».

Dans la conclusion de son article de 2004 qui porte sur l'ensemble du Canada, après avoir constaté que contrairement à l'Angleterre et à plusieurs colonies, au Canada le régime de la loi des maîtres et serviteurs n'avait pas joué de rôle économique important (sauf peut-être dans la

⁴² *Id.*, p. 192-193.

⁴³ *Id.*, p. 193-194. « In Quebec, municipal bylaws providing for mandatory imprisonment were still being enforced after the turn of the twentieth century ». *Id.*, p. 203.

⁴⁴ Judy FUDGE, Eric TUCKER et Leah VOSKO, « Changing Boundaries in Employment : Developing a New Platform for Labour Law », (2003) 10 *Canadian Labour and Employment Law Journal* 329, 347. Il s'agit d'études de Doug Hay, Robert Stanfield et Paul Craven antérieures à la publication de 2004.

marine marchande), mais susciter par ailleurs beaucoup d'activités législative ou réglementaire, Paul Craven propose l'explication suivante :

[...] while master and servant enforcement could bare only marginally on labor market problems in the canadian setting, it was nevertheless valued for its side effects. The occasional exemplary prosecution served as a useful reminder of superordination and subordination in a british society bordering then american republic. Unequal relations, whether of class or of race, found clear expression in an employment regime that could curtail liberty for insubordination. The rough policy of master and servant law could lend legitimacy to employer authority and, especially in the absence of other institutions to enforce the law's provisions, sanction employer self-help.⁴⁵ (nos soulignements)

C- L'émergence de la liberté et de la légitimité syndicales

[...] trying to tremples Trades' Unionism out of existence here
[...] they might as well try to stem Niagara⁴⁶

John Hewitt, dirigeant de Coopers' Union

Dans un article portant sur l'inclusion de la liberté syndicale dans la liberté d'association enchâssée dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, Pierre Verge et Christian Brunelle mettent en lumière que la « [...] liberté syndicale a de profondes racines en droit canadien ». Ils mettent en lumière que ces racines profondes sont, dans une certaine mesure, occultées par les législations qui régissent les rapports collectifs du travail depuis plus d'un demi-siècle :

Elle y était, en effet, acquise dans ses grandes dimensions bien avant la mise en place, après la Seconde Guerre mondiale, des législations qui régissent généralement les rapports collectifs du travail dans les différentes juridictions du pays. L'importance de l'apport spécifique de ces lois, de même que la pratique à laquelle elles donnent lieu a pour conséquence d'occulter quelque peu le fait qu'à l'orée du siècle précédent, la liberté syndicale avait déjà cours, à titre de simple liberté.⁴⁷

⁴⁵ P. CRAVEN, préc., note 30, p. 215.

⁴⁶ Extrait d'un éditorial du 10 avril 1872 dans le *Mail*. Eric TUCKER, « That Indefinite Area of Toleration », (1991) 27 *Labour/Le travail* 15. Voir p. 36.

⁴⁷ Christian BRUNELLE et Pierre VERGE, « L'inclusion de la liberté syndicale dans la liberté générale d'association : un pari perdu ? », (2003) 82 *R. du B. can.* 711. Voir p. 735.

Cette perspective nous apparaît essentielle à toute approche du régime actuel de droit du travail en mettant en lumière **la profondeur de ses racines**⁴⁸. Nous ne ferons pas le récit des événements qui ont conduit à l'adoption des lois qui ont affirmé les premiers éléments de la liberté syndicale. L'article de Claude D'Aoust et de François Delorme accomplit cette tâche d'une manière satisfaisante⁴⁹. Ce récit met en lumière un aspect d'une importance majeure. Les lois de 1872 sont le fruit de la lutte du mouvement syndical canadien pour la journée de 9 heures; cette lutte s'inscrit dans un contexte international, ayant débutée environ en 1864 aux États-Unis et en 1871 en Angleterre⁵⁰.

Il faut en même temps souligner que les luttes syndicales britanniques et ses résultats sur le droit anglais ont préparé le terrain dans la colonie. Pierre Verge et Christian Brunelle le soulignent, le Parlement canadien a été amené « à l'instar de son modèle britannique d'alors, à accepter à la pièce, par voie d'exceptions au droit criminel, que de telles formes de concertation à des fins reliées au travail n'enfreignaient exceptionnellement pas l'ordre public, même si elles pouvaient avoir pour effet de restreindre le commerce »⁵¹ (notre soulignement). Dans la conclusion de leur article précité, Claude D'Aoust et François Delorme affirment : « The 1872 legislation granted the working class the fundamental right of acting collectively in the market [...] »⁵².

Christian Brunelle et Pierre Verge constatent aussi : « [...] au début du 20^e siècle, l'action syndicale avait accédé à la légalité, non pas, il est vrai, par une affirmation générale mais par voie d'immunités face au droit criminel »⁵³. Les juges McLachlin et LeBel, dans *Health Services*

⁴⁸ En note de bas de page, Christian Brunelle et Pierre Verge rappelle un extrait du jugement des juges McLachlin et LeBel (pour une Cour unanime) dans l'arrêt *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd*, (2002) 1 R.C.S. R.C.S. 156, 2002 CSC 8. Ils considèrent comme « toute relative l'affirmation [...] voulant que [...] les principes fondamentaux du droit du travail moderne [aient] pris racine pendant les décennies qui ont suivi la Deuxième Guerre mondiale » (par. 23). Le terme « relative » nous apparaît un euphémisme. Heureusement les juges McLachlin et LeBel adoptent une autre perspective dans l'arrêt *Health Services and Support. Id.*

⁴⁹ C. D'AOUST et F. DELORME, préc., note 26, p. 895-905.

⁵⁰ *Id.*, p. 895. Les lois canadiennes adoptées en 1872 sont : *Acte des Associations ouvrières*, 1872, S.C. 1872, c. 30; *Acte pour amender la loi criminelle relative à la violence, aux menaces et à la molestation*, S.C. 1872, c. 31.

⁵¹ C. BRUNELLE et P. VERGE, préc., note 47, p. 736.

⁵² C. D'AOUST et F. DELORME, préc., note 26, p. 918.

⁵³ C. BRUNELLE et P. VERGE, préc., note 47, p.737.

and Support soulignent : « Au début des années 1900, les principales mesures pénales qui avaient fait obstacle au syndicalisme canadien n'existaient plus »⁵⁴.

Quel était l'état des relations du travail dans ce nouveau contexte juridique ? Les juges LeBel et McLachlin, dans ce même développement historique de leur jugement dans cette affaire dégagent avec clarté la condition syndicale alors effective :

Les employeurs pouvaient refuser de reconnaître les syndicats et de négocier avec eux, mais les employés disposaient d'une arme économique puissante : la capacité de déclencher une grève pour forcer un employeur à reconnaître leur syndicat et à négocier collectivement avec lui. La loi permettait ainsi aux deux parties de recourir aux armes économiques pour parvenir à leurs fins. Avant l'adoption du modèle légal contemporain des relations du travail, la majorité des grèves s'expliquaient par le désir des travailleurs d'amener l'employeur à reconnaître le syndicat et à négocier collectivement avec lui.⁵⁵

Le Québec n'échappe pas à cette réalité comme le met en lumière Jacques Rouillard :

[...] la grève représente toujours en cette fin de siècle un moyen privilégié des travailleurs pour contraindre les employeurs à négocier de meilleures conditions de travail [...]. On en a identifié près de deux cents entre 1880 et 1900 une donnée cependant sous-estimée car les grèves ne sont pas encore répertoriées par les organismes gouvernementaux.

[...]

Montréal est évidemment le théâtre de la majorité des conflits de travail (80 % dans les années 1880). Ce qui est compréhensible, compte tenu de son importance dans l'économie québécoise et canadienne et du besoin de main-d'œuvre qu'engendre sa forte croissance.⁵⁶

Compte tenu des fins que nous poursuivons, nous ne voyons pas la nécessité d'analyser en profondeur les immunités introduites par ces lois qui l'ont été précisément par Christian Brunelle

⁵⁴ *Health Services and Support*, préc., note 2, par. 53. On trouvera dans *Labour Policy and Labour Economics in Canada*, une description détaillée de la législation à ce sujet qui inclut les modifications du droit criminel en 1939 protégeant l'action syndicale contre la répression des employeurs. H.D. WOODS, S. OSTRY ET M.A. ZAIDI, préc., note 5, p. 39-42. Notons au passage que l'article de Christian Brunelle et Pierre Verge n'apparaît pas dans la doctrine citée de l'arrêt *Health Services and Support*.

⁵⁵ *Id.*, par. 54. Les injonctions et une interprétation expansive des règles du droit pénal ont conduit beaucoup de grévistes en prison. Judy FUDGE et Eric TUCKER, *Labour before the Law*, Don Mills, Oxford University Press, 2001, chapitre 2.

⁵⁶ J. ROUILLARD, préc., note 20, p. 34-35. Pour le nombre des grèves, l'auteur réfère à deux articles de la revue *Labour/Le travail*, un de Bryan D. Palmer et l'autre de Douglas Cruikshank et Gregory Kealey, publiés à l'automne 1987 (n° 20).

et Pierre Verge. Il nous apparaît toutefois important de souligner que les lois de 1872 restreignaient la portée de l'immunité accordée aux syndicats qui se soumettaient à une procédure d'enregistrement et que très peu d'associations ont accepté cette procédure. Il était sans doute normal d'y voir une volonté de contrôle et le peu de succès de cette procédure révèle probablement la conscience de l'importance de l'indépendance syndicale. Ce n'est qu'avec la codification du droit criminel en 1892 que cette condition a été retirée.

Les organisations syndicales n'étaient pas des ordres dérivés de l'État et leur indépendance était une condition de leur efficacité. Cette politique qui étendait la relevance d'une manière inappropriée allait être remplacée par plus d'équilibre avec la place que le mouvement syndical allait occuper et le développement du droit du travail.

Nous tenterons maintenant de qualifier ces changements et d'en dégager certains aspects qui permettent de mieux comprendre les rapports sociaux liés au droit du travail actuel (1). Nous situerons ensuite ces changements dans le contexte de l'état du droit et de la pratique juridique (2). Nous terminerons en examinant brièvement les effets du processus de démocratisation du pouvoir législatif sur ces affirmations de la liberté syndicale et l'important développement de la représentation syndicale auprès des pouvoirs publics (3).

1. Qualifications des changements législatifs canadiens ouvrant la voie à l'action syndicale (1872-1939) : tolérance ou émergence de la liberté syndicale ?

Nous pouvons dégager différentes approches à ce sujet. Les angles de qualification peuvent varier; nous opposerons ici la perspective de la tolérance de l'action syndicale de celle qui est centrée sur la liberté syndicale (a); une autre perspective adopte un angle plus formel en mettant l'accent sur la décriminalisation (b).

a) Le chemin difficile de la liberté

La Cour suprême dans l'arrêt *Health Services and Support* place les changements en question sous la rubrique « Tolérance envers les organisations de travailleurs et la négociation

collective »⁵⁷. Eric Tucker envisage également sous l'aspect tolérance ces changements, mais introduit un élément qui nous apparaît plus idéologique pour caractériser l'octroi de la légalité : « [...] established a pattern that can still be seen in the legal terms upon which trade union today are incorporated into capitalist industrial relations »⁵⁸. Nous opposons à cette perspective celle qui met en pleine lumière l'affirmation de la liberté syndicale et la légitimation de l'action collective syndicale; elle a été adoptée d'une part par Claude D'Aoust et François Delorme dont le titre de l'article publié en 1981 est révélateur « The Origin of the Freedom of Association [...] »⁵⁹, et d'autre part plus récemment, comme nous avons pu le constater, par Christian Brunelle et Pierre Verge qui ont affirmé ce point de vue très clairement⁶⁰.

Nous ne croyons pas que la **tolérance** soit une qualification adéquate tant des changements juridiques que des rapports de travail qui les accompagnent. S'il y a eu comme nous l'avons mentionné tolérance alors que les outils de répression étaient pleinement en vigueur, on entre avec les lois de 1872 dans une phase d'octroi d'une possibilité d'action légale et légitime, la reconnaissance d'un pouvoir des syndicats, ce qu'on pourrait qualifier par l'excellent terme anglais d'« empowerment », c'est-à-dire l'octroi de pouvoir social, et ceci se fait au Canada comme en Angleterre sous la poussée du mouvement syndical. Il est évident que les luttes syndicales et les changements se font dans une société dans laquelle se développe le capitalisme industriel. Les syndicats n'ont pas choisi ce terrain; c'est toutefois les relations du travail du capitalisme industriel qui les engendrent dans une recherche de rapport plus égalitaire. Il se développe aussi dans une société dans laquelle l'ordre juridique étatique est en pleine mutation. La juridiction fédérale ou provinciale en matière de rapports collectifs du travail n'a pas été clairement établie. Le changement est localisé dans le droit criminel parce que la répression y régnait. Au Canada, l'ordre juridique étatique fédéral est donc l'acteur principal d'abord par la voie parlementaire. L'éclairage doit donc être, au premier chef, sur un changement profond du

⁵⁷ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 2, section (ii) de la subdivision (a) « L'histoire des relations du travail au Canada révèle la nature fondamentale de la négociation collective », par. 51-54.

⁵⁸ E. TUCKER, préc., note 46, p. 53.

⁵⁹ C. D'AOUST et F. DELORME, préc., note 26.

⁶⁰ Voir p. 255-256.

droit, l'ouverture de la porte de la liberté syndicale, même si cette ouverture se fait dans l'incertitude et que la liberté d'action est restreinte et surveillée. Dans la conclusion de son article à ce sujet, Eric Tucker écrit : « In sum, there has not been a linear progression from repression or restriction toward toleration, legal or social. Rather, restraint has been a condition of toleration both in law and for many sectors of a class-divided capitalist social order »⁶¹.

Il y a sans doute beaucoup de réalisme dans ce constat mais nous trouvons qu'il est réducteur de la portée des changements. Comme nous l'avons dit, qualifier les mesures législatives adoptées de tolérance ne rend pas compte adéquatement des transformations du droit. Cependant il est sans doute réaliste d'envisager que les restrictions sont une condition de l'octroi de cette liberté d'action et il n'est pas vraiment surprenant qu'un État dont le pouvoir échappe à la classe ouvrière et qui doit répondre au Parlement et aux électeurs dans le cadre d'un suffrage des propriétaires et des plus riches⁶², de son maintien d'une paix sociale⁶³ ne s'engage dans de nouvelles mesures qu'avec de telles restrictions. Cette étape qui prépare le droit du travail est à ce titre une expérience historique et les futures luttes pour les droits du travail seront tributaires du pouvoir politique qu'exercera le mouvement syndical et de la présence du personnel salarié dans l'électorat. La nature du changement est de l'ordre fondamental de la **liberté** et de la **légitimité**. La **décriminalisation**, les immunités sont la voie du changement : cet aspect est davantage d'ordre formel.

b) Décriminalisation de l'action syndicale

Les auteurs de *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, Michel Coutu, Georges Marceau, Laurence Léa Fontaine et Tanaquil Burke, qualifient ces changements de

⁶¹ E. TUCKER, préc., note 46, p. 53.

⁶² Voir p. 264-266.

⁶³ On aura compris que la conception de la paix sociale véhiculée par un ordre étatique varie en fonction de plusieurs éléments et sont tributaires entre autres de l'époque, du gouvernement et de la conjoncture économique et sociale. On peut envisager qu'une société capitaliste vouée au libéralisme économique et dont le parlement n'intègre aucune représentation de la classe ouvrière soit peu tolérante au conflit de travail.

décriminalisation⁶⁴. L'aspect formel de la législation de 1872 est d'une grande importance. La voie de la décriminalisation est liée à la répression exercée dans le cadre d'une lutte syndicale concrète. La capitale de l'État fédéral est Ottawa⁶⁵ et le cœur du conflit catalyseur de cette lutte internationale pour la journée de 9 heures est un important journal de Toronto⁶⁶. La lutte qui déclenche le changement (la grève des typographes) et le contexte juridique sont donc tels que la scène est ontarienne⁶⁷.

Le droit étatique du travail est alors inexistant au Québec. Par rapport au droit des rapports collectifs du travail, ces changements qui ouvrent la porte à son développement sont en quelque sorte d'ordre préhistorique⁶⁸.

Cet ensemble de circonstances historiques détermine l'état de l'ordre juridique étatique fédéral sujet à d'importantes transformations et, en matière criminelle, marqué par des incertitudes qui intensifient les difficultés des actions des syndicats. Aussi profiteront-ils de cet espace de liberté d'action qui s'est ouvert pour travailler au développement de lois qui amélioreront les conditions de la classe ouvrière et de l'action syndicale.

⁶⁴ Michel COUTU, Georges MARCEAU, Laurence Léa FONTAINE et Tanaquil BURKE, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, coll. « Droit fondamental du travail », Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2009., p. 64.

⁶⁵ « En mars 1857, la reine Victoria désigne Ottawa comme nouvelle capitale, [...] » En note de bas de page : Christine VEILLEUX, « L'encombrement des professions judiciaires à Québec, 1760-1867 », (1998) *Actes des conférences des juristes de l'État* 303, 303.

⁶⁶ Les auteurs de *Histoire du mouvement ouvrier au Québec* [...] publiée par la CSN et la CSQ écrivent : « C'est à Toronto, en Ontario, que le mouvement revendicatif est le plus fort. Il est dirigé par l'Association des syndicats de métiers ("Trades Assembly"), fondée à la fin de 1871, et par le syndicat des typographes torontois, le premier au Canada à s'affilier à l'Union américaine des typos en 1866 ». À la suite du déclenchement de la grève au journal le *Globe*, les « leaders du comité de grève des typos sont arrêtés et accusés de "conspiration criminelle". Ces arrestations dramatisent le fait que les syndicats sont toujours considérés comme illégaux en vertu de la common law et qu'ils sont forcés d'agir dans la semi-clandestinité ». CSN et CSQ, préc., note 27, p. 52.

⁶⁷ On peut sans doute penser que le discours législatif est entendu avec plus de force à Toronto, à Ottawa et en général en Ontario; au Québec il sera sans doute entendu davantage à Montréal qui a été touché par la lutte pour la journée de 9 heures.

⁶⁸ Sur le plan du droit, nous sommes d'avis que cette qualification est plus juste que celle de « premier acte » utilisée par Claude D'Amour et François Delorme: « [...] one must be conscious that the 1872 amendments constitute only the first act of the history of modern labour law ». C. D'AMOUR et F. DELORME, préc., note 26, p. 906.

2. « The glorious uncertainty of the law » : éléments de mise en contexte relatifs à l'état du droit

Le juge Girouard utilise cette expression réaliste et sarcastique dans l'arrêt *Perrault c. Gauthier* pour qualifier la législation anglaise et canadienne au sujet de l'organisation et de l'action syndicale en se référant à un arrêt de la chambre des Lords *Allen v. Flood*⁶⁹. Selon le juge Girouard, cette affaire « illustre the glorious uncertainty of the law »⁷⁰.

Si nous évoquons cette affaire, c'est que nous croyons nécessaire de remettre dans le contexte de l'évolution du droit, la domination et la répression par l'État de l'action syndicale et les difficiles conditions de la libéralisation, ce qui nous apparaît nécessaire pour une perception des conditions des luttes syndicales et du prix payé pour la construction d'un mouvement qui puisse être un outil de défense et de protection.

Nous aborderons deux volets : le premier est l'inscription des mesures répressives et des législations relatives aux immunités des syndicats dans le système du *common law*; le second vise à situer ces législations au cours des profondes transformations du droit et de la pratique juridique. Nous le ferons en nous limitant à certains éléments qui nous apparaissent significatifs.

En ce qui a trait au **système de *common law***, les rapports entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif sont profondément différents du système québécois de droit civil. Michel Morin, dans un article portant sur « le pouvoir du juge anglais dans l'adaptation du droit aux circonstances nouvelles et sur l'échec des tentatives de codification du droit pénal au XIX^e siècle » met en lumière certains aspects éclairants à ce sujet. Il rapporte que les juges anglais, en 1854, ont critiqué « violemment » un projet de codification des infractions s'opposant à l'idée même de codification. Il écrit : « Il est clair que dans leur esprit, la *Common law* est la seule source

⁶⁹ (1898) A.C. 1.

⁷⁰ Opinion du juge Girouard : préc., note 16, p. 245 Après une confirmation par les trois juges de la Cour d'appel de la décision de première instance, les sept juges de la Chambre des Lords étant profondément divisés lors d'une première audition, une reprise fut ordonnée; on fit appel à d'autres juges à titre d'assesseurs. L'appel fut donc entendu par neuf juges et huit assesseurs. Six des assesseurs étaient d'opinion de confirmer la décision de la Cour d'appel, mais le plus haut tribunal de l'empire britannique décida de l'infirmier et de rejeter la demande du plaignant. Ceci nous permet de mesurer à quel point les premières affirmations de la liberté d'action des syndicats ont été accompagnées d'incertitude pour les parties aux relations du travail.

concevable de principes généraux qui soit susceptible d'évoluer et de s'adapter à la diversité des circonstances factuelles ». Il souligne aussi que certains juges « précisent que le pouvoir judiciaire doit pouvoir déclarer criminels les comportements répréhensibles qui se manifestent dans la société ». Il ajoute : « On notera que par la suite, ce pouvoir a été utilisé pour criminaliser les grèves et, en 1973, la publication de petites annonces par lesquelles des hommes gays cherchaient à rencontrer des partenaires »⁷¹ (notre soulignement).

Ce régime de droit a un impact important sur la manière de légiférer au 19^e siècle. Pour modifier la *common law*, il faut que le texte législatif produise une modification indiscutable. Le législateur emprunte à la *common law* « ses concepts et sa terminologie souvent obscure et renonce à exposer les principes généraux qui sont censés connus »⁷². En 1879, le juge en chef Cockburn déplore « la phraséologie surchargée, prolix, artificielle et confondante de nos lois ». Michel Morin ajoute : « En somme dans le système de *common law* de cette époque, la loi se perd dans les détails et ne repose pas sur une conception d'ensemble »⁷³. Nous pourrions citer ici de nombreuses dispositions des lois de 1872.

Constatons que le discours législatif de l'ordre juridique étatique fédéral au début de la confédération est hermétique en particulier pour les non-praticiens du droit et, en particulier, pour la classe ouvrière qui fait pourtant l'objet de la répression en question.

Par ailleurs, le 19^e siècle est caractérisé au Québec par une **profonde transformation du droit, de l'organisation étatique, des tribunaux et de la pratique du droit**. Sylvio Normand a exposé l'état de confusion du droit au Québec jusqu'à la codification du droit civil et la

⁷¹ Michel MORIN, « Le rôle du juge anglais dans l'adaptation du droit aux circonstances nouvelles et l'échec de la codification du droit pénal au XIX^e siècle », dans M. ORTOLANI, ET O. VERNIER (dir.), *Le temps et le droit : journées internationales de la Société d'histoire du droit*, mai 2000, coll. « Mémoires et travaux de l'Association méditerranéenne d'histoire et d'ethnologie juridiques », Nice, Éditions Serre, 2002, à la p. 178. Alain Supiot écrit au sujet du droit du travail : « L'objectif des syndicats britanniques a été très tôt d'empêcher que les juges ne viennent disqualifier les accords qu'ils arrachaient aux employeurs, et qui étaient sans valeur au regard de la *common law* [...] ». Alain SUPIOT, *Le droit du travail*, 3^e éd., coll. « Que sais-je ? », p. 24. Force est de constater que l'adaptation aux circonstances factuelles a connu des ratés. Est-ce le reflet d'une « magistrature élitiste » pour utiliser les termes de Michel Morin. *Id.*, p. 179. N'est-ce pas là le reflet de la place importante de l'aristocratie britannique dans l'exercice du pouvoir judiciaire.

⁷² M. MORIN, *id.*, p. 175.

⁷³ *Id.*, p. 176. Le propos du juge Cockburn est traduit par Michel Morin.

perception des juristes d'un droit non scientifique. Ce n'est qu'avec la codification et les débuts de la formation universitaire que cette perception a commencé à se modifier⁷⁴. En ce qui a trait à la pratique du droit, un changement important s'opère durant la deuxième moitié du 19^e siècle, alors que les praticiens sont organisés en corporations professionnelles et que le savoir passe d'un apprentissage sous forme de stage à des études universitaires, l'établissement de facultés universitaires le permettant. En 1840, pour le Bas-Canada, « l'assemblée législative constitue deux corporations professionnelles et accorde à chacune d'elles le pouvoir de contrôler l'accès à la pratique du droit ». Un véritable enseignement du droit se développera particulièrement durant la seconde moitié du 19^e siècle : à titre d'exemple les premiers cours sont donnés à la faculté de droit de l'Université de Montréal en 1878, c'est-à-dire après l'adoption des lois de 1872 et alors que le processus de libéralisation de l'action syndicale est en cours. En Ontario, le pas le plus significatif est accompli avec la création de l'Université de Dalhousie, en 1883, qui ne tardera pas à établir un programme de droit de trois ans à temps complet⁷⁵.

3. Le pouvoir législatif et l'organisation ouvrière

La deuxième moitié du 19^e siècle est une période importante de démocratisation du pouvoir législatif au sein de l'État canadien. C'est également une période importante pour le développement de l'organisation du mouvement syndical canadien et pour son action de représentation des intérêts de leurs membres et en général de la classe ouvrière.

En ce qui a trait au pouvoir législatif, rappelons d'abord que le gouvernement responsable est accordé en 1848 au sein du Canada-Uni. Il est de notoriété publique que le pouvoir impérial a pesé lourdement sur l'activité législative avant cette date⁷⁶, mais avec le gouvernement

⁷⁴ Sylvio NORMAND, « Une culture en redéfinition : la culture juridique québécoise durant la seconde moitié du XIX^e siècle », dans Bjarne MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 221-235, à la page 222. Voir aussi : Jean-Marie FECTEAU, « Du droit d'association au droit social : essai sur la crise du droit libéral et l'émergence d'une alternative pluraliste à la norme étatique, 1850-1930 », (1997) 12 *Revue canadienne droit et société* 143.

⁷⁵ Source *L'Encyclopédie canadienne – Éducation juridique – Facultés de droit*, en ligne <<http://www.thecanadianencyclopedia.com/articles/fr/education-juridique>> (consulté le 20 avril 2011).

⁷⁶ Sous l'*Acte constitutionnel* de 1791, « [...] le représentant de la Couronne peut opposer son veto aux projets de loi, les réserver ou les sanctionner. En outre, le Conseil privé de Londres peut désavouer ceux qui ont été sanctionnés, dans un délai de deux ans ». Michel MORIN, « L'évolution du mode de scrutin dans les

responsable émerge une activité législative relativement indépendante. Nous avons vu, par ailleurs, que le jugement majoritaire de la Cour suprême dans *Health Services and Support* a mentionné, en se référant à des sources très fiables, que « la réforme du droit de suffrage » qui a reconnu « le droit de vote à un large segment de la classe ouvrière » a été un facteur important de la reconnaissance de la liberté syndicale par le Parlement britannique⁷⁷. Nous avons vu également que ce changement dans l'ordre juridique britannique a influé d'une manière importante sur le Parlement fédéral canadien.

L'évolution du droit de vote au cours du 19^e siècle est significative d'une démocratisation progressive du vote des hommes malgré certains reculs au cours du processus.

Les auteurs de l'*Histoire du mouvement ouvrier au Québec* (CSN-CSQ) écrivent au sujet du droit de vote au 19^e siècle :

[...] le droit de vote repose encore sur ce qu'on appelle le cens : un électeur doit être propriétaire de biens-fonds d'une valeur minimale (le cens), ou encore être locataire tout en ayant des revenus équivalents au cens, ce qui a pour effet d'exclure les petits salariés.

Peu à peu, des lois viendront élargir l'électorat mais revenus et propriétés restent à la base du système. Il en va de même de la qualification foncière exigée des candidats aux élections fédérales, provinciales et municipales. Le cens électoral sera finalement abaissé, en 1912, à 10 \$ de revenu par mois en moyenne. À toutes fins utiles, le Québec disposera alors du suffrage universel [...] masculin.⁷⁸

Il ressort de l'observation de cette évolution du droit de vote qu'elle ne fut pas un facteur déterminant de l'avènement de la reconnaissance de l'action syndicale, le conflit relatif à la journée de 9 heures et les changements législatifs du Parlement impérial étant les facteurs déterminants. Cependant, l'absence d'une grande partie des travailleurs et de la totalité des travailleuses de la pratique électorale peut avoir contribué au poids des restrictions à l'action syndicale.

colonies et les provinces de l'Amérique du nord britannique, de 1758 à nos jours », (2008-2009) 39 *R.D.U.S.* 153, 177. Sous l'*Acte d'union* (1840) « les pouvoirs de sanction, de réserve et de désaveu des projets de loi » demeurent « à peu de choses près » les mêmes. *Id.*, p. 179-180.

⁷⁷ Voir p. 246.

⁷⁸ CSN et CSQ, préc., note 27, p. 65.

En 1861, 54 % des hommes adultes peuvent voter, ce qui ne représente pas un réel progrès; en 1892, 76 %; en 1912, ce pourcentage est passé à 95,6 %. Il n'est pas impossible que cette augmentation de la présence ouvrière dans l'électorat ait contribué à l'évolution positive des immunités. Notons que le cens d'éligibilité (exigé des candidats) est aboli en 1892⁷⁹.

Par ailleurs, Jacques Rouillard ne signale pas d'action politique partisane syndicale au 19^e siècle⁸⁰. Les auteurs de l'*Histoire du mouvement ouvrier au Québec, 150 ans de luttes* ont examiné l'action politique ouvrière. Ils rapportent qu'« [a]u début des années 1880, certains militants ouvriers, formés par les Chevaliers du travail, décident de défendre les revendications ouvrières au Parlement, à Ottawa et à Québec, et dans les conseils municipaux [...] ». Ils se présentent comme candidats ouvriers « indépendants », ou encore comme candidats « libéral ouvrier » ou comme « conservateur ouvrier ». Fait significatif, un typographe, membre de l'Union internationale des typos et des chevaliers du travail, qui a été le secrétaire fondateur du Conseil central des métiers et du travail de Montréal, Téléphore Lépine, est le premier député ouvrier; il est « élu, le 26 septembre 1888 au Parlement d'Ottawa pour représenter la grande circonscription francophone de Montréal-Est »⁸¹. On ne peut évidemment s'empêcher de faire un lien avec la lutte pour la journée de 9 heures à laquelle les typographes de Montréal ont participé. Un candidat ouvrier sera également élu au Parlement de Québec⁸².

En ce qui a trait à la représentation syndicale auprès des pouvoirs publics, Jacques Rouillard écrit :

Contrairement à ce qu'on peut penser, le mouvement syndical au Québec se préoccupe d'action politique très tôt, en fait dès la fin du XIX^e siècle, alors qu'il se donne une structure d'intervention spécifique auprès des pouvoirs publics. Elle consiste en une action de représentation auprès des gouvernements afin d'infléchir la législation dans le sens des revendications syndicales [...].

⁷⁹ M. MORIN, préc., note 76, p. 193, 208 et 209.

⁸⁰ Jacques ROUILLARD, *L'expérience syndicale : ses rapports à l'État, à la nation et à l'opinion publique*, coll. « Études québécoises », Montréal, VLB, 2008, p. 21. Il définit ainsi l'action politique partisane : elle « consiste, pour un syndicat ou une centrale syndicale, à appuyer ouvertement un parti politique ».

⁸¹ CSN et CSQ, préc., note 27, p. 65-66. Téléphore Lépine défendra entre autres, « la journée de 8 heures » et « la mise en place d'un système de conciliation et d'arbitrage pour régler les conflits de travail ».

⁸² *Id.*, p. 66.

Les premiers organismes visant cet objectif sont les conseils centraux des villes, ceux de Montréal en 1886 et de Québec en 1891, qui regroupent à l'époque des assemblées de Chevaliers du travail et des unités locales des unions internationales, organisations syndicales venues des États-Unis. Le rôle de ces conseils est d'adresser des représentations aux conseils municipaux et aux organismes locaux pour qu'ils tiennent compte des intérêts des travailleurs salariés, qu'ils soient syndiqués ou non [...].

Les syndicats internationaux qui dominent le mouvement syndical jusqu'au début des années 1960, interviennent auprès des gouvernements supérieurs, au fédéral et au provincial. En effet des délégations de syndiqués rencontrent annuellement des membres du gouvernement, depuis 1889 à Ottawa et 1890 à Québec. Elles leur soumettent une liste de revendications issues de résolutions adoptées quelques mois plus tôt par des délégués aux réunions annuelles du Congrès des métiers et du travail du Canada (CMTC), organisme fondé par des syndicats ontariens en 1883 qui accueille des délégués québécois à partir de 1887. Deux ans plus tard, le CMTC se dote d'un comité exécutif du Québec, plus particulièrement chargé d'acheminer ses doléances au gouvernement québécois.⁸³ (notre soulignement)

Nous évaluons que le comité exécutif ainsi créé est l'embryon du mouvement syndical québécois.

Dans l'histoire du mouvement ouvrier produite par la CSN et la CSQ au sujet de l'action politique ouvrière au 19^e siècle, on mentionne que les « syndicats ont élaboré un “programme législatif” comprenant toute une série de réformes, voire un projet de société [...] »⁸⁴. C'est également ce qu'affirme Jacques Rouillard dans *Le syndicalisme québécois. Deux siècles d'histoire*; après avoir évoqué le travail des conseils centraux au palier municipal et la pratique de représentation du Congrès des métiers et du travail du Canada (CMTC), tant auprès du cabinet fédéral qu'auprès du Gouvernement du Québec, par son comité exécutif québécois, il précise :

Les revendications de ces instances politiques touchent un large éventail de questions qui débordent largement le milieu de travail. Bien sûr, elles sont intéressées à ce que le gouvernement réglemente les heures de travail ou institue une assurance collective pour indemniser les travailleurs accidentés. Mais d'autres enjeux sociaux les préoccupent tout autant, comme le transport en commun, les politiques d'immigration, la démocratisation du processus politique, la nationalisation des entreprises de services publics et la mise en

⁸³ J. ROUILLARD, préc., note 80, p. 17-18. Dans son livre *Le syndicalisme québécois. Deux siècles d'histoire*, Jacques Rouillard indique que le besoin d'un comité exécutif du Québec provient du fait que, parmi les résolutions votées en Congrès, « certaines touchent des champs de compétence provinciale ». Préc., note 20, p. 61.

⁸⁴ CSN et CSQ, préc., note 27, p. 65

place de mesures de protection sociale. Leurs réclamations, qui touchent les intérêts de l'ensemble de la classe ouvrière, révèlent un projet de société de type réformiste qu'on qualifierait aujourd'hui de social-démocrate. Pour corriger les inégalités, on mise sur un interventionnisme accru de l'État dans les domaines économiques et social, tout en soutenant les institutions démocratiques et en ne remettant pas en question le régime d'entreprise privée.⁸⁵

Ces interventions à l'égard des autorités qui exercent le pouvoir législatif étatiques, cette action politique, il faut donc en souligner deux caractéristiques importantes :

- elle ne se limite pas au domaine du travail quoique le travail y occupe une grande place;
- elle ne se limite pas aux rapports collectifs du travail, mais couvrent plusieurs mesures de protection individuelle de l'ordre de ce que nous appelons maintenant les normes du travail ou la santé et sécurité du travail ainsi que les accidents du travail.

Ainsi, on peut même dire que les mesures législatives individuelles et collectives du travail sont promues par une même action syndicale et même que cette action en est en général la source.

Jean-Réal Cardin, après avoir énuméré des mesures établissant des normes du travail ou relatives à la sécurité comme le salaire minimum⁸⁶ et les heures de travail des femmes⁸⁷, ainsi que la *Loi de la sécurité des travailleurs dans les établissements industriels et de la salubrité de ces établissements industriels*⁸⁸, met cette réalité en lumière⁸⁹.

Même à cette époque du début, la plupart des mesures gouvernementales sont le fait de l'action des unions ouvrières alors existantes. C'est ce qu'écrivait déjà Arthur Saint-Pierre, alors secrétaire de l'École sociale populaire, parlant des syndicats nationaux et internationaux :

⁸⁵ J. ROUILLARD, préc., note 20, p. 61

⁸⁶ *Loi pourvoyant à la fixation d'un salaire minimum pour les femmes*, S.Q., 9 Geo. V, ch. 11.

⁸⁷ *Loi relative aux heures de travail des femmes et des enfants*, S.Q., 1 Geo. V, ch. 27.

⁸⁸ S.R.Q. 1909, titre VII, ch II, sec. V, art 3829-3866.

⁸⁹ La plupart de ces mesures ont été adoptées entre 1910 et 1920. Jean-Réal CARDIN, *L'influence du syndicalisme national catholique sur le droit syndical québécois*, Montréal, Institut social populaire, 1957. Voir p. 14.

La législation ouvrière, et fédérale et provinciale, est en grande partie leur ouvrage, [...] le Congrès des métiers, la Fédération canadienne du travail et les Conseils de Métiers sont de véritables Chambres du travail où se discutent et s'élaborent les lois de protection dont la classe ouvrière sent le besoin. Ce sont ces corps ouvriers qui, admirablement placés pour connaître les désirs des travailleurs et les réformes qui leur sont nécessaires, préparent l'opinion publique à accepter ces réformes et insistent parfois pendant plusieurs années auprès des parlements pour en obtenir la consécration légale [...].⁹⁰ (notre soulignement)

Au début du 20^e siècle, les premières mesures d'un droit des rapports collectifs du travail émergeront. La *Loi des différends ouvriers* sera adoptée en 1901. Selon Jean-Réal Cardin, il est parfaitement plausible de songer que le gouvernement québécois a cédé « aux circonstances de la situation régnante dans le monde du travail ». Il invoque « le tournant qui s'est opéré dans l'industrie [...] et l'essor qu'a pris le mouvement syndical tant dans le Québec que dans le Canada tout entier. Il ajoute au sujet de cette hypothèse :

Elle nous mène tout droit, d'ailleurs, à l'affirmation, certaine celle-là, que la Loi des différends ouvriers du Québec ainsi que toutes les autres mesures de ce genre adoptées vers cette époque doivent leur existence à l'action plus ou moins directe de la force syndicale récemment libérée par la Loi fédérale de 1872 et par les amendements que l'on y apporta dans la suite.⁹¹ (notre soulignement)

Nous considérons, à la suite de Jean-Réal Cardin, que ces développements de l'histoire des rapports entre le mouvement syndical et l'État (l'ordre juridique étatique) ont été rendus possibles substantiellement à cause de l'ouverture législative à la liberté syndicale et qu'il faut les inscrire en bonne place dans un inventaire de l'effectivité des législations qui ont opéré cette ouverture.

Il nous semble, en conclusion de cette section, ressortir de l'examen qui précède une hypothèse forte à l'effet que les changements du droit qui préparent l'avènement du droit du travail comme ceux qui en sont les premiers pas ont été favorisés par la présence des facteurs suivants :

⁹⁰ *Id.*, p. 15. La citation est tirée de Arthur SAINT-PIERRE, *L'organisation ouvrière dans la province de Québec*, Montréal, École sociale populaire, 1911, p. 20.

⁹¹ *Id.*, p. 11 et 12.

- la formation de regroupements syndicaux vigoureux tant dans la société britannique que dans la société canadienne;
- une action politique efficace auprès des autorités législatives;
- la présence ouvrière et la présence des autres personnes salariées dans l'électorat;
- des luttes syndicales solidaires et vigoureuses;
- la présence d'un modèle législatif empruntable dans un ordre juridique avec lequel existe des couplages structuraux développés. En 1872, l'État Canadien était en état de dépendance par rapport à l'ordre juridique britannique⁹². Une telle dépendance peut établir des liens très forts entre les deux ordres étatiques impliqués.

Les ordres juridiques syndicaux émergent et se développent en suscitant la confiance de leur solidité qu'exprime la phrase d'un leader syndical que nous avons mise en exergue de cette division du premier chapitre de la Partie 2. Enfin nous constatons que l'opposition entre les droits individuels légiférés du travail et les droits qui proviennent de la convention collective est artificielle, puisque nous constatons que leur conception a été à l'origine largement le fait de l'organisation syndicale.

Le constat de la profondeur des racines du droit du travail s'accompagne aussi d'un constat des racines de l'action politique et sociale des organisations syndicales, cette action reconnue, selon la Cour suprême, par l'alinéa 2d) de la *Charte des droits et libertés* (Charte canadienne). Dans le jugement majoritaire rendu par le juge Bastarache dans l'affaire *Dunmore*, on peut lire :

En protégeant la liberté syndicale, l'al. 2d) reconnaît la dynamique et l'évolution du rôle des syndicats dans la société canadienne. En plus de permettre l'expression collective des intérêts des travailleurs, les syndicats contribuent au débat politique. À l'échelle nationale, les syndicats prennent la défense de groupes défavorisés et donnent leur avis sur des politiques industrielles équitables. Considéré globalement, ce rôle atteint toutes les couches de la société et constitue une partie intégrante d'une économie de marché

⁹² Voir p. 196-197.

démocratique. (Voir K. Sugeno, « Les syndicats, institutions sociales dans les pays démocratiques à économie de marché » (1994), 133 *Rev. Int. Trav.* 561, p. 570).⁹³

Ainsi, on constate que dès le 19^e siècle les syndicats, dans le cadre du mouvement syndical canadien, et grâce à la reconnaissance de la liberté syndicale, institutionnalisent leurs rapports avec l'ordre juridique étatique et deviennent partie intégrante des débats relatifs aux législations, en particulier évidemment celles relatives au travail.

4. Les acteurs institutionnels des relations du travail à la lumière de leur évolution historique dans le cadre de la théorie des ordres juridiques

Comme nous l'avons mentionné dans le chapitre 2 de la Première partie⁹⁴, nous constatons en examinant ces aspects historiques que l'organisation syndicale est « une réalité qui s'impose », une construction institutionnelle au cours de l'histoire canadienne et québécoise. Au constat des profondes racines de cette réalité s'ajoute celui des profondes racines des rapports pluralistes du travail dans lesquels sont engagés les employeurs et les syndicats ainsi que du droit étatique relatif à ces rapports. Le régime de rapports entre les ordres juridiques du travail a donc de profondes racines historiques. Avec le passage au capitalisme industriel au cours du 19^e siècle, les principaux acteurs institutionnels se construisent et agissent en relation avec l'ordre juridique étatique qui subit de profondes transformations. Les rapports entre l'État québécois et les syndicats se fait au sein d'une organisation syndicale canadienne dans laquelle un comité québécois amorce une activité autonome.

S'instaurent alors des caractères fondamentaux des rapports sociaux et juridiques du travail au Canada.

Constatons d'abord que cette subordination de la personne salariée analysée en Allemagne par Lotmar et Sinzheimer⁹⁵, clairement illustrée par Weber dans son *Rudolph Stammler et le matérialisme historique*, (« [...] la “contrainte psychique adéquatement calculée” qui assujettit le

⁹³ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, (2001) 3 R.C.S. 1016, au par. 38.

⁹⁴ Voir p. 162.

⁹⁵ Voir p. 60-61.

travailleur au mécanisme général [...] »)⁹⁶ est non seulement retracé mais son intensité est mise en lumière par l'obstruction de l'action collective à laquelle l'action syndicale est d'abord confrontée et la « rude politique de la loi des maîtres et serviteurs »⁹⁷. La porte qui s'ouvre à la liberté syndicale amorce une libération de la personne salariée. Comme le met en lumière le jugement des juges McLachlin et LeBel, dans l'arrêt *Health Services and Support*, « les travailleurs ont utilisé une arme économique puissante – la grève – pour forcer graduellement les employeurs à reconnaître les syndicats et à négocier collectivement avec eux ».

En ce qui a trait aux organisations syndicales, soulignons d'abord que les plus nombreuses sont des unités d'unions internationales; leur principal titre de relevance est leur lien de présupposition avec l'union dont le quartier général est à l'extérieur du Canada⁹⁸. Les conseils centraux, d'abord à Montréal et à Québec, marquent les débuts d'une forme de regroupements qui seront un important outil de la démocratie du mouvement syndical au Canada et par la suite au Québec. Le Congrès des métiers et du travail du Canada auquel se joignent des représentants du Québec à partir de 1886 marque les débuts de liens de présupposition syndicaux à l'intérieur du Canada. L'autonomie structurelle de cet ordre originaire est radicale; il n'existe pas, à ce stade, de lois pour encadrer une telle forme d'organisation nouvelle au Canada. S'instaure aussi, dans la liberté de recourir aux armes économiques, un régime dans lequel l'ordre étatique laisse aux parties, souvent dans un contexte d'affrontement, la définition de leurs rapports. Les organes judiciaires de l'ordre étatique interviennent à l'occasion, assurant une relevance dont les résultats normatifs sont souvent imprévisibles. C'est dans ce cadre que s'esquissent les nouveaux ordres juridiques mis en place par les conventions collectives⁹⁹. Comme nous l'avons mentionné dans le chapitre 1, en examinant la conception « descriptive » du pluralisme juridique d'Harry Arthurs,

⁹⁶ Voir p. 46-47. Notons que l'exemple de Weber met en lumière les rapports juridiques pluralistes et en particulier la conjonction des pouvoirs de l'employeur avec les pouvoirs répressifs des forces de l'ordre, situation intensifiée par la *Loi des maître et serviteurs*.

⁹⁷ « [...] the rough policy of master and servant law [...] ». Voir p. 258-259.

⁹⁸ D'après un tableau publié dans *Le syndicalisme québécois* de Jacques Rouillard, les syndicats qui font partie d'une union internationale, au Québec, passent de 10 en 1880 à 47 en 1897; ils seront alors plus de la moitié des unités syndicales. Préc., note 20, p. 29.

⁹⁹ Il s'agit vraiment d'entités embryonnaires. Jacques Rouillard signale que les contrats collectifs écrits ont remplacé les ententes verbales ou tacites à « la fin du siècle, pour les syndicats les plus puissants ». *Id.*

cette approche étatique est très ancrée dans un fait fondamental de société (« [...] of all social organizations, of all economic regimes, of all legal systems [...] »). Rappelons ici l'essentiel :

[...] the inability of overarching normative regimes to penetrate and transform all contexts, such as places of Work and the persistent tendency of such contexts themselves to generate and enforce distinctive norms expressing values which are at least in some respects, different from those of the encompassing society.

Cette caractéristique fondamentale est là pour rester. La transformation de ce régime de laisser-faire par l'obligation de reconnaître le syndicat accrédité et de négocier avec lui, assurera l'approche à l'effet que les parties patronales et syndicales doivent pouvoir établir les normes qui régissent leurs rapports et les conditions de travail.

On observe aussi l'apparition d'une autre caractéristique fondamentale des ordres juridiques du travail : l'activité de représentation syndicale au sein de l'ordre juridique étatique qui porte aussi bien sur des politiques législatives de protection des personnes salariées que sur les rapports collectifs du travail et qui s'étend en dehors du champ des relations du travail. Cette pratique rendue possible par l'octroi de liberté et de légitimité aux organisations syndicales est à l'origine du foisonnement des liens de représentation des ordres juridiques syndicaux avec des organes de l'ordre étatique dont la situation récente a été évoquée au chapitre 2 de la première partie¹⁰⁰. Cette pratique développe une multitude de couplages structuraux entre les acteurs institutionnels et les ordres juridiques des relations du travail et, en particulier, entre les syndicats et l'État. L'activité soutenue de représentation syndicale peut également être un facteur déterminant de l'évolution vers une approche relativement équilibrée au sens que lui donne Sinzheimer dans les rapports entre l'État et les parties patronales et syndicales¹⁰¹.

Une caractéristique extrêmement importante des rapports sociaux du travail qui se développent avec le capitalisme industriel au Canada est l'importance de cette activité de représentation syndicale et la place de la lutte des organisations syndicales en ce qui a trait aux changements législatifs. Les conditions des modifications législatives qui améliorent la situation des

¹⁰⁰ Voir p. 168-170.

¹⁰¹ Rappelons ici l'analyse de Ralf Rogowski au sujet du manque de couplages structuraux entre la négociation collective et le droit légiféré dans la société britannique. Voir p. 96.

travailleuses et des travailleurs apparaissent être principalement des luttes unitaires vigoureuses et une conjoncture politique permettant une ouverture au changement visé. Ce fut évidemment le cas pour les lois canadiennes de 1872. N'oublions pas que cette conjoncture a été favorisée de manière importante dans le cadre de l'ordre juridique britannique par une commission royale d'enquête (1867).

Comme nous l'avons vu toutefois, les lois qui ouvrent la porte à l'action légale des syndicats ne forcent pas l'employeur à négocier collectivement et provoquent la multiplication de grèves coûteuses. C'est dans ce contexte que se développera le soutien étatique à la conciliation et à l'arbitrage des conflits et que le Québec passera à un régime fondé sur la *Loi Wagner* comprenant l'obligation de l'employeur de négocier avec le syndicat accrédité. Le lien des profondes transformations introduites par ce nouveau régime législatif avec les luttes syndicales a été reconnu par la Cour suprême dans le jugement des juges McLachlin et LeBel dans l'arrêt *Health Services and Support* :

[...] les travailleurs ont utilisé une arme économique puissante – la grève – pour forcer graduellement les employeurs à reconnaître les syndicats et à négocier collectivement avec eux. En adoptant un modèle fondé sur la *Loi Wagner*, les gouvernements de l'ensemble du pays ont reconnu le besoin fondamental de participer à la réglementation de leur milieu de travail. Ces dispositions législatives ont confirmé la validité de l'objectif central des luttes syndicales depuis des siècles, que le mouvement syndical a atteint pendant la période de laisser-faire en déclenchant des grèves : le droit de négocier collectivement avec les employeurs.¹⁰² (notre soulignement)

2- Dimensions historiques des régimes de négociation collective et droits à l'égalité des « salariés » représentés par un syndicat

Tout ordre juridique est la source de règles et d'une organisation permettant l'interprétation et l'application de ces règles. Nous abordons cette deuxième section avec l'intention de mettre en lumière le rôle central de la procédure de règlement des griefs principalement par un régime d'arbitrage. La mission du régime d'interprétation et d'application des conventions collectives ne peut être comprise sans mettre en lumière les caractéristiques de la négociation collective à laquelle il est étroitement lié. L'ordre juridique étatique québécois a par ailleurs subi une

¹⁰² *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 2, par. 63.

transformation importante en intégrant aux conventions collectives les droits de la personne de source législative. Évidemment la norme d'égalité qui est centrale dans notre étude occupe une place des plus importantes dans cette transformation. Dans cette deuxième section de ce chapitre consacré aux aspects historiques, nous examinerons l'introduction de l'arbitrage dans la législation québécoise du travail (A) et son développement dans le cadre du régime de rapports collectifs inspiré de la *Loi Wagner* (B); nous retracerons ensuite l'émergence du droit à l'égalité des « salariés » représentés par un syndicat au moyen du devoir de juste représentation (C).

A- Émergence de l'arbitrage

L'arbitrage en matière de relations du travail au Québec a des racines profondes.

Comme nous l'avons mentionné en citant les juges LeBel et McLachlin, « le droit britannique a largement contribué à l'évolution de notre droit du travail » jusqu'au début de la Seconde Guerre mondiale. La progression de l'industrialisation provoque le développement de relations de travail conflictuelles. Le Conseil des métiers de Londres qui se forme en 1860 exerce un leadership sur le mouvement syndical naissant. Ces dirigeants recommandèrent la prudence dans l'exercice du droit de grève; ils « conseillèrent la conciliation dans la mesure du possible et encouragèrent l'arbitrage des conflits »¹⁰³. Du côté patronal, Henry Pelling souligne que « la notion d'arbitrage et de conciliation se répandit peu à peu à mesure que les patrons comprenaient que les syndicats étaient installés dans leurs industries de façon permanente »¹⁰⁴.

Dès 1867, le Parlement de Londres adopta le *Councils of Conciliation Act* qui introduisait la conciliation volontaire dans les conflits de travail. Une autre loi favorisant la conciliation fut adoptée en 1896. Une loi identique fut alors adoptée par le Parlement canadien. Deux années avant, en 1894, la Commission royale d'enquête britannique sur le travail avait recommandé un

¹⁰³ H. PELLING, préc., note 8, p. 65. L'arbitrage était une pratique répandue en Angleterre; l'institution, en ce qui a trait au commerce et au travail, fait une première apparition dans le droit, en Angleterre, avec l'*Arbitration Act* de 1698. John Locke, membre du *Board of Trade*, aurait été mandaté pour jeter les bases d'une méthode permettant de résoudre les différends entre marchands par des arbitres nommés soit par les parties, soit suite à un renvoi par la cour (referees), afin que leurs décisions soient définitives et sans appel.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 133.

régime de conciliation et avait déclaré : « Dans l'ensemble, un syndicalisme fort et solidement établi a pour conséquences des relations pacifiques »¹⁰⁵.

Pierre Verge, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée ont mis en lumière la conjoncture économique et sociale dans laquelle va émerger l'arbitrage au Canada:

Pendant les dernières décennies du XIX^e siècle, une longue dépression économique conjuguée au développement de l'industrialisation contribue à affaiblir considérablement le pouvoir de négociation individuel des travailleurs et à générer des conditions de travail particulièrement déplorables. Ces conditions fortement dénoncées par une commission royale d'enquête, vont entraîner la relance du mouvement syndical. Celui-ci se développe parallèlement à l'émergence d'une économie nationale qui s'appuie sur l'exploitation des richesses naturelles et la mise en valeur du chemin de fer [...].

Le début du XX^e siècle coïncide avec une certaine effervescence législative en matière de relations du travail au Canada. Des conflits ouvriers importants surviennent dans les secteurs névralgiques de l'économie, notamment dans les industries du charbon et du transport ferroviaire. Plusieurs gouvernements provinciaux dont celui du Québec, inspirés en cela par des initiatives observées ailleurs dans le Commonwealth, plus particulièrement en Australie, réagissent en adoptant des lois qui permettent l'intervention d'une tierce partie neutre pour aider à régler pacifiquement les différends ouvriers particulièrement ceux qui menacent les secteurs jugés essentiels de l'économie. Ainsi émerge une approche typiquement canadienne, encore bien présente dans le droit du travail contemporain, par laquelle l'État intervient directement dans les négociations collectives et les conflits ouvriers, en suggérant ou en imposant des mécanismes de conciliation et d'arbitrage dont les décisions ou les recommandations sont tantôt facultatives, tantôt obligatoires.¹⁰⁶ (notre soulignement)

On peut également évaluer que l'État recourt à ce type de mesures parce qu'il ne veut pas et même ne peut pas intervenir directement dans les multiples activités de négociation collective. Rejoignant la perspective pluraliste d'Harry Arthurs¹⁰⁷, nous adoptons davantage cette position tout en retenant l'approche étatique typiquement canadienne de suggérer ou d'imposer des mécanismes de conciliation et d'arbitrage.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ Pierre VERGE, Gilles TRUDEAU et Guylaine VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Éditions Thémis, 2006., p. 34-35.

¹⁰⁷ Voir p. 78-79.

Un des enjeux de ces nouvelles législations qui demeurera d'ailleurs au travers toute l'histoire du droit du travail, est le caractère facultatif ou obligatoire de l'arbitrage. La Nouvelle-Écosse a choisi l'arbitrage obligatoire en 1888¹⁰⁸. La loi ontarienne de 1873 qui était presque une copie de la loi britannique prévoyait un recours volontaire à l'arbitrage.

C'est bien sûr dans le contexte de cette activité législative au Canada, comme le met en lumière Jean-Réal Cardin, que fut adoptée la *Loi concernant les conseils de conciliation et d'arbitrage*¹⁰⁹. Selon Rodrigue Blouin, « [p]ar l'adoption de cette loi, les autorités publiques reconnaissaient explicitement l'existence d'un phénomène collectif au plan des relations du travail »¹¹⁰. Nous sommes d'avis que cet énoncé est juste en ce qui a trait au Québec. Nous avons vu dans la première partie de ce chapitre que les autorités publiques, au palier fédéral, avaient été amenées à une forme de reconnaissance législative du phénomène collectif des relations du travail. Les grèves furent nombreuses au Québec de 1898 à 1900, alors que la prospérité revient après une période de ralentissement économique. Le secteur manufacturier, « alors en pleine progression, fait sentir sa présence. Les grèves touchent le textile, la chaussure, la métallurgie; les femmes « participent activement à certaines grèves » dans l'industrie textile¹¹¹. Le conflit de la chaussure de Québec a un effet catalyseur; il s'agit d'un long lock-out. On fait appel à l'évêque, Mgr. Bégin pour arbitrer le différend. L'arbitrage est un succès. Dans son rapport, l'arbitre recommande de créer un conseil permanent de conciliation et d'arbitrage¹¹².

Le but de cette loi était exprimé dans un préambule qui se lit comme suit :

Attendu que l'établissement de conseils de conciliation et d'arbitrage, pour régler à l'amiable les différends entre patrons et employés, contribuerait au maintien de meilleures relations et de sympathies plus vives entre les patrons et leurs employés, et

¹⁰⁸ J.-R. CARDIN, préc., note 89, p. 12.

¹⁰⁹ S.Q. 1901, c. 31. La pratique est largement répandue d'appeler cette loi *Loi des différends ouvriers de Québec* comme le permet son article 1.

¹¹⁰ Rodrigue BLOUIN, *La juridiciarisation de l'arbitrage de grief*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 10. Il importe de noter ici que, dans cet ouvrage, Rodrigue Blouin a accompli un historique fouillé de l'évolution de l'arbitrage au Québec dans son contexte de négociation collective : p. 9-25.

¹¹¹ J. ROUILLARD, préc., note 20, p. 34.

¹¹² *Id.*

serviraient l'intérêt public en créant des moyens faciles d'empêcher les grèves et la fermeture des manufactures (*lockout*).¹¹³

C'était donc une question d'intérêt public pour l'état québécois; cette loi était également une question d'intérêt des travailleuses et des travailleurs; comme l'a mentionné Jean-Réal Cardin, elle devait son existence « à l'action plus ou moins directe de la force syndicale récemment libérée par la loi fédérale de 1872 et par les amendements que l'on y apporta par la suite »¹¹⁴.

Le commentaire de H.D. Wood, Sylvia Ostry et Mahmood A. Zaidi au sujet des lois adoptées à la fin du 19^e siècle (Nouvelle-Écosse, Ontario, Colombie Britannique) peut être étendu à la *Loi des différends ouvriers de Québec* : « [...] the germs of future principles and policies, and legal foundations are to be found in these laws »¹¹⁵.

La *Loi des différends ouvriers de Québec* définissait à l'article 3 la notion de différend ou de litige. Cette notion comprenait alors des éléments qui seront plus tard couverts par le concept de grief, en particulier, « l'exécution ou la non-exécution de toute stipulation ou convention écrite ou verbale » (par. d). À ce sujet, on peut lire dans la *Convention collective* de Gérard Hébert, Jean Charest et Marcel Simard ce qui suit :

La distinction aujourd'hui très nette entre conflit de négociation et conflit d'interprétation ou d'application de la convention collective n'a pas toujours été aussi claire. Au début du syndicalisme ouvrier, la reconnaissance syndicale, la négociation d'une entente collective et la contestation pour violation de la convention étaient indistinctement invoquées comme cause des différents conflits du travail. Aussi ne faut-il pas s'étonner que la *Loi des différends ouvriers de Québec, adoptée en 1901*, traite sans distinction et

¹¹³ Notons que l'objectif de bonnes relations employeurs-employés est très présent dans le préambule de la Partie 1 du *Code canadien du travail* portant sur les relations du travail : « [...] l'établissement de bonnes relations du travail sert l'intérêt véritable du Canada en assurant à tous une juste part des fruits du progrès » (quatrième alinéa).

¹¹⁴ J.-R. CARDIN, préc., note 89, p. 12. Jean-Réal Cardin considère que cette affirmation est certaine. Nous reprenons ce texte à cause de l'importance de ce lien qui met en lumière la profondeur des racines de l'arbitrage.

¹¹⁵ H.D. WOODS, S. OSTRY et M.A. ZAIDI, préc., note 5, p. 45.

simultanément des conflits de négociation et des conflits d'application de la convention (*Loi des différends ouvriers de Québec*, S.Q. 1901, c. 31, art. 4).¹¹⁶

La législature québécoise a opté pour le caractère facultatif des mesures adoptées. Il semble bien que dans son choix du caractère facultatif de l'arbitrage, l'État québécois ait été influencé par la loi française de 1892¹¹⁷. Il est intéressant de constater que l'adoption de lois relatives au recours à l'arbitrage des conflits du travail n'était pas limitée aux états du Commonwealth.

Les conseils d'arbitrage, au nombre de deux, détenaient un mandat de deux ans. Ses trois membres, « sujets britanniques », étaient nommés par le « lieutenant-gouverneur en conseil » : un membre « sur la recommandation des employés, l'autre sur la recommandation des patrons ». Ces deux membres pouvaient dans un délai de 21 jours s'entendre pour proposer « le nom d'une personne impartiale » à titre de « président du conseil » (art. 15). Des modifications adoptées en 1909 remplaceront ces deux conseils par des conseils temporaires nommés pour un différend spécifique¹¹⁸.

On constate également que la conception du régime n'est pas indépendante du droit civil. On pourra le constater par le caractère contractuel des objets de litige et surtout par l'importante mesure empruntée à une disposition du *Code de procédure civile* à l'effet que la sentence ne lie une partie que si elle s'engage à la respecter et de la même manière (art. 23).

Le régime d'arbitrage des conflits du travail connaîtra peu de développement avant que les rapports du travail soient profondément modifiés par la *Loi des relations ouvrières*.

¹¹⁶ Gérard HÉBERT, Jean CHAREST et Marcel SIMARD, *La convention collective au Québec*, Montréal, G. Morin, 2007. Voir p. 104. À notre avis, la disposition qui définit « différend ou litige » se trouvait à l'article 3 lors de l'adoption de la loi en 1901. On a plus tard introduit une définition du terme « patron » à l'article 3 et la définition des termes « différends ou litige » est alors passée à l'article 4.

¹¹⁷ Dans un article de la *Revue du Barreau*, Jacques Guilbault, en se fondant sur un article de *La Presse*, cite des extraits du discours du ministre Gouin qui sont significatifs à ce sujet et en particulier un mot de Jaurès qui fait le lien avec les libertés syndicales : « L'arbitrage obligatoire serait un péril mortel pour les libertés ouvrières ». Jacques GUILBAULT, « Les lois québécoises de conciliation et d'arbitrage », (1951) 11 *R. du B.* 221, 232.

¹¹⁸ S.Q. 1909, c. 32.

B- Modification profonde de la négociation collective et évolution de l'arbitrage des griefs

L'arbitrage des griefs, nous l'avons mentionné, est indissolublement lié à la négociation et à la convention collective. Le régime de la négociation collective et de l'arbitrage du Québec est fondé sur des principes qui sont en grande partie empruntés aux mesures législatives qui ont émergées et ont été implantées aux États-Unis durant les années 1930. Une évaluation des ordres juridiques des relations du travail, y compris le droit étatique de la négociation collective et de l'arbitrage, implique nécessairement une connaissance de l'histoire de ces mesures législatives adoptées aux États-Unis grâce aux luttes remarquables de syndicalistes et de militants sociaux et à la compétence politique de leurs concepteurs. Cette démarche est nécessaire à la connaissance des ordres juridiques, condition indispensable pour évaluer le droit que nous avons dès le début de cette thèse adoptée pour l'accomplissement de notre tâche. Comme le soulignent Évelyn Serverin et Antoine Jeammaud, cette connaissance est fondamentale et, à cette fin, il faut être attentif en évaluant un régime de principes et de règles « aux rapports qu'elles se ménagent ou rendent possible avec l'univers de l'action »¹¹⁹. La dimension historique apporte un éclairage irremplaçable dans cette démarche de recherche. Nous ferons d'abord un survol des éléments pertinents aux États-Unis (1) pour examiner ensuite le développement de la négociation collective et de l'arbitrage au Canada et au Québec (2).

1. Modification profonde de la négociation collective aux États-Unis

Aux États-Unis, « la Dépression et la tension qu'elle a provoquée dans les relations du travail au cours des années 1930 ont eu raison de l'ancien modèle de laisser-faire. Cette évolution a mené à l'adoption de la *Loi Wagner*¹²⁰ qui a expressément reconnu aux employés le droit d'appartenir au syndicat de leur choix, sans coercition ni ingérence de la part de l'employeur, et oblige l'employeur à négocier de bonne foi avec les syndicats de travailleurs »¹²¹. Il faut constater encore une fois que ce constat inscrit dans le jugement des juges LeBel et McLachlin de l'arrêt

¹¹⁹ Voir p. 21.

¹²⁰ *National Labor Relations Act*, 49 Stat. 445 (1935).

¹²¹ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 2, par. 56.

Health Services and Support, masque ou, en tous cas, s'abstient de révéler le rôle important des luttes syndicales dans l'accomplissement de cette transformation sociale majeure. Il n'y a pas lieu de trop s'étonner de cette fermeture dans une perspective systémique, puisqu'il s'agit de l'autorité judiciaire suprême de l'ordre juridique étatique¹²². Il n'y a pas lieu de s'étonner non plus, dans la même perspective, que l'histoire du mouvement ouvrier produite par deux des principales organisations du mouvement syndical, la CSN et la CSQ, s'exprime dans des termes différents :

À l'occasion de la reprise économique et du « New Deal » de Roosevelt, les syndicats américains connaissent une poussée de militantisme qui leur permet de conquérir de nouvelles lois ouvrières favorisant la syndicalisation [...].

C'est en 1935 que les syndicats américains réussissent à conquérir une loi célèbre, le « Wagner Act », du nom d'un sénateur démocrate de l'État de New York. Cette loi qui fait suite à des luttes nombreuses, confirme le droit pour les salariés de s'organiser librement par vote au sein du syndicat majoritaire de leur choix – qui devient alors le représentant exclusif de tous les employés –, de négocier une convention collective et faire la grève à l'expiration du contrat de travail. La loi crée un organisme gouvernemental pour faire respecter ces droits, le « National Labour Relations Board ». ¹²³ (nos soulignements)

L'avènement de cette transformation profonde ne peut s'expliquer sans connaissance de la conjoncture et des luttes sociales et, en particulier, syndicales qui en ont pavé la voie. Reprenons ici les termes utilisés par Karl E. Klare au sujet du contexte social de l'adoption de la *Loi Wagner* : « Enacted in the wake of the great stikes of 1934, at an unusually tense and fluid historical moment [...] »¹²⁴.

Malgré l'importance de ces faits historiques, le sujet de cette thèse n'étant pas la *Loi Wagner*, nous nous limiterons à un aperçu; cet aperçu est nécessaire en particulier pour rendre compte de

¹²² *Id.*

¹²³ CSN et CSQ, préc., note 27, p. 141. À la page 154, les auteurs écrivent au sujet de la *Loi Wagner* : « [...] votée [...] lors du New Deal, sous la pression du mouvement syndical américain en plein essor ».

¹²⁴ Karl E. KLARE, « Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness », (1978) 62 *Minn. L. Rev.* 265, 265. Cet article est cité dans l'historique de l'arrêt *Health Services and Support*.

l'intensité des luttes qui ont tracé le chemin et pour certaines de leurs caractéristiques qui sont particulièrement significatives.

Franklin D. Roosevelt l'emporte très largement sur son adversaire Herbert Hoover aux élections présidentielles de 1932 et entre en fonction au printemps de 1933. Il lance un programme de réforme connu sous le nom de « New Deal ». Comme le met en lumière Howard Zinn, les réformes :

visaient deux objectifs essentiels : réorganiser le capitalisme de manière à dépasser la crise et à stabiliser le système, et calmer les très nombreux mouvements de révolte spontanés [...] comme par exemple les organisations de locataires ou de chômeurs, les mouvements d'entraide et les grèves générales qui touchèrent plusieurs villes.¹²⁵ (notre soulignement)

Howard Zinn précise ainsi les objectifs du programme du New Deal :

L'organisation économique du New Deal visait [...] avant tout à stabiliser l'économie et, secondairement, à venir suffisamment en aide aux classes les plus défavorisées pour les empêcher de transformer une simple révolte en véritable révolution.

Car cet esprit de révolte existait bel et bien lorsque Roosevelt devint président. Les gens les plus désespérés ne comptaient plus sur l'aide du gouvernement. Ils s'en remettaient à eux-mêmes et prenaient des initiatives.¹²⁶

Mark Barenberg situe la démarche du sénateur Wagner dans ses principaux éléments contextuels :

[...] the drive for recovery from the Great Depression and the effort to reconstitute a democratic capitalist order during the class-fractured emergence of a mass consumption economy. Current approaches to labor-management cooperation arise, by contrast, in a

¹²⁵ Howard ZINN, *Une histoire populaire des États-Unis de 1492 à nos jours*, Marseille, Montréal, Agone, Lux, 2002, p. 443-444.

¹²⁶ *Id.*, p. 445. Les récits d'Howard Zinn permettent de constater la vigueur du mouvement contre les expulsions des locataires, le dynamisme de l'organisation des chômeurs dont les conseils « fleurissaient dans tout le pays » et qui fonctionnaient démocratiquement tout en étant souvent dirigés par des communistes. *Id.*, p. 446.

context of heightened international competition and capital mobility, chronic sluggishness in productivity growth, and the rollback of organized labor.¹²⁷

En octobre 1934, John J. Lewis, le célèbre leader syndical, président de la United Mine Workers of America et un des fondateurs de la CIO, s'adressant à l'élite financière et industrielle au Commonwealth Club de San Francisco avertit son audience que si l'opposition au syndicalisme et au New Deal des grandes sociétés se poursuit, le résultat sera une révolte du travail (« an industrial revolt ») menant à une dictature fasciste ou communiste¹²⁸.

Nous croyons nécessaire de rappeler ces éléments de conjoncture; ils sont nécessaires pour comprendre l'intensité des pressions qui contribue substantiellement à expliquer l'émergence d'une transformation profonde de l'ordre juridique étatique en ce qui a trait à la négociation collective. Ils permettent aussi de mieux évaluer le caractère très spécial sinon exceptionnel de cette transformation.

Le premier essai du gouvernement Roosevelt pour établir un régime de coopération patronale-syndicale sera le National Industrial Recovery Act (NRA). L'approche était plutôt à caractère corporatiste, visant à réunir les acteurs patronaux et syndicaux avec l'État pour établir les principales mesures économiques applicables dans les diverses industries regroupées régionalement. Un des aspects les plus importants de cette pièce législative était la création d'une commission, le *National Industrial Board*; ce type de commission sera un élément majeur de l'architecture du *Wagner Act*. Également des dirigeants syndicaux réussirent à introduire « le

¹²⁷ Mark BARENBERG, « The Political Economy of the Wagner Act: Power, Symbol, and Workplace Cooperation », (1993) 106 *Harvard Law Review* 1379, 1388.

¹²⁸ David Milton qui rapporte ces paroles mentionne les noms de Morgan, Dupont et Rockfeller. *Infra*, note 129, p. 69. Dans son livre *La Corporation : la soif pathologique de profit et de pouvoir*, Joel Bakan fait le récit d'un projet de coup d'état avorté qui s'amorce à l'été 1934. L'état major de ce coup d'état est composé de cadres de Dupont et de J. P. Morgan. Selon cet auteur, si le coup d'état avorte, c'est parce que Smedley Darlington Butler, ancien général de la marine états-unienne, qui a été choisi pour le diriger, aurait révélé le complot, en novembre, durant une réunion secrète de la Commission sur les activités anti-américaines. Joel BAKAN, *La corporation : la soif pathologique de profit et de pouvoir*, Montréal, Éditions Transcontinental, 2004, p. 99-107. Joel Bakan fonde son récit sur le livre de Jules ARCHER, *The Plot to Seize the White House*. Publié en 1973, le volume fut rapidement retiré du marché. Il est disponible depuis 2007. D'autres sources confirment que S.D. Butler a bien témoigné à cet effet.

célèbre article 7a, disposition qui garantit le droit des travailleurs de choisir leur syndicat »¹²⁹ (traduction). Cette mesure n'était toutefois pas accompagnée des dispositions pour assurer son application et son implantation et elle rencontra une opposition patronale acharnée. Les effectifs syndicaux augmentèrent d'une manière phénoménale alors que les syndicats n'arrivaient pas à se faire reconnaître. Les employeurs réagirent à l'intensité de l'organisation syndicale en recourant à la mise en place de « syndicats de boutique »¹³⁰. En mars 1934, le *National Industrial Conference Board* observait qu'il y avait finalement eu, sous ce régime, peu de réussites des organisations syndicales véritables, mais en revanche une augmentation des syndicats de boutiques¹³¹.

Les grèves de 1933 s'étaient terminées par de cuisantes défaites¹³². Les luttes syndicales culminèrent en 1934¹³³. Les plus significatives furent les grèves générales d'Electric Auto-Lite à Tolédo, des débardeurs à San Francisco, des camionneurs à Minneapolis et la grève du textile¹³⁴. Serge Denis qui traite en particulier des trois premières écrit :

¹²⁹ David MILTON, *The Politics of U.S. Labor : from the Great Depression to the New Deal*, New York, Monthly Review Press, 1982, p. 30. David Milton écrit : « The NRA was an American version of corporatism, a system designed in Europe to balance class interest in the management of the economy. The idea was carried out under the Italian fascist government of Mussolini ». De plus, David Milton est un syndicaliste qui est devenu professeur de sociologie à l'Université de l'Oregon en 1978. Il écrit dans sa biographie personnelle : « I was hired by the University of Oregon in 1978 and spent nearly twenty years teaching there. The sociology department at Oregon was unique in its emphasis on work, organized labor, social movements and environmental studies [...] ».

¹³⁰ *Id.*, p. 31.

¹³¹ Serge DENIS, *Un syndicalisme pur et simple : mouvements ouvriers et pouvoir politique aux États-Unis, 1919-1939*, Montréal, Boréal Express, 1986, p. 167.

¹³² *Id.*, p. 168.

¹³³ « The year 1934 ranks as one of the most decisive in U.S. labor history. Approximately 1.5 million workers struck some of the major industries in the country to win recognition for the industrial working class as an organized sector of society ». D. MILTON, préc., note 129, p. 38. « During the course of 1934 the National Guard was called out in sixteen states as tens of thousands of workers from coast to coast rose in rebellion against industrial serfdom ». *Id.*, p. 62. Irving Bernstein recense 1 856 arrêts de travail en 1934 impliquant 1 470 000 travailleurs. Irving BERNSTEIN, *Turbulent Years : A History of the American Worker (1933-1941)*, Boston, Houghton Mifflin, 1971, p. 217.

¹³⁴ D. MILTON, préc., note 129, p. 38. Pour les trois premières grèves mentionnées : S. DENIS, préc., note 131, p. 167. Serge Denis utilise le chapitre du livre de Art Preis « Three strikes that pave the way » jugeant qu'il est le seul qui en a « pleinement montré toutes les significations » (p. 462). Art PREIS, *Labor's Giant Step, Twenty Years of the CIO*, New York, Pioneer Publishers, 1964.

Ces trois combats sont menés par des unions locales affiliées à l'AFL, très récemment organisées ou en voie de se remettre sur pied. Ils sont cependant dirigés par des *outsiders* de la bureaucratie, qui se réclament du socialisme et sont en rupture ouverte avec les pratiques, l'idéologie et les comportements traditionnels des chefs de la centrale.¹³⁵

Un des enjeux principaux des luttes est une véritable reconnaissance syndicale : la question de la représentation. La lutte la plus significative sur l'enjeu d'une représentation indépendante des travailleurs est celle des grévistes de la Electric Auto-Lite Company de Toledo, Ohio.

Les syndiqués « voulaient des augmentations de salaire et l'accréditation syndicale pour leur seule union, sans reconnaissance du syndicat de boutique concurrent. À la suite d'une injonction limitant le piquetage, plus de 1 800 briseurs de grève pénétraient quotidiennement dans les installations touchées par le débrayage. Un comité de travailleurs décida de demander l'aide de la *Unemployed League* locale. Ce fut un point tournant. Plus de 10 000 travailleurs se retrouvèrent sur la ligne de piquetage le 23 mai. La bagarre dura 6 jours et s'étendit à toute la ville. La garde nationale tira sur les grévistes en tuant deux et en blessant 25. La lutte s'intensifia. Comme le rapporte Art Preis, le 1^{er} juin, 98 des 99 syndicats locaux de l'AFL avaient voté pour une grève générale; un ralliement monstre le soir du 1^{er} juin mobilisa quelque 40 000 travailleurs. La compagnie capitula le 4 juin et accepta de signer un contrat et de reconnaître comme seul agent négociateur le syndicat local en grève¹³⁶.

¹³⁵ S. DENIS, préc., note 131, p. 167. AFL est le sigle d'American Federation of Labor, une centrale vouée à la défense du syndicalisme de métier.

¹³⁶ *Id.*, p. 168-169. Richard O. Boyer et Herbert M. Morais relatent : « The workers moved into the AFL federal locals, which increased from 307 in 1932 to 1 788 in 1934. Most of them outraged every tenet and every rule of AFL procedure and practice. The new unions adopted the methods of militancy, of the IWW and the Trade Union Unity League, with giant, mass picket line; with singing and forum, debates and meetings; with the women organized into auxiliaries and active members of every strike; with sit downs and slowdowns and demonstrations and flying squadrons that sped from point to point in fast cars when there was trouble ».

Richard O. BOYER et Herbert M. MORAIS (dir.), *Labor's Untold Story The Adventure Story of the Battles, Betrayals and Victories of American Working Men and Women*, 3^e éd., New York, United Electrical, Radio & Machine Workers of America, 1974, p. 277. Industrial Workers of the World est un syndicat international fondé aux États-Unis en 1905. Les IWW ont comme principe fondamental l'unité des travailleurs au sein d'un seul grand syndicat (« One Big Union ») en tant que classe partageant les mêmes intérêts. Le Trade Union Unity League (Tuul) a été l'organisation industrielle (parapluie) du Parti communiste des États-Unis (PCUSA) entre 1929 et 1935.

La grève des **camionneurs** affiliés à la Fraternité internationale des chauffeurs (AFL) à **Minneapolis** au travers de luttes marquées par une répression allant jusqu'à la mort de grévistes abattus par la garde nationale et faisant de nombreux blessés, permit de faire triompher la reconnaissance d'un syndicat industriel. Elle « fut dirigée par des militants totalement étrangers à la bureaucratie de l'union ou de la centrale, en l'occurrence des membres de la *Communist League of America*¹³⁷.

En ce qui a trait à la grève des **dockers** de l'Association internationale des dockers (AFL) à **San Francisco**, on poursuivait au départ les objectifs d'un contrat unique sur toute la côte, le contrôle de l'embauche et l'atelier fermé. Le leadership échappa aux communistes qui en général se rallièrent; il fut exercé en marge de la direction de l'Association; son président s'opposa aux grévistes et les combattit. Elle fut également violente : trois morts et 106 blessés¹³⁸. L'organisation syndicale a été reconnue et le différend référé à l'arbitrage. Tout le mouvement syndical de la ville s'est mobilisé et le président du *Labor Council* de San Francisco a exercé un important leadership, montrant que « certains éléments de la direction AFL sont capables de s'adapter aux exigences de l'heure »¹³⁹.

La grève du **textile**, dans une industrie aux conditions de travail extrêmement pénibles, mobilisa 376 000 grévistes. La lutte fut d'une violence incroyable et les résultats furent désastreux. La demande de reconnaissance syndicale fut refusée. Roosevelt intervint auprès des employeurs pour que les grévistes soient réembauchés et sa demande fut largement ignorée¹⁴⁰. On peut se demander si l'attitude patronale devant la volonté du président n'a pas contribué à le convaincre que les droits des syndiqués devaient être renforcés.

¹³⁷ *Id.*, p. 170.

¹³⁸ « [...] headlines of the San Francisco press on July 5, 1934 [...] ». D. MILTON, préc., note 129, p. 47.

¹³⁹ S. DENIS, préc., note 131, p. 173-176.

¹⁴⁰ D. MILTON, préc., note 129, p. 62-65.

Les événements et la lutte pour l'implantation de la *Loi Wagner* sont également une page remarquable de l'histoire des relations du travail et du mouvement syndical¹⁴¹. Nous ne pouvons nous y attarder.

On peut comprendre que le gouvernement Roosevelt ait été fortement poussé à chercher des solutions pour rétablir la paix industrielle et des relations de travail plus coopératives. Il était devant le défi d'établir un régime qui aurait la confiance des syndiqués, ce que le NRA n'avait visiblement pas réussi. Il était devenu nécessaire d'établir une politique qui permettrait un exercice de pouvoir par les travailleurs; l'immense capacité d'action syndicale en avait démontré le besoin.

Le travail étatique de construction du nouveau régime sera évidemment d'une grande importance pour l'avenir de la négociation collective et des ordres juridiques du travail.

Pour le gouvernement et peut-être aussi pour les syndicats, le précédent du *Railway Labor Act* de 1926 est important. Les auteurs Woods, Ostry et Zaidi mettent en lumière que cette loi marque le début d'une évolution dans une nouvelle direction du système américain; ils précisent ainsi :

The act applied to railways only, but it is important in that it introduce into United States' policy certain principles that were later generally applied. These were : (a) the freedom of workers to choose their own representatives; (b) compulsory recognition; (c) compulsory bargaining; and (d) exclusive bargaining rights. All four were later to be incorporated into american federal law of general application.¹⁴²

La *Loi Wagner* est cependant également en très grande partie le résultat de l'analyse extrêmement sérieuse et compétente de l'expérience du NRA¹⁴³. La question des syndicats de boutique fut l'enjeu central¹⁴⁴. L'analyse permit d'acquérir la conviction que la relation entre pouvoir et confiance est déterminante¹⁴⁵. On ne pouvait atteindre cet objectif qu'en assurant l'indépendance de l'organisation syndicale face à l'employeur et à l'État et cet objectif ne

¹⁴¹ K.E. KLARE, préc., note 124, p. 266.

¹⁴² H.D. WOODS, S. OSTRY et A. ZAIDI, préc., note 5, p. 65.

¹⁴³ M. BARENBERG, préc., note 127, p.1401-1412.

¹⁴⁴ *Id.*, p. 1386.

¹⁴⁵ *Id.*, p. 1392.

pouvait être atteint sans des mesures robustes pour interdire les pratiques qui y faisaient obstacle¹⁴⁶.

L'énoncé de politique qui ouvre la *Loi Wagner* est significatif de la jonction des objectifs économiques et de la conception de la négociation collective.

It is hereby declared to be the policy of the United States to eliminate the cause of certain substantial obstruction to the free flow of commerce and to mitigate and eliminate these obstructions when they have occurred by encouraging the practice and procedure of collective bargaining and by protecting the exercise by workers of full freedom of association, and designation of representatives of their own choosing, for the purpose of negotiating the terms and conditions of their mutual employment or other mutual aid or protection.

Les juges McLachlin et LeBel, dans leur analyse historique des objectifs de la *Loi Wagner* recourent à l'exposé de K.E. Klare : « Paix industrielle » [...] « Négociation collective » [...] « Pouvoir de négociation » [...] « Libre choix » [...] « Augmenter [...] le pouvoir d'achat » des travailleurs et « Démocratie industrielle », qui est considéré comme « l'aspect le plus insaisissable ». Le texte de la Cour a avantage à être complété par des éléments éclairants de l'étude très fouillée de la pensée du sénateur Wagner et de ses principaux conseillers, qu'a accomplie Mark Barenberg; les éléments suivants permettent de comprendre davantage, au-delà des motifs mis de l'avant dans l'énoncé de politique, le sens profond de la politique adoptée et la dimension sociale des valeurs sous-jacentes :

The relation between employer and employee in modern industry – “The most important relationship” in the worker life-had taken on the character of the authority relationship between sovereign and subject or citizen”.

For Wagner, even the important legislative goals of industrial peace and macro-economic growth and stabilization were always secondary to the achievement of social justice through democratic consent in the workplace [...] tranquil labor relationship were not the sole consideration : “Its all depends upon the basis of tranquility. The slave system of the old south was as tranquil as a summer’s day, but that is no reason for perpetuating in

¹⁴⁶ « The National labor Board [...] failed to turn back the tides of worker rebellion and of employer opposition to unionism. But the Board’s failure persuaded Wagner and the other officers of the NLB (and its successor, the old NLRB) that more thoroughgoing labor reform was required ». *Id.*, p. 1402.

modern industry any of the aspects of a master-servant relationship. (notre soulignement)
[...]

Only collective empowerment would implement “the new freedom” – “a freedom for self direction, self control, cooperation”.

That the idea of substantive or positive freedom was at the heart of Wagner’s philosophy is not surprising in light of the centrality of that idea in American progressivism. In applying that idea to labor relations, Wagner consistently deployed the moral vocabulary of two currents of progressivism represented among his closest advisers and associates: the institutionalist’ discourse of the workplace as a constitutional democracy, and the legal realist’ language of economic duress and substantive liberty of contract in the labor market.

[...] organized labor would act as an antidote to the dangers of autocracy posed by the newly fortified administrative state. Like other leading proponents of expert administration, Wagner was far from oblivious to the threat posed by technocratic bureaucracy to the individual voluntarism necessary for genuine reciprocal solidarity [...]. To relenish the fading civic virtues of “the old New England meeting” in an increasingly “impersonalized administrative state”, and to nurture “the dignity of freedom and selfexpression in (workers) daily lives” Wagner prescribed the “road of organized action to responsibility (and) self-mastery”.

Wagner believed there was no turning back from mass production or from the empowered technocratic state [...]. Yet he also believed that industrial democracy would afford decentralized, countervailing power and a renewed culture of democracy from below.¹⁴⁷

Soulignons en terminant ce développement sur la *Loi Wagner* que le bilan de son effectivité semble aller dans le sens des objectifs visés par ses concepteurs. Karl E. Klare écrit à ce sujet :

The Wagner Act and the rise of organised labor unquestionably effected profound changes in the american political economy. Collective bargaining became fairly widespread, unions attained a significant role in the partisan political system, the labor market was rationalized in certain important ways, many people improved their standard of living and job security, and millions of workers experienced a new sense of participation and dignity.¹⁴⁸

¹⁴⁷ *Id.*, p. 1422-1427.

¹⁴⁸ K.E. KLARE, préc., note 124, p. 266.

Dans le cadre de la *Loi Wagner* l'arbitrage des griefs demeurait une question de négociation comme l'interdiction des arrêts de travail pendant la durée d'une convention collective et le régime demeurera inchangé à ce sujet. Toutefois, dans la pratique l'engagement à renoncer à la grève de la part du syndicat et au lock-out de la part de l'employeur, est indissolublement lié à l'arbitrage¹⁴⁹. Comme nous le verrons dans la subdivision suivante, la situation sera différente au Québec; l'arbitrage des griefs sera davantage institutionnalisé.

Comme nous le verrons également, la *Loi Wagner* a pavé la voie du régime de négociations collectives québécois. Les luttes syndicales aux États-Unis¹⁵⁰ sont ainsi devenues une des causes importantes de ce régime qui a structuré des ordres juridiques du travail autonomes face à l'État.

2. Les principes de la *Loi Wagner*, la *Loi des relations ouvrières* et l'arbitrage des griefs au Québec

La *Loi des relations ouvrières*¹⁵¹ adoptée en 1944 établira un régime reprenant plusieurs principes et mesures empruntées à la *Loi Wagner*. Comme l'indique Jacques Rouillard :

Ce sont les syndicats internationaux qui se sont faits les promoteurs d'une telle loi au Québec [...]. La CTCC s'est ralliée très tard à cette démarche en 1943, lui préférant longtemps la loi d'extension juridique des conventions collectives. Dès 1937 et chaque année par la suite, le CMTC et sa succursale québécoise, la Fédération provinciale du travail du Québec, réclament l'adoption d'une loi s'inspirant de la *Loi Wagner*, commune, espère-t-ils, pour l'ensemble du Canada.¹⁵²

Nous profiterons de ce rappel de l'opposition entre syndicats internationaux et syndicats catholiques pour faire un bref examen des postures des deux principaux types d'organisations syndicales que connaît le Québec de cette époque en matière d'idéologie des relations du travail. L'importance de ces courants idéologiques provient, pour notre recherche, du fait que ces

¹⁴⁹ Dans *Labour Policy and Labour Economics in Canada*, on trouve l'évaluation suivante de cette importante pratique : « In the United States this system of private arbitration has developed very extensively, and most observers now believe that over 90 per cent of agreements contain arbitration clauses ». H.D. WOODS, S. OSTRY et M.A. ZAIDI, préc., note 5, p. 210.

¹⁵⁰ Au sujet du débat sur le caractère causal de l'agitation ouvrière, voir l'article de M. BARENBERG, préc., note 127, p. 82 (note 88), en plus du clair constat de Karl E. Klare (voir p. 284 et 285).

¹⁵¹ S.Q. 1944, c. 30.

¹⁵² J. ROUILLARD, préc., note 20, p. 98.

courants se sont incarnés dans des modes d'organisation, dans des ordres juridiques, dans le cadre de pièces législatives.

Jacques Rouillard rappelle la préférence de la CTCC pour la *Loi d'extension des conventions collectives*. Jusqu'au début des années 1940, la CTCC est une organisation en état de dépendance face à l'Église catholique. Ses statuts permettent même à l'Assemblée des évêques du Québec de désavouer un changement statutaire. Quand à l'idéologie qui l'inspire, Jacques Rouillard la met ainsi en lumière :

La doctrine sociale, telle que définie par les encycliques papales inspire la CTCC depuis sa fondation. En vertu de cet enseignement, la centrale a posé comme objectif ultime à ses syndicats de collaborer à l'instauration de la corporation professionnelle. [...] on espère que l'organisation des professions en corporation favorisera la collaboration entre patrons et ouvriers et sera une institution porteuse de paix sociale.¹⁵³

La CTCC est à l'origine de la *Loi de la convention collective* de 1934¹⁵⁴ qui permet d'étendre par décret du gouvernement, à des groupes d'une même profession qui n'ont pas signé une convention collective, l'application de ses dispositions à titre de conditions minimales de travail. Ce qui nous intéresse particulièrement ici est que les décrets sont appliqués par des comités paritaires formés de représentants des syndicats et des employeurs et qui fonctionnent sous haute surveillance gouvernementale. Jacques Rouillard souligne :

Pour la centrale, ces comités constituent les embryons de la corporation. Les syndicats internationaux rejettent le modèle corporatiste des relations du travail, qu'ils assimilent à une tendance fasciste. Ils redoutent que les gouvernements ne soient appelés à jouer un rôle important dans l'établissement et le fonctionnement de la corporation et qu'ils en profitent pour limiter le droit des travailleurs à la négociation collective.¹⁵⁵

Il faut bien mettre en lumière une différence fondamentale entre un régime d'application des conventions collectives au moyen de griefs et le régime d'application des décrets d'extension des conventions collectives de cette époque. Les décisions relatives à l'application du décret ne sont

¹⁵³ *Id.*, p. 110. Voir aussi CSN et CSQ, préc., note 27, p. 144.

¹⁵⁴ *Id.*, p. 65. Voir aussi l'historique de cette loi par J.-R. CARDIN, préc., note 89, p. 29-34. Nous n'examinerons pas les motifs économiques qui ont été invoqués pour promouvoir cette loi, la question n'étant pas utile pour notre démarche.

¹⁵⁵ *Id.*

pas prises par le syndicat mais par le comité paritaire, patronal-syndical et les recours ne se font pas devant une instance indépendante de l'État comme un arbitre, mais devant les tribunaux de droit commun.

Les années de la guerre sont « marquées d'âpres luttes intersyndicales, notamment entre les unions internationales et les syndicats catholiques »¹⁵⁶. C'est ce qu'illustre le conflit de la Price Brothers au Saguenay qui sera un des facteurs déterminants conduisant à l'adoption de la *Loi des relations ouvrières* et qui sera un élément important pour l'adhésion de la CTCC à un régime des relations de travail fondé sur l'indépendance syndicale. Il importe maintenant d'en exposer brièvement les enjeux. Ils ont une importante parenté avec les enjeux de conflits qui ont précédé la *Loi Wagner* aux États-Unis et qui étaient causés par un employeur qui favorisait un syndicat d'entreprise ou un syndicat de métier malgré la présence d'un syndicat majoritaire indépendant.

La compagnie Price Brothers refuse de négocier avec le syndicat catholique majoritaire en alléguant ou prétextant que les non-catholiques seraient obligés d'appartenir à une organisation confessionnelle. Elle reconnaît toutefois deux syndicats internationaux¹⁵⁷ et lors du renouvellement du contrat, en 1940, leur accorde l'atelier fermé. La grève éclate lorsque la compagnie menace de suspendre certains employés s'ils n'adhèrent pas au syndicat international. Le gouvernement intervient alors et une entente prévoyant la création d'une commission d'enquête est conclue entre les parties. Au récit détaillé de ces événements, Jean-Réal Cardin ajoute : « Voilà comment les syndicats par les événements qu'ils provoquèrent en mars 1943, décidèrent le gouvernement de la province à instituer une enquête sur ces faits, l'enquête Prévost, dont le rapport a si largement contribué à l'adoption de la *Loi des relations ouvrières* »¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Voir CSN et CSQ, préc., note 27, p. 152.

¹⁵⁷ Jean-Réal Cardin fait le constat suivant : « [...] ces unions faisaient plutôt office d'« unions de boutique » car c'est la compagnie elle-même qui pratiquait vraiment l'organisation en sa faveur ». Il réfère au Rapport Prévost à ce sujet. J.-R. CARDIN, préc., note 89, p. 53.

¹⁵⁸ *Id.*, p. 55. Jean-Réal Cardin complète le récit en mentionnant les commissions qui furent créées pour préparer une « loi sur la liberté syndicale ».

On ne peut reprocher au gouvernement d'Adélard Godbout¹⁵⁹ de ne pas avoir cherché l'éclairage nécessaire pour établir une politique législative adaptée aux besoins. Le Conseil supérieur du travail reçut un mandat du ministère du Travail de donner son opinion au sujet d'un projet de loi sur les rapports collectifs du travail. Deux commissions d'étude reçurent également des mandats, une patronale et l'autre syndicale. Toutefois, comme le mentionne Rodrigue Blouin, « le Rapport Prévost¹⁶⁰ revêt une importance particulière [...]. La Commission est d'avis que les différends s'amplifieront à moins que le législateur ne pourvoie à la mise en place de règles de négociation sous l'autorité d'un tribunal »¹⁶¹. Elle revêt également une importance particulière en ce qui a trait à l'application des conventions collectives. Quoi de mieux que de recourir aux termes mêmes utilisés dans le rapport. Dans le cadre de l'analyse des difficultés qu'elle avait eu le mandat d'étudier, la Commission s'exprime ainsi :

Les relations de ces compagnies avec leurs employés sont actuellement régies par des contrats collectifs; et puisque l'on reconnaît généralement que ce genre de contrat est le moyen le plus propre à assurer la paix entre le capital et le travail, nous n'allons pas suggérer qu'on écarte ce mode pour en adopter un autre.

[...]

Ces difficultés n'eussent pas été possibles, ou du moins elles n'eussent pas pris l'ampleur qu'elles ont atteinte, s'il eût existé une réglementation de cette forme de contrat. C'est l'absence d'une législation adéquate qui a permis le conflit. Il nous paraît élémentaire que le contrat collectif, destiné à régir les relations des patrons avec leurs ouvriers, et à promouvoir la paix sociale, devrait être le sujet d'une législation qui, en posant des règles générales relativement à sa formation et à son application, permettrait qu'il rende les fruits qu'on en attend [...]. (Notre soulignement)

¹⁵⁹ Adélard Godbout, chef du Parti libéral, était devenu premier ministre, en 1939, après avoir défait l'Union nationale dirigée par Maurice Duplessis.

¹⁶⁰ *Rapport de la Commission chargée de faire enquête sur certaines difficultés survenues aux usines de Price Brothers & Company Limited et de Lake St-John Power & Paper Company Limited*, Québec, Gouvernement du Québec, 1943. En plus de J.-Alfred Prévost, juge de la Cour du Banc du Roi, les auteurs du rapport sont Stuart. McDougall, également juge de la Cour du Banc du Roi, et Garon Pratte, juge de la Cour supérieure. Le texte est reproduit dans Gérard VAILLANCOURT, *Les lois ouvrières de la province de Québec en rapport avec les relations ouvrières-patronales et commentaires sur la Loi des relations ouvrières et son règlement n° 1*, Montréal,, Wilson et Lafleur, 1957, p. 105-122.

¹⁶¹ Rodrigue BLOUIN, *La juridiciarisation de l'arbitrage de grief*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 20.

La commission Prévost recommande l'arbitrage obligatoire de tout grief qui n'a pas été réglé à l'interne, au sein d'un « comité des griefs » et que la loi « détermine la forme, l'exercice et les conséquences, suivant une procédure simple, pratique et expéditive »¹⁶².

Elle traite ensuite de la question du « tribunal » et, en ce qui a trait à sa composition, elle ouvre la porte à une représentation des patrons et des ouvriers¹⁶³. Elle suggère que le tribunal dispose entre autres du pouvoir suivant en matière d'application des « contrats collectifs » :

b) de connaître [...], à défaut de règlement par le Comité des griefs ou par l'arbitrage, de toute plainte, de quelque nature qu'elle soit, par une union ou par un groupement d'ouvriers touchant l'exécution d'un contrat collectif, le respect des conditions de ce contrat, et des dispositions de la loi s'y rapportant;¹⁶⁴

La *Loi des relations ouvrières* modifie en profondeur les rapports collectifs du travail au Québec :

- le syndicat majoritaire reçoit une reconnaissance publique officielle et est pourvu d'un droit, d'un pouvoir et d'un devoir de représentation non seulement de ses membres, mais de l'ensemble du personnel salarié de son unité de négociation (art. 4 à 10);
- la domination ou l'entrave à la formation ou aux activités d'une association par l'employeur sont interdites avec plusieurs autres pratiques déloyales (art. 20);
- l'employeur a l'obligation de négocier de bonne foi avec le syndicat reconnu (art. 4); la convention collective n'est pas définie en se référant à la notion de contrat, ce qui marque son indépendance du droit civil (art. 2, par. e);¹⁶⁵

¹⁶² *Rapport de la Commission chargée de faire enquête sur certaines difficultés survenues aux usines de Price Brothers & Company Limited et de Lake St-John Power & Paper Company Limited*, préc., note 160, par. 85, p. 119.

¹⁶³ *Id.*, par. 89, p. 119.

¹⁶⁴ *Id.*, par. 90, p. 119.

¹⁶⁵ Le recours au concept d'entente pour définir la convention collective date de la *Loi de la convention collective*. Marie-Louis Beaulieu écrit à ce sujet : « La loi antérieure comme celle des syndicats professionnels employait le terme *contrat*. Le législateur l'a remplacé par *entente* pour bien indiquer que la convention collective n'est pas un contrat dans le sens du code civil, que seules pourraient signer les personnes capables de contracter ». Marie-Louis BEAULIEU, *Les conflits de droit dans les rapports*

- un organisme étatique spécialisé en relations du travail, la Commission des relations ouvrières, est constitué pour administrer le régime de reconnaissance (art. 29 à 41); la nomination de ses membres est toutefois accomplie d'autorité par le gouvernement sans obligation de consultation;
- en cas d'échec des négociations, la « grève » ou la « contre-grève » ne peut être déclenché sans se soumettre à un processus de conciliation et d'arbitrage (art. 13, 14 et 24).

L'arbitrage du grief n'est pas obligatoire mais constitue une condition préalable à toute « grève » ou « contre-grève » en cours de convention collective. L'arbitrage de tout différend constitue également une condition préalable à la « grève » ou à la « contre-grève » (art. 24)¹⁶⁶.

L'arbitrage obligatoire des griefs avec sentence exécutoire se développera d'abord dans les conventions collectives¹⁶⁷. Dans l'ensemble du Canada toutefois, la politique législative de l'arbitrage obligatoire des griefs et de l'interdiction de la grève et du lock-out, en cours de convention collective, gagnait du terrain.

Alors que la *Loi des relations ouvrières* avait été sanctionnée le 3 février 1944, le gouvernement canadien adoptait le 17 février de cette même année, à la faveur de la *Loi sur les mesures de guerre*, les *Règlements des relations ouvrières en temps de guerre*¹⁶⁸. Cette réglementation imposait un régime de rapports collectifs du travail dont un élément important était l'obligation de prévoir dans toute convention collective une procédure de règlement de griefs sans cessation de travail (par. 18.1). Un préambule invoquait l'intérêt public. Les provinces pouvaient accepter d'être régies par ces dispositions et cinq provinces légiférèrent en ce sens. Une conférence des ministres du travail du Canada, avaient, cette même année 1944, cherché à établir une uniformité

collectifs du travail, Québec, Presses universitaires Laval, 1955, p. 145. Ce détachement de la notion civile de contrat va évidemment bien au-delà de la capacité de signer.

¹⁶⁶ La *Loi des différends entre les services publics et leurs salariés*, S.Q. 1944, c. 31, prohibe toute grève dans les services publics.

¹⁶⁷ Pierre VERGE, « Le forum de la convention collective », (1967-1968) *C. de D.* 566, 587.

¹⁶⁸ C.P. 1003, (1944) 44 G. du T. 146.

dans les législations canadiennes du travail; un des éléments retenus avait été des dispositions pour la solution des griefs sans recours à la grève¹⁶⁹.

Dans la législation québécoise du travail, il faudra attendre une modification de la *Loi des relations ouvrières*, en 1961, pour que la politique d'arbitrage obligatoire des griefs avec obligation de garder la paix soit implantée¹⁷⁰.

Durant les décennies 1960, 1970, l'encadrement législatif du régime de négociation collective et d'arbitrage des griefs se développera. Ces années seront particulièrement importantes pour l'émergence et le développement d'une politique législative relative à l'égalité des personnes.

Nous en traiterons dans le chapitre suivant. Durant ces années également, à l'intérieur du système de rapports collectifs du travail et dans le cadre de la représentation syndicale, s'est développé au Canada et au Québec le devoir de juste représentation syndicale dont un des éléments principaux est l'égalité des personnes salariées que le syndicat représente.

C- Discrimination et devoir de juste représentation des syndicats

Le devoir de juste représentation a émergé aux États-Unis. Il s'agit d'une norme particulièrement importante pour les liens entre le droit collectif de syndicalisation et de négociation comme il est établi au Québec et les droits individuels des membres des unités d'accréditation. La meilleure manière de rendre compte de cette émergence et de la signification de cette norme est de citer ici

¹⁶⁹ George W. ADAMS, *Canadian Labour Law : a Comprehensive Text*, Aurora, Ont., Canada Law Book, 1985, p. 14-15.

¹⁷⁰ *Loi modifiant la Loi des relations ouvrières*, S.Q.1961, c. 73, art. 6; l'article 6 édicte les paragraphes 24 (4) et 24 (5) de la *Loi des relations ouvrières*. Selon le professeur Rodrigue Blouin, « [u]n puissant lobby syndical, CTCC et FTQ en tête, s'exerce auprès du gouvernement ». Ces centrales syndicales présentent, en 1960, *deux importants mémoires*. R. BLOUIN, préc, note 161, p. 30. Ce changement majeur dans le régime de l'arbitrage de grief se fera à la faveur du changement de régime, le gouvernement libéral de Jean Lesage ayant été élu. Il importe de le situer dans son contexte : les centrales syndicales n'étaient pas favorables à l'interdiction du droit de grève en cours de convention collective; elles préféreraient la solution américaine à ce sujet. Cependant, elles voulaient d'abord et avant tout que le droit de grève nécessaire à la négociation collective soit libéré de la condition préalable de la conciliation et de l'arbitrage, ce qui fut obtenu; de plus la nouvelle loi édicte le nouvel article 10a), une protection dans les cas de transmission d'entreprise qu'on retrouve maintenant aux articles 45 et 46 du *Code du travail*. Ceci explique sans doute l'absence de protestations vigoureuses contre l'interdiction des arrêts de travail en cours de convention collective.

un article que B.L. Adell a publié dans la revue *Relations industrielles* avant que ne soit en vigueur le premier texte législatif adopté au Canada, à ce sujet :

The duty of fair représentation has been developed in the United States courts since the Second World War. It represents attempt to give the individual employee a degree of control over the conduct of his bargaining agent without allowing him to intervene directly in the arbitral process. The duty was originally developed to deal with unfair treatment by the union of certain groups in the bargaining unit, especially racial minorities, during the negotiation of a collective agreement. The original basis for the duty was the status of recognized bargaining agent, the Supreme Court of the United States being of the view that any union possessing exclusive bargaining rights for a group of employees has a corresponding obligation to represent the interest of all those employees with fairness and diligence.¹⁷¹

À la suite de l'Ontario et un peu avant le Parlement fédéral, dans le cadre d'une importante réforme du *Code du travail*, le gouvernement du Parti québécois va faire adopter des dispositions qui régissent le devoir de représentation de tout syndicat; le devoir est formulé de la manière suivante :

Une association accréditée ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés compris dans une unité de négociation qu'elle représente, peu importe qu'ils soient ses membres ou non.¹⁷²

Il est bien connu que cette disposition ne crée pas le devoir de représentation au Québec. Comme le soulignent pertinemment les auteurs du volume *Le droits des rapports collectifs du travail au Québec*, ce texte codifie le droit à ce sujet¹⁷³. Les auteurs de *Le droit du travail par ses sources* mentionnent qu'il s'agit « d'explicitations législatives d'un droit jurisprudentiel antérieur élaboré

¹⁷¹ B. L. ADELL, « The Duty of Fair Representation – Effective Protection for Individual Rights in Collective Agreements ? », (1970) 25 *Relations industrielles* 602, 603. Le professeur Adell réfère à l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, *Steele c. Luiseville and Nashville Railroad Co.*, (1944) 323 U.S. 192 (U.S.S.C.).

¹⁷² *Loi modifiant le Code du travail et la Loi du ministère du Travail et de la Main-d'oeuvre*, 1977, c. 41, a. 28; article 47.2 du *Code du travail*.

¹⁷³ M. COUTU, G. MARCEAU, L.L. FONTAINE et T. BURKE, préc., note 64, p. 425.

à partir du principe général de représentation collective qui sous-tend la loi »¹⁷⁴. Les deux caractéristiques, codification partielle et explicitation, se retrouvent dans ce texte¹⁷⁵.

Remarquons qu'un des importants éléments idéels qui y est affirmé est que le devoir s'exerce à l'égard de tous les membres de l'unité d'accréditation; il affirme ainsi la rupture avec l'approche de droit privé, contractuelle, nécessitant d'un « salarié » qu'il soit intégré à une personne morale pour être représenté dans un contrat qu'elle conclut. Nous sommes ici en matière de droit social et non de droit privé; cette qualification de droit social est d'ordre sociologique, le système juridique ne se l'étant malheureusement pas appropriée. L'analyse juridique conduit toutefois à notre avis à constater l'inaptitude des catégories « privé » et « public » à décrire adéquatement la transformation structurelle fondamentale que représente la négociation collective par une association qui représente l'ensemble des membres d'une unité de négociation.

Il est indéniable que cette disposition s'applique à la négociation collective¹⁷⁶.

Dans les premières années de l'adoption des dispositions relatives au devoir de juste représentation, Jean-Denis Gagnon, alors professeur de droit du travail à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, écrivait ce qui suit :

Les dispositions législatives canadiennes et québécoises portant sur le devoir de juste représentation sont de rigueur, tant lors de la négociation d'une convention collective, que lorsqu'il s'agit de l'application d'une telle entente. D'ailleurs, avant même la

¹⁷⁴ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, préc., note 106, p. 101. Le juge LeBel dans l'arrêt *Noël* écrit : « Le *Code du travail* a codifié partiellement le devoir de représentation ». *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, (2001) 2 R.C.S. 207.

¹⁷⁵ Remarquons que la formulation de ce devoir important utilise la forme prohibitive au lieu de recourir à une expression positive. Le texte adopté dans le cadre du *Code canadien du travail* adoptait une forme positive : dans le *Code canadien du travail*, c'est l'article 136.1 adopté en 1978 : « Lorsqu'un syndicat est accrédité à titre d'agent négociateur d'une unité de négociation, il doit, de même que ses représentants, représenter tous les employés de l'unité de négociation de façon juste et sans discrimination ».

¹⁷⁶ Michel COUTU et Madeleine CARON, *Les organisations syndicales face à la discrimination : responsabilité et devoir de représentation*, Montréal, Commission des droits de la personne du Québec, 1984, p. 33-34. P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, préc., note 106, p. 101. Ces auteurs, en se référant à l'arrêt *Centre hospitalier Régina Ltée c. Québec (Tribunal du travail)* (1990) 1 R.C.S. 1330, soulignent que le devoir « est à la mesure du droit de représentation » et « s'étend à l'ensemble des actes qui affectent le cadre juridique de la relation entre le salarié et l'employeur dans l'entreprise » (p. 1347-1354 de l'arrêt). Le juge LeBel le souligne dans l'arrêt *Noël c. Société de l'énergie de la Baie James*, (2001) 2 R.C.S. 207, au par. 48.

reconnaissance législative de ce devoir, c'est de cette manière que les tribunaux qui en avait tout d'abord affirmé l'existence en avaient aussi défini la portée et l'étendue.¹⁷⁷

Rappelons que durant plus de deux décennies après l'adoption de ces mesures, le seul recours prévu au *Code du travail* pour une contravention à l'article 47.2 en matière de négociation et de conclusion de convention collective était de nature pénale, ce qui déterminait le niveau de preuve exigé et l'effectivité des décisions.

La situation a été modifiée à la suite de l'avènement de la Commission des relations du travail. Depuis le 1^{er} juin 2004, la Commission a compétence pour entendre les plaintes de salariés alléguant que leur syndicat a manqué à son devoir de juste représentation, même dans le contexte de la négociation d'une convention collective¹⁷⁸. La Commission des relations du travail saisie d'une plainte relative à la négociation ou la conclusion d'une convention collective peut exercer les pouvoirs que lui confère le *Code du travail*. Nous approfondirons la situation au sujet de ces pouvoirs en étudiant, dans le premier chapitre de la troisième partie, le dossier des plaintes à la Commission des droits alléguant le caractère discriminatoire, sur la base de l'âge, du gel d'un échelon salarial dans la convention collective du personnel enseignant des commissions scolaires.

Notre intention en accomplissant ce survol de la construction du droit du travail québécois était en particulier de mettre en lumière les profondes racines de l'action des organisations syndicales et que ses dures luttes jointes à un travail politique sérieux au sein de l'ordre étatique, en particulier aux États-Unis, dans le cadre du *New Deal* et plus tard au Québec sous le gouvernement Godbout, avaient bâti un droit du travail qui a un rôle important pour poursuivre l'objectif de l'égalité des chances qui est au cœur du principe d'égalité. Nous tirerons les enseignements de cet examen dans le chapitre 3 de cette deuxième partie.

Nous allons maintenant accomplir un examen de l'émergence et du développement de la politique publique d'égalité de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

¹⁷⁷ Jean-Denis GAGNON, « Le devoir de représentation des salariés en droit canadien et québécois », (1981) 41 *R.du B.* 639, 668.

¹⁷⁸ 2001, c. 26

Chapitre 2 – La lutte pour le droit à l'égalité et la mise en place d'une politique publique d'égalité des personnes au Québec

Les racines internationales de la norme d'égalité sont profondes. Pour les fins de la présente étude, il ne nous apparaît toutefois pas nécessaire de remonter dans les faits historiques plus loin que la *Déclaration de Philadelphie* adoptée par la Conférence générale de l'OIT en 1944. Il s'agit d'un texte fondateur de l'ordre juridique international qui a émergé à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Avant d'aborder les textes législatifs internes dans lesquels ont été inscrits la norme d'égalité et le principe fondamental de non-discrimination, il est important de pouvoir établir les liens historiques avec cet ordre international. Nous commencerons cet examen par le début de l'*Introduction* du livre d'Alain Supiot, *L'esprit de Philadelphie* :

C'est à Philadelphie le 10 mai 1944, qu'a été proclamée la première Déclaration internationale des droits à vocation universelle. Adoptée quelques jours à peine après le débarquement allié en Normandie, cette déclaration fut aussi la première expression de la volonté d'édifier au sortir de la Seconde Guerre mondiale un nouvel ordre international qui ne soit plus fondé sur la force, mais sur le droit et la justice [...]. Cette déclaration de Philadelphie fut suivie quelques semaines plus tard par la conclusion des accords de Bretton Woods, puis l'année suivante par la création de l'Organisation des Nations Unies et enfin par l'adoption en 1948 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme. À bien des égards, il s'agit donc d'un texte pionnier, qui entendait faire de la justice sociale l'une des pierres angulaires de l'ordre juridique international, et dont l'esprit se retrouve à l'œuvre dans chacune de ces étapes ultérieures.¹

La *Déclaration de Philadelphie* proclamait que « tous les êtres humains ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel avec des chances égales ». Dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* en 1948, au principe de l'égalité énoncé à l'article 1, l'article 2 ajoute la non-discrimination. La *Charte des Nations Unies* de 1945 affirme dans son préambule « l'égalité des droits des hommes et des femmes » marquant ainsi « le caractère fondateur de ce principe » qui ne saurait être réduit à « une simple approche catégorielle »² (notre soulignement).

¹ Alain SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie : la justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, p. 9.

² Emmanuel DECAUX, « Non-discrimination », dans Mario BETTATI, Olivier DUHAMEL et Laurent GREILSAMER (dir.), *La Déclaration universelle des droits de l'Homme*, coll. Folio actuel, Paris, Gallimard, 2008, p. 34.

Dans le sillage de la *Déclaration*, le *Pacte international sur les droits civils et politiques* adopté en 1966 affirmera, à l'article 26, l'égalité de toutes les personnes devant la loi et le droit à la protection de la loi sans discrimination « notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ». Ce Pacte sera ratifié par le Canada comme le *Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels* en 1976.

L'OIT devient l'organisation des Nations Unies spécialisée dans le domaine du travail en 1946. Elle adopte en 1958 la *Convention internationale du travail (n° 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*³. Rappelons qu'une telle convention est adoptée par une assemblée de représentants des États, des syndicats et du patronat dans le cadre de la structure tripartite de la Conférence générale; rappelons aussi le commentaire de l'OIT au sujet de cette structure et de la pratique qu'elle a développée depuis des décennies : « Cette spécificité (le tripartisme) permet à l'OIT de fonder son action sur des connaissances issues de la vie réelle en matière d'emploi et de travail » (notre soulignement).

La convention n° 111 comprend un préambule dans lequel on trouve les deux considérations suivantes :

Considérant que la Déclaration de Philadelphie affirme que tous les êtres humains, quels que soient leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales;

Considérant en outre que la discrimination constitue une violation de droits énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme,

Ainsi la Convention n° 111 établit clairement un lien avec la déclaration qualifiée par Alain Supiot de « pierre angulaire de l'ordre juridique international » et, fait significatif, avec la

³ *Convention et recommandations internationales du travail (1919-1984)* (feuilles mobiles), vol. 1, Genève, Organisation internationale du travail, 1985, p. 50 à 52. Cette convention est entrée en vigueur le 15 juin 1960.

Déclaration adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies. On observera qu'au niveau des ordres juridiques internationaux, en matière d'égalité et de non-discrimination, l'ordre général de l'ONU ne se substitue pas à l'ordre spécialisé du travail. Une institution distincte conduit son action en assumant ses responsabilités spécifiques en matières d'adoption, d'interprétation et de contrôle de l'application des normes internationales; cette action est toutefois conduite en lien avec l'ordre général.

Quelle est alors la situation au Canada et au Québec ?

Après la guerre, dans l'ensemble du Canada, deux grandes centrales syndicales représentent les travailleuses et les travailleurs : le Congrès canadien du travail et le Congrès des métiers du travail du Canada. Lucie Laurin qui a écrit l'histoire de la Ligue des droits et libertés relate ce qui suit au sujet de l'action syndicale relative au droit à l'égalité :

L'une des premières étapes de la lutte que devait mener les syndicats consistait donc à faire pression sur les gouvernements pour obtenir des lois interdisant la discrimination. Les comités intra syndicaux (comités conjoints, comités nationaux) s'employèrent d'abord à faire adopter par les congrès syndicaux les principes de base de la lutte pour l'égalité.

C'est ainsi qu'en 1948, les congrès des deux grandes centrales adoptaient le principe des « justes méthodes d'emploi » qui établit l'égalité dans l'emploi de tous les citoyens.⁴

Elle ajoute que ces résolutions ont ensuite été présentées « avec les autres revendications ouvrières lors de la rencontre annuelle des centrales avec le cabinet fédéral »⁵.

Cette activité de représentation a-t-elle contribué à la décision canadienne de ratifier la Convention n° 111 ? On peut le présumer. La Convention sera ratifiée par le Canada en 1964, plus précisément le 26 novembre. Cette même année la législature québécoise adopte la *Loi sur la discrimination dans l'emploi*⁶.

⁴ Lucie LAURIN, *Des luttes et des droits : antécédents et histoire de la Ligue des droits de l'Homme de 1936 à 1975*, Montréal, Éditions du Méridien, 1985, p. 39.

⁵ *Id.*

⁶ S.Q. 1964, c. 46.

1- La Loi sur la discrimination en emploi, S.Q. 1964, c. 36

Au Québec, le Comité ouvrier pour la défense des droits de l'Homme, a réuni en 1962 une vingtaine d'organismes dans le but de présenter un mémoire au gouvernement québécois pour obtenir une législation contre la discrimination. Ce mémoire fut soumis au premier ministre Jean Lesage en 1963⁷. La coalition ayant décidé de poursuivre son action jusqu'à l'adoption d'une « déclaration provinciale des droits de l'Homme », mettra en place une structure permanente, le Comité pour la défense des droits de l'Homme.

Walter Surma Tarnopolsky a souligné que le Québec était la septième province à adopter une loi contre la discrimination dans l'emploi (« *fair employment legislation* »)⁸. Lucie Laurin précise au sujet de la lutte syndicale pour obtenir des lois sur l'égalité qu'on mit plus d'insistance à convaincre la législature ontarienne, comptant sur l'effet d'entraînement qu'aurait une initiative de l'importante province d'Ontario »⁹. La loi ontarienne fut adoptée en 1951, la loi fédérale en 1953 et dans les années qui suivirent, avant le Québec, le Manitoba (1956), la Nouvelle-Écosse (1956), le Nouveau-Brunswick (1956), l'Alberta (1957) et la Colombie-Britannique (1957)¹⁰.

Les termes utilisés dans la loi québécoise pour définir la notion de discrimination sont empruntés textuellement à la Convention en voie de ratification ainsi que le principe et le libellé de l'exigence professionnelle normale.

Pour appliquer ces dispositions antidiscriminatoires, on confère le pouvoir d'enquêter sur toute plainte et de tenter d'effectuer un règlement à la Commission du salaire minimum¹¹. Ce choix qui peut surprendre comporte des avantages indéniables. Il s'agit d'un organisme qui œuvre dans le champ du travail et qui est en position de développer les connaissances qui permettent de comprendre les problèmes du travail. En effet, la Commission avait pour fonction, en vertu de

⁷ L. LAURIN, préc., note 4, p. 45. Le Comité était sous la responsabilité du Conseil du travail de Montréal. Il était présidé par Louis Laberge. Rappelons que la Fédération des travailleurs du Québec a été fondée en 1957.

⁸ Walter Surma TARNOPOLSKY, *Discrimination and the Law in Canada*, Toronto, R. De Boo, 1982, p. 28.

⁹ L. LAURIN, préc., note 4, p. 40.

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Loi du salaire minimum*, S.Q., 1940, c. 39

l'article 3, de collaborer « avec les employeurs et les salariés à l'établissement du minima (sic) de salaires mais elle est définie également comme « un conseil d'arbitrage de différends » et « un agent de surveillance et de contrôle des conditions de travail en général ». Comme les organismes créés à cette période, elle est toutefois composée de personnes nommées d'autorité par le cabinet sans aucune obligation de consultation¹². Elle constitue une corporation. Elle est à la fois agent de l'ordre étatique et ordre juridique interne autonome de celui-ci; elle est en ce sens (et seulement en ce sens) proche de la future commission des droits avec cette énorme différence qu'elle est spécialisée dans les relations du travail.

En vertu de la *Loi sur la discrimination dans l'emploi*, les employeurs qui contreviennent à la loi sont passibles d'une amende de vingt-cinq à cent dollars alors qu'un syndicat est passible d'une amende de cent à mille dollars. En effet, en vertu de l'article 6, l'amende de cent à mille dollars ne peut être imposée du côté patronal, qu'à une association d'employeurs¹³. L'article 7 prévoit de plus qu'une « poursuite pénale [...] n'est intentée qu'avec l'autorisation du ministre du Travail.

Les auteurs de l'ouvrage *Le droit du travail par ses sources*, Pierre Verge, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée, ont à notre avis mentionné avec raison que « l'accès à l'égalité » avait été reconnu timidement par cette loi¹⁴. En réalité, l'État québécois était engagé par l'article 2 de la Convention n° 111 à adopter une politique :

Tout membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à formuler et à appliquer une politique nationale visant à promouvoir, par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux, l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, afin d'éliminer toute discrimination en cette matière.

¹² *Id.*, art. 4. On pourra comparer avec la Commission des normes du travail dont les membres doivent provenir de neuf groupes déterminés par la loi, nommés après consultation « d'associations ou d'organismes représentatifs » du groupe. Les salariés syndiqués et les salariés non syndiqués constituent deux de ces groupes. *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, art. 8.

¹³ Cette anomalie très étonnante est un exemple de l'autonomisation avancée du système juridique étatique. Pour reprendre les termes de Teubner, « [...] la relation entre le droit et la société connaît un certain relâchement [...]. Il peut arriver que le droit ne réfléchisse plus toujours d'une manière adéquate les besoins et valeurs de la société ». Voir p. 95.

¹⁴ Pierre VERGE, Gilles TRUDEAU et Guylaine VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 53.

Il est douteux que cette politique législative ait été animée d'une volonté politique forte de promouvoir l'égalité de chances et de traitement en contraignant les parties aux relations du travail et en particulier, les employeurs, les plus susceptibles de discriminer, à éviter les inégalités.

Cette loi sera en vigueur durant environ une décennie jusqu'à l'adoption de la *Charte des droits et liberté de la personne*¹⁵. À titre d'exemple, la discrimination salariale entre hommes et femmes a continué, dans beaucoup, sinon la totalité des syndicats de personnel enseignant jusqu'à l'adoption d'une loi spéciale qui retirait au personnel enseignant le droit de grève qui leur avait été accordé dans le cadre du *Code du travail*, deux ans plus tôt¹⁶. Cette loi connue sous le vocable de Loi 25¹⁷ faisait suite à un mouvement de grève. Une des revendications de base des grévistes était la parité salariale entre hommes et femmes¹⁸. Pourtant depuis l'adoption de la *Loi sur la discrimination dans l'emploi*, une telle discrimination aurait dû être considérée illégale comme contraire à l'article 2 qui interdisait à tout employeur « une discrimination [...] dans [...] les conditions de travail d'un salarié » la définition de discrimination, au paragraphe 1a) comprenait clairement « toute distinction fondée [...] sur le sexe ». Comment les commissions scolaires pouvaient-elles s'opposer à la revendication de la parité ? Il semble que les syndicats du personnel enseignant qui faisaient partie de la Corporation des instituteurs catholiques (CIC) n'aient pas eu recours à la Commission du salaire minimum qui avait des pouvoirs importants pour voir à mettre fin à cette illégalité. Manque de connaissance ou manque de confiance en un organisme dont tous les membres étaient nommés par le gouvernement sans autre obligation relative à la provenance syndicale ou patronale ou à la consultation ?

¹⁵ Son abrogation fut accomplie par l'article 91. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6.

¹⁶ Lors de l'adoption du *Code du travail* en 1964, la question du droit de grève du personnel enseignant n'était pas réglée et elle fut référée à un comité. Le droit de grève fut toutefois introduit dans le *Code* l'année suivante.

¹⁷ *Loi assurant le droit de l'enfant à l'éducation et instituant un nouveau régime de convention collective dans le secteur scolaire*, S.Q. 1967, c. 63. Le titre de cette loi illustre le fait que la rhétorique n'est pas présente que dans la doctrine ou la jurisprudence.

¹⁸ « La loi [...] fixe une échelle de salaire qui reconnaît l'une des revendications de base des grévistes : la parité entre les institutrices et les instituteurs ». CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX et CENTRALE DE L'ENSEIGNEMENT DU QUÉBEC, *Histoire du mouvement ouvrier au Québec : 150 ans de luttes*, (nouvelle édition revue et augmentée), Montréal, CSN-CEQ, 1984, p. 228.

En ce qui a trait à la faiblesse de la loi, notre hypothèse est que l'État québécois, loin de l'OIT, compte tenu de la structure fédérative canadienne, n'étant pas représentée aux conférences générales de cette importante organisation, et absorbé par un débat très conflictuel comme celui du *Code du travail* qui a cours en 1964 ainsi que par la création du ministère de l'Éducation, a voulu, dans une perspective plutôt formelle, donner suite à la Convention n° 111, répondre aux pressions conjuguées des lois adoptées dans les autres juridictions canadiennes et de la coalition québécoise en évitant une levée de bouclier patronale. Lorsque nous disons que le gouvernement était loin de l'OIT, nous parlons de deux niveaux d'ordres juridiques (Québec et Canada), par conséquent deux niveaux de fermeture structurelle. Nous n'avons trouvé aucun indice d'un grand développement de couplages structuraux entre le Québec et l'OIT¹⁹. On peut présumer que l'intermédiaire du gouvernement fédéral dans les rapports internationaux a été un handicap important.

Cependant, alors même que la *Loi sur la discrimination dans l'emploi* était devant la législature, le travail doctrinal et l'action juridique qui allait permettre l'émergence de la *Charte des droits et libertés de la personne* était commencé et sur la bonne voie.

2- La Charte des droits et libertés de la personne

Comme nous l'avons souligné, en 1963, une coalition d'une vingtaine d'organismes avait présenté un mémoire au gouvernement libéral de Jean Lesage pour obtenir une législation sur la discrimination et cette action commune avait donné lieu à la création du Comité pour la défense des droits de l'Homme. Cette même année était fondée la Ligue des droits de l'Homme qui jouera un rôle principal dans la lutte qui a conduit à l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Lucie Laurin a mis en lumière des aspects éclairants de ces organismes. Le Comité pour la défense des droits de l'Homme était un regroupement d'organisations. Elle souligne que « son conseil d'administration réunissait des représentants du mouvement syndical et de minorités susceptibles de souffrir de discrimination » alors que celui de la Ligue « rassemblait des élites "autochtones" ne représentant qu'elles-mêmes, et généralement peu menacées de souffrir des violations des droits dont elles s'occupaient ». Elle ajoute que « durant

¹⁹ Notons que la CIC n'était pas représentée aux conférences générales de l'OIT.

les années 1960, les deux organismes luttèrent exclusivement pour les droits individuels traditionnels »²⁰.

Il faut, semble-t-il, en ce qui a trait au Comité pour la défense des droits de l'Homme, aller au-delà d'une perception d'une organisation qui représentait des minorités susceptibles d'être discriminées. Le mouvement offrait une remarquable diversité. Le Comité des Dix chargé de rédiger la constitution et un plan de travail comprenait en plus des organisations syndicales (FTQ et CSN, les Travailleurs amalgamés du Vêtement d'Amérique), des organisations ouvrières (Comité ouvrier juif et Comité ouvrier pour la défense des droits de l'Homme), une représentation de l'Église anglicane et de l'Office d'action sociale de l'Archevêché de Montréal qui y siégeait avec le Mouvement laïque, le Négro Community Center et l'Association des Nations Unies. Le Congrès de fondation réunissait des représentants de 17 associations²¹. Lucie Laurin souligne que la plupart des organisations membres du Comité appartenaient à l'une des catégories suivantes : mouvements ouvriers, mouvements étudiants, associations ethniques, associations religieuses et mouvements humanitaires²².

En ce qui a trait à la Ligue, il faut également préciser qu'elle réunissait à sa fondation de fortes personnalités de la vie publique et universitaire. À titre d'exemples, le premier conseil d'administration comprenait Frank Scott, doyen de la Faculté de droit de l'Université McGill; Pierre-Elliott Trudeau, professeur de droit à l'Université de Montréal; Thérèse Casgrain, connue en particulier pour sa direction de la lutte pour le vote des femmes au Québec et pour son engagement politique; Yves Michaud, directeur général du journal *La Patrie*; Jacques Hébert, éditeur; les deux présidents des associations générales des étudiants des universités de McGill et de Montréal; Bernard Landry était alors le président de l'AGEUM; René Hurtubise était le premier secrétaire. Il faut souligner deux caractéristiques importantes de l'organisation :

²⁰ L. LAURIN, préc., note 4, p. 52.

²¹ *Id.*, p. 46-47.

²² *Id.*, p. 51.

- À la suite d'une intervention de Pierre-Elliott Trudeau, l'Assemblée générale a expressément voté, lors du Congrès de fondation, en faveur d'un nom qui ne limitait pas l'action de la Ligue au Québec.
- La Ligue ne regroupait pas seulement des membres individuels; elle avait également des membres collectifs. Les membres individuels étaient toutefois prédominants; à sa fondation, la Ligue regroupait 143 membres individuels et 5 membres collectifs²³.

En 1963, Jacques-Yvan Morin, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal fit paraître dans le *McGill Law Journal* un « long plaidoyer en faveur d'une "Charte des droits de l'Homme pour le Québec" »²⁴. Sous la rubrique « Aperçu d'une Charte provinciale des droits de l'Homme », le Professeur Morin mettait de l'avant un texte de Charte répondant aux principes mis de l'avant par l'ONU²⁵. Ce texte comprenait par conséquent les éléments nécessaires à une approche sociale des droits humains et de l'égalité des chances. À titre d'exemple, deux aspects centraux : le droit au travail (article 12) et les droits syndicaux incluant la norme essentielle d'indépendance des syndicats face aux « autorités publiques » (article 17) :

12(1) Le travail étant la base de toute entreprise humaine, toute personne possède le droit fondamental de gagner sa vie par un travail librement accepté.

12(2) En vue d'assurer le plein exercice de ce droit, l'État provincial doit dans toute la mesure de ses compétences, élaborer des programmes, des politiques et des techniques propres à assurer un développement économique constant et le plein emploi.

17(1) Les travailleurs et les employeurs ont le droit de constituer des organisations ou syndicats et de s'affilier à des organisations ou syndicats nationaux ou internationaux de leur choix en vue de protéger leurs intérêts économiques et sociaux [...].

17(2) Les organisations de travailleurs ou d'employeurs ont le droit d'élaborer leurs statuts et règlements administratifs, d'élire librement leurs représentants, d'organiser leur gestion et leur activité et de formuler leur programme d'action. Les autorités publiques

²³ *Id.*, p. 60.

²⁴ Jacques-Yvan MORIN, « Une Charte des droits de l'Homme pour le Québec », (1963) 9 *McGill L.J.* 273. L'expression est d'André Morel : voir André MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1989) *Revue juridique Thémis* 1, 4.

²⁵ *Id.*, p. 305 à 316. Les deux Pactes n'étaient pas alors adoptés mais les droits énoncés étaient alors connus.

doivent s'abstenir de toute intervention de nature à limiter ce droit ou à en entraver l'exercice légal.

L'article 19 énonçait clairement le droit de grève.

Au printemps de l'année suivante, la Ligue des droits de l'Homme « envoya aux ministres et députés fédéraux et provinciaux un projet de Charte préparé par Jacques-Yvan Morin »²⁶. En 1965, l'Assemblée générale revint sur la question, « énonçant la nécessité d'une déclaration québécoise des droits assortie de sanctions »²⁷. Dans les années qui suivirent beaucoup d'organisations se radicalisèrent²⁸. La Ligue prit un virage vers la transformation radicale de la société au début des années 1970 et s'éloigna de la perspective très juridique qui l'avait caractérisée²⁹. Elle conserva toutefois son idéologie personnaliste centrée sur la défense des individus.

Les différentes étapes de l'élaboration des éléments qui ont permis la rédaction des projets de loi relatifs à la Charte ont été recensées par André Morel dans un texte fouillé³⁰. Son étude permet de constater que durant les années 1960, un travail important est accompli par l'Office de révision du *Code civil* (O.R.C.C.), plus particulièrement par son Comité des droits civils qui

²⁶ L. LAURIN, préc., note 4, p. 69. Notons que ces faits sont le fruit de l'enquête conduite par Lucie Laurin au sujet de l'histoire de la Ligue. Nous présumons que le texte de ce projet devait être très proche de celui publié l'année précédente.

²⁷ *Id.*

²⁸ Dans le cadre d'un virage idéologique important, à compter de 1966, la CSN amorça l'élaboration d'un projet de société socialiste et nationaliste. Lucie Laurin ajoute : « En 1970, lors de son 12^e Congrès, le Conseil central de la CSN adopta un document choc : « La Charte des droits de l'homme pour l'État libre du Québec », qui reconnaissait à tous et toutes l'exercice des droits politiques, civils, économiques et sociaux, des libertés personnelles, des libertés publiques; qui prohibait la discrimination, énonçait le droit à l'union libre, à l'objection de conscience, abolissait la peine de mort, établissait la neutralité des écoles publiques, protégeait l'individu contre les abus de pouvoir des autorités administratives (commission, régies, etc.). Le dernier article stipulait que cette charte était fondamentale, c'est-à-dire que ses dispositions l'emportaient sur toute loi ».

Id., p. 54. Lucie Laurin précise qu'un des auteurs de cette charte était Jacques Desmarais qui « siégeait au comité exécutif de la *Ligue des droits de l'Homme* en 1974-75, lorsque le gouvernement Bourassa déposa son projet de loi n° 50 sur les droits et libertés de la personne ».

²⁹ *Id.*, p. 95-98 : sous la rubrique « Une nouvelle orientation ».

³⁰ André MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *Revue juridique Thémis* 1.

propose dans un rapport³¹ de joindre au *Code civil* une déclaration destinée à proclamer « les droits fondamentaux qui relèvent du droit civil, c'est-à-dire des rapports entre particuliers »³² (notre soulignement). Ce Rapport a exercé « une influence considérable »³³ sur le projet de future Charte québécoise; la Charte québécoise a donc connu une importante phase de son élaboration dans ce cadre civiliste. Constatons toutefois l'absence de la perspective du droit du travail³⁴. Le ministre de la Justice dans le gouvernement Bourassa, Jérôme Choquette confie, en 1971 la rédaction d'un avant-projet de loi antidiscriminatoire mais couvrant les droits politiques, les droits judiciaires, les droits économiques et sociaux, aux professeurs Paul Crépeau et Frank Scott³⁵. Cet avant-projet allait introduire une commission des droits de la personne. Il « reprenait dans une première section, le texte de la déclaration des droits civils qu'avait élaboré l'O.R.C.C. » en les adaptant; les autres sections s'inspiraient des deux pactes pour énoncer les droits politiques, judiciaires, culturels et sociaux. Une deuxième partie « était tout entière consacrée à l'établissement d'une commission des droits de la personne dont les fonctions, fort étendues comprenait celle de faire enquête dans les cas de discrimination ». Un rapport à ce sujet avait été préparé « au sein du ministère de la Justice » et mis à la disposition des auteurs³⁶.

Selon Lucie Laurin, à la fin de 1972, des rumeurs circulèrent à l'effet que le ministre Choquette s'apprêtait à déposer un projet de Charte fort insatisfaisant et dans lequel la commission était redevable au ministère de la Justice. Le conseil d'administration de la Ligue décida de la création d'un comité d'étude ayant pour mandat de mettre au point un document alternatif au projet gouvernemental, un texte fondamental englobant les droits sociaux. Le directeur général de la Ligue était Maurice Champagne. Lucie Laurin écrit au sujet de ce comité :

³¹ QUÉBEC PROVINCE. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur les droits civils* Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1968.

³² A. MOREL, préc., note 30, p. 4. Le Comité était présidé par Francis R. Scott et comprenait aussi Jean Beetz, Gérald LeDain et Jacques-Yvan Morin.

³³ *Id.*, p. 5.

³⁴ Alors que le champ du travail est extrêmement propice à la violation des droits humains, aucun spécialiste des aspects juridiques des relations du travail n'est associé à la démarche.

³⁵ A. MOREL, préc., note 30, p. 7

³⁶ *Id.*

Chargé de créer ce comité, Maurice Champagne se mit à l'œuvre et s'adjoignit Jacques Tellier pour préparer un document préliminaire ainsi qu'un plan d'action. Cependant, parallèlement à ces activités, il menait avec le ministre Choquette – qu'il rencontrait régulièrement – des négociations officieuses, comme nous le révèlent les procès-verbaux.³⁷

Des rencontres suivirent avec « une vingtaine de consultants (juristes, syndicalistes, juges, etc.) »³⁸. Le document imprimé en 300 000 copies, « fut diffusé très largement dans la population par l'intermédiaire des principaux quotidiens »³⁹. La Ligue en adressa copie aux députés provinciaux. De nombreuses rencontres eurent lieu avec les groupes intéressés⁴⁰.

Dans le bilan que la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse accomplira pour les 25 ans de la Charte, elle écrira ce qui suit à ce sujet :

Multipliant les rencontres formelles et informelles, n'hésitant pas à recourir à la mobilisation de ses partenaires et de l'opinion publique, la Ligue met de l'avant une vision sociale et dynamique des droits et libertés à inclure dans la future charte québécoise. « Le domaine des droits de l'Homme n'est pas d'abord le judiciaire ni même

³⁷ L. LAURIN, préc., note 4, p. 104. Il est difficile d'évaluer l'effet sans enquêter spécifiquement à ce sujet. Notons toutefois que malgré une position relativement critique en commission parlementaire sur le projet de loi 50 comprenant le projet de Charte et de commission, la Ligue fut accueillie à bras ouverts par le ministre Choquette. Pour avoir un tableau complet de la situation, il faudrait analyser les faits dans un autre dossier dans lequel la Ligue menait une belle lutte, celui de la protection de la jeunesse. On comprendra que ce n'est pas possible dans le cadre de cette thèse. Notons toutefois qu'à la suite d'événements soulevant d'importantes questions sur le traitement des jeunes, des membres d'un comité qu'avait formé la Ligue, le comité enfance-jeunesse, rencontrèrent le ministre des Affaires sociales, Claude Forget, et réclamèrent, entre autres, une commission d'étude sur les centres d'accueil au Québec. Quelques jours plus tard, le ministre Choquette déposait un projet de loi créant un comité enfance-jeunesse qui allait devenir la Commission de la protection de la jeunesse et le faisait adopter à toute vapeur. Au début de 1975, peu de temps après la comparution de la Ligue sur le projet de loi 50, le ministre Choquette nommait Jacques Tellier sur cet organisme public avec une autre des ressources du comité (fragile à cause de sa nouveauté et de l'absence de définition de ses structures), Marc Bélanger. Comme le souligne Lucie Laurin, au sujet des droits de l'enfance et de la jeunesse entre 1972 et 1975, « l'État avait [...] puisé au sein de la Ligue d'importantes idées et de précieux effectifs en matière de protection de la jeunesse ». Il semble toutefois que le comité de la Ligue n'ait pas survécu à cette saignée. *Id.*, p. 130-131. Notons également que Maurice Champagne fut nommé vice-président de la nouvelle Commission des droits de la personne.

³⁸ *Id.*

³⁹ A. MOREL, préc., note 30, p. 8-9. Dossier-journal publié par la *Ligue des droits de l'Homme* sous le titre : « La Charte et la Commission québécoise des droits de l'Homme », 24 mai 1973. En 2000, à l'occasion du 25^e anniversaire de la Charte, la Commission a rendu hommage à un groupe de personnes « qui ont en commun d'avoir œuvré à la Ligue des droits de l'Homme notamment dans la période pendant laquelle cet organisme s'était fixé la tâche de préparer un projet de Charte », « Prix droits et libertés », en ligne : < <http://www.cdpedj.qc.ca/fr/commission/services/pages/pdl.aspx> >, (consulté le 14 février 2012).

⁴⁰ L. LAURIN, préc., note 4, p. 104-105.

le juridique » soutient-elle, « car il comprend autant les droits qui ne sont pas acquis ou bien protégés par les lois, les règlements, les services et les politiques en cours, que les droits acquis et suffisamment protégés. » Dans cet esprit, la Ligue prônera aussi la création d'une commission des droits de la personne aux fonctions très vastes, commission dont le rôle sera de surveiller les droits déjà acquis, d'améliorer leur condition d'exercice et de faire reconnaître de nouveaux droits, bref « une institution de liberté » devant se situer, selon la Ligue, entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir politique, au seul service des citoyens.⁴¹

En 1974, le gouvernement dans le discours du trône, annonçait son intention de déposer un projet de Charte des droits « sitôt arrêtée sa politique en matière linguistique. » Le projet était déposé le 29 octobre 1974 sous l'intitulé *Loi sur les droits et libertés de la personne*⁴².

Il nous semble nécessaire ici de rappeler quelques éléments de conjoncture relatifs aux rapports entre le gouvernement Bourassa, le mouvement syndical et le mouvement souverainiste. La crise d'octobre de 1970 et la *Loi des mesures de guerre* avaient permis l'emprisonnement sans accusations de nombreux militants syndicaux et de militants souverainistes ainsi que des perquisitions chez des centaines d'autres⁴³. La négociation des 210 000 travailleuses et travailleurs des secteurs public et parapublic réunis en front commun en 1972 est accompagnée d'une grève générale et d'injonctions ordonnant le retour au travail. Les chefs des trois grandes centrales syndicales CEQ, CSN et FTQ sont accusés d'outrage au tribunal pour avoir incité leurs membres à ne pas respecter les injonctions et condamnés à la peine de prison maximale. Cet emprisonnement provoque un mouvement de grève sans précédent⁴⁴. Cette lutte syndicale

⁴¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans : la Charte québécoise des droits et libertés - Bilan et recommandations*, vol. 1, Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, p. 5. Les citations de la Ligue sont extraites d'un communiqué de 1974. La mission que la Ligue souhaitait de faire reconnaître de nouveaux droits était en action dans les analyses et recommandations de ce bilan. Nous donnerons quelques exemples à ce sujet un peu plus loin.

⁴² *Loi sur les droits et libertés de la personne*, Projet de loi n° 50, 2^e sess., 30^e légis. (Qc).

⁴³ Jacques ROUILLARD, *Le syndicalisme québécois : deux siècles d'histoire*, Montréal, Boréal, 2004, p. 192.

⁴⁴ « À peine les trois présidents sont-ils incarcérés à la prison d'Orsainville, le 9 mai que les syndiqués débraient un peu partout [...]. Au total, plus de 30 000 syndiqués participent pour des durées variables, à ce vaste mouvement qui dure une semaine en vue de réclamer la libération de leurs dirigeants emprisonnés ». [...] « Les arrêts de travail éclatent à la fois dans les services publics et dans le secteur privé : ouvriers de la construction, des métallos, des mineurs, des machinistes, des travailleurs de l'auto, des ouvrières et des ouvriers du textile, des débardeurs, des employés de commerce, des ouvriers de l'imprimerie, du personnel des grands médias d'information ainsi que dans l'enseignement et certains hôpitaux ». CSN et CSQ, préc.,

permet d'arracher la revendication majeure : un salaire de base de 100 \$ par semaine « pour environ 50 000 travailleuses et travailleurs qui sont les plus bas salariés des services publics »⁴⁵. Il s'agit d'un pas important pour une plus grande égalité du pouvoir d'achat dans les secteurs public et parapublic

En mars 1974, des actes de violence éclatent sur les chantiers de la Baie-James, « à l'instigation de certains leaders de la FTQ-construction qui veulent instaurer un monopole sur le chantier, aux dépens de la CSN et du pluralisme syndical garanti par la loi ». Le gouvernement Bourassa constitue une commission d'enquête sur l'industrie de la construction.

La CSN qui a réclamé cette commission d'enquête et la FTQ accepte d'y participer. La commission a notamment comme résultat de dévoiler la corruption de certains dirigeants syndicaux de la FTQ-construction qui ont pris tous les moyens pour établir le monopole syndical dans cette industrie.⁴⁶

À la suite du rapport de cette commission, des « lois particulières sont votées [...] qui renforcent l'autorité du gouvernement dans le secteur de la construction [...] »⁴⁷.

Jacques Rouillard a accompli une synthèse des grandes lignes des rapports des syndicats avec l'administration libérale :

L'écart qui sépare le mouvement syndical du gouvernement de l'Union nationale va devenir un large fossé sous le gouvernement libéral de Robert Bourassa, élu en 1970 et en 1973 et dont la philosophie s'écarte de celle qui animait le gouvernement Lesage. Rejetant l'idée d'un rôle accru de l'État dans l'économie, le gouvernement se fait plutôt le défenseur de la libre entreprise et du libre jeu des forces économiques appelant de tous ses vœux les investissements étrangers, particulièrement américains. C'est évidemment tout le contraire pour le mouvement syndical, travaillé par les idéaux socialistes. L'État est au centre de toutes les mesures qu'il propose au gouvernement : planification économique, nationalisation d'entreprises, élargissement des programmes sociaux, démocratisation de l'éducation, francisation du Québec, accès à la syndicalisation, etc. Le

note 18, p. 267. Pour rendre vraiment compte de l'intensité de cette lutte, il faudrait reproduire l'ensemble du texte sous la rubrique : « La grève générale de 1972 ».

⁴⁵ *Id.*, p. 268-269.

⁴⁶ *Id.*, p. 278.

⁴⁷ Pour cet aspect et les autres éléments, voir J. ROUILLARD, préc., note 43, p. 192.

régime Bourassa lui apparaît comme un exemple patent d'un gouvernement dominé par la haute finance et soumis aux intérêts du capitalisme américain.⁴⁸

Jacques Rouillard cerne les rapports du mouvement syndical avec le Parti québécois dans le chapitre premier de son livre *L'expérience syndicale au Québec*, sous la rubrique « Le Parti québécois, parti des travailleurs » :

C'est en 1968 que le Parti québécois, fondé l'année précédente par René Lévesque sous le nom de Mouvement souveraineté-association, devient parti politique. Il se dote d'un programme de centre-gauche qui, sans remettre en question le système capitaliste, prévoit confier à l'État des tâches considérables. En économie, on ne lui assigne rien de moins que le contrôle de l'épargne, la planification économique et la nationalisation de secteurs clés de l'économie. Son programme comprend aussi de nombreuses mesures sociales et des modifications à la législation pour favoriser la syndicalisation des travailleurs.

Compte tenu de ces engagements, beaucoup de syndiqués sont attirés par la nouvelle formation politique, qui propose également de faire du Québec un État indépendant associé économiquement avec le reste du Canada. Pour plusieurs militants syndicaux, le PQ apparaît comme un parti social-démocrate avec un programme comparable à celui du NPD dans les autres provinces canadiennes⁴⁹.

La politique publique des droits et libertés de la personne est donc élaborée au sein d'un gouvernement qui est idéologiquement séparé du mouvement syndical par « un large fossé » et qui est engagé dans des conflits majeurs avec ce mouvement. On peut envisager qu'il adopte la position d'exclure le syndicalisme d'une loi que le communiqué du gouvernement nomme « le symbole des valeurs de la société québécoise ». Exclusion n'est toutefois pas totalement juste puisque les « associations de salariés » et les « associations d'employeurs » peuvent être accusées de discrimination, faire l'objet d'une enquête et être poursuivies par un organisme d'État.

Le changement apporté par la *Charte québécoise* était considérable tant sur le plan du cadre législatif que des moyens de mise en œuvre. L'État québécois envoyait un message percutant en

⁴⁸ *Id.*, p. 191-192.

⁴⁹ Jacques ROUILLARD, *L'expérience syndicale : ses rapports à l'État, à la nation et à l'opinion publique*, coll. « Études québécoises », Montréal, VLB, 2008, p. 30. Jacques Rouillard réfère à plusieurs travaux historiques et à une décision du XXII^e congrès de la CEQ (maintenant la CSQ), p. 334 (note 20).

faisant adopter une charte et en la dotant d'instruments puissants. Pour reprendre les termes d'Évelyne Serverin et d'Antoine Jeammaud, il s'agissait d'un « modèle idéal [...] érigé en référence obligatoire » dans le domaine juridique. Ce modèle était au service d'une conception réductrice de l'égalité qui insérait la notion de discrimination dans le cadre étroit d'une énumération de motifs, ne faisait pas de place à l'égalité économique et ne reconnaissait pas les droits syndicaux ni le droit au travail qui en sont les principaux leviers.

Il faut aussi mettre en lumière que ce modèle ne comprend pas le principe de l'égalité de tous devant la loi qui a été retiré de la deuxième version du projet de loi, retrait qui réduisait les obligations de l'État en matière de mise en œuvre de la norme d'égalité. Cette disposition était placée à l'article 10, sous la rubrique « droits fondamentaux » (chapitre I), dans la section I intitulée « Dispositions générales » : elle se lisait comme suit : « Toutes les personnes sont égales devant la loi ». Un principe identique avait été enchâssé dès 1960 dans la *Déclaration canadienne des droits* au paragraphe c) de l'article 1 : « le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi; »⁵⁰.

Le retrait avait pour effet de limiter, comme nous l'avons mentionné, la discrimination en vertu de la *Charte québécoise* aux seuls motifs mentionnés à l'article 11 : « la race, la couleur, le sexe, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique, nationale ou sociale ». Notons que la *Charte québécoise* n'a jamais compris le terme « notamment » devant l'énumération des motifs comme l'article 15 de la *Charte canadienne*.

Cette charte opérait également un changement majeur. Un droit étatique relatif à la discrimination en milieu de travail avait émergé, à la faveur des travaux de l'Organisation internationale du travail⁵¹ et avait été édicté en 1964 par la *Loi sur la discrimination dans l'emploi*. La nouvelle Charte amputait le droit spécial du travail de la régulation juridique de la

⁵⁰ 8-9 Elizabeth II, c. 44 (Canada) dans L.R.C. (1985), App. III. Notons que l'article 26 de la *Charte canadienne* fait que la *Déclaration canadienne* conserve sa force et son effet. *Singh c. Ministre de l'emploi et de l'immigration*, (1985) 1 R.C.S. 177. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, à l'article 26, énonce de manière indépendante le principe de l'égalité de tous devant la loi.

⁵¹ Rappelons que la *Convention internationale du travail (n° 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession* avait été débattue à la fin des années 1950 et adoptée en 1958; elle était entrée en vigueur en 1960; elle a été ratifiée par le Canada en 1964, année de l'adoption de la *Loi sur la discrimination en emploi*.

discrimination dans les milieux de travail pour le transférer dans le droit général, au cœur du droit commun. Comme nous l'avons vu, ce changement n'a pas suscité de réactions généralisées dans le mouvement syndical. Les organisations syndicales étaient peut-être dans une opposition trop profonde au gouvernement pour en mesurer les enjeux. L'action de la *Ligue des droits et libertés* avait également attiré la sympathie à l'égard d'une commission des droits indépendante⁵². La faiblesse de la *Loi sur la discrimination dans l'emploi* en était probablement un autre facteur. Nous n'avons aucun indice que les syndicats se soient appropriés cette loi adoptée alors que le mouvement syndical était absorbé par la lutte relative au nouveau *Code du travail*.

Une telle opération aurait demandé une reconnaissance de la place des organisations syndicales et de la négociation collective reconnue dans le droit québécois et canadien dans la foulée de la *Loi Wagner*. Nous présumons ici qu'une telle reconnaissance au stade de l'élaboration de la Charte par l'implication du ministère du Travail et du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre et dans la conception des droits et libertés aurait facilité l'intégration de cette loi à la culture des milieux du travail syndiqués.

Cette politique publique présentée comme le « symbole des valeurs de la société québécoise » a été en particulier le fruit de la rencontre du travail d'éminents juristes comme Frank Scott, Paul-A. Crépeau, Jacques-Yvan Morin et de la démarche de réflexion et d'action militante de la Ligue des droits de l'Homme avec l'idéologie libérale individualiste, la faible préoccupation du respect du droit international de l'Organisation internationale du travail et des Nations Unies⁵³ et l'approche positiviste du droit des juristes du ministère de la Justice. Comme nous l'avons mentionné, la conjoncture politique marquée par des conflits majeurs entre le gouvernement

⁵² Au Congrès de juillet 1973 de la CSQ (alors la CEQ), la proposition suivante a été référée au Conseil provincial : « Que la CEQ appuie publiquement le projet de Charte québécoise, tel que préconisé par la Ligue québécoise des droits de l'homme ». Le Conseil provincial a pris la décision suivante, le 14 décembre 1973 : « La question de la Charte des droits de l'Homme est déposée sur la table pour permettre des contacts et vérifications auprès de la Ligue. Cette question reviendra au prochain Conseil provincial ». Selon une des principales documentaliste de la CSQ, Lucie Hallé, aucune trace de cette question n'a été retrouvée par la suite.

⁵³ Malheureusement cette faible préoccupation n'est pas propre aux gouvernements libéraux; compte tenu des rapports de gouvernement du parti québécois avec le droit international des Nations Unies et en particulier de l'OIT, nous faisons l'hypothèse qu'elle est ancrée dans la culture étatique québécoise.

libéral et les organisations syndicales du front commun n'a pas été étrangère à la position du gouvernement préoccupé de restaurer sa légitimité et diminuer l'influence syndicale.

Le communiqué du gouvernement qui accompagnait la présentation du projet en première lecture reprenait deux éléments du préambule puis dégagait la signification qu'on voulait donner au projet dans l'ensemble de la politique législative québécoise :

Le projet de loi signale [...] que les droits de l'Homme sont inséparables du bien-être général et qu'ils constituent le fondement de la justice et de la paix. Le gouvernement reconnaît ainsi l'importance fondamentale du respect des droits de l'Homme dans l'établissement de relations sociales harmonieuses et le maintien de la paix sociale. En somme, la Charte est le symbole des valeurs de la société québécoise.⁵⁴

Lors de la présentation en 2^e lecture du projet de loi 50, *Loi sur les droits et libertés de la personne*, le ministre Choquette explique « les objets » de cette pièce législative. Le premier est le besoin de rattraper le retard que le Québec a pris en matière de droits de la personne. Le second est le plus idéologiquement chargé : « [...] faire une synthèse de certaines valeurs démocratiques et sociales acquises au Québec, au Canada et généralement en occident ». Le ministre Choquette mentionne des pays dont nous sommes tributaires : la France, l'Angleterre et les États-Unis. Il mentionne alors que le Québec « a une riche tradition démocratique [...] un passé historique, législatif, social qui honore les valeurs démocratiques et le respect de la personne humaine ». Le troisième objet est « de permettre le développement ultérieur des valeurs que recouvrent les droits et libertés de la personne reconnues dans la tradition libérale. » (notre soulignement). Enfin le quatrième et dernier objectif est « d'accorder des recours dans les cas de violation de ces droits et libertés de la personne »⁵⁵.

Notre intention est de centrer, comme il se doit, compte tenu de notre sujet de thèse, notre analyse sur le principe d'égalité. Nous adoptons toutefois la perspective à l'effet que la liberté et le droit de se syndiquer et le droit de négociation est en lien étroit avec la valeur d'égalité comme l'a mis en lumière l'arrêt *Health Services and Support* en ce qui a trait à la Charte canadienne :

⁵⁴ Communiqué du gouvernement émis le 29 octobre 1974. Les publications de la Charte par la Commission utilise ce texte sous la rubrique : « La Charte : le symbole des valeurs de la société québécoise ».

⁵⁵ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 2^e session, 30^e législature, vol. 15, 1974, p. 2741-2742.

« [...] la négociation collective favorise également la réalisation de la valeur d'égalité consacrée par la Charte. L'un des succès fondamentaux résultant de la négociation collective est de pallier l'inégalité qui a toujours existé entre employeur et employés ». Et plus loin :

Nous concluons que la protection de la négociation collective garantie par l'alinéa 2d) est compatible avec les valeurs reconnues par la Charte et avec l'ensemble de ses objectifs et qu'elle confirme ces valeurs. Reconnaître que le droit des travailleurs de négocier collectivement est inhérent à leur liberté d'association réaffirme les valeurs de dignité, d'autonomie de la personne, d'égalité et de démocratie, intrinsèques à la Charte.⁵⁶ (notre soulignement)

Le projet de loi proposé n'était pas une loi fondamentale. Même les droits énoncés sous l'intitulé : « Libertés et droits fondamentaux » n'étaient pas prépondérants comme nous l'avons déjà mentionné. Non seulement les droits syndicaux n'y étaient pas inscrits, mais les libertés d'association, de réunion et d'expression, les libertés fondamentales vouées à l'action collective pouvaient être contredites par une loi si telle était la volonté d'un gouvernement majoritaire⁵⁷.

Le chef de l'opposition Jacques-Yvan Morin dans son discours faisait le constat suivant :

Malheureusement il nous faut constater que le projet qui nous est présenté ne constitue pas une véritable charte ou loi fondamentale qui l'emporterait sur toutes les autres lois et pourrait servir de cadre général de référence pour la législation. C'est une loi parmi d'autres, une loi « bien ordinaire ».⁵⁸

Plus loin, après quelques échanges : « [...] l'article 3 de façon très vague parle du droit d'association. Mais la plupart des chartes, à travers le monde, consacrent de façon explicite la liberté syndicale et même parfois dans le détail; vous êtes trop bien renseigné pour l'ignorer »⁵⁹.

Le ministre Choquette avouait que la plupart des droits repris dans la Charte étaient déjà présents dans notre droit québécois. En commission parlementaire, parmi « les organismes qui ont

⁵⁶ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie –Britannique*, (2007) R.C.S. 391, par. 84 et 86.

⁵⁷ Voir à ce sujet : Jacques-Yvan MORIN, « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne », (1989) *De la Charte québécoise des droits et libertés : origine, nature et défis* 25, 27-28.

⁵⁸ ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 55, p. 2750.

⁵⁹ *Id.*, p. 2752.

comparu, on peut retenir, outre la Ligue des droits de l'Homme, le Conseil du patronat du Québec, la Fédération des travailleurs du Québec, la Chambre des notaires et le Barreau du Québec, la Fédération professionnelle des journalistes de la province de Québec, la Fédération des femmes du Québec et la Chambre de commerce de la province de Québec⁶⁰.

En ce qui a trait à la Ligue, nous recourrons au récit de Lucie Laurin :

La Ligue comparut la première en Commission parlementaire, le 21 janvier 1975. Elle y déposa avec la première partie de son mémoire, son propre projet de Charte pour fins de comparaison. Elle constata d'abord qu'il y avait accord entre les deux projets sur l'objet précis de la loi : l'état avait choisi de présenter une législation conciliant deux types extrêmes qu'il fallait surtout se garder de choisir isolément, soit d'une part, un code axé sur la non-discrimination et d'autre part une déclaration de principe – telle la Déclaration canadienne des droits – qui ne serait pas appuyée par des moyens judiciaires et administratifs. Se disant convaincue de la pertinence de son propre projet, la Ligue déplora que l'état soit resté au seuil d'une démarche qu'il aurait fallu franchir de plein pied, en ne présentant pas une loi fondamentale.

Puis elle explicita sa propre conception large et généreuse des droits et de leur développement, comme elle l'avait fait si souvent depuis la publication du manifeste [...].⁶¹

En ce qui a trait aux organisations syndicales, ni la CSN ni la CEQ ne présentèrent de mémoire⁶². Du côté des représentants du personnel enseignant, l'Association provinciale des professeurs protestants du Québec fut la seule organisation qui comparut devant la Commission. La FTQ fut représentée par son secrétaire général, Fernand Daoust, qui présenta un court mémoire⁶³ dont il est important de citer quelques extraits pour mettre en lumière la différence fondamentale de conception des droits et de l'égalité entre le gouvernement et cette centrale; d'entrée de jeu la FTQ campe les profondes différences d'approches opposant le gouvernement et le mouvement syndical :

⁶⁰ A. MOREL, préc., note 30, p. 10.

⁶¹ L. LAURIN, préc., note 4, p. 108.

⁶² On peut présumer que les événements qui ont marqué les rapports entre les syndicats et le gouvernement du parti libéral de Robert Bourassa ne sont pas étrangers à cette absence et que la confiance n'était pas au rendez-vous.

⁶³ La FTQ signalait dès le départ qu'elle n'avait pas « les énergies disponibles pour faire une étude exhaustive de tous les articles du projet de loi 50 ». ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Commissions parlementaires, 3^e session, 30^e législature, 1975, p. B-200. .

Nous n'avons pas la naïveté de croire que les lacunes majeures que présente le projet de loi 50 sont susceptibles de disparaître en troisième lecture. Les grands oublis du législateur, pour fondamentaux qu'ils soient, constituent autant de gestes politiques qu'il faut reconnaître comme tels.⁶⁴ (notre soulignement)

La FTQ critiquait la conception de l'égalité du projet : « [...] une charte des droits devrait avoir comme pierre d'assise un principe d'égalité de tous les citoyens au niveau de toutes les manifestations de l'activité collective »⁶⁵ (notre soulignement).

Pour les droits des travailleurs, la FTQ réclama le droit au travail, « un droit élémentaire » et un plein droit à la syndicalisation comprenant un droit de grève exerçable concrètement avec interdiction d'utiliser des « scabs »⁶⁶. Nous avons souligné précédemment l'importance du droit à la syndicalisation pour la valeur d'égalité.

La FTQ demanda aussi de modifier la disposition permettant de faire « une distinction, exclusion ou préférence » fondée sur les aptitudes requises par un emploi en soulignant que ces termes risquent de perpétuer l'approche sexualisée du marché du travail au détriment des femmes; elle signalait à ce sujet :

La FTQ, lors de son dernier congrès, considérait que la déssexualisation du marché du travail était l'objectif prioritaire à atteindre si l'on voulait que cesse la discrimination à l'endroit des femmes. C'est pourquoi nous demandons aux auteurs du projet de loi 50 de repenser cet article pour éviter que les femmes et réciproquement les hommes ne puissent accéder à certains emplois.⁶⁷

La FTQ signalait aussi que la Charte devrait couvrir l'égalité dans les avantages sociaux en soulignant que les « cas où les femmes sont discriminées au niveau notamment des régimes de retraite sont nombreux ». Elle mentionnait aussi :

[...] nous croyons [...] que ces questions de discrimination envers les femmes au travail mériteraient une loi indépendante de la Charte, de même qu'un organisme spécifique

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.*, p. B-201. La FTQ trouvait insuffisante la disposition énonçant l'égalité de tous devant la loi.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*, p. B-202.

pour appliquer les pouvoirs d'enquête et de sanction qu'une telle loi ne manquerait pas d'avoir, nous l'espérons.⁶⁸

Enfin le mémoire se terminait par cette critique syndicale fondamentale :

Nous avons insisté dans notre mémoire sur les droits collectifs. Il ne fait pas de doute pour nous que ce sont les groupes organisés dans notre société qui sont à l'origine des changements sociaux, qui lui apportent son dynamisme, et qui contribuent à améliorer les conditions objectives de vie de la population. En ce sens, les droits individuels que reconnaît le projet de loi 50, pour importants qu'ils soient, sont très insuffisants si on ne complète pas cette approche par une autre approche collectiviste. C'est le point de vue que notre mémoire a voulu défendre.⁶⁹

Grâce à la FTQ, le mouvement syndical avait exprimé des points de vue d'une importance majeure et même fondamentaux sur le projet de loi 50. Le mémoire de la FTQ révélait la familiarité de la Centrale avec les droits humains qu'elle avait peut-être acquise à cause de ses liens avec le CTC et l'OIT. Au cours des échanges qui vont suivre, Robert Burns porte-parole de l'opposition dira qu'il est d'accord avec le mémoire et il est difficile de ne pas l'associer à la centrale dont il a conseillé le président, la CSN. L'intervention du ministre Choquette illustre, à notre avis, un des aspects de sa stratégie au sujet de la Charte qui explique l'absence totale de la réalité syndicale dans un projet présenté comme une synthèse des valeurs de la société québécoise. Le ministre et probablement l'ensemble du gouvernement cherchait à rétablir sa légitimité et à réduire celle du mouvement syndical avec lequel il avait eu d'importants conflits. Nous trouvons importants de citer quelques éléments de ces échanges; le ministre de la Justice, dans sa première intervention, disait ceci au sujet du mémoire :

Il me semble qu'il s'agit d'une espèce de devoir qui a été fait rapidement, pour que la FTQ fasse surface. Je ne reproche pas à la FTQ de vouloir faire surface, après un certain

⁶⁸ *Id.* Jacques Rouillard écrit : « Au cours de ces années, (les années 1970) la condition féminine devient un nouveau champ de préoccupation des centrales. La CSN, la FTQ et le CEQ se dotent de comités de la condition féminine qui acheminent les revendications des femmes devant les délégués aux congrès ». J. ROUILLARD, préc., note 43, p. 193.

⁶⁹ *Id.*, p. 203.

nombre de révélations à la Commission Cliche. Sans insister sur le caractère accablant des révélations faites [...].⁷⁰

Robert Burns intervint alors pour souligner la différence d'attitude du ministre envers la Ligue et d'autres intervenants, d'une part, et la FTQ, d'autre part. Il qualifia de « dégueulasse » sa façon de changer de sujets en évoquant l'enquête de la Commission Cliche, souligna que ce qu'il faisait n'était « absolument pas à la hauteur d'un ministre de la Justice »⁷¹; il allait affirmer plus tard : « Pour moi cela dénote une attitude carrément fasciste de ce gouvernement [...] ».

Dans ses interventions qui suivirent, le ministre critiqua sévèrement la FTQ disant par exemple qu'il espérait qu'elle allait mûrir, qu'elle s'enfermait dans « des slogans vides de sens ». Au sujet du droit au travail, la position du libéralisme bourgeois du ministre a été exprimée particulièrement clairement en particulier dans les termes suivants : « [...] ne parlez pas de droit au travail, alors que nous n'avons pas les moyens, dans un système de libre marché, de libre entreprise, de garantir cette liberté de travail »⁷². Le débat s'est terminé par une intervention de Robert Burns montrant comment l'attitude du ministre avait rabaissé le travail parlementaire⁷³.

⁷⁰ *Id.* Il s'agit du ministre de la Justice qui évoque l'enquête en cours d'une commission créée par son gouvernement. On se rappellera que l'année suivante, le 15 novembre 1976, le Parti libéral allait être défait par le Parti québécois. C'était peut-être le gouvernement Bourassa qui comptait sur le projet de loi 50 pour « refaire surface ».

⁷¹ *Id.*, p. B-204.

⁷² Dans *Les luttes de classes en France 1848-1850*, Karl Marx écrit : « Le droit au travail est au sens bourgeois un contresens, un désir vain, pitoyable mais derrière le droit au travail il y a le pouvoir sur le capital [...] ». Karl MARX, Friedrich ENGELS et Raymond HUARD, *Les luttes de classes en France, 1848-1850*, coll. « Essentiel : le marxisme au pluriel », Paris, Messidor/Éditions sociales, 1984, p. 81. L'égalité sociale ne peut se concrétiser sans l'exercice d'un pouvoir législatif sur « le capital ». À l'occasion des 25 ans de la *Charte*, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a recommandé d'enchâsser dans la *Charte* le droit au travail : « La Commission recommande que la Charte reconnaisse le droit à des mesures et des programmes favorisant, entre autres, le plus haut niveau d'emploi, l'accès à un emploi, la formation professionnelle et la réinsertion professionnelle ». Le texte motivant cette recommandation réfère à l'alinéa 23 (1) de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* et à l'article 6 du *Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels*. CDPDJ, préc., note 41, p. 28-31. La Commission recommandait également le renforcement des droits économiques et sociaux de la Charte en assurant graduellement leur prépondérance; elle recommandait enfin la reconnaissance, à l'article 3 du « droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts » et, d'inscrire dans les droits économiques et sociaux le droit de négociation et de grève. CDPDJ, *id.*, p. 59.

⁷³ ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 63, p. B-205-206. La dernière intervention de Robert Burns (p. B-208-209) mérite d'être lue; il s'agit d'une belle pièce de défense de la FTQ basée sur une conception élevée de la fonction de ministre de la Justice et du travail parlementaire.

Au début de 1975, « le projet de loi qui comporte plusieurs modifications significatives par rapport à la version initiale, est réinscrit au feuilleton [...] sous le titre de *Charte des droits et libertés de la personne* »⁷⁴. Des améliorations sont apportées grâce aux interventions de Jacques-Yvan Morin lors de l'étude détaillée en commission parlementaire.

Le gouvernement préserva encore davantage sa marche de manœuvre et le fit au détriment de la norme d'égalité en retirant du projet la disposition affirmant le droit à l'égalité de tous devant la loi.

Les objectifs déclarés de la loi étaient bien réels. Il y avait un retard important à rattraper et le gouvernement voulait donner l'apparence qu'il le faisait et il le faisait dans une certaine mesure. Le titre de « Charte des droits et libertés de la personne » s'inscrivait dans cette stratégie. En matière de discrimination en particulier, des recours nouveaux étaient instaurés. L'objectif le mieux atteint était peut-être d'offrir un instrument législatif qu'il serait possible d'améliorer en corrigeant de graves lacunes et en le développant; ce qui fut fait dans une certaine mesure. Soulignons en particulier la prépondérance des droits et libertés fondamentaux qui fut introduite en 1982 avec l'ajout de la « clause limitative » de l'article 9.1.

Aux objectifs avoués s'est ajouté celui de combler les carences dans la légitimité du gouvernement et de revaloriser la société québécoise. La mise à l'écart des droits et libertés syndicales de la soi-disant synthèse des valeurs ne fut jamais corrigée. La nouvelle loi ignorait complètement la mise en œuvre des droits humains dans le champ du travail syndiqué; aucun élément de jonction valable n'était mis en place. C'était aussi le résultat d'une législation élaborée dans le champ du droit commun et du ministère de la Justice⁷⁵. Le ministre qui profita

⁷⁴ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 3^e session., 30^e législature, vol. 16, 1975, p. 221.

⁷⁵ Me France Allard souligne ce qui suit : « [...] la Charte québécoise est un texte fondateur du droit québécois, une loi fondamentale qui, avec le Code civil et les principes généraux du droit, est source d'expression du droit commun ». Le titre de l'article dont cet extrait est tiré est particulièrement significatif, France ALLARD, « La Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec : deux textes dans une relation d'harmonie ambiguë », (2006) *Revue du Barreau/numéro thématique* 33, 80. Jacques Frémont déclare : « [...] qu'on soit d'accord ou non : le droit issu de l'application de la Charte québécoise demeure résolument un droit d'application générale, un droit qui fait partie du droit commun du Québec [...] ». Jacques FRÉMONT, « La Charte, le droit statutaire et le droit commun du Québec trente ans plus tard : réflexion autour de malaises », (2005) *la Charte des droits et libertés de la personne: pour qui et jusqu'ou?* 63, 79.

de la commission parlementaire pour étaler son mépris et son incompréhension à l'égard de la FTQ ne devait pas être inconfortable avec cette perspective.

On est ici face à des effets systémiques. Le droit spécial du travail constitue un ordre juridique interne dans le système juridique étatique; ses relations étroites avec les ordres nés de la négociation collective le place dans une situation de relative indépendance. Le droit commun n'est pas un ordre juridique distinct, mais la structure systémique le place dans un état de relative indépendance et de relative fermeture structurelle face au système des relations du travail; au sein du droit commun, les droits de la personne constituent une sphère spécialisée et fortement constitutionnalisée. Le ministère de la Justice ne constitue pas un ordre juridique distinct mais un agent important au sein du système juridique et, en particulier, du sous-système du droit commun.

Il faut accorder le crédit au ministre de la Justice d'avoir très tôt au cours de sa mission initié des travaux sur un projet de charte et recouru à des équipes de juristes compétents. Il n'a toutefois pas intégré de spécialiste du droit du travail, ce qui est en partie au moins à l'origine du problème de mise à l'écart de la réalité syndicale. Mais les travaux qui ont été accomplis par ces équipes et par la Ligue ont permis que la Charte couvre un éventail relativement large de droits qu'il fallait affirmer.

Comme le met en lumière Guy Rocher dans son article *Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les chartes*, la *Charte québécoise* « s'adresse tout à la fois aux libertés fondamentales et aux droits de la personne, aux droits économiques et sociaux, aux responsabilités de l'État. Elle affirme les idéaux humanistes et éthiques du libéralisme originel et les intentions humanitaires du *Welfare State* »⁷⁶. Par ailleurs « elle est nettement empreinte de l'idéologie individualiste des sociétés bourgeoises. [...] dans l'ensemble, la Charte québécoise

⁷⁶ Guy ROCHER, « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes », dans Rodrigue BLOUIN, Gilles FERLAND, Gilles LAFLAMME, Alain LAROCQUE et Claude RONDEAU (dir.), *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988, p. 1-18, à la page 13. Nous serions portés à parler plutôt de certains droits économiques et sociaux en particulier à cause de l'absence du droit au travail et de l'absence d'affirmation du droit de négociation collective.

demeure inspirée plutôt par le souci de la sécurité et du bien-être du citoyen que par celui de l'égalité sociale »⁷⁷ (nos soulignements).

L'avènement de la Charte canadienne quelques années plus tard qui constitutionnalisait les droits à l'égalité sans affirmer la liberté et les droits syndicaux allait constituer, avec la Charte québécoise, un ensemble de règles de droit d'une puissance extraordinaire, « modèle idéal pour les objets les plus divers érigé en référence obligatoire » au plan juridique et portant l'approche individualiste centrale du libéralisme contemporain. C'est dans ce cadre que la norme d'égalité allait se développer, instrument vigoureux pour un combat nécessaire contre le racisme, le machisme, l'homophobie, la passivité face aux problèmes des personnes handicapées, permettant de contrer la discrimination telle que conçue par ces lois et leur application judiciaire et témoignant en même temps d'une absence de reconnaissance du rôle fondamental du syndicalisme⁷⁸.

La situation juridique que créait la *Charte québécoise* allait cependant être modifiée après l'élection d'un gouvernement du Parti québécois en 1976. En 1977, peu de temps après la défaite du gouvernement libéral et l'arrivée au pouvoir d'un gouvernement du Parti québécois, une modification au *Code du travail* allait enlever tout doute sur le pouvoir de l'arbitre de griefs d'interpréter et d'appliquer la Charte⁷⁹.

Au moment de la sanction de la *Charte québécoise*, le 26 juin 1975, l'arbitrage des griefs est une pratique bien enracinée dans les milieux de travail syndiqués. L'arbitrage obligatoire des griefs avec sentence exécutoire s'est d'abord développé dans les conventions collectives⁸⁰. La politique d'arbitrage obligatoire des griefs a été étendue à toutes les conventions collectives par une

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ Voir les débats du Comité mixte sur le projet de Charte canadienne dans lequel la volonté de mettre les associations syndicales accréditées dans le cadre du droit étatique sur le même pied que les autres associations est clairement affirmée. Procès-verbaux et témoignages du *Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, Fascicule n° 43, 22 janvier 1981, p. 69-70.

⁷⁹ *Loi modifiant le Code du travail et la Loi du ministère du Travail et de la Main-d'oeuvre*, 1977, c. 41, a. 48.

⁸⁰ Rodrigue BLOUIN, *La juridiciarisation de l'arbitrage de grief*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 23. Rodrigue Blouin écrit : « Elle (la *Loi des relations ouvrières*) sert de levier pour amplifier l'habitude déjà prise par les parties à une négociation collective de convenir d'une clause d'arbitrage de grief avec sentence exécutoire mais le plus souvent en référence à la *Loi des différends ouvriers* ».

modification à la *Loi des relations ouvrières* en 1961⁸¹ et intégrée au *Code du travail* lors de son adoption en 1964⁸². Les arbitres étaient confrontés pour certains griefs à la nécessité d'interpréter et d'appliquer une loi ou un règlement, pour la solution complète de l'affaire dont ils étaient saisis. Leur compétence pour le faire était litigieuse⁸³.

Au mois d'octobre 1981, la Commission parlementaire de la justice se réunissait pour une consultation sur les changements à apporter à la Charte. Contrairement à la Commission parlementaire de 1974 sur le projet de Charte, au cours de laquelle la FTQ avait été isolée, le mouvement syndical était représenté par ses principales organisations.

La FTQ était représentée par une délégation de cinq personnes; elle avait à nouveau comme porte-parole son secrétaire-général, Fernand Daoust, mais il était accompagné, entre autres, de la présidente du Comité de la condition féminine⁸⁴.

⁸¹ *Loi modifiant la Loi des relations ouvrières*, L.Q. 1961, c. 73, art. 6.

⁸² L.R.Q. 1964, c. 141.

⁸³ Un arrêt de la Cour suprême du Canada, *McLeod c. Egan*, (1975) 1 R.C.S. 517, et une modification du *Code du travail* en 1977 ont écarté tout doute sur le pouvoir de l'arbitre de grief d'interpréter et d'appliquer une loi ou un règlement « dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief. Il ne faisait pas de doute que le paragraphe a) du nouvel article introduit (maintenant l'article 100.12) s'appliquait aux dispositions de la *Charte québécoise*. Il y avait donc ainsi décrété par les lois deux voies de recours pour toute situation couverte par une convention collective impliquant une discrimination dans un milieu de travail syndiqué. La Cour suprême a, par son arrêt *Syndicat de la fonction publique*, rectifié son arrêt *Parry Sound*, et ainsi définit clairement la hiérarchie du droit issu de la convention collective et du droit externe. *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, 2003 CSC 42 (IIJCan). En ce qui a trait à l'arrêt *McLeod*, si cette décision met fin au litige relatif à la compétence de l'arbitre d'interpréter ou d'appliquer une loi ou un règlement, on peut penser que ce pouvoir de l'arbitre existait depuis longtemps. Dans son opinion de l'arrêt *Weber*, la juge McLachlin écarte l'argument de l'appelant Weber sur l'absence de pouvoir de l'arbitre, en affirmant ce qui suit : On peut écarter cet argument par le fait que les arbitres ont à la fois le pouvoir et l'obligation d'appliquer le droit du pays aux litiges dont ils sont saisis. À cette fin, ils peuvent évoquer tant la common law que les lois [...] » La juge cite alors *St. Anne Nackawic, McLeod c. Egan* et ajoute : « Comme le dit le lord juge Denning, (traduction) “[i]l n’y a pas un droit pour les arbitres et un droit pour les tribunaux, il y a un droit pour tous” : *David Taylor & son Ltd c. Barnett*, (1953) 1 All. E.R. 843 (C.A.), à la p. 847 [...] » (notre soulignement). *Weber c. Hydro Ontario*, (1995) 2 R.C.S. 929, 958. Ce principe de droit a été énoncé par Lord Denning en 1953, plus de vingt avant *McLeod c. Egan*.

⁸³ L.Q. 1977, c. 41, art. 48.

⁸⁴ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Commissions, 2^e session, 32^e législature, 14 octobre 1981, p. B-1765.

La CSN était représenté par trois personnes; elle avait pour porte-parole, son président, Norbert Rodrigue, qui était accompagné de la présidente et de la responsable du Comité de la condition féminine⁸⁵.

La CEQ (maintenant la CSQ) avait une délégation de cinq personnes; le porte-parole était son président, Robert Gaulin; la responsable du Comité de la condition des femmes faisait partie de la Délégation⁸⁶.

La CSD était représentée par quatre personnes⁸⁷. Le Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec⁸⁸ et le Syndicat des professionnels du gouvernement du Québec présentèrent également des mémoires⁸⁹.

Fait significatif, un regroupement d'organisations, la Coalition pour l'abrogation de l'article 97 de la Charte, prenait la parole. Née le 8 avril 1980, cette coalition qui représentait « de larges secteurs de la population québécoise était composée de « L'Association pour les droits de la communauté gaie du Québec; l'Association provinciale des enseignants protestants; l'Association québécoise pour la défense des droits des retraités et des préretraités; Au bas de l'échelle; Carrefour des familles monoparentales; la Centrale des syndicats démocratiques; la Centrale de l'enseignement du Québec, le Comité de liaison des handicapés physiques du Québec; la Confédération des syndicats nationaux; la Fédération des femmes du Québec; le Forum des citoyens âgés de Montréal; la Ligue des droits et libertés et la Ligue des femmes du Québec⁹⁰.

L'article 97 permettait la discrimination en matière de régimes de rentes ou de retraite, de régime d'assurance de personnes ou de tout autre régime d'avantages sociaux sur la base du sexe, de l'état civil, de l'orientation sexuelle ou du fait d'être une personne handicapée ou d'utiliser un

⁸⁵ *Id.*, 13 octobre 1981, p. B-1657.

⁸⁶ *Id.*, p. B-1631. Yvon Charbonneau, directeur des communications et ex-président de la Centrale faisait partie de la délégation de même que l'auteur de cette thèse.

⁸⁷ *Id.*, 21 octobre 1981, p. B-1916.

⁸⁸ *Id.*, 14 octobre 1981, p. B-1821.

⁸⁹ *Id.*, 21 octobre 1981, p. B-1932.

⁹⁰ *Id.*, 7 octobre 1981, p. B-1403.

moyen pour pallier son handicap. Il heurtait frontalement l'objectif d'égalité de la Charte (restreint, nous le rappelons). Comme le soulignait le mémoire de la coalition :

[...] l'article 97, en permettant la discrimination dans le domaine des assurances et des avantages sociaux, permet officiellement ce que l'ensemble de la Charte a pour mission d'interdire. Cela est particulièrement manifeste au niveau du secteur travail car les assurances collectives constituent un aspect important des conditions de travail et de rémunération.⁹¹

Un des grands enjeux de cette consultation était les programmes d'accès à l'égalité. Les positions des trois grandes centrales sur les rapports des ordres juridiques en matière d'implantation de ces mesures comprenaient toutes une participation syndicale importante dans les milieux syndiqués. La FTQ et la CSN proposaient la négociation de ces mesures, la CSN suggérant que le syndicat soit remplacé par un comité d'action positive dans les milieux non-syndiqués⁹²; la CEQ faisait confiance aux décisions de la Commission des droits de la personne mais réclamait une consultation importante du syndicat. La Commission des droits de la personne demandait que « les pouvoirs de la commission » à ce sujet « soient définis de manière qu'ils puissent être exercés en continuité et en harmonie » avec les pouvoirs qu'elle exerçait : un pouvoir d'enquête et de décision sans aucune obligation de consultation⁹³.

En terminant ce survol de cette consultation parlementaire, une explication est nécessaire à cette participation vigoureuse du mouvement syndical qui tranche avec l'étude du projet de Charte en 1974. Il y a sans doute plusieurs raisons dont l'expérience vécue de la Charte confrontée à une expérience collective de la justice dans les rangs syndicaux et dans ceux des groupes de pressions. Mais au-delà de ces raisons, nous faisons surtout le constat d'une relation de relative confiance à l'égard du gouvernement alors que le rapport au gouvernement en 1974 était caractérisé plutôt par une profonde méfiance. Nous reviendrons sur ce rôle de la confiance dans le prochain chapitre.

⁹¹ *Id.*, p. B-1404. Lors de l'adoption de la *Charte*, l'article 97 avait été introduit en invoquant qu'on attendait un rapport sur cette question.

⁹² *Id.*, 13 octobre 1981, p. B-1659; 14 octobre, B-1766 et B-1771.

⁹³ *Id.*, 6 octobre, p. B-1291.

André Morel écrit, au sujet du « projet de loi n° 86 qui donnait suite à cette vaste consultation publique [...] déposé le 22 juin 1982 » :

On y trouvait d'abord tout un train de réformes touchant le droit à l'égalité : l'inclusion de l'âge et de la grossesse parmi les motifs illicites de discrimination, l'interdiction du harcèlement, l'instauration d'un contrôle rigoureux sur les distinctions pratiquées dans le domaine des avantages sociaux et surtout un ensemble de dispositions visant à permettre l'implantation des programmes d'accès à l'égalité non seulement dans l'emploi, mais dans les secteurs de l'éducation ou de la santé et dans tout autre service ordinairement offert au public.

Le chapitre des droits judiciaires était également enrichi par l'addition de quelques articles inspirés de dispositions de la Charte canadienne récemment adoptée. En revanche, le chapitre des droits économiques et sociaux restait inchangé, malgré les suggestions que contenaient les mémoires de certains organismes.

Le projet de loi proposait par ailleurs deux innovations importantes. L'une consistait à introduire dans le Charte une clause limitative, dont le champ d'application était restreint aux libertés et droits fondamentaux énoncés aux articles 1 à 9. L'autre visait à étendre la prépondérance de la Charte à l'ensemble des droits et libertés garantis, à la seule exception des droits économiques et sociaux, et à reconnaître cette prépondérance à l'égard de toutes les lois du Québec, qu'elles soient antérieures ou postérieures à la Charte. On mettait ainsi fin à la solution provisoire qui avait été retenue en 1975 et à laquelle on s'était résigné, devant la résistance du gouvernement d'alors à conférer à la nouvelle Charte plus qu'une primauté partielle et limitée à la législation future.⁹⁴

La *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne* fut sanctionnée le 18 décembre 1982⁹⁵. En ce qui a trait aux programmes d'accès à l'égalité, la voie retenue était celle demandée par la Commission des droits; aucune participation syndicale ne fut retenue. L'article 97 (devenu 90 avec la refonte) qui permettait la discrimination pour certains motifs en matière d'avantages sociaux était abrogé. Un pouvoir réglementaire était conféré au gouvernement par le paragraphe a) du nouvel article 86.8. Le gouvernement pouvait « déterminer les données actuarielles et les facteurs de détermination de risque qui ne constituent pas de la discrimination dans les contrats d'assurance ou de rentes, les régimes d'avantages sociaux, de retraite, de rentes ou d'assurance ou dans les régimes universels de rentes ou d'assurance, établir dans quels cas et selon quel type de contrat ou de régime ces données et facteurs sont réputés non discriminatoires et prévoir, aux

⁹⁴ A. MOREL, préc., note 30, p. 15.

⁹⁵ L.Q. 1982, c. 61.

fins de ces contrats et régimes, toute disposition incidente à l'application du principe de non-discrimination et les règles relatives à la notion de conjoint ».

Comme nous l'avons mentionné, au début des années 1980, la *Charte des droits et libertés* (la *Charte canadienne*) incorporée à la *Loi constitutionnelle de 1982* était venue modifier substantiellement le droit et l'activité judiciaire relative au principe d'égalité.

3- La Charte canadienne

Il est de notoriété publique que l'ordre juridique québécois n'a pas adhéré aux modifications de la constitution canadienne dans lesquelles s'inscrit la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹⁶. Nous n'évoquons cette situation que pour attirer l'attention sur le fait qu'une perception d'illégitimité est inévitablement présente au sein des ordres juridiques opposés à ces modifications et largement au sein des organisations syndicales. Il existe un facteur important qui porte atteinte à la confiance à l'égard de ce régime juridique imposé avec l'intervention de l'ordre juridique britannique.

Compte tenu de sa portée, la *Charte canadienne* n'a pas d'incidence générale au sens d'un effet juridique sur le droit à l'égalité dans les conventions collectives sauf celles conclues par l'autorité gouvernementale. Elle a toutefois un effet sur le droit à l'égalité des lois qui s'appliquent en milieu de travail syndiqué.

Rappelons maintenant que si les droits à l'égalité ont été affirmés, ce ne fut pas le cas de la liberté syndicale. Lors des audiences parlementaires relatives à l'adoption de la Charte, un député du Nouveau parti démocratique souleva la question de l'inclusion de la liberté de négociation; le ministre suppléant de la justice, M. Robert Kaplan répondit que le droit de négociation était couvert par les termes « libertés d'association ». Il ajoutait : « En créant un article à part qui traiterait du droit à la négociation collective, cela pourrait amoindrir l'importance des autres types d'associations, comme les associations religieuses, fraternelles ou

⁹⁶ L.R.C. (1985) partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R-U, c. 11)].

communautaires ». Cet échange est rappelé dans l'arrêt *Health Services and Support*⁹⁷. L'approche écartait ainsi le modèle tracé par l'ordre juridique international pourtant en lien de présupposition par l'engagement canadien à l'ONU et à l'OIT, fondé sur le rôle spécifique et fondamental de la négociation collective pour la vie des personnes salariées au travail; le Canada écartait dans sa constitution le rôle du syndicalisme et le caractère fondamental de la négociation collective démontré plus tard par l'arrêt *Health Services and Support*; il banalisait la modification structurelle fondamentale dans les rapports sociaux introduite par les régimes de rapports collectifs du travail. Utilisons une formulation plus proche de la réalité, il dissolvait la réalité syndicale dans l'idéologie individualiste de la Charte canadienne.

Cette liberté fondamentale fut ensuite niée, après un long débat judiciaire qui eut cours dans plusieurs provinces, par trois arrêts de la Cour suprême connus sous le nom de « trilogie »⁹⁸. L'arrêt *Health Services and Support* a affirmé l'inclusion d'un droit à un processus de négociation en 2007 après 25 ans d'existence de la *Charte canadienne* et, comme nous l'avons mentionné, reconnu l'importance de ce droit en ce qui a trait à l'égalité. L'absence d'enchâssement de cette liberté féconde pour accomplir l'égalité ne met toutefois pas à l'abri du refus d'accorder un processus de véritable négociation aux travailleurs agricoles ontariens comme ce fut le cas dans une décision en 2011⁹⁹.

La Charte canadienne est empreinte de l'idéologie individualiste des sociétés bourgeoises. Comme l'a écrit Guy Rocher, dans son article *Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les chartes*, elle est « un document de la société libérale [...] »¹⁰⁰.

La *Charte canadienne* a créé, en matière de droits de la personne, une dynamique nouvelle; elle entraîna « chez les juristes [...] au Québec comme au Canada une vaste production

⁹⁷ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie –Britannique*, préc., note 56, par. 67.

⁹⁸ *Renvoi relatif à la Public services Employee Relations Act (Alb.)*, 1987 CanL II 88 (C.S.C.), (1987) 1 R.C.S. 313. *AFPC c. Canada*, 1987 CANLII 89 (C.S.C.), (1987) 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, 1987 CanLII 90 (C.S.C.), (1987) 1 R.C.S. 460.

⁹⁹ *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20 (CanLII).

¹⁰⁰ G. ROCHER, préc., note 76, p. 12-13. Guy Rocher écrit aussi : « C'est une charte de la société politique. À cet égard, la Charte canadienne ressemble plus à une déclaration libérale du XVIII^e et du XIX^e siècle qu'à une charte de la fin du XX^e siècle ».

doctrinale »¹⁰¹. On peut présumer que cet avènement très médiatisé a créé une sensibilisation de la population, y compris les travailleuses et les travailleurs syndiqués ou non, d'une part à des droits à l'égalité fondamentaux, mais également à une approche des droits humains empreinte de l'idéologie individualiste.

¹⁰¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans : la Charte québécoise des droits et libertés - Bilan et recommandations*, vol. 2, Québec, Commission des droits de la personne et de droits de la jeunesse, 2003, p. 253.

Chapitre 3 – Les enseignements de l’approche diachronique du droit du travail et de la politique législative publique relative à l’égalité

Notre brève étude diachronique nous a permis de constater la place centrale que la *Loi Wagner* a occupée pour le développement du droit québécois des rapports collectifs. Ces rapports s’inscrivent ainsi dans une perspective de répartition des tâches et responsabilités entre les organes spécialisés de l’État et les parties à la négociation collective. Il s’agit d’un exemple de l’approche équilibrée de Sinzheimer. Ce régime confirme l’autonomie des parties et des ordres juridiques nés de la convention collective. Il permet la prise en charge par les travailleuses et les travailleurs d’une organisation pour contrer la domination patronale et accroît ainsi leur pouvoir sur leur travail.

Rappelons que Norbert Rouland soulignait que Gurvitch se servait de l’histoire du droit pour contrer la « fiction unitaire » et mettait en lumière que « l’observation au XX^e siècle des phénomènes juridiques conduit à la découverte du pluralisme ». L’observation que nous avons accomplie s’inscrit dans cette perspective et révèle l’évolution pluraliste du droit, dans le champ du travail.

Le droit du travail émerge de son évolution comme un **droit spécial** au sens de l’idéal type élaboré par Max Weber. La situation et le rôle du droit du travail sont mis en lumière par le recours à cet idéal type : un droit qui s’appuie sur des groupements bénéficiant d’autonomie et sur la capacité des acteurs de créer du droit au moyen des contrats.

Si nous ne pouvons tirer des conclusions sur les effets des Chartes sur les forces du mouvement syndical, nous tenterons toutefois de dégager une hypothèse à ce sujet. À cette fin, nous nous inscrirons dans la perspective mise de l’avant par Guy Rocher dans son texte « L’effectivité du droit »¹. Nous croyons utile de rappeler ici des éléments de cette approche :

¹ Guy ROCHER, « L’effectivité du droit », dans Andrée LAJOIE et al. (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Bruxelles, Éditions Thémis, Bruylant, 1998, p. 133, à la page 133 et suiv.

Tenter de comprendre l'effectivité du droit, c'est tout ensemble retracer la diversité de ses effets, voulus et involontaires, recherchés ou accidentels, directs et indirects, prévus et inattendus, sociaux, économiques, politiques ou culturels. C'est aussi tenter de retrouver les voies par lesquelles passent ces effets et les mécanismes qui les produisent [...].²

Guy Rocher établit également un fort lien entre l'analyse de l'effectivité et l'étude des idéologies qui inspirent les règles, les décisions judiciaires et également « les définiteurs, porteurs et promoteurs de ces idéologies »³.

Cette approche éclairante précise la notion de droit que nous avons retenue à l'effet que la puissance normative ne tient pas seulement à la force prescriptive, mais aussi au discours; un régime de droit est « un modèle idéal [...] érigé en référence obligatoire dans une sphère particulière de régulation sociale (le plan juridique) »⁴.

Nous croyons important aussi d'évaluer le rôle de la confiance dans les rapports des organisations syndicales avec les ordres juridiques étatiques. Il peut s'agir d'un facteur déterminant pour l'élaboration du droit étatique applicable en milieu de travail dans le cadre d'une approche équilibrée.

Dans le cadre de notre orientation pluraliste, nous dégagerons de cette brève exploration diachronique, les constats qui nous apparaissent les plus importants (1); nous verrons ensuite sous trois angles, la position du droit du travail et de la *Charte québécoise* : en fonction de la structuration des ordres juridiques (2); en fonction de la notion de droit spécial (3) et enfin, en fonction de leur effectivité (4).

1- Constats de l'approche diachronique des relations du travail

Ces constats seront relatifs à la relation d'emploi (A); aux racines du syndicalisme et à ses luttes pour les libertés et les droits syndicaux (B) et à la genèse du droit étatique du travail (C). Nous

² *Id.*, p. 136. Voir p. 105-106.

³ *Id.*, p. 140.

⁴ Voir p. 110-111.

dégagerons aussi des éléments d'évaluation du rôle de la confiance dans les rapports des organisations syndicales avec les ordres juridiques étatiques (D).

A- La relation d'emploi

Avec notre préoccupation centrale du principe d'égalité, revenons sur cette analyse de Paul Craven au sujet de la politique législative des maîtres et serviteurs au Canada : « Unequal relations, wether of class or race, found clear expression in an employment regime that could curtail liberty for insubordination » (notre soulignement). Paul Craven ajoute que cette politique brutale (« rough policy ») apportait de la légitimité à l'autorité de l'employeur et venait appuyer son action en matière de discipline (sans doute répressive). Les recours occasionnels rappelaient la hiérarchie et la subordination.

Au Québec, la politique législative des maîtres et serviteurs s'est prolongée jusqu'à la fin des années 40, c'est-à-dire après l'adoption de la *Loi des relations ouvrières* dont pourtant la philosophie était aux antipodes d'une telle politique. Dans le conflit de droit entre la perspective du libéralisme économique héritée du droit civil français qui masquait les profondes inégalités sociales d'une fiction d'égalité et la politique autoritaire des maîtres et serviteurs, celle-ci l'a emporté pendant plusieurs décennies. Remarquons qu'avec le progrès du capitalisme industriel, la politique législative des maîtres et serviteurs est devenue plus inégalitaire : alors qu'on y trouvait à l'origine une certaine réciprocité entre la personne embauchée et son employeur, cette caractéristique s'est évanouie tôt au cours du 19^e siècle⁵.

Si cette politique est disparue avec la généralisation de la pénétration de l'idéologie libérale dans le droit commun, **la relation profondément inégalitaire est demeurée**, d'où le constat des auteurs Fudge, Tucker et Vosko : « [...] the historical evidence is quite clear : the conception of the employment relationship as purely contractual is [...] an ideological construct that obscure its hierarchical essence ». Un aspect important de la prise de conscience qui a inspiré la *Loi Wagner* est particulièrement significatif : « [...] dans l'industrie moderne, la relation employeur-employé, la plus importante de la vie des travailleurs, a les caractéristiques de la relation d'autorité entre le

⁵ Voir p. 253.

souverain et ses sujets »⁶. Ce constat met en lumière le profond besoin des travailleuses et des travailleurs de s'unir dans des organisations syndicales.

Un autre aspect de cette relation d'emploi souligné par les auteurs Fudge, Tucker et Vosko doit être retenu : « The relationship [...] was not viewed simply as a bilateral one, of no interest to anyone other than the particular parties, but rather as one overlaid with a strong public interest »⁷. Ce fort intérêt public peut être produit par l'importance de la production des biens et services, mais il est inextricablement lié aux intérêts du patronat.

B- Profondes racines du syndicalisme, action politique et rudes combats

Notre examen diachronique met en lumière les profondes racines de l'action syndicale. Comme nous avons pu le constater, Jacques Rouillard a intitulé son dernier ouvrage sur l'histoire du syndicalisme québécois : *Le syndicalisme québécois. Deux siècles d'histoire*. L'avant-propos commence par cette phrase : « L'histoire du syndicalisme québécois remonte fort loin dans le temps, au début du XIX^e siècle, alors que les premiers syndicats sont fondés »⁸. L'action politique auprès des autorités gouvernementales, nous l'avons vu, a été une préoccupation « dès la fin du XIX^e siècle »⁹.

Nous avons aussi esquissé une description des luttes difficiles en Angleterre, aux États-Unis et au Canada donnant une idée du prix payé, mais également des fruits produits. Les luttes syndicales sont apparues comme un puissant moteur de changement social.

Nous avons pu constater que les meilleurs résultats pour la négociation collective et l'arbitrage ont été obtenus lorsque les revendications rencontraient une volonté de connaissance de la condition ouvrière ou plus généralement de la condition du personnel salarié. Cette connaissance a résulté dans beaucoup de cas de commissions d'étude, d'enquête ou de groupes de travail.

⁶ Voir p. 288.

⁷ Voir p. 254.

⁸ Jacques ROUILLARD, *Le syndicalisme québécois : deux siècles d'histoire*, Montréal, Boréal, 2004, p. 11.

⁹ Voir p. 266-267. Jacques Rouillard a sans doute raison d'indiquer au sujet de cette réalité : « Contrairement à ce qu'on peut penser [...] ».

C- Connaissance et genèse du droit étatique du travail

Le meilleur exemple de volonté de connaissance de la condition des travailleuses et des travailleurs est peut-être le sénateur Wagner et son équipe. Mais il faut aussi mentionner des commissions d'enquêtes qui ont permis de faire de la lumière sur des questions de relations du travail, la première étant celle de 1867 en Angleterre qui a été à l'origine de la liberté de syndicalisation et de négociation en Angleterre¹⁰ et, probablement, au Canada, dont l'ordre juridique était alors en quelque sorte un ordre interne de l'ordre juridique britannique. Il faut aussi rappeler l'arbitrage de l'Évêque de Québec, Monseigneur Bégin, pour la *Loi des différends ouvriers de Québec* et la Commission Prévost en ce qui a trait à la *Loi des relations ouvrières*. Ce travail d'étude étatique devient un élément central de l'approche équilibrée que Sinzheimer a mise de l'avant. Les études impartiales auxquelles les parties peuvent avoir confiance tracent la voie de principes et de normes qui ordonnent les relations du travail « de façon à favoriser le bien-être de tous par l'encouragement de la pratique des libres négociations collectives et du règlement positif des différends »¹¹.

La confiance n'est-elle pas également un facteur déterminant pour l'adoption de principes et de normes que les parties seront motivées à mobiliser dans leurs relations de travail ?

D- Le rôle de la confiance

En vertu de la Convention n° 87 sur la liberté syndicale, lorsque la grève est interdite par une loi dans les services essentiels, un arbitrage du différend doit être prévu¹². Les organes de l'OIT attachent une grande importance au facteur confiance; l'arbitrage doit être tel qu'il inspire confiance aux parties¹³.

¹⁰ Rappelons que dans l'historique de l'arrêt *Health Services and Support*, on mentionne les recommandations de cette Commission d'enquête comme un des principaux facteurs de cette reconnaissance. *Health Services and Support - Facilities Subjector Bargaining Association c. Colombie Britannique*, 2007 CSC 27 (Can LII); (2007) 2 R.C.S. 391 : (par. 49).

¹¹ *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, Préambule de la Partie 1.

¹² Michel COUTU, *Les libertés syndicales dans le secteur public*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 49-51.

¹³ Voir en particulier, « Plaintes présentées par le Congrès du travail du Canada, la Confédération mondiale des organisations de la profession enseignante et le Syndicat international des salariés des services contre le

La question de la confiance est l'objet d'un débat au sein des sciences humaines. Partant du constat que « [J]amais ce mot [...] n'a été autant prononcé ou écrit, jamais *la confiance* n'a été aussi invoquée qu'à l'heure actuelle, des auteurs, sous la direction de Christian Thuderoz et Vincent Mangematin, ont cherché à mettre ce concept à l'épreuve de la réalité sociale comme l'indique d'ailleurs le titre de leur ouvrage¹⁴. Christian Thuderoz écrit dans son introduction de la première partie : « Pourquoi l'étudier ? Parce qu'il s'agit d'une importante catégorie de la pratique et qu'elle est jusqu'alors, (paradoxalement) peu construite comme catégorie sociologique. » Puis il cite Luhmann : « Trust has never been a topic of mainstream sociology »¹⁵. Toutefois le *Dictionnaire des sciences humaines* publié sous la direction de Sylvie Mesure et Patrick Savidan aux Presses universitaires de France met en lumière les sources sociologiques importantes de ce facteur social, montrant les assises solides d'une construction de cette réalité qui peut être un facteur explicatif important de phénomènes ou de comportements sociaux. Nous croyons utile de citer un substantiel extrait de l'article signé Adam B. Seligman sous la rubrique « Confiance »¹⁶ :

Depuis son introduction au XIX^e siècle, le thème de la « confiance » est un élément central des sciences sociales. L'idée est implicite chez certains penseurs, comme dans les catégories de *communauté* et *société* chez Ferdinand Tönnies¹⁷ et dans les idées de statut et contrat chez Henri Sumner Maine¹⁸. Chez d'autres, en particulier Durkheim, le

gouvernement du Canada (Ontario) », OIT, *Bulletin off.*, vol. 68, 1985, Série B, n° 3, 241^e Rapport du Comité de la liberté syndicale, par. 109-122. « [...] le Comité s'est dit d'avis qu'une disposition d'une loi ontarienne prévoyant la nomination unilatérale des arbitres par le gouvernement, donnait apparence de partialité et n'était pas de nature à inspirer la confiance nécessaire de la part de toutes les parties impliquées ». *Id.*, p. 50. Voir également les autres décisions rapportées au sujet de l'arbitrage dans lesquelles on exige que les « procédures d'arbitrage soient impartiales, rapides, et avoir effet obligatoire pour les deux parties » (notre soulignement). *Id.*, p. 49. Ces éléments, en particulier l'impartialité, sont nécessaires pour assurer la confiance.

¹⁴ Vincent MANGEMATIN et Christian THUDEROZ, *Des mondes de confiance. Un concept à l'épreuve de la réalité sociale*, coll. « CNRS sociologie », Paris, CNRS Éditions, 2003.

¹⁵ *Id.*, p. 19. La citation de Luhmann est extraite de Niklas LUHMANN, « Familiarity, Confidence and Trust : problems and alternatives », dans D. GAMBETTA (dir.), *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, Oxford, Blackwell, 1988, p. 94-107, à la page 94. L'article débute par cette phrase.

¹⁶ Adam B. SALIGMAN, « Confiance », dans Sylvie MESURE et Patrick SAVIDAN (dir.), *Dictionnaire des sciences humaines*, Paris, Presses universitaires de France, 2006, p. 178-180.

¹⁷ Voir p. 24-25.

¹⁸ « [...] juriste et sociologue britannique (1822-1888). Il fut l'un des promoteurs de l'ethnologie juridique et politique [...] », *Le Petit Robert Dictionnaire universel des noms propres alphabétique et analogique*, Paris, 1987, p. 1125.

problème de la confiance permet d'articuler l'ensemble de la réflexion sur la société. Ainsi l'idée durkheimienne d'un élément pré-contractuel, analytiquement antérieur à tout contrat, qui les structure et les rend possible – ce qu'on pourrait appeler leur « clé » – rejoint fondamentalement l'idée de confiance, d'une solidarité commune qui rend le contrat possible et contraignant pour les participants [...].

[...] La structuration des principaux marchés de la société (marché du pouvoir, de prestige et de la richesse), la construction et la définition du bien public, et les règles de la distribution publique des biens privés : voilà autant d'aspects de l'organisation sociale qui, dans toute société prémoderne ou postmoderne, dépendent d'un équilibre entre contrainte et consentement, marché et communauté, engagements instrumental et affectif, et finalement, de l'étendue de la confiance sociale.

Cette idée est devenue un des concepts fondamentaux de la sociologie et de l'analyse sociologique. Le besoin de structures de confiance durables, stables, et universellement reconnues trouve sa source dans l'indétermination foncière des interactions sociales. Cette indétermination, entre les acteurs sociaux eux-mêmes, entre les acteurs sociaux et leurs objectifs et entre les acteurs sociaux et leurs ressources, a pour conséquence que la vie sociale est essentiellement imprévisible. Toute tentative pour construire un ordre social durable dépend du développement de relations stables de confiance mutuelle entre les acteurs sociaux. Et naturellement différentes formes d'organisation sociale entraînent dans leur sillage différentes formes de confiance.¹⁹ (nos soulignements)

Les formes d'organisation sociale qui nous intéressent ici sont la négociation collective et l'ordre juridique étatique dans son activité législative et réglementaire. Mais revenons à l'ouvrage publié sous la direction de Christian Thuderoz et Vincent Mangematin qui vise à « contribuer à l'effort analytique autour des notions de confiance et de méfiance »²⁰. Dans la « Conclusion », ces deux auteurs dégagent les éléments suivants que nous rapportons succinctement :

- que la confiance est de l'ordre d'une *croyance* spontanée ou acquise, individuelle et collective [...]
- qu'elle se construit, soit de façon intuitive, [...] soit de façon progressive, par apprentissage relationnel [...]
- qu'elle est fragile [...]

¹⁹ A.B. SALIGMAN, préc., note 16, p. 178.

²⁰ V. MANGEMATIN et C. THUDEROZ, préc., note 14, p. 16.

- qu'elle a besoin d'instruments ou de supports pour se matérialiser [...].²¹

Ils développent ensuite les thèmes suivants : « La confiance comme l'attente d'un comportement », « [...] comme calcul rationnel », « [...] comme processus outillé par l'établissement de standards, de normes et de balises ».

En matière de négociation collective, la confiance existe pour une organisation syndicale lorsqu'elle peut attendre, dans le cadre législatif et réglementaire, la conclusion avec l'employeur d'une convention collective qui répondra dans une mesure suffisante aux besoins de ses membres. L'évaluation des besoins et de la suffisance des solutions est accomplie au sein de l'ordre juridique syndical. Lorsqu'une convention collective est conclue, l'attente en ce qui a trait à son application va au-delà de la confiance et est plutôt de l'ordre de l'assurance, compte tenu du régime de traitement des griefs. Dans les secteurs public et parapublic, la confiance est fortement compromise puisque, de façon progressive, l'apprentissage syndical a construit le constat que la partie patronale, juge et partie, dispose d'un régime qui permet la domination plutôt que la négociation libre et que l'ordre juridique patronal a recouru à de multiples reprises au pouvoir législatif pour imposer sa volonté²².

En ce qui a trait à la Charte, à l'opposé, nous avons vu qu'elle est adoptée, dans un contexte de profonde opposition idéologique entre la plupart des organisations du mouvement syndical et le gouvernement ainsi qu'à la suite d'affrontements historiques qui sont inscrits dans la mémoire collective. Il s'agit d'une situation d'absence totale de confiance et plutôt de défiance. En novembre de l'année suivante, le gouvernement sera défait et remplacé par un gouvernement du Parti québécois. Même si d'autres facteurs ont pu jouer, y compris des facteurs organisationnels, comme l'absence de ressources, on peut présumer que l'absence de confiance a été un élément important de l'absence de beaucoup d'organisations syndicales à la Commission parlementaire lors de l'étude du Projet de Charte. Le constat s'impose que l'acte de naissance de la nouvelle législation n'a pas été un facteur de confiance et, par conséquent, de motivation pour la

²¹ *Id.*, p. 249-250.

²² François DELORME et Gaston NADEAU, « Un aperçu des lois de retour au travail adoptées au Québec entre 1964 et 2001 », (2002) 57 *RI* 743.

mobilisation des dispositions de la nouvelle charte comme son contenu fortement marqué par une idéologie libérale individualiste.

Par ailleurs, lors de la Commission parlementaire, en 1982²³, la participation syndicale avec des organisations populaires et communautaires marque un retour de la confiance dans un comportement des acteurs de l'État favorable aux intérêts des travailleuses et des travailleurs et du peuple québécois.

Nous terminons avec ce constat relatif à la confiance sociale, notre première division de ce chapitre. Les éléments relatifs à l'important facteur qu'est la confiance sociale s'inscrivent dans notre choix de prendre pour guide de notre pratique, la nouvelle histoire du droit en faisant appel à tous les aspects pertinents des sciences sociales qui peuvent être utiles²⁴.

Comme nous l'avons annoncé, nous allons maintenant examiner les enseignements qui se dégagent des éléments significatifs de l'histoire des relations du travail, relatifs au principe d'égalité, recueilli dans les chapitres 1 et 2 de cette partie en ce qui a trait aux ordres juridiques et aux idéologies.

2- Les ordres juridiques et les idéologies en présence dans la mise en œuvre du principe d'égalité

Toute norme doit être mobilisée, mise en œuvre par des acteurs ou agents pour produire un effet. C'est le cas des droits à l'égalité. C'est ce que rappelait l'étude accomplie à l'Université de Montréal dans le cadre du Centre de recherche en droit public, dont nous avons cité des extraits dans le premier chapitre : « La norme prohibant la discrimination n'a pas d'effet homogène du simple fait de son existence; elle doit être mobilisée, mise en œuvre par des acteurs ou des agents. Les [...] acteurs ne sont pas les mêmes et interagissent dans des sphères différentes »²⁵.

²³ Le 20 mai 1980, la population québécoise a rejeté, par référendum, la demande de mandat du gouvernement de négocier avec le gouvernement fédéral une entente relative à la souveraineté association. Jean PROVENCHER, *Chronologie du Québec 1534-2007*, Les Éditions du Boréal, Montréal, 2008, p. 313.

²⁴ Voir l'« Introduction », à la page 12.

²⁵ Guylaine VALLÉE, Michel COUTU et Marie-Christine HÉBERT, « La norme d'égalité en milieu de travail : étude empirique de la mise en oeuvre de la norme d'égalité par le Tribunal des droits de la personne et les tribunaux d'arbitrage », dans Guylaine VALLÉE, Michel COUTU, Jean-Denis GAGNON, Jean M.

À notre avis, les acteurs agissent aussi dans des ordres juridiques différents. Le droit du travail est un champ d'ordres juridiques, le droit étatique du travail étant en rapport étroit avec l'ensemble des ordres juridiques des relations du travail et principalement ceux nés de la convention collective. Le droit issu de la *Charte québécoise* dont l'énoncé des droits et libertés est fortement constitutionnalisé par la *Charte canadienne* constitue, à l'intérieur du droit commun, une sphère de droit complexe et spécialisé. Nous examinerons maintenant les ordres juridiques en présence dans l'action pour la mise en œuvre de la norme d'égalité (A) et nous approfondirons les idéologies qui imprègnent cette action (B).

A- Les ordres juridiques

Le droit québécois actuel a permis la création de multiples ordres juridiques par la conclusion de conventions collectives. À l'intérieur de ces ordres juridiques, le grief est le mode usuel de règlement des mécontentements pour la mise en œuvre des conventions collectives. La grève étant maintenant interdite en cours de convention collective, l'arbitre de grief, dans le cadre de ces rapports entre les parties, est l'agent qui enquête et décide de la solution à la mécontentement. L'ancienneté de l'arbitrage a permis la constitution d'une jurisprudence et son analyse, créant ainsi un système juridique autoréférentiel dans lequel la question de l'égalité est présente en particulier depuis que le pouvoir d'interpréter la *Charte québécoise* a été conféré à l'arbitre²⁶.

Dans une relation de relevance avec l'ordre étatique, les ordres juridiques des conventions collectives sont autonomes dans l'élaboration des clauses et dans leur application; ils permettent aussi cette culture à partir de la base souhaitée par le sénateur Wagner (« [...] culture of democracy from below ») qui se développe dans le cadre des organisations et des mouvements. L'action de mise en œuvre est collective : le syndicat dispose d'un contrôle sur l'application de la convention collective et sur l'application des droits à l'égalité au sein de l'unité d'accréditation. La relevance emprunte la voie du devoir de juste représentation²⁷.

LAPIERRE et Guy ROCHER (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001, p. 19-94, à la page 25.

²⁶ Voir le rapport préliminaire de recherche produit par Guylaine VALLÉE, Michel COUTU et Marie-Christine HÉBERT, *id.*, p. 21.

²⁷ Voir p. 294-299.

Comme nous l'avons signalé, la *Charte québécoise* a instauré une voie de mise en œuvre qui est amorcée par une plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Nous avons analysé au chapitre 2 de la première partie, la place de la Commission dans le cadre de la sociologie des ordres juridiques et mentionné qu'il fallait, à notre avis, la considérer comme un ordre juridique interne du gouvernement au sein de l'ordre juridique étatique québécois²⁸. Notons qu'elle relève de l'ordre parlementaire pour la nomination de ses membres et pour son rapport annuel. Ce n'est cependant pas le cas des aspects budgétaires²⁹. Sa mission est imprégnée de l'idéologie individualiste de la Charte, mais elle l'amène également à développer des relations avec des organisations syndicales et populaires qui ont une culture d'action collective. Elle est confrontée à une pénétration de la culture et de l'idéologie syndicale par les relations de travail et la convention collective qui la lie à un syndicat affilié à la CSN dans la mise en œuvre d'un ordre juridique des relations du travail; la CSN est ainsi confrontée à une pénétration de la culture et de l'idéologie de la Commission. Nous constatons donc l'existence d'importants couplages structuraux. Ce phénomène est toutefois difficile à mesurer et à circonscrire sans étude plus approfondie.

Les plaintes à la Commission constituent un acte individuel ou peut-être devrions nous dire personnel, l'action de la Commission étant fortement imprégnée par une idéologie personnaliste. Toutefois la Commission demeure un organisme étatique et le contrôle étatique reste déterminant dans l'évolution de son ordre juridique.

Si la Commission est un acteur principal de l'application de la *Charte québécoise*, le Tribunal des droits de la personne a également une mission et un rôle principal. Nous ne reprendrons pas l'analyse ici de sa place dans les ordres juridiques, d'autant plus que nous aurons à approfondir la connaissance de ce tribunal dans la troisième partie. Rappelons que la Commission est en rapports constants avec cette instance très judiciarisée de la mise en œuvre du droit à l'égalité.

²⁸ Voir p. 205.

²⁹ La Commission a recommandé d'être rattachée à l'Assemblée nationale « pour tous les aspects de sa gestion, y compris les aspects budgétaires ». COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS ET LIBERTÉS - BILAN ET RECOMMANDATIONS, vol. 1, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, p., 87-91.

Nous croyons important de revenir sur les idéologies qui se confrontent en matière d'égalité dans les relations du travail.

B- Les idéologies

Dans son texte, « L'idéologie du changement comme facteur de mutation sociale », Guy Rocher reprend la définition de la notion d'idéologie qu'il avait mise de l'avant dans son *Introduction à la sociologie générale* : « un système d'idées et de jugements, explicite et généralement organisé, qui sert à décrire, expliquer, interpréter ou justifier la situation d'un groupe ou d'une collectivité et qui, s'inspirant largement de valeurs, propose une orientation précise à l'action historique de ce groupe ou de cette collectivité »³⁰. Le *Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit* qui avance plusieurs définitions, à partir de différents points de vue, propose celle-ci, qui nous semble enrichir l'approche pour une évaluation du droit : « Systèmes d'idées et de théories, de valeurs et de normes traduisant les intérêts, les objectifs et les tâches de certaines classes sociales et contribuant à la consolidation ou à la suppression de rapports sociaux existants ». Un des traits caractéristiques est « le conditionnement social de classe de l'idéologie » qui « se fait sentir surtout dans la conscience politique et juridique »³¹.

Cette définition ajoute en particulier le rôle du système ou des systèmes de traduire les intérêts et les objectifs de certaines classes sociales. Si la mention de classe sociale est pertinente, nous considérons toutefois qu'il faut également lier l'idéologie à des groupes ou collectivités comme le fait Guy Rocher, ce qui permet une analyse pluraliste plus fine. Nous adopterons ces définitions que nous jugeons coller à l'expérience historique et qui nous permettent d'éclairer les rapports sociaux relatifs aux chartes québécoise et canadienne.

Dans le cas de lois qui interviennent d'une manière importante dans les rapports sociaux, le rapport entre idéologie et la classe sociale qui détient le pouvoir politique est déterminant. Dans la confrontation qui a eu lieu lors du débat parlementaire sur le projet de *Charte québécoise*, nous pourrions schématiser les représentants des ordres juridiques en présence de la manière

³⁰ Guy ROCHER, Guy GAUCHER et Suzanne ROCHER, *Le Québec en mutation*, Montréal, Hurtubise HMH, 1973, p. 213.

³¹ G. ROCHER, préc., note 1, p. 177.

suivante : Le ministre Jérôme Choquette était le porte-parole du gouvernement libéral, les porte-parole du Parti québécois étaient Jacques-Yvan Morin et Robert Burns. Le porte-parole du mouvement syndical était Fernand Daoust : cependant Robert Burns compte tenu de son expérience syndicale de directeur des services juridiques de la CSN et de procureur devant des tribunaux d'arbitrage est venu en quelque sorte renforcer la présence syndicale.

La Ligue des droits et libertés occupe une place extrêmement importante comme le groupe de pression qui a accompli une sensibilisation sans précédent en faveur d'une charte. Il est important de noter ici qu'il s'agit d'une charte qui met de l'avant un équilibre entre les droits humains collectifs et individuels. Notre hypothèse est que le ministre Choquette avait pour objectif de se concilier la Ligue en gardant une charte imprégnée de l'idéologie individualiste libérale des gouvernements bourgeois, ce qu'il semble bien avoir réussi. La Ligue, avec la *Charte des droits et libertés de la personne*, devient un organisme qui n'a plus de préoccupation importante pour la liberté et le droit syndical et son alliance est scellée avec la Commission des droits de la personne par la nomination de son directeur général à la vice-présidence de la nouvelle commission des droits de la personne³².

Nous reprendrons ici et compléterons les éléments de ce débat qui peuvent nous éclairer sur les positions idéologiques. Précisons d'abord que la *Charte québécoise* a été adoptée à l'unanimité par l'Assemblée. Toutefois rappelons que lors de l'étude en deuxième lecture, Jacques-Yvan Morin déclarait :

Malheureusement il nous faut constater que le projet qui nous est proposé ne constitue pas une véritable charte ou loi fondamentale qui l'emporterait sur toutes les autres lois et pourrait servir de cadre général de référence pour la législation. C'est une loi parmi d'autres, une loi « bien ordinaire ». Cela vaut mieux que rien assurément. C'est pourquoi, d'ailleurs nous voterons pour le principe de cette loi.³³

³² Soulignons que la *Ligue des droits et libertés* vient de publier, dans son bulletin d'automne 2012 un dossier étoffé sur le droit d'association; on peut lire au centre de la page couverture cette citation d'Alexis de Tocqueville : « Le législateur ne saurait vouloir détruire (le droit d'association) sans s'attaquer à la société elle-même ».

³³ ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 2^e session, 30^e législature, vol. 15, 1974, p. 2750.

Jacques-Yvan Morin insistait sur l'absence de la protection de la liberté syndicale, du droit au travail, sur le fait que les importants droits économiques et sociaux constituaient les dispositions les plus faibles. La critique du porte-parole du Parti québécois est très proche de celle du porte-parole de la FTQ.

Nous avons vu que l'approche libérale³⁴ des droits de la personne adoptée par le Ministre de la Justice, Jérôme Choquette, avait été confrontée à l'approche sociale des droits humains de la FTQ représentative de la position dominante du mouvement syndical québécois sur cette question à cette période³⁵.

Le porte-parole de la FTQ, au cours des échanges qui ont suivi la présentation du mémoire de la Centrale disait : « [...] nous avons préfacé notre mémoire en mentionnant que notre conception de l'organisation sociale était incompatible avec la vôtre ».

Face au syndicalisme, le ministre Choquette adopte une posture normative qui est à l'opposé du sénateur Wagner. Le sénateur Wagner est celui à qui l'on doit l'intégration de l'organisation syndicale aux structures de la société américaine et la valorisation de son action, alors que le ministre Choquette envoie le message que les principes fondamentaux de la société n'ont pas de lien avec la présence syndicale et les droits syndicaux.

Au sujet de l'égalité, deux idéologies se sont confrontées; deux conceptions de l'égalité. La conception de l'égalité mise de l'avant par la FTQ n'écarte pas la protection de l'égalité des individus. Au contraire, elle l'élargit en ne la liant pas à une série de motifs. Nous serions presque porté à dire qu'elle semble venir en ligne directe du principe de l'égalité des chances de la *Déclaration de Philadelphie*. La conception mise de l'avant par la FTQ est exprimée de la manière suivante : « [...] une charte des droits devrait avoir comme pierre d'assise un principe d'égalité de tous les citoyens au niveau de toutes les manifestations de l'activité collective ».

³⁴ Il est important de rappeler ici que le terme libéral se réfère à l'idéologie du libéralisme économique; cette idéologie peut être celle d'un parti conservateur et elle l'est en général.

³⁵ Notons que la CSQ a conduit un débat, à son Conseil général, relatif à son engagement envers les droits de la personne dans sa *Déclaration de principes*. Il a été décidé de se référer aux instruments internationaux des Nations Unies plutôt qu'à la *Charte québécoise* comme le proposait une première version de cette déclaration.

Elle est également plus collective. Elle s'inscrit là aussi dans la lignée de l'approche de l'Organisation internationale du travail. Nous avons déjà mentionné l'important lien entre la liberté syndicale et l'égalité soulignée par la Cour suprême dans l'arrêt *Health Services and Support*³⁶. En ce qui a trait au droit au travail, Jacques-Yvan Morin, nous l'avons mentionné, l'avait intégré à son projet de « Charte provinciale des droits de l'Homme » dans son article « Une Charte des droits de l'Homme pour le Québec » à l'article 12, sous la rubrique, « Droits économiques et sociaux ». Une disposition prévoyait le droit fondamental de gagner sa vie (paragraphe 1); une seconde, le devoir de l'État provincial d'adopter des programmes pour assurer le plein emploi (paragraphe 2)³⁷.

Dominic Roux, dans son livre consacré à l'étude du principe du droit au travail, met en lumière que les « deux [...] valeurs – dignité humaine et justice sociale – représentent les fondements de la reconnaissance du droit au travail [...] »; le droit au travail a « pour mission, comme le droit à l'égalité, de combattre et de corriger les inégalités »³⁸.

Lors du débat sur la nouvelle Charte québécoise, une idéologie individualiste de l'égalité est confrontée à une idéologie dont le fondement est la justice sociale.

Guy Rocher, dans son article « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les chartes », écrit ce qui suit au sujet de la *Charte québécoise* :

Elle s'adresse tout à la fois aux libertés fondamentales et aux droits de la personne, aux droits économiques et sociaux, aux responsabilités de l'État. Elle affirme les idéaux humanistes et éthique du libéralisme originel et les intentions humanitaires du *Welfare State*. [...] elle est nettement empreinte de l'idéologie individualiste des sociétés bourgeoises.

Rappelons que cette évaluation est faite alors que la Charte québécoise est en vigueur depuis environ vingt ans et qu'elle s'est développée d'une manière remarquable. Il reste que les

³⁶ *Health Services and Support - Facilities Subjector Bargaining Association c. Colombie Britannique*, 2007 CSC 27 (Can LII); (2007) 2 R.C.S. 391.

³⁷ J.-Y. MORIN, « Une Charte des droits de l'Homme pour le Québec », (1963) 9 *McGill L.J.*, 273, p. 305-316.

³⁸ Dominic ROUX, *Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 420-421.

caractéristiques dont parle Guy Rocher étaient dans une certaine mesure présentes lors de son adoption. La *Charte québécoise* s'adressait à plusieurs aspects des droits de la personne. Compte tenu de l'animation et de la mobilisation, en particulier celle de la Ligue, le gouvernement ne pouvait envisager que ce projet contribue à restaurer sa légitimité sans couvrir un large champ de droits.

Selon Guy Rocher, elle affirme les idéaux et l'éthique du libéralisme originel. Dans les pages précédentes il définit ainsi le libéralisme originel; nous croyons important, à ce stade, de citer l'analyse qu'il a accomplie à ce sujet :

Le libéralisme originel, dans sa première version, celle du XVII^e et XVIII^e siècles, s'est fondé sur ces trois idées-valeurs : le respect de la personne humaine, la reconnaissance d'un ordre et d'un droit naturels, la prééminence du Droit et l'État de droit. Ces trois idées étaient en symbiose avec trois valeurs fondamentales des sociétés dites libérales et démocratiques, et qui ont trouvé leur expression dans les chartes modernes : la liberté, l'égalité, la justice, le droit à la liberté, à un traitement égal et à la justice pour chacun s'instituant dans une société elle-même libre, égalitaire et juste.

Paradoxalement, cependant, cette pensée libérale – qui était empreinte d'une grande noblesse et d'un idéal élevé – est née et a mûri dans l'inégalité et finalement l'injustice. Les révolutions des 17^e et 18^e siècles servirent la bourgeoisie montante bien plus que les masses populaires. La bourgeoisie porteuse de cette pensée l'a institutionnalisée à son avantage. Les déclarations du 18^e siècle ont au 19^e siècle matérialisé des droits surtout pour les classes sociales qui étaient déjà avantagées, et bien peu pour celles qui étaient désavantagées. Et s'il en fut ainsi, c'est que le libéralisme mettait en valeur une quatrième idée fondamentale : celle de la propriété privée, considérée comme une condition de la liberté de la personne humaine et, à ce titre, fondée sur le droit naturel. Le succès de la révolution industrielle, engagée et menée par la bourgeoisie, venait à la fois confirmer et justifier le respect de la propriété privée, comme une idée-valeur fondamentale. Avec la révolution industrielle du 19^e siècle, l'on assiste au mariage du libéralisme et du capitalisme. La société capitaliste trouve opportunément sa justification dans la pensée libérale; cette dernière trouve une certaine réalisation imprévue dans la société capitaliste.

[...] le libéralisme était porteur d'une double perspective qui ne paraissait pas à l'origine contradictoire. Mais la contradiction ou, à tout le moins, l'ambiguïté de cette double perspective allait progressivement apparaître; elle demeure encore de nos jours au cœur

de nos débats. C'est la double perspective des droits de la personne individuelle et des droits des groupes, de la responsabilité individuelle et de la justice collective, de la liberté pour chacun et de l'égalité pour tous. Le libéralisme de la société capitaliste a surtout retenu et incarné le pôle de la liberté de la personne, de sa responsabilité, du droit à la protection de la propriété privée. Cette évolution du libéralisme vers l'individualisme n'était pas inscrite au départ dans la pensée libérale telle qu'elle est développée aux XVII^e et XVIII^e siècles. Celle-ci aspirait tout à la fois à la liberté, à l'égalité politique et à la justice sociale. Au XIX^e siècle, la coïncidence du libéralisme, de la bourgeoisie, du capitalisme et de l'industrialisation massive a fait pencher l'évolution de la pensée libérale vers le pôle individualiste.³⁹ (notre soulignement)

Guy Rocher ajoute un peu plus loin, après avoir mentionné que pendant plus d'un siècle, après la révolution française « les notions de droit naturel, de justice naturelle, de droits de l'Homme connurent une éclipse à peu près totale chez les philosophes de l'État et du droit » :

La philosophie politique et juridique du XIX^e siècle fut fortement dominée par la conception utilitariste, positiviste et scientiste du droit [...]. Même si le positivisme juridique n'est pas, en soi, nécessairement individualiste, il le devint au XIX^e siècle, car la pensée libérale n'offrait pas le contrepois aux pressions en faveur de l'individualisme.⁴⁰ (notre soulignement)

La *Charte québécoise* adoptée sous le gouvernement libéral de Robert Bourassa tout en se présentant comme le reflet des valeurs de la société québécoise est « empreinte de l'idéologie individualiste des sociétés bourgeoises » et du positivisme juridique individualiste, idéologie incompatible avec le droit du travail. Cette idéologie des sociétés bourgeoises inspire le refus de reconnaître les changements structurels fondamentaux que les droits syndicaux et, en particulier, la négociation de conventions collectives ont opéré dans la société québécoise permettant la création d'une myriade d'ordres juridiques dans les milieux de travail syndiqués.

La *Charte canadienne* allait venir renforcer cette approche libérale individualiste des droits humains et, par conséquent, du droit à l'égalité. Malgré l'appartenance du Canada à l'Organisation internationale du travail et aux Nations Unies, les libertés et droits syndicaux n'y

³⁹ Guy ROCHER, « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes », dans Rodrigue BLOUIN, Gilles FERLAND, Gilles LAFLAMME, Alain LAROCQUE et Claude RONDEAU (dir.), *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988, p. 1-18, aux pages 4 et 5.

⁴⁰ *Id.*, p. 5.

étaient pas affirmés. Par son statut constitutionnel, la *Charte canadienne* a exercé son emprise sur les systèmes de droit étatique dans l'ensemble du Canada⁴¹. Elle a exercé une immense influence sur l'ensemble de la société répandant ainsi sa philosophie individualiste des droits et de l'égalité. L'approche individualiste libérale de l'égalité du constituant et de la législature qui a adopté la *Charte québécoise* allait être compensée, comme nous l'avons vu, dans une certaine mesure, par des développements législatifs et judiciaires.

La position de la *Charte québécoise* par rapport au droit du travail que nous avons situé dans les rapports des ordres juridiques et dans la confrontation des idéologies est également éclairée en recourant à la théorie wébérienne des droits spéciaux.

3- Droit spécial du travail et rattachement de la Charte québécoise au droit commun

Jean-Guy Belley souligne, dans sa thèse de doctorat, que Max Weber a mis en évidence le caractère largement pluraliste du droit étatique moderne. On peut considérer qu'il a presque prédit le développement du droit du travail. Jean-Guy Belley ajoute :

Prenant conscience du dynamisme de l'organisation étatique moderne, Weber suggère en outre que l'État peut lui-même provoquer le développement d'un pluralisme juridique distinct en entretenant des rapports privilégiés avec certaines clientèles et en conférant à ces relations un cadre juridique plus ou moins élaboré.⁴²

Nous avons vu que les gouvernements ont eu des pratiques de rencontres régulières avec les organisations syndicales. Ainsi pour Weber le droit spécial s'appuie sur des groupements bénéficiant d'une autonomie et sur la capacité des acteurs de créer du droit par le moyen des contrats⁴³. De plus, Weber considère que la spécialisation au niveau des règles substantives comme à celui des institutions judiciaires pourrait s'effectuer parallèlement au pluralisme

⁴¹ Elle a permis l'attaque contre la formule Rand qui remettait en question, sur la base du droit individuel d'association et d'expression, l'égalité de tous ceux qui sont protégés par la convention collective face à la contribution aux syndicats. Heureusement l'arrêt *Lavigne* a préservé cette importante mesure pour une représentation et une action syndicale efficaces. *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, (1991) 2 R.C.S. 211.

⁴² Voir p. 49-50.

⁴³ L'expression comprend les conventions collectives.

juridique extra-étatique et il donne l'exemple des tribunaux du travail. En ce qui a trait à la *Charte québécoise*, les droits à l'égalité appliqués par les tribunaux d'arbitrage s'intègrent au droit spécial du travail comme s'il s'agissait d'une décision rendue en vertu d'une clause de convention collective prohibant la discrimination⁴⁴.

La *Charte québécoise* adoptée en 1975 demeure toutefois par son origine et sa mission un instrument central du droit commun pour assurer principalement la primauté du droit à l'égalité qui y était enchâssé.

4- Chartes des droits et effectivité

Nous considérerons l'effectivité des droits à l'égalité des Chartes des droits sous trois angles : l'effectivité de la *Charte québécoise* sur la représentation syndicale sera entièrement analysée dans la troisième partie. Sous l'angle de l'accomplissement de l'égalité en milieu de travail syndiqué, des succès importants peuvent être constatés. Nous n'en ferons pas le bilan ici mais signalons toutefois, à titre d'exemple, qu'en ce qui a trait à cette égalité qui bénéficie d'une valorisation particulière au sein de la Charte même des Nations Unies, l'égalité des femmes et des hommes en milieu de travail a connu des succès notables⁴⁵.

Un examen de l'effectivité sur la place des organisations syndicales dans la société par rapport à l'intervention étatique en matière de droits et libertés, à la confrontation des ordres juridiques et des idéologies en présence, doit être accompli.

Les conséquences du refus de reconnaître la liberté syndicale de l'Assemblée législative québécoise du constituant britanico-canadien et de la Cour suprême du Canada ont causé, dans le

⁴⁴ « Entre 1964 et l'adoption de la Charte en 1975, les parties aux négociations collectives vont introduire dans de nombreuses conventions collectives une clause visant à éliminer la discrimination à l'égard du personnel salarié couvert; [...] ce sera le cas du *Décret de l'industrie de la construction* de 1973 ». Jean M. LAPIERRE, « Tribunal des droits de la personne, arbitre de griefs : quel doit être le forum compétent ? État de la question », dans Guylaine VALLÉE, Université de Montréal. Centre de recherche en droit public, Université de Montréal. École de relations industrielles et Québec (Province). Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001, p. 154.

⁴⁵ Citons la *Loi sur l'équité salariale* (L.R.Q., c. E-12.001), *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, (2009) R.J.Q. 487; *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201 (CanLII).

cadre d'une promotion inusitée et considérable par les deux niveaux de gouvernement, provincial et fédéral, d'une approche libérale individualiste des droits de la personne, un tort incommensurable et sans doute irréparable. L'arrêt tardif *Health Services and Support* modifie la perspective rétrograde adoptée au départ par la Cour suprême au sujet de la portée de la liberté d'association enchâssée dans la *Charte canadienne*⁴⁶, mais les droits syndicaux demeurent extrêmement fragiles comme le démontre l'arrêt *Fraser* qui ne reconnaît pas le droit aux travailleuses et aux travailleurs agricoles de l'Ontario à une action syndicale légitime.

Dans un texte publié en 1988, Gérald Larose, un an après la trilogie de la Cour suprême du Canada, disait ce qui suit qui nous semble particulièrement approprié pour ce chapitre de cette partie qui a puisé dans l'histoire des relations du travail :

Tous savent que si, dès 1872, le Canada décriminalisait les coalitions de travailleurs, c'est parce qu'en 1871 on l'avait fait en Angleterre; et, que, si on l'avait fait en Angleterre, c'est parce que les luttes syndicales avaient permis de comprendre qu'on ne pourrait contraindre les travailleurs et connaître un progrès industriel. Tous savent également que le *New Deal* de Roosevelt n'aurait pu permettre efficacement de résoudre la crise de la demande et d'assurer la croissance américaine sans l'obligation de négocier avec un syndicat monopolistique qu'on imposait à un employeur. Voilà que aujourd'hui, la Cour suprême déclare que cette obligation, qui est aussi faite aux employeurs, au Canada, ne reconnaît pas en corollaire le droit de négocier [...].

Ce jugement reflète la conception individualiste qui a de plus en plus cours dans notre pays à propos des droits et libertés.

[...] la tendance, actuellement constatée, à refuser de reconnaître les droits collectifs, risque-t-elle en fin de compte, de mettre en péril les droits individuels eux-mêmes [...].⁴⁷

Harry Arthurs environ dix ans plus tard écrivait :

⁴⁶ Rétrograde en tant que retour à une approche juridique antérieure à l'adoption des principes de la *Loi Wagner* au Canada. *Renvoi relatif à la public Service Employees Relations Act*, (1987) 1 R.C.S. 313; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Procureur général du Manitoba*, (1997) 1 R.C.S. 424; *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons c. Saskatchewan*, (1987) 1 R.C.S. 460. Les juristes ont adopté le nom de trilogie pour identifier cet ensemble de décisions.

⁴⁷ Gérald LAROSE, « Table ronde à la fin du XLIII^e congrès du Département des relations industrielles de l'Université Laval », dans Rodrigue BLOUIN, Gilles FERLAND, Gilles LAFLAMME, Alain LAROCQUE et Claude RONDEAU (dir.), *Les chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Département des relations industrielles, Université Laval, Presses de l'Université Laval, 1988, p. 269-270.

[...] l'avènement de la Charte canadienne coïncide presque parfaitement avec le début de la période de recul et d'incertitude la plus marquée qu'aient connue les travailleurs canadiens depuis les années 1930. Peut-être n'est-ce pas une coïncidence. Pour certains observateurs la Charte canadienne a légitimé le discours de la nouvelle économie, un discours individualiste, anticollectif et fondamentalement hostile à l'État [...].⁴⁸

En 2007, Harry Arthurs faisait le constat suivant au sujet de la *Charte canadienne*; nous le rappelons en le reprenant intégralement même si nous l'avons cité dans le chapitre 1 en examinant son approche pluraliste du droit du travail :

[...] any legal gains the charter has brought to workers or poor people have accrued to them as women, people of color, disabled people, gays, aboriginal peoples and so on. Moreover since the charter was enacted, social and political mobilization occurs with increasing frequency around these charter categories, rather than by virtue of "labour" or "working class" solidarity. While no doubt mobilization around identities had led to some improved legal rights and social benefits for members of these groups, even in an era of neoliberalism, one unintended consequence has been to distract attention from, if not actually to hasten, the disappearance of "labour" in all the senses mentioned above (industrial power [...] political force).⁴⁹

Nous avons écrit qu'« à notre avis ce constat était d'une importance centrale pour les rapports juridiques et sociaux dans les milieux de travail » en ajoutant : « [...] nous avons l'intention d'en approfondir la signification au cours de notre recherche »⁵⁰.

Nous croyons que les éléments d'histoire que nous avons réunis dans ce chapitre éclairent les constats de Gérald Larose et d'Harry Arthurs. Nous aurons à examiner cet aspect de l'effectivité dans le cadre de la *Charte québécoise*. Sans remettre en question l'essentiel du constat d'Harry W. Arthurs, nous aurons des réserves à formuler, la première étant sur la nature des droits à l'égalité, le texte d'Harry Arthurs pouvant laisser penser que les revendications pour l'égalité

⁴⁸ Harry W. ARTHURS, « La nouvelle économie et le déclin de la citoyenneté au travail », dans Michel COUTU et Gregor MURRAY (dir.), *Travail et citoyenneté. Quel avenir ?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010, p. 43-70, à la page 56. Texte paru initialement en langue anglaise sous le titre *The New Economy and the Demise of industrial Citizenship*, Don Wood Lecture 1996, Kingston Industrial Relations Centre (Queen's University) 1997. Harry Arthurs réfère à des articles de H.J. Glasbeek et M. Mandel.

⁴⁹ Harry W. ARTHURS, « Labour Law and the "Real" Constitution », (2007) 48 *C.de D.* 43, 47.

⁵⁰ Voir p. 83.

sont réduites à des revendications catégorielles. La seconde a été esquissée⁵¹ dans le chapitre 1 de la première partie : nous mentionnions qu'il ne fallait pas affirmer que l'effet constaté n'était pas attendu (« [...] unintended consequence [...] »). L'examen diachronique que nous venons d'accomplir nous convainc davantage qu'il ne faut pas écarter que l'effet soit, dans une certaine mesure, attendu, pour reprendre les catégories d'effectivité mises de l'avant par Guy Rocher⁵².

Notre hypothèse est que la culture juridique du droit commun n'est pas sensible aux valeurs du droit du travail. L'imposition d'une approche individualiste des droits de la personne dans les milieux de travail syndiqués pouvait être le reflet de cette culture du droit commun. Constituait-elle également une nouvelle idéologie permettant de domestiquer les forces vives de la solidarité syndicale comme l'avait été le corporatisme au cours de la première moitié du 20^e siècle ? L'idéologie corporatiste n'avait pas réussi à mater la force démocratique du mouvement syndical ni aux États-Unis, ni au Québec. L'idéologie individualiste des droits de la personne réussirait peut-être là où le corporatisme avait échoué. Des recherches plus approfondies que nous n'avons pas la possibilité d'accomplir dans le cadre de cette thèse seraient nécessaires pour répondre à cette question.

Jean-François Gaudreault-Desbiens ouvre toutefois une piste d'analyse qui peut éclairer l'effectivité des chartes et en particulier de la *Charte québécoise*; dans un article publié dans un volume sur la culture juridique québécoise, il analyse l'impact de la culture des droits. Il souligne que « la culture des droits était déjà installée au Québec au moment de l'adoption de la Charte canadienne [...] »⁵³. La culture des droits est « typique de la pensée juridique américaine »⁵⁴. Se

⁵¹ À la page 83, note 196.

⁵² G. ROCHER, préc., note 1, p. 138.

⁵³ Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Les chartes des droits et libertés comme louves dans la bergerie du positivisme ? Quelques hypothèses sur l'impact de la culture des droits sur la culture juridique québécoise », dans Bjarne MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 83-119, à la page 108.

⁵⁴ *Id.*, « [...] la réception du discours des droits dans la culture juridique profane des États-Unis a largement contribué à l'instauration d'une dynamique d'atomisation sociale, entraînant à sa suite une déresponsabilisation des individus face aux problématiques collectives ». *Id.*, p. 109.

référant à un article publié aux États-Unis dans un livre-bilan du bicentenaire du *Bill of Rights*⁵⁵, il met en lumière la nature des changements qu'elle produit et l'effet des chartes sur son développement :

Le règne des Chartes s'accompagne d'une hyper-juridicisation des rapports sociaux. Ces Chartes encouragent en effet le développement d'une culture des droits qui, sans être entièrement nouvelle au Québec, n'en voit pas moins son impact substantiellement amplifié. Cette culture – son nom l'indique – véhicule une mentalité légaliste qui crée une dynamique politicojuridique fondée sur la revendication des droits [...].

Reprenant ensuite les termes même de l'auteur Daniel T. Rodgers :

[...] right claims invite sharp distinctions between self and others. It is hardly an accident that a political culture repeatedly flooded by popular claims of rights has no easy time talking directly about common possessions, common interest, or entangled and interdependent destinies.⁵⁶

Soulignons enfin l'hypothèse importante que Jean-François Gaudreault-Desbiens dégage de cette analyse :

Le recours ponctuel à la loi pour remédier à des situations estimées injustes n'a comme tel rien de nouveau, cette tendance n'ayant fait que s'accentuer depuis les premières lois sociales qui ont jeté les bases de l'État-providence. On peut cependant émettre l'hypothèse que la culture des droits qui naît de l'appropriation profane de l'esprit des Chartes l'amplifiera encore davantage, tout en modifiant partiellement son orientation. Ainsi alors que le recours à la loi à l'époque de l'État-providence procédait la plupart du temps d'une volonté de solidarisation sociale, ce recours, sous le régime de la culture des droits, visera parfois explicitement à concrétiser une volonté de désolidarisation.⁵⁷

Ce texte était écrit il y a plus de 15 ans. Il s'agit maintenant d'une hypothèse en voie de confirmation comme nous le verrons dans la troisième partie. Les risques d'importantes atteintes aux droits individuels que Gérald Larose craignait sont bien réels. Si on porte atteinte à l'arbre de l'action collective qui a produit de multiples droits individuels, on risque d'en tarir la production.

⁵⁵ Daniel T. RODGERS, « Right Consciousness in American History », dans David J. BODENMAYER et James W. ELY (dir.), *The Bill of Rights in Modern America : After 200 Years*, Bloomington/Indianapolis, Indiana University Press, 1993, p. 3, à la page 13-17.

⁵⁶ *Id.*, p. 108-109

⁵⁷ *Id.*, p. 113.

Enfin un autre élément de l'effectivité de la *Charte québécoise* et des dispositions relatives à l'arbitrage des griefs du *Code du travail* est la coexistence des deux voies de recours. À ce stade nous présumons que les résultats sont ambivalents puisque, d'une part, les syndicats pouvaient utiliser la voie juridictionnelle de la *Charte québécoise* pour gagner des droits mais que, d'autre part, la voie en question n'était ni adaptée à la culture des relations de travail ni aux ordres juridiques créés par les conventions collectives et n'assurait pas que les décisions étaient prises par des personnes ayant une expertise et une sensibilisation en matière de relations de travail des milieux syndiqués.

En terminant il faut mettre en lumière qu'il ne s'agit, surtout pas dans cette thèse de contester l'importance de l'affirmation des droits à l'égalité; ce qui doit plutôt être critiqué est l'affirmation tardive et peu efficace de ces droits, mais aussi le fait que l'approche de l'égalité soit réductrice.

Nous constatons que la *Charte québécoise* intensifie la mise en oeuvre des droits fondamentaux à l'égalité pour des motifs personnels en même temps qu'elle mine la représentation syndicale et de régime de convention collective.

Nous n'irons pas plus loin dans cet examen diachronique de l'évolution du droit et de la construction de deux régimes juridiques comprenant des voies distinctes de mise en oeuvre du droit à l'égalité. La troisième partie portera sur ces voies de mise en oeuvre et il sera l'occasion d'approfondir ces régimes et ces voies dans leur réalité juridique actuelle.

Partie 3 -

Évaluation de la politique publique du Québec relative à l'égalité dans les milieux de travail syndiqués : principes et mesures favorisant la mise en œuvre du principe fondamental d'égalité

Nous avons, dans la première partie, établi les approches théoriques pour étudier dans une perspective pluraliste, la mise en œuvre du principe d'égalité dans les milieux de travail syndiqués du Québec (chapitre 1); nous avons déterminé que la théorie sociologique des ordres juridiques serait au centre de ces approches et qu'elle serait complétée par la sociologie luhmannienne des systèmes. Nous avons également, dans cette première partie, accompli un examen synchronique, dans leurs grandes lignes, des ordres juridiques qui interviennent dans les relations du travail au Québec (chapitre 2). Dans la deuxième partie, nous avons adopté une perspective diachronique et retracé l'évolution des relations du travail et de la négociation collective; nous avons constaté les profondes racines de l'action syndicale (chapitre 1); nous avons également observé l'évolution de la construction d'une politique publique de mise en œuvre du principe d'égalité et constaté l'affirmation d'un courant libéral individualiste qui a prévalu sur un courant qui envisage l'égalité, comme l'Organisation internationale du travail, en l'intégrant à une vision de justice sociale (chapitre 2). Nous avons constaté, en dégagant les enseignements de ces courants, les perspectives idéologiques qui imprègnent la politique publique adoptée et que l'effectivité de la *Charte québécoise* est d'une grande ambivalence, l'affirmation de droits à l'égalité essentiels baignant dans un système et une culture des droits qui minent l'action collective (chapitre 3).

Dans cette troisième partie, nous examinerons, en premier lieu, un dossier de plaintes à la Commission des droits de la personne relatives à une clause de convention collective applicable au personnel enseignant des commissions scolaires que les personnes qui se plaignaient jugeaient discriminatoire sur la base de l'âge (chapitre 1). Cette étude est d'une grande importance pour notre démarche. Dans une étude conduite dans une perspective « droit et société » dont les objectifs principaux sont d'évaluer le droit et les politiques publiques et de dégager les principes

et mesures favorisant la mise en œuvre du principe fondamental d'égalité dans les milieux de travail syndiqués, l'équilibre entre l'induction et la déduction est d'une importance majeure¹. Nous avons procédé en particulier en observant les documents pertinents. Nous nous inscrivons donc dans une démarche empirique, dans la foulée des recherches conduites dans le cadre de l'équipe dont nous faisons partie, à l'Université de Montréal, comme nous l'avons mentionné dans l'« Introduction »². Nous introduirons l'examen de ce dossier par un récit des événements vécus par l'organisation syndicale, nous examinerons l'histoire judiciaire complexe de cette affaire et procéderons ensuite, dans le cadre de notre approche théorique, à une analyse socio-juridique de ses différentes étapes.

Le deuxième chapitre sera consacré à l'étude des deux principales voies de mise en œuvre de la norme d'égalité de la Charte québécoise en milieu de travail syndiqué, le grief et la plainte à la Commission des droits de la personne, soit d'abord par une analyse des travaux accomplis sur cette question et des débats intenses qu'elle a provoqués et, en un deuxième temps, par un examen de chacune de ces voies. Nous dégagerons enfin les principes et mesures que notre démarche nous conduit à mettre de l'avant pour une politique québécoise de mise en œuvre du principe d'égalité en milieu de travail syndiqué.

¹ Nous trouvons important, d'autant plus que nous avons débuté notre exploration du pluralisme juridique et du droit du travail dans le premier chapitre de la première partie en rappelant son œuvre, de souligner ici la contribution majeure de Ferdinand Tönnies à cette question épistémologique fondamentale. Rappelons ici que Niall BOND et Sylvie MESURE soulignaient que Ferdinand Tönnies « s'impose [...] comme un des pères fondateurs de la sociologie européenne ». À leur avis, son œuvre *Communauté et société* est « l'un des ouvrages pionniers des sciences humaines ». Ferdinand TONNIES, *Communauté et société*, Paris, Presses universitaires de France, 2010, p. XIII. Voir p. 5. Un aspect moins connu de son immense contribution à la sociologie est son texte « Statistique et sociographie ». Il déclarait accorder autant d'importance à la sociologie empirique qu'à la sociologie théorique. Il considérait l'approche empirique « comme fondamentale en ce qu'elle consiste en l'étude des faits et de leurs relations, c'est-à-dire de causes et d'effets – ce qui est tout de même la fin ultime de la connaissance ». (notre soulignement). Bénédicte ZIMMERMANN, « Ferdinand Tönnies, sociologue empiriste », (2011) 188 *Actes de la recherche en sciences sociales* 44, 44. (en exerçue). Bénédicte Zimmermann souligne qu'il prônait « l'étude des faits sociaux » par le recours à « des méthodes aussi bien qualitatives que quantitatives [...] » Il prônait « une science sociale empirique qui ne soit ni strictement inductive, ni strictement déductive mais qui articule ces deux dimensions ». *Id.*, p. 45. Il conçoit cette science sociale « comme intrinsèquement systématique et historique ». *Id.*, p. 48. Selon Bénédicte Zimmermann, si Tönnies manifeste un tel intérêt pour l'empirie, « [S]on engagement dans la défense de la cause ouvrière, dès les années 1890, son rapprochement de la social-démocratie dans les années 1920 n'y sont pas étrangers. La soif de connaissance du sociologue ne peut être dissociée du souci qui anime le citoyen qu'il est par ailleurs, de dénoncer les injustices et de trouver des solutions aux problèmes sociaux ». *Id.*, p. 52.

² Voir p. 13.

Chapitre 1 – Étude d'un cas d'application de la politique québécoise d'égalité des personnes dans un milieu de travail syndiqué du secteur public de l'éducation : le dossier du gel de l'échelon salarial dans la convention collective du personnel enseignant des commissions scolaires

Récit introductif

Il était 17 h 35, le 20 mars 1997. Le Conseil fédéral de la Fédération des enseignantes et enseignants des commissions scolaires³, ci-après la FECS, s'était réuni. Lors de sa réunion de la veille, le Conseil fédéral avait donné à son instance exécutive un mandat d'explorer des voies de solution avec la partie patronale. Le vice-président qui ouvrait l'assemblée informait les membres de cette instance :

Nous avons eu une première rencontre autour de 3 h ce matin; après 45 minutes, la partie patronale a demandé un caucus. À 6 h ce matin, elle demandait si nous pouvions lui fournir une réponse rapidement dans l'éventualité d'une démarche, ce à quoi nous avons répondu que nous pouvions convoquer le Conseil fédéral pour 16 h.

Cependant, la Fédération des commissions scolaires est entrée dans le décor ce qui ne simplifie pas les choses; des difficultés importantes sont arrivées et le premier ministre a annoncé une loi spéciale pour demain. Nous avons donc deux raisons de vous convoquer.⁴

La Fédération des enseignantes et enseignants de commissions scolaires se trouvait au cœur d'une épreuve de force avec le gouvernement. Quelques éléments d'explication sont nécessaires pour comprendre la situation. Le Parti québécois avait pris le pouvoir, le 12 septembre 1994, alors que les finances de l'État étaient dans une situation inquiétante. Le déficit était de plus de 5 milliards. En 1995, au lendemain du référendum, la cote financière du gouvernement du Québec est en baisse à Wall Street; les problèmes d'emprunt sont considérables et affectent non seulement le gouvernement, mais également d'autres institutions du secteur public et parapublic.

³ Ce conseil réunit les présidentes et présidents des syndicats affiliés ou leur substituts. Il est la plus haute autorité de la Fédération. Ces événements se déroulaient alors qu'une convention collective était en vigueur, hors de la période de négociation prévue par le régime législatif.

⁴ FÉDÉRATION DES ENSEIGNANTES ET ENSEIGNANTS DE COMMISSIONS SCOLAIRES (CEQ), *Conseil fédéral, procès-verbal de la réunion extraordinaire des 20 et 21 mars 1997*, n° A9697CF-PV-11, p. 1.

Le coût des emprunts augmente entraînant la hausse du service de la dette; le taux de chômage est élevé; la conjoncture économique est extrêmement difficile pour le Québec. À la fin de juin 1996, Standard & Poor's (S&P) menace de décoter le Québec à nouveau. Le premier ministre Lucien Bouchard demande alors une rencontre avec des représentants de cette agence et avant de partir pour New York, il annonce ses couleurs : il imposera aux employés de l'État une baisse de salaire de 6 %. Le premier ministre et les deux sous-ministres qui l'accompagnaient ont ainsi comparu devant les responsables de l'agence. Lucien Bouchard raconte à ce sujet :

Nous nous sommes retrouvés devant quatre analystes, manifestement sceptiques. J'avais l'impression d'être devant un tribunal. [...] Il a même été question devant les gens de Standard & Poor's que je m'engage par écrit à tenir parole. J'aurais refusé. Quand même un premier ministre élu ne va pas jusque là.

Ils ont quitté New York dans l'incertitude. Un téléphone, le lendemain, leur a donné le résultat de leur démarche : la décote n'aurait pas lieu mais le gouvernement serait sous surveillance étroite⁵. Voilà donc l'origine des coupures que les employés de l'État et en l'occurrence le personnel enseignant des commissions scolaires, seraient amenés à s'administrer pour éviter une baisse de salaire de 6 %.

Au début de 1996, la CEQ, la CSN et la FTQ souscrivent à l'initiative du gouvernement d'organiser une conférence sur l'avenir économique et social du Québec et acceptent les deux grands objectifs de cette conférence : l'équilibre des finances publiques et la relance de l'emploi. Le premier ministre ordonne un « Sommet de l'économie et de l'emploi » qui se déroulera en deux temps : au printemps et à l'automne 1996. Une proposition de la FTQ « développée sous l'égide du Fonds de solidarité » fixe l'objectif du déficit zéro pour 1999-2000, ce qui est retenu par la Conférence. Cependant la prise de conscience des coupures que le gouvernement cherche

⁵ René VÉZINA, « Bouchard a dû plaider à New York pour éviter une décote », *Les affaires*, 5 novembre 2005, p. 7. Guy BRETON et Michel DION, *L'éthique gouvernementale*, coll. « Cahiers de recherche éthique », Saint-Laurent, Québec, Fides, 1997, p. 184. Dans son *Mémoire du défendeur*, le procureur général écrit au paragraphe 60 : « Le nouveau premier ministre du Québec Lucien Bouchard est « convoqué » à New York : des mesures drastiques devront être mises en place pour atteindre le « déficit zéro » assez rapidement si la province ne veut pas faire face à une catastrophe économique ». (soulignement du *Mémoire*)*Id.*

à faire en matière de relations de travail amènera la CEQ et la CSN à se dissocier de l'objectif « déficit zéro 2000 »⁶.

Malgré l'engagement du gouvernement consigné dans la convention collective qui comprenait des mesures d'économie importantes que la Fédération et ses syndicats affiliés avaient accepté de négocier dans le cadre de l'annexe XLIX de l'entente collective 1995-1998⁷, le gouvernement manifestait l'intention d'augmenter la tâche de manière significative, ce qui aurait eu pour effet la suppression de 3 000 postes. La nouvelle mesure permettait d'accomplir une économie supplémentaire de 156 millions⁸. La ministre de l'Éducation, Pauline Marois, était prête à envisager des mesures alternatives sans reculer sur l'objectif budgétaire établi dans le cadre de la politique du déficit zéro. La partie patronale avait déposé elle-même, le 18 mars, une proposition alternative comprenant un ensemble de mesures d'économie; parmi ces mesures apparaissait

⁶ Jean-Marc PIOTTE, *Du combat au partenariat : interventions critiques sur le syndicalisme québécois*, Québec, Éditions *Nota bene*, 1998. Le récit de Jean-Marc Pottie montre comment les prises de position des centrales CEQ, CSN et FTQ en faveur du déficit zéro 2000 n'ont pas résisté dans le cadre du débat démocratique syndical CEQ, CSN ou n'ont résisté qu'à cause de pressions particulières de la direction de la Centrale (FTQ). Ghislaine Raymond, dans son livre sur le « partenariat social » expose les positions des acteurs institutionnels au sommet de l'économie et de l'emploi. On y trouvera plus d'éclairage sur les positions des différentes centrales. Ghislaine RAYMOND, *Le « partenariat social » Sommet économique de 1996, syndicats et groupes populaires*, Ville Mont-Royal, M éditeur, 2013.

⁷ « Poursuite des discussions découlant du renouvellement de la convention collective entre d'une part, le Ministère de l'éducation et la Fédération des commissions scolaires du Québec et d'autre part, la Fédération des enseignantes et enseignants des commissions scolaires et la Provincial Association of Catholic Teachers », *Entente intervenue entre le Comité patronal de négociation pour les commissions scolaires pour catholiques, les commissions scolaires confessionnelles catholiques et les commissions scolaires dissidentes pour catholiques (CPNCC) et la Centrale de l'enseignement du Québec (CEQ) pour le compte des syndicats d'enseignantes et d'enseignants qu'elle représente 1995-1998*, Annexe XLIX, p. 277-276.

⁸ Les négociations pour les mesures applicables en 1996-1997 furent entreprises rapidement et une entente était signée le 21 juin 1996. Au début de janvier 1997, une entente est également signée pour les mesures d'économie de l'année 1997-1998. Pour les années qui suivent, des pressions sont exercées pour une augmentation de la tâche. Une proposition de nouveau ratio de 1 par 17,8 élèves au lieu de 16,8, est évaluée produire une baisse des effectifs enseignants de 3 300 personnes. Cette proposition est déposée le 18 février 1997 avec l'annonce d'un programme de départs volontaires. Les départs largement financés par les excédents actuariels du *Régime de retraite des organismes publics* (RREGOP) se feraient donc avec une augmentation de la tâche pour ceux qui restent et une diminution de l'emploi enseignant. Le Conseil général des négociations de la CEQ (le sigle est maintenant CSQ) rejette cette proposition et souscrit à un plan de mobilisation. Cette instance regroupe non seulement le Conseil fédéral de la FECS, mais les instances décisionnelles de tous les regroupements sectoriels, les instances du personnel de soutien des commissions scolaires, du personnel enseignant de CEGEP, du personnel de soutien de CEGEP, des professionnels au palier commissions scolaires et au palier CEGEP, des infirmières et des autres catégories de personnel du secteur de la santé et des services sociaux.

pour la première fois ce qu'il est convenu d'appeler le gel de l'échelon. Après sa réunion de la veille, c'est maintenant sous la pression d'une loi spéciale imminente que les décisions devaient être prises par le Conseil fédéral. Le Comité exécutif avait décidé de mettre en débat deux hypothèses, les deux étant déclarées acceptables par les autorités gouvernementales, le premier ministre Bouchard ayant été rencontré au cours des dernières démarches⁹. Ces deux hypothèses étaient le résultat des pourparlers des derniers jours : le tableau suivant permettra d'en avoir un aperçu.

Tableau 4
Aperçu des hypothèses de règlement (mars 1997)

Hypothèse 1 – Cible : 156 M\$	Hypothèse 2 – Cible : 156 M\$
Modification de l'assurance salaire : 7,4 M\$	Report du paiement des congés maladie : 16,2 M\$
Chefs de groupe, annexe des 265 postes : 27,9 M\$	Chefs de groupe et annexe des 265 postes : 27,9 M\$
Rajeunissement : 42 M\$	Rajeunissement : 42 M\$
Maternelle 5 ans temps plein : 13 M\$	Préscolaire : 13 M\$
Arrangements locaux	Assurance salaire : 7,4 M\$
Augmentation de 1 sur la moyenne et sur le maximum : 69,3 M\$ excluant EHDAA (enfants handicapés et en difficultés d'adaptation et d'apprentissage), classes d'accueil et de francisation	<u>Gel de l'échelon : 21,9 M\$</u>
1 journée pédagogique coupée pour l'an prochain plutôt que 2 : remise de 15,4 M\$	Report de l'augmentation salariale : 26,8 M\$
Total : 138,5 M\$ (sic)	Total : 155,2 M\$

Le Comité exécutif avait décidé de recommander l'« hypothèse 2 ». Chaque hypothèse comptait 7 mesures et avait des impacts différents sur la tâche et le niveau d'emploi. Le gel de l'échelon inclus dans l'hypothèse 2 produisait une économie de 21,9 millions, soit environ 15 % du montant total imposé par le gouvernement dans une opération en marge sinon en violation des conventions collectives.

Les deux hypothèses ayant été présentées, le président Luc Savard soulignait :

[...] ce qui nous a amené à recommander l'hypothèse 2, c'est ce qui a guidé le Comité exécutif depuis le début : la protection des emplois. Il y a un choix à faire, 1 227 postes sont maintenus dans les services et nous pourrions prétendre que ces postes sont

⁹ FÉDÉRATION DES ENSEIGNANTES ET ENSEIGNANTS DE COMMISSIONS SCOLAIRES (CEQ), préc., note 4, p. 4.

disponibles. Les débats faits autour de la tâche ont été pris en considération [...].¹⁰ (notre soulignement)

Luc Savard signalait à ce sujet qu'ils avaient de sérieuses raisons de croire que la partie patronale cherchait à venir jouer dans la tâche par la disparition de la moyenne et la négociation locale¹¹. Un tel affaiblissement de la norme établie pour l'ensemble du Québec apparaissait sans doute comme la menace d'une défaite historique dans le combat pour une tâche de travail appropriée menée depuis des décennies.

La vice-présidente Johanne Fortier soumettait ce qui suit :

[...] il n'y a pas de cadeau dans ces deux hypothèses [...] il ne peut y avoir qu'un règlement qui vient limiter les dégâts et c'est dans ce contexte que nous devons apprécier les résultats. [...] dans l'hypothèse 2, nous touchons à la tâche; cependant l'élément majeur est que nous avons réussi à préserver les paramètres de base de la convention collective. Il faut apprécier l'impact chez le membership; la tâche telle que préservée fait en sorte que c'est au statu quo [...].¹² (notre soulignement)

Il y avait beaucoup d'amertume dans la salle¹³. En plus de la proposition du Comité exécutif, plusieurs propositions furent faites. Au sujet du gel de l'échelon, la proposition suivante fut présentée : « [...] que dans le cas où l'hypothèse 2 serait retenue, on s'assure que les enseignantes et enseignants qui ont subi un gel d'échelon en 1983 n'en subissent pas un deuxième »¹⁴.

La proposeuse fit cette intervention à ce sujet : « [...] l'indécence a ses limites; déjà ces enseignants ont payé très cher jusqu'à ce jour, au moins qu'il ne le subisse pas une autre fois »¹⁵.

¹⁰ *Id.*, p. 6.

¹¹ *Id.* L'Entente nationale prévoyait deux balises pour la formation des groupes d'élèves, la moyenne et le maximum. La disparition de la moyenne aurait permis une augmentation significative du nombre d'élèves par groupe. *Entente intervenue entre le Comité patronal de négociation pour les commissions scolaires pour catholiques, les commissions scolaires confessionnelles catholiques et les commissions scolaires dissidentes pour catholiques (CPNCC) et la Centrale de l'enseignement du Québec (CEQ) pour le compte des syndicats d'enseignantes et d'enseignants qu'elle représente 1995-1998*, préc., note 7, art. 8-6.00.

¹² *Id.*, p. 7.

¹³ *Id.*, p. 10.

¹⁴ *Id.*, p. 9.

¹⁵ *Id.*, p. 12.

Luc Savard et Johanne Fortier signalèrent qu'il n'y avait plus d'espace pour la négociation et Luc Savard tira la conclusion suivante :

« [...] nous pensons que la lutte et la mobilisation que nous avons développées ont contribué à ce que nous avons aujourd'hui : contrer une loi spéciale, protéger la tâche et préserver un principe dans lequel nous oeuvrons depuis longtemps, l'emploi »¹⁶ (notre soulignement).

La proposition au sujet des enseignantes et enseignants touchés à deux reprises par un gel d'échelon fut déposée, le Conseil fédéral décidant ainsi de ne pas prendre de décision à ce sujet. La recommandation du Comité exécutif fut adoptée à majorité, mais les représentants de neuf syndicats affiliés inscrivirent leur dissidence¹⁷.

Fait significatif, la proposition préalable suivante fut adoptée à l'unanimité :

[...] que le Conseil fédéral fasse parvenir un blâme au gouvernement du Québec, pour sa vision étroite de l'avenir de la société québécoise, sur sa façon de gérer les relations du travail avec les employées et employés entre autres sur le non-respect de sa signature de la convention collective, le fonctionnement continu sous forme de menaces, les déclarations fausses dans les médias et le mépris de ses employées et employés.¹⁸

Comme le *Code du travail* l'exige depuis la réforme de 1977¹⁹, les syndicats affiliés à la Fédération tinrent des assemblées générales et la recommandation de l'hypothèse 2 fut acceptée à majorité, 44 syndicats obtenant « un vote majoritaire des membres »; cependant 7 syndicats rejetèrent les deux hypothèses.

La FECS se réunit le 11 avril, après les votes des affiliés, et les commentaires suivants furent faits à ce sujet : « Le gros problème qui revenait constamment, c'était la question du gel

¹⁶ *Id.*, p. 16.

¹⁷ *Id.*, p. 17. Rappelons que les syndicats sont généralement représentés par la présidente ou le président.

¹⁸ *Id.* Le texte cité est le texte amendé; p. 9 et 10 pour la proposition et son amendement; p. 17 pour le vote unanime de la proposition et de son amendement.

¹⁹ 1977, c. 41, art. 9. Il s'agit de l'article 20.3.

d'échelon pour ceux qui risquent d'en écoper pour une deuxième fois, il faudrait trouver une solution à cette problématique »²⁰.

Ce à quoi le président Luc Savard a répondu « qu'au regard du gel d'échelon la demande, à l'effet d'éviter que des personnes soient pénalisées une deuxième fois, se heurte à une fin de non-recevoir du gouvernement »²¹.

Le représentant d'un syndicat, probablement une présidente ou un président, évaluait l'état des relations de son syndicat avec le gouvernement d'une manière révélatrice :

Nous avons plus de 400 participantes et participants et la présentation a été faite convenablement; les deux hypothèses ont été présentées en mentionnant qu'il pouvait y avoir un décret; malgré tout, à vote secret, les deux hypothèses ont été rejetées à 73 %. La principale raison invoquée était que nous ne pouvons faire confiance au gouvernement; même si nous acceptons quelque chose, il reviendra.²²

Ce syndicat avait exprimé ce qui semble bien être une rupture du lien de confiance dans les relations du travail avec le gouvernement Bouchard.

L'accord fut signé le 3 juillet 1997. L'article 6 se lit comme suit : « Le paragraphe D) de la clause 6-4.01 est remplacé par le suivant : D) Malgré ce qui précède, l'expérience acquise en 1982-1983 et en 1996-1997 ne permet aucun avancement d'échelon ».

Pour la compréhension de l'effet de cette modification, nous citerons les paragraphes B), C) et D) de la clause 6-4.01 avant la modification :

B) La commission évalue selon la clause 6-4.02 à 6-4.08 de l'entente, les années d'expérience acquises après l'année scolaire 1994-1995 pour toute enseignante ou tout enseignant à son emploi au 1^{er} juillet 1995 et, le cas échéant, révisé son échelon en conséquence.

²⁰ FÉDÉRATION DES ENSEIGNANTES ET ENSEIGNANTS DE COMMISSIONS SCOLAIRES (CEQ), *Conseil fédéral, procès-verbal : Réunion extraordinaire du 11 avril 1997, A9697CF-PV-12, p. 2.*

²¹ *Id.*, p. 3.

²² *Id.*, p. 2.

C) La commission évalue, selon les clauses 6-4.02 à 6-4.08 de l'entente, toutes les années d'expérience de tout autre enseignante ou tout autre enseignant engagé à compter du 1^{er} juillet 1995.

D) Malgré ce qui précède, l'expérience acquise en 1982-1983 ne permet aucun avancement d'échelon.

Nous ne citerons pas ici les clauses 6-4.02 à 6-4.08 de l'entente qui prennent la quasi-totalité des pages 92 et 93 de l'entente. Soulignons toutefois qu'il s'agit de normes complexes relatives à la reconnaissance d'une année d'expérience qui révèlent que dans un nombre important de cas, la situation de l'enseignante ou de l'enseignant doit être analysée avec soin avant de déterminer qu'une année d'expérience peut être accordée.

Constatons également que les parties avaient donc convenu d'une clause couvrant les deux gels d'échelon et que cette clause n'aurait pas dû normalement être travestie en un acte ne comprenant que le gel de 1996-1997.

Alors que l'accord comprenant cette clause n'était pas encore signé, une plainte fut déposée, le 30 mai 1997, à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (ci-après, Commission des droits) par un membre du Syndicat du personnel de l'enseignement de Québec-Montmorency (C.E.Q.), Normand Morin²³.

L'assemblée générale de son syndicat avait eu lieu le 26 mars 1997 et les membres avaient voté en faveur de l'hypothèse 2, en même temps que les résultats globaux du programme de départs volontaires. Personne n'avait demandé de scinder la proposition. Elle avait été acceptée avec une majorité de 332 contre 113. Les dissidences de 24 membres furent inscrites, dont celle de Normand Morin²⁴.

²³ Nous parlons ici de Normand Morin parce qu'il s'agit d'un acteur principal du conflit interne relatif au gel d'échelon et qu'il a joué un rôle actif dans le débat syndical sur cette question et même dans l'enquête de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

²⁴ SYNDICAT DU PERSONNEL DE L'ENSEIGNEMENT DE QUÉBEC-MONTMORENCY, Séance extraordinaire de l'Assemblée générale de tous les membres du SPEQM tenue le mercredi, 26 mars 1997 à 19 heures à l'école secondaire Wilbrod-Bhérier.

Aucune demande au syndicat d'aviser sa commission scolaire de « la naissance d'un grief » n'avait été faite. Il n'y a pas d'indices à l'effet que d'autres personnes membres de son syndicat ou de d'autres syndicats n'aient fait une telle demande. Aucun syndicat n'a déposé un grief.

Trois autres plaintes suivirent provenant de la région de Montréal et regroupant 66 enseignantes et enseignants.

Le 3 novembre, Normand Morin écrivait au président de son syndicat : « [...] la commission a jugé que les allégations soumises ont été considérées suffisantes pour qu'elle donne suite à cette demande [...] ». La Commission des droits en était pourtant au début de son enquête. Normand Morin demandait que son syndicat l'appuie dans sa démarche sans la moindre allusion à la procédure de grief. Le 4 novembre, le président du syndicat, Jacques Cantin, répondait à Normand Morin qu'il n'avait pas reçu copie de sa plainte. Il mentionnait ce qui suit :

Je te rappelle [...] qu'il y a eu gel de l'échelon en 1982-1983 et que toutes les enseignantes et les enseignants qui en 1996-1997, avaient entre 15 ans et 29 ans d'expérience ont subi le même sort en 1982-1983.

En conclusion, la très grande majorité des membres actifs ont dû à un moment ou l'autre de leur carrière, accepter sous la menace d'une loi spéciale ou subir par décret gouvernemental, des reculs dans les acquis de convention collective. Mais l'ensemble des luttes syndicales menées depuis les années 1970 nous ont apporté plus d'acquis que de reculs.

C'est toujours ensemble et solidaires particulièrement dans les décisions difficiles à prendre, que nous pourrions protéger nos acquis, limiter les reculs ou améliorer nos acquis.

Après avoir demandé aux parties contre lesquelles la plainte était dirigée d'exprimer leur version des faits²⁵, la Commission leur transmettait une résolution portant le numéro CP-347.3, qui ne mentionnait pas les noms des plaignants et leur syndicat, mais qui référerait à quatre plaintes et qui affirmait : « Par son enquête, la Commission est en état de déterminer qu'avant de saisir un tribunal du litige qui subsiste entre les parties, il y aurait lieu de leur proposer des mesures de redressement ».

²⁵ La présidente de la Centrale de l'enseignement du Québec reçut l'avis pour la plainte de Normand Morin par une lettre datée du 27 octobre 1997 et signée par Claire Roy, avocate, enquêtrice-médiatrice.

Invoquant l'article 79 de la Charte, la Commission déclarait :

[...] tenant compte de l'intérêt public et de celui des victimes, propose [...] comme mesures de redressement (notre soulignement)²⁶ :

D'ADMETTRE que la clause 6-4.01 D) de la convention collective, telle que modifiée suite à l'accord conclu le 3 juillet [...] est discriminatoire;³⁷¹

DE RECONNAÎTRE, aux fins de cheminement dans l'échelle salariale, l'expérience acquise au cours de l'année 1996-1997;

DE VERSER aux enseignantes et enseignants visés par la non-reconnaissance de l'expérience acquise au cours de l'année 1996-1997, aux fins de la progression dans l'échelle salariale, les montants dus à la date de signification de la proposition des mesures de redressement.

La résolution avait été adoptée à l'unanimité par le Comité des plaintes de la Commission, le 12 novembre 1999, plus de deux ans après la plainte de Normand Morin²⁷.

Aucune des parties visées n'obtempéra à ces mesures de redressement, le litige demeurant complet en ce qui a trait au caractère discriminatoire de la clause en question. La Commission décida donc de saisir le Tribunal des droits de la personne.

Dans ce chapitre, nous examinerons l'histoire judiciaire des plaintes de discrimination reçues relativement à l'inclusion d'une clause prévoyant le gel de l'échelon d'expérience 1996-1997 dans l'Entente nationale du personnel enseignant des commissions scolaires (1). Nous

²⁶ Comme on peut le constater, la Commission déclare que les plaignants sont des victimes avant que tout tribunal ne se soit prononcé. Il faut toutefois souligner qu'entre autres dispositions, l'article 79 l'y incite; cet article prévoit que la Commission peut « proposer, en tenant compte de l'intérêt public et de celui de la victime, toute mesure de redressement, notamment l'admission de la violation d'un droit, la cessation de l'acte reproché, l'accomplissement d'un acte, le paiement d'une indemnité ou de dommages-intérêts punitifs, dans un délai qu'elle fixe » (notre soulignement). L'article 23 de la *Charte* énonce pourtant : « Toute personne a droit en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé [...] ».

²⁷ Notons ici que la résolution n'a pas été adoptée par la Commission mais par un Comité des plaintes composé de trois de ses membres. L'article 61 de la *Charte* autorise la constitution d'un tel comité et la Commission peut lui déléguer des responsabilités par règlement, ce qu'elle a fait en l'occurrence.

procéderons ensuite à l'analyse de ce dossier, d'abord dans une perspective juridique doctrinale et ensuite dans le cadre de l'approche théorique que nous avons adoptée (2).

1- Histoire judiciaire du dossier du gel de l'échelon

La demande introductive d'instance a été signifiée le 22 mars 2000. Presque simultanément, la Commission présentait une *Requête pour obtenir une ordonnance de procédure et de pratique* dans laquelle elle dit recevoir des « consentements écrits d'enseignantes et d'enseignants se croyant victimes de l'Accord intervenu le 3 juillet 1997 [...] » (par. 3); la Commission mentionne : « À ce jour, le Commission a reçu plus de treize mille quatre cents (13 400) consentements écrits » (par. 4).

Dans deux requêtes distinctes en irrecevabilité, la procureure générale et les parties syndicales visées contestèrent la compétence du Tribunal des droits de la personne en soutenant que le litige relevait de la compétence exclusive de l'arbitre des griefs. Après la décision de la Cour suprême du Canada qui attribuait au Tribunal des droits de la personne la compétence pour disposer du recours de la Commission, le 14 octobre 2004, l'instance reprit son cours et se poursuivit jusqu'à ce qu'une entente intervienne entre les parties accusées de discrimination et la Commission en juillet 2007, un peu plus de dix ans après la première plainte. Le Tribunal des droits de la personne ayant refusé d'approuver l'entente, la Commission décida de cesser d'agir, le 18 février 2008. Certains plaignants ont alors entrepris de poursuivre le recours en leurs noms, mais ces démarches ne se sont pas poursuivies.

Dans la présente section, nous allons d'abord rendre compte de la contestation de la compétence du Tribunal des droits de la personne (A); nous examinerons ensuite la contestation de la saisine du Tribunal pour plus de 13 400 enseignantes et enseignants que la Commission intégrait à sa demande et de la *Requête pour obtenir une ordonnance de procédure et de pratique* visant à obtenir des commissions scolaires un ensemble complexe de renseignements dont la Commission des droits jugeait avoir besoin pour élaborer une preuve (B); nous étudierons ensuite brièvement deux autres requêtes, une de la Commission, l'autre du Procureur général demandant de scinder l'instance (C); la quatrième subdivision sera consacrée à la question de la discrimination, c'est-à-dire au débat sur la demande de la Commission, évidemment le débat central relatif à la question du principe fondamental d'égalité (D). Cette démarche nous conduira

au dernier acte de l'instance de la Commission et, pour poursuivre la métaphore théâtrale, à cinq scènes : l'Entente entre la Commission et les parties défenderesses; la procédure d'approbation de cette entente devant le Tribunal des droits de la personne; la décision de la Commission de cesser d'agir; les reprises d'instances par des enseignantes et enseignants ayant déposé des plaintes et la décision de fermer le dossier (E).

A- Contestation de la compétence du Tribunal des droits de la personne

Après la demande introductive d'instance, signifiée le 22 mars 2000, le dossier était attribué à une division du Tribunal des droits de la personne constituée de la juge en chef, l'honorable Michèle Rivet et des assesseurs, Me Diane Demers et Me François Blais²⁸. Comme nous l'avons mentionné, le Tribunal fut rapidement saisi de deux requêtes en irrecevabilité. Le jugement du Tribunal qui rejetait les requêtes en irrecevabilité fut rendu le 13 septembre 2000²⁹. Nous reviendrons sur les éléments pertinents d'analyse de ce jugement.

Constatons seulement que sous la rubrique « Les faits tenus pour avérés », le Tribunal écrit : « L'article 6 de l'Accord qui remplace le paragraphe D) de la clause 6-4-01 de l'Entente, prévoit la non-reconnaissance, aux fins de cheminement dans l'échelle de traitement, de l'expérience acquise au cours de l'année scolaire 1996-1997 »³⁰. Dans sa demande introductive d'instance, la Commission omettait de citer la clause modifiée et de mentionner qu'elle comprenait également une absence d'avancement d'échelon pour l'année 1982-1983. Il est significatif que cette omission ait été reprise par le Tribunal. Notons que le système de rémunération du personnel enseignant des commissions scolaires qui s'est développé au cours des années après avoir émergé de la négociation des conventions collectives était un des faits importants de cette affaire et la clause au cœur du litige portait la marque d'éléments essentiels de ce système.

²⁸ En vertu de l'article 104 de la *Charte*, le « Tribunal siège [...] par divisions constituées chacune de trois membres, soit le juge qui la préside et les deux assesseurs qui l'assistent désignés par le président. Celui qui préside la division décide seul de la demande ».

²⁹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. (Québec) procureur général*, (2000) R.J.Q. 3097; REJB 2000-20170 (T.D.P.).

³⁰ *Id.*, par. 23.

La procureure générale ayant obtenu la permission d'en appeler de la décision relative à la compétence³¹, la Cour d'appel accueillit le pourvoi, le 28 février 2002, le juge Robert étant dissident³². C'est alors la Commission qui demanda et obtint la permission d'en appeler. Comme nous le disions en introduisant cet historique, l'arrêt de la Cour suprême qui attribuait la compétence au Tribunal des droits de la personne fut rendu le 14 octobre 2004, les juges Bastarache et Arbour étant dissidents³³. La juge McLachlin, pour les juges majoritaires, résumait sommairement les faits qui étaient au cœur du litige en ces termes :

En 1997, les syndicats des enseignants et le gouvernement du Québec ont apporté à une convention collective une modification prévoyant que l'expérience acquise par des enseignants au cours de l'année scolaire 1996-1997 ne serait ni reconnue ni comptabilisée au titre de l'augmentation de traitement ou de l'ancienneté. Cette clause ne visait que les enseignants n'ayant pas encore atteint le sommet de l'échelle salariale, soit une minorité composée principalement de jeunes enseignants ayant peu d'expérience. Ces derniers se sont plaints du caractère discriminatoire de la clause, faisant valoir qu'elle leur accordait un traitement moins favorable qu'aux enseignants plus âgés et violait le droit à l'égalité garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12.

Le jugement de la majorité comprend le passage significatif suivant :

Vu son contexte factuel, le litige porte essentiellement sur la manière dont la convention collective devait répartir des ressources moindres entre les membres du syndicat. Il a finalement été décidé de faire supporter le gros des compressions par un groupe de syndiqués – ceux qui avaient le moins d'ancienneté.³⁴

La majorité semble donc avoir adopté une conception du fond de la question et des faits en litige au lieu de se placer dans une position de neutralité à ce sujet et de se limiter à traiter de la

³¹ Alors que la procureure générale demandait la permission d'en appeler du jugement sur les deux questions, soit la compétence et l'ordonnance de procédure et de pratique, le 22 novembre 2000, le juge Russ accorda la permission exclusivement sur la question de compétence ne considérant pas que l'ordonnance était une décision finale du Tribunal ce que requiert l'article 132 de la Charte.

³² *Québec (Procureur général) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2002, R.J.Q. 588 (C.A.); REJB 2002-29364 (C.A.).

³³ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur général)*, (2004) 2 R.C.S. 185; 2004 CSC 39.

³⁴ *Id.*, par. 2 et 23. Comme nous l'avons rapporté dans le récit introductif : le gel de l'échelon inclus dans l'hypothèse 2 produisait une économie de 21,9 millions soit environ 15 % du montant total imposé par le gouvernement sous la menace d'une loi. Il y avait donc une erreur de fait dans l'affirmation que le gros des compressions était supporté par le personnel enseignant qui avait le moins d'ancienneté.

compétence du Tribunal des droits de la personne. Nous croyons qu'à cette étape, la Cour ne devait pas prendre position sur le fond, même partiellement.

De plus cette conception des faits était erronée. En plus d'exagérer considérablement la part des compressions que le gel d'échelon de 1996-1997 imposait aux personnes qui avaient le moins d'ancienneté, la Cour ne rendait compte que d'une partie de la clause adoptée en omettant le gel d'échelon de 1982-1983.

La majorité accorde au Tribunal des droits de la personne une compétence concurrente. Nous analyserons cet arrêt dans la deuxième partie de ce chapitre.

Par ailleurs, le juge Bastarache accomplit une étude complète de la question dont la Cour était saisie en analysant avec soin les objectifs législatifs du régime d'arbitrage au sein des rapports collectifs du travail. La juge Arbour donne son accord à cette opinion. L'approche du juge Bastarache commande un exposé plus complet des faits donnant naissance au litige et la citation de la clause de la convention collective prétendue discriminatoire; les paragraphes 38 à 40 sont consacrés à cet exposé :

38. En mars 1997, la CSQ coordonnait les négociations sectorielles avec le gouvernement du Québec. L'objet de cette négociation était de s'entendre sur les mesures d'économies recherchées par le gouvernement afin d'éviter l'imposition de conditions de travail par une loi spéciale. Une proposition soumise le 5 mars par le gouvernement du Québec a été rejetée par les syndicats affiliés à la FSE parce qu'elle risquait d'entraîner la suppression d'environ 3 000 postes d'enseignants. Après avoir reporté l'adoption de la loi spéciale, le ministre de l'Éducation a déposé une nouvelle proposition qui a également été refusée par le Conseil fédéral de la FSE. Cette dernière a alors reçu de ses syndicats affiliés le mandat d'explorer des pistes de règlement pour permettre des économies récurrentes de l'ordre de 50 millions de dollars.

39. Le 21 mars 1997, le conseil fédéral de la FSE a recommandé d'accepter l'accord conclu à la suite des pourparlers. Les 69 syndicats d'enseignants de commissions scolaires ont décidé majoritairement, au cours de leurs assemblées générales respectives, d'adopter l'accord de principe du 21 mars 1997. Des ententes de principe ont par la suite été conclues par le gouvernement québécois et chacune des fédérations affiliées à la CSQ et visées par la *Loi sur la diminution des coûts de la main-d'œuvre dans le secteur public et donnant suite aux ententes intervenues à cette fin*, L.Q. 1997, ch. 7.

40. Le 3 juillet 1997, conformément aux mandats reçus par les syndicats affiliés, le président de la FSE signait un accord modifiant l'entente intervenue entre le Comité

patronal de négociation et la CSQ pour la période 1995-1998. L'article 6 de l'accord, qui remplace le par. D) de la clause 6-4.01 de l'entente, prévoit la non-reconnaissance, pour la progression dans l'échelle de traitement, de l'expérience acquise au cours de l'année scolaire 1996-1997. En voici le libellé : 6-4.01 D) Malgré ce qui précède, l'expérience acquise en 1982-1983 et en 1996-1997 ne permet aucun avancement d'échelon.

Ainsi au paragraphe 40, les juges Bastarache et Arbour établissent avec fidélité l'état de la décision relative aux gels d'échelon. Le paragraphe 6-4.01 D) a été remplacé par la clause citée qui comprend les deux gels d'échelon de 1982-1983 et 1996-1997.

Les juges Bastarache et Arbour rejettent l'approche de la compétence concurrente :

[...] il est important de reconnaître toutes les responsabilités qui ont été attribuées à l'arbitre pour trancher largement à l'égard de tous les aspects d'un litige, dans la mesure où ceux-ci sont liés expressément ou implicitement à la convention collective. Pour ce faire, il faut suivant le modèle de la compétence exclusive, déterminer l'essence du litige dans son contexte factuel et faire abstraction des qualifications juridiques possibles d'un problème.³⁵

Cette approche est fondée sur une analyse de la compétence respective de l'arbitre de griefs et du Tribunal des droits de la personne.

Sous la rubrique « Faits », le régime même de négociation du secteur des commissions scolaires est examiné et le rapport entre l'entente nationale et la convention collective qui lie syndicat et commission scolaire : « Tel qu'il appert à la lecture de l'article 1 de la Loi³⁶, l'entente intervenue [...] constitue une convention collective au sens du *Code du travail* »³⁷.

Nous y reviendrons dans la deuxième section de ce chapitre.

³⁵ *Id.*, par. 33.

³⁶ *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*, L.R.Q., c. R-8.2. Notons que la juge McLachlin ne réfère en aucun passage du jugement qu'elle rédige à cette loi essentielle pour la compréhension du contexte factuel.

³⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur général)*, préc., note 33, par. 35-37. Nous avons déjà cité l'exposé des faits donnant naissance au litige d'une manière plus immédiate : par. 38-40.

Le même jour, la Cour suprême rendait un arrêt³⁸ sur une question de compétence du Tribunal des droits de la personne en ce qui a trait à un programme gouvernemental de la *Loi sur la sécurité du revenu*³⁹. La Cour décida que le Tribunal des droits de la personne n'avait pas la compétence et que la plaignante, Caroline Charrette, aurait dû s'adresser à la Commission des affaires sociales. Trois juges sont dissidents, la juge en chef McLachlin, les juges Iacobucci et Major. La majorité est constituée des juges Bastarache, Arbour, Binnie et Fish⁴⁰.

Les motifs des juges Binnie et Fish établissent des distinctions significatives avec les motifs du jugement majoritaire dans l'affaire *Morin*; nous y reviendrons dans l'analyse de la deuxième partie de ce chapitre.

Deux autres questions se posent avant d'aborder le fond de la question de discrimination que posait la demande de la Commission : le nombre de plaintes dont le Tribunal était saisi; la recevabilité de la requête de la Commission des droits pour obtenir des renseignements des commissions scolaires.

B- Saisine du Tribunal et requête de la Commission des droits pour obtenir des renseignements des commissions scolaires

Dans sa *Requête pour une ordonnance de procédure et de pratique*, en mars 2000, la Commission allègue avoir « obtenu plus de treize mille quatre cents (13 400) consentements écrits d'enseignantes et d'enseignants » et demande d'inscrire « les noms des parties victimes de la perte salariale encourue » dans une annexe (notre soulignement). La Commission cherchait à ajouter ces personnes aux 4 plaintes couvrant 66 personnes. La requête fut accordée malgré les objections des parties défenderesses⁴¹. Au sujet de ces objections, la juge Rivest écrit :

³⁸ *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, 2004 CSC 40 (CanLII), [2004] 2 R.C.S. 223.

³⁹ L.R.Q., c. S-3.1.1.

⁴⁰ Il s'agissait d'un appel d'un arrêt unanime de la Cour d'appel (juges Marie Deschamps, Jacques Delisle et Joseph R. Nuss) statuant sur un jugement de la Cour supérieure qui avait rejeté une requête en révision judiciaire. *Québec (Procureure générale du) c. Tribunal des droits de la personne*, 2002 CanLII 31530 (QC CA), (2002) R.J.Q. 583.

⁴¹ *Morin c. Québec (Procureure générale)*, 2000 CanLII 18 (QC TDP), [2000] R.J.Q. 3097.

La procureure générale du Québec [...] fait valoir que toutes les plaintes qui se rajoutent n'ont pas fait l'objet d'enquête. La Centrale de l'éducation du Québec (sic) [...] et la Fédération des syndicats de l'enseignement [...] font valoir, pour leur part, qu'elles ne seront pas en mesure de vérifier si les personnes ont été lésées par le gel d'échelon ou par un autre motif prévu à la convention collective.⁴² (notre soulignement)

L'attribution de la compétence au Tribunal des droits de la personne à la fin de l'année 2004, avait évidemment pour effet la reprise de l'instance devant ce Tribunal.

Dans son mémoire, en date du 31 mars 2005, le Procureur général alléguait :

10. Il n'existe en l'espèce aucune résolution de la CDPDJ entérinant une quelconque enquête à l'égard de l'une ou l'autre des 13 660 personnes pour lesquelles elle se porte demanderesse devant le Tribunal des droits de la personne en 2000 puis en 2004;

11. En fait, l'interrogatoire d'un représentant de la CDPDJ révèle qu'il n'y a pas eu d'enquête du tout en ce qui concerne les plaignants(es) autres que les 66 plaignants(es) faisant l'objet de la résolution CP-347-3;

12. Il n'existe aucune résolution de la CDPDJ à l'effet de saisir le Tribunal des droits de la personne pour le cas de ces présumées victimes, ce qui est contraire aux articles 74 et 80 de la Charte.

Le Tribunal pouvait-il être saisi de ces dossiers ? Comme nous le verrons, aucune réponse n'a été apportée à cette question. Nous produisons en annexe les formulaires utilisés par la Commission, soit un formulaire intitulé « consentement (article 83 de la *Charte des droits et libertés de la personne*) » et un formulaire intitulé « Renseignements à fournir à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse au soutien du Consentement dans le dossier ».

La Commission ne semblant pas avoir vraiment procédé à une enquête dans les cas pour lesquels elle n'avait qu'un consentement alors qu'elle avait l'obligation de rechercher tout élément de preuve⁴³, elle dut à nouveau recourir au Tribunal à l'aide d'une requête « pour ordonnance de procédure et de pratique en vue d'obtenir la communication de documents se rapportant au litige », requête datée du 12 mai 2005. La Commission demandait au Tribunal :

⁴² *Id.*, par. 4.

⁴³ Comme on pourra le constater, les formulaires ne permettaient que de constater l'âge de la personne et son échelon dans l'échelle salariale.

ORDONNER à chacune des commissions scolaires mises en cause de communiquer à la Commission le ou les document(s) ou fiche(s) individuelle(s) contenant tous les renseignements décrits à l'annexe 1 pour les années scolaires 1996-1997, 1997-1998, 1998-1999, 1999-2000, 2000-2001, et ce, pour chaque enseignante ou enseignant mentionné à l'Annexe 2 ayant été à son emploi au cours de ces années;

ORDONNER que le ou les document(s) ou fiche(s) individuelle(s) contenant les renseignements décrits à l'Annexe 1 pour chaque enseignant (Annexe 2) soient transmis à la Commission dans un délai de trente (30) jours ouvrables sous format de fichier EXCEL ou de tout autre type ou autre format de fichier informatique compatible avec les équipements des commissions scolaires [...] (ou à défaut sous format papier);

RENDRE toute autre ordonnance que le Tribunal jugera appropriée;

Nous n'avons pas l'intention d'entrer dans le débat de procédure qui s'ensuivit. Pour les fins de notre démarche, constatons que la requête faisait entrer dans l'instance judiciaire 61 nouveaux acteurs, les commissions scolaires représentées par de nouveaux avocats (Langlois, Kronstrom, Desjardins). Signalons aussi que les commissions scolaires contestaient la saisine du Tribunal pour près de 13 600 enseignantes et enseignants qui s'étaient ajoutés. Le Tribunal accorda les ordonnances le 26 juillet 2005⁴⁴. Dans sa décision, il motivait sa position au sujet de la saisine et concluait :

[...] malgré les prétentions au contraire des intimées, il n'est pas nécessaire que l'enquête concerne chaque victime en faveur de laquelle la Commission s'adresse ensuite à un tribunal pour obtenir, « compte tenu de l'intérêt public, toute mesure appropriée contre la personne en défaut ou pour réclamer [...] toute mesure de redressement qu'elle juge alors adéquate [...]. Les termes de la Charte indiquent ainsi que l'activité judiciaire de la Commission s'exerce par rapport à des situations qui impliquent parfois des personnes non mentionnées dans la plainte initiale et ultérieurement identifiées en cours d'enquête.⁴⁵

⁴⁴ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CanLII 27992 (QC TDP), (2005) R.J.Q. 2451.

⁴⁵ *Id.*, par. 19.

Les commissions scolaires demandèrent la permission d'en appeler. La juge Lise Côté accorda la permission le 9 septembre 2005. La Cour d'appel accueillit le pourvoi le 26 janvier 2006 et rejeta la requête⁴⁶.

La Cour d'appel jugeait que les commissions scolaires n'étaient pas des parties et que leur statut de témoins ne leur permettait pas de plaider l'absence de saisine, mais surtout elle mettait en lumière le principe énoncé par Léo Ducharme, dans son livre *L'administration de la preuve*, à l'effet qu'« une partie ne saurait exiger d'un témoin qu'il réunisse à sa place les preuves nécessaires au succès de sa cause »⁴⁷.

Il nous reste à faire état d'une autre procédure incidente : les requêtes pour scinder l'instance.

C- Les requêtes pour scinder l'instance

Le Tribunal a été saisi de requêtes pour scinder l'instance. La Commission demandait de décider d'abord du caractère discriminatoire de la mesure et seulement en un deuxième temps des réclamations individuelles. Le Procureur général demandait de ne scinder que la détermination du quantum. Le procureur général soutenait que la Commission avait « le fardeau d'établir les éléments suivants afin de prouver la discrimination : que la clause de l'accord établit une distinction; que cette distinction a un effet préjudiciable sur certaines personnes en fonction de l'âge; que cette distinction a eu pour effet de détruire ou compromettre le droit de ces personnes ».

Le Tribunal a évalué que « les questions que la Commission veut aborder en deuxième partie d'instance sont intrinsèquement liées à la disposition d'une conclusion de discrimination ». Il a rejeté, le 6 mars 2006, la requête de la Commission et accepté celle du Procureur général à laquelle la Commission ne s'opposait d'ailleurs pas⁴⁸.

⁴⁶ *Commission scolaire des affluents c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 81, par. 30; J.E 2006-367; D.T.E. 2006 T- 180; (2006) R.J.Q. 367 (C.A.).

⁴⁷ Léo DUCHARME, *L'administration de la preuve*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, p. 99. Ce livre est devenu un classique.

⁴⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCTDP 6 (CanLII).

D- La question de la discrimination posée par la demande de la Commission des droits

La Commission, en janvier 2005, amendait sa demande introductive d'instance. Elle demandait au Tribunal :

DE RECONNAÎTRE que la clause 6-04.1 D de l'Entente telle que modifiée par l'article 6 de l'Accord intervenu le 3 juillet 1997 est discriminatoire dans la mesure où elle vise de façon disproportionnée les plus jeunes enseignantes et enseignants, le tout en contravention des articles 10, 13 et 16 de la *Charte des droits et libertés de la personne*;

DE RECONNAÎTRE que la clause 6-04.1 D) de l'Entente telle que modifiée par l'Accord intervenu le 3 juillet 1997 est nulle et sans effet puisque contraire aux articles 10, 13 et 16 de la *Charte des droits et libertés de la personne*;

D'ORDONNER aux parties défenderesses de considérer l'expérience acquise à titre d'enseignante et d'enseignant au cours de l'année scolaire 1996-1997, aux fins du cheminement dans l'échelle salariale applicable, et ce, à compter de l'année scolaire 1997-1998 et pour les années subséquentes;

DE CONDAMNER les parties défenderesses, conjointement et solidairement, à rembourser aux parties victimes, à titre de dommages matériels, sauf à parfaire, les pertes salariales encourues depuis le 1^{er} juillet 1997 et résultant de la non-reconnaissance de l'expérience acquise au cours de l'année scolaire 1996-1997 suivant [...].⁴⁹

Dans son mémoire, la Commission établissait l'âge des plus jeunes enseignants entre 20 et 40 ans et alléguait que « 87,1 % des victimes [...] étaient âgées entre 20 et 40 ans au 30 juin 1997 ». Elle précisait que la nature du préjudice était des pertes salariales. Nous examinerons maintenant les moyens que la défense a déployés et, en premier lieu, les mémoires du Procureur général et des parties syndicales (1); nous donnerons ensuite un aperçu de certains interrogatoires préalables et des expertises (2).

⁴⁹ Le terme « vise » remplaçait le mot « préjudicieux »; les paragraphes qui suivent sont repris intégralement de la demande originale.

1. Les mémoires des parties défenderesses

Le mémoire du Procureur général⁵⁰ et un mémoire amendé, conjoint, de la CEQ et de la FSE⁵¹, datés du même jour, furent produits en mars 2005.

Le mémoire du Procureur général présentait une étude approfondie de la question. Après des allégations sur l'absence de saisine du Tribunal pour 13 660 présumées victimes, l'« Exposé des faits », Partie I, expliquait le cadre de fonctionnement des commissions scolaires et le régime de négociation des conventions collectives; il comprenait un exposé éclairant du contexte économique de 1992 à 1996 et de l'implication des « partenaires sociaux » dans le cadre d'un sommet de l'économie et de l'emploi; un historique des négociations entre la CSQ et le Comité patronal de négociation et des effets de l'Accord, permettant d'avoir une compréhension élargie des mesures adoptées.

Le mémoire amendé de la CSQ et de la FSE exposait les complexités du régime de rémunération liées aux divers statuts des enseignantes et des enseignants. Il mettait en lumière certains éléments significatifs :

25bb) Loin d'être automatique, l'évaluation de l'expérience aux fins de l'avancement d'échelon, en raison des règles complexes qui l'encadrent et des particularités des contrats d'engagement, exige une analyse individuelle de la prestation de travail de chaque enseignante à temps plein ou à temps partiel, et ce parfois sur plusieurs années antérieures, afin de déterminer si les conditions prévues à la convention collective pour accorder un avancement d'échelon sont remplies. (soulignement du Mémoire)

26a) Pendant toute la durée de l'Entente, une des modalités de calcul de l'expérience [...] était celle de la clause 6-4.01 qui a été introduite dans la convention collective en 1982 par un décret, et des enseignantes et des enseignants temps partiel ou régulier temps plein à l'emploi des commissions scolaires francophones [...] subissaient toujours les effets de

⁵⁰ *Mémoire du défendeur, le Procureur général du Québec*, TDP : 500-53-000130-003, 31 mars 2005.

⁵¹ *Mémoire amendé des défenderesses, la Centrale des syndicats du Québec (CSQ) et la Fédération des syndicats de l'enseignement (FSE)*, TDP : 500-53-000130-003, 31 mars. Le mémoire de ces parties était daté du 30 mai 2000. La CSQ était alors connue comme la Centrale de l'enseignement du Québec (CEQ). La CEQ était alors représentée par les procureurs de son service juridique, Lapierre, St-Denis et associés alors que le mémoire amendé était l'œuvre de la Société d'avocats en nom collectif, Grondin, Poudrier, Bernier : il peut être intéressant de noter, compte tenu de l'importance de la notoriété dans le rapport de forces judiciaire, que des avocats de cette société, Henri Grondin et Louis LeBel ont été bâtonniers du Québec et que Louis LeBel est maintenant juge à la Cour suprême du Canada.

la non-reconnaissance de l'expérience acquise pendant l'année scolaire 1982-198;⁵²
(soulignements du Mémoire)

[...]

36a) Les discussions relatives à la réduction des coûts de la main-d'œuvre suite au sommet économique de 1996 ont été tenues en dehors du cadre habituel de négociation des dispositions des conventions collectives prévu à la *Loi sur le régime de négociation du secteur public et parapublic*, L.R.Q., c. R-8.2, c'est-à-dire qu'elles ont eu lieu pendant la durée de la convention collective, dans des délais très courts, sans possibilité de médiation, alors que le droit de grève n'était pas acquis, que la grève serait illégale et sévèrement sanctionnée et sous la menace de l'adoption d'une loi imposant des mesures de réduction et l'augmentation du ratio maître-élève dans le but de ne pas remplacer les enseignantes et enseignants qui se prévaudraient de départs volontaires; (soulignement du Mémoire)

[...]

39a) Quelques heures avant l'échéance ultime pour la conclusion d'une entente avant l'adoption de la loi susmentionnée, le CPNCF, au nom du gouvernement a proposé une deuxième série de mesures atteignant l'objectif d'économie de 156 M\$, dont la mesure contestée par la demanderesse fait partie, produite au soutien des présentes [...]; (soulignement du Mémoire)

[...]

40b) La CSQ et la FSE avaient le choix de l'une ou l'autre des Propositions mais ne pouvaient en formuler d'autres considérant l'échéance du dépôt du projet de loi dont l'impact sur le groupe des enseignants n'était pas connu mais pouvait impliquer une modification du ratio maître-élèves et la diminution du nombre d'emplois d'enseignement; (soulignement du Mémoire)

Sous la rubrique « Les effets de l'Entente et de l'Accord » le mémoire souligne que « certaines mesures de réduction affectent [...] plus particulièrement les enseignants et enseignantes ayant plus d'expérience comme l'abolition du supplément pour chef de groupe et des primes de séparation [...] » (soulignement du mémoire). Le mémoire met également en lumière, sous cette rubrique, que le fait que plus de 13 000 enseignantes et enseignants de commissions scolaires se

⁵² Il s'agit de l'entente en cours lors de la conclusion de l'accord dont l'article 6 est attaqué par la Commission.

soient prévalus du programme de départs volontaires, a assuré aux plus jeunes enseignantes et enseignants l'accès à des emplois réguliers et à des contrats de travail plus avantageux qu'auparavant qui n'auraient pas été disponibles sans l'Accord.

En ce qui a trait aux questions de droit, après les allégués relatifs à la saisine du Tribunal, les parties syndicales soutiennent, en ce qui a trait à la discrimination, que le seul cadre juridique est l'article 19 de la Charte et, qu'en conséquence, les défenderesses n'ont aucune responsabilité. Abordant, à la fin, la question du correctif, les parties syndicales invoquent un aspect très important du dossier : la Commission n'a pas soumis de preuve à l'effet que les plaignants avaient droit à l'avancement d'échelon, le 1^{er} juillet 1997, pour de l'expérience accumulée en 1996-1997. Une des conclusions recherchées était évidemment que l'article 6 de l'Accord n'avait pas d'effet discriminatoire; une autre était que, subsidiairement, les défenderesses ne pouvaient être tenues responsables.

2. Les interrogatoires préalables et les expertises

Des interrogatoires hors cour commencèrent au cours de l'année 2005 avant même que la décision du Tribunal ne soit rendue au sujet de l'obligation des commissions scolaires de fournir les informations demandées par la Commission sous la forme qu'elle indiquait. Le 7 juillet 2005, à la requête du procureur de la Commission, les parties interrogèrent Gilles Bouchard, haut fonctionnaire retraité, qui était adjoint à la direction générale des relations de travail du ministère de l'Éducation de 1993 à 2000⁵³. Ce long interrogatoire permit d'approfondir les effets de la décision relative à l'hypothèse 2 par rapport à l'hypothèse 1 et, par conséquent, de sortir la disposition relative au gel de l'échelon de sa mise hors contexte pour se rapprocher de la réalité des relations du travail de laquelle avait émergé la conclusion d'un accord.

Le mois suivant, la déposition de la présidente de la Fédération des syndicats de l'enseignement (FSE), Johanne Fortier, fut reçue encore là au cours d'un long interrogatoire⁵⁴. Il s'agissait sans

⁵³ *Déposition de monsieur Gilles Bouchard. Témoin entendu hors de Cour à la requête de maître Pierre-Yves Bourdeau*, TDP : 500-53-000130-003, 7-07- 2005, p. 5.

⁵⁴ *Déposition de madame Johanne Fortier par maître Pierre-Yves Bourdeau*, TDP : 500-53-000130-003, 29-08- 2005.

doute d'une ressource, sinon de la ressource la plus experte relativement à la négociation qui avait conduit à l'Accord. Elle avait succédé à Luc Savard à la présidence en 1999 et au moment de la négociation en question, elle était vice-présidente à la négociation, « responsable des dossiers de négociation » pour reprendre ses propres paroles, depuis l'année scolaire 1991-1992. Elle avait, à ce titre, participé non seulement à la négociation qui avait mené à l'Accord, mais aussi aux négociations relatives aux mesures d'économie demandées par le gouvernement au cours des années 96-97, 97-98 et 98-99⁵⁵. Nous en tirerons quelques extraits significatifs et d'abord une qualification de l'opération de négociation forcée à laquelle la Fédération a été obligée de s'astreindre :

[...] ce n'est pas des négociations comme on l'entend avec des demandes de part et d'autre, tout ça. On comprend que c'est [...] c'est un peu un coup de force du gouvernement compte tenu des [...] des finances publiques, nous demande une réduction des coûts de main d'œuvre. Cet objectif-là nous est imposé, 156 millions récurrents et la voix du gouvernement, 3 000 postes [...] 3 000 postes de moins.⁵⁶

Johanne Fortier, après avoir souligné que l'imposition de ce nouveau 156 millions était arrivé alors que les « pourparlers pour trouver des économies de 100 millions à même nos conventions collectives » pour 96-97 étaient en cours, déclare : « Il n'était pas question de toucher à l'emploi, à l'attrition parce que c'est une mesure qui est la plus, je dirais, pénalisante pour l'ensemble de nos membres et puis pour la qualité des services »⁵⁷.

Plus loin, elle exprime la perception de la Fédération par rapport à la stratégie patronale au sujet de l'emploi en expliquant pourquoi le gouvernement privilégiait l'hypothèse 1 :

Il faut savoir que pour le gouvernement cette hypothèse était plus satisfaisante parce que [...] l'augmentation de 1 sur la moyenne et sur le maximum avec ses 69 millions récurrents d'économie, ce sont des éléments très importants en regard des paramètres de la tâche et en regard de l'emploi. C'était vraiment une mesure récurrente qu'il visait depuis le début. On se souviendra leur première proposition, c'était [...] 3 000 postes, 156 millions à partir des paramètres de la tâche. Bien là, il revenait avec une proposition de 69 millions à partir des paramètres de la tâche et puis qui, pour eux constituait, je

⁵⁵ *Id.*, p. 4-6.

⁵⁶ *Id.*, p. 15-16.

⁵⁷ *Id.*, p. 17-18.

dirais la mesure récurrente la plus avantageuse, je dirais, d'un point de vue patronal, d'un point de vue gouvernemental ou on cherchait des économies et puis une réduction des emplois.⁵⁸

Nous croyons que par la voie de ces interrogatoires hors cour de personnes expertes de cette négociation collective sectorielle et sur l'Accord du 3 juillet 1997, un apprentissage s'est accompli pour toutes les parties, mais d'une manière toute particulière pour la Commission des droits dépourvue de liens avec l'ordre juridique des rapports collectifs sectoriels en question. Nous y reviendrons dans le cadre de l'analyse que nous accomplirons dans la deuxième section de ce chapitre.

Au début de juin la Commission avait produit une expertise d'Hélène David sur les rapports entre l'âge et l'expérience dans un contexte d'emploi⁵⁹. Cette expertise portait sur les enseignantes et Hélène David concluait, comme l'indique le dernier paragraphe de la « Conclusion », exactement dans le sens de la demande de la Commission des droits : « La CGE, (clause de gel d'échelon) règle en apparence neutre, visait donc indirectement et d'une manière disproportionnée les plus jeunes enseignantes (le groupe cible) classées sur l'échelle de traitement du personnel à statut régulier au 30 juin 1997 ».

En février 2006, une étude fouillée de la question fut produite par un expert, Guy Morneau, haut-fonctionnaire pendant plus de trente ans. Il était administrateur invité à l'École nationale d'administration publique depuis août 2004⁶⁰. Il s'agissait d'une expertise en matière de

⁵⁸ *Id.*, p. 81-82.

⁵⁹ Hélène DAVID, *Expertise sociologique : Les rapports entre l'âge et l'expérience dans un contexte d'emploi*, TDP : 500-53-111130-003, 1^{er} juin 2005. La sociologue Hélène David a œuvré plusieurs années comme chercheuse à l'Institut de recherche appliquée sur le travail, organisme de recherche institutionnalisant la collaboration syndicats-universités.

⁶⁰ « Guy Morneau est haut fonctionnaire de carrière depuis plus de trente ans. Il a occupé des postes de responsabilité dans différents ministères et organismes gouvernementaux québécois (Justice, Conseil du trésor, CARRA, Ressources naturelles, Conseil exécutif) comme sous-ministre adjoint ou associé et sous-ministre. De 1998 à 2004, il a été président du conseil d'administration et directeur général de la Régie des rentes du Québec en même temps que vice-président du conseil d'administration de la caisse de dépôt et de placement du Québec [...] ». Texte accompagnant le livre : Benoît LÉVESQUE, Guy MORNEAU et Louis CÔTÉ, *État stratège & participation citoyenne*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009. L'École nationale d'administration publique a publié pour la chaire *La capitale en leadership dans le secteur public*, sous la plume de Judith Lavoie et Natalie Rinfret, *Récit de vie à partir des propos recueillis de monsieur*

rémunération comme son intitulé l'indique : *Expertise en rémunération : Politique, normes et pratiques concernant la rémunération et les enjeux de la négociation collective dans les secteurs public et parapublic en égard au contexte prévalant en 1996-1997*⁶¹. Le mandat lui avait été donné par le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. L'objectif visé était d'éclairer le Tribunal des droits sur « les politiques, normes et pratiques entourant la gestion de la rémunération dans les secteurs public et parapublic » et « sur le contexte et les enjeux de la négociation collective à cette époque, de façon à mettre en perspective l'entente intervenue entre les parties [...] »⁶².

La question dont était saisi le Tribunal était essentiellement une question de discrimination en matière de rémunération établie par la négociation collective dans les secteurs public et parapublic. Nous croyons important de dégager les points les plus importants de ce texte. Citons en particulier les passages dans lesquels il prend en compte le gel de l'échelon de 1982-1983 :

Relativement aux règles d'avancement d'échelon, on se rappellera qu'en 1982, le gouvernement du Québec, avait unilatéralement déterminé les conditions de travail de l'ensemble de ses employés par une loi spéciale (L.R.Q., c. O-7.1). Il avait alors eu recours à la même mesure qui est l'objet du présent litige, soit le gel de l'avancement d'échelon. Il avait alors inclus dans toutes les conventions collectives du secteur public, une disposition qui ne reconnaissait pas l'année de service acquise en 1982-1983 pour fin d'avancement d'échelon dans l'échelle salariale du salarié visé par ladite disposition. Ainsi tous les salariés des secteurs public et parapublic qui devaient progresser dans leurs échelles de traitement par suite de l'acquisition d'une année de service additionnelle ont été privés de cette possibilité par l'effet de la loi.⁶³ (notre soulignement)

Après avoir cité la clause imposée en 1982 par un décret et reprise par les conventions collectives subséquentes ainsi que la modification relative au gel de l'année 1996-1997, il souligne :

Guy Morneau, qui expose le rôle important qu'il a joué dans les négociations des secteurs public et parapublic.

⁶¹ Guy MORNEAU, *Expertise en rémunération : Politique, normes et pratiques concernant la rémunération et les enjeux de la négociation collective dans les secteurs public et parapublic en égard au contexte prévalant en 1996-1997* : TDP : 500-53-111130-003, février 2006.

⁶² *Id.*, p. 5.

⁶³ *Id.*, p. 45.

Une telle mesure n'a, quant à nous, aucune référence à l'âge. De nombreux enseignants entrent dans le système scolaire sur un poste permanent à tout âge et selon qu'on leur reconnaît ou non des années d'expérience comme enseignants, ils sont classés à l'échelon correspondant au nombre d'années d'expérience qu'on leur reconnaît.⁶⁴

[...]

[...] on se rappellera qu'en 1982-1983, les enseignants en progression dans l'échelle de traitement avaient subi la même mesure qui est d'ailleurs toujours en vigueur. Or comme la majorité des enseignants ayant subi cette mesure en 1982-1983 sont pour la plupart au maximum de leur échelle en 1996-1997, ils n'ont pas été affectés par la mesure de 1996. Une étude scientifique des écarts de revenu entre ces deux catégories d'enseignants risquerait de démontrer que s'il existe un écart significatif, c'est bien les enseignants qui ont connu le gel de l'échelon en 1982 qui l'ont davantage subi compte tenu de l'effet récurrent annuel de ce gel jusqu'à ce que l'enseignant atteigne le maximum de son échelle. Quand on analyse une problématique, encore faut-il le faire adéquatement et complètement.⁶⁵ (notre soulignement)

Quant au choix devant lequel se trouvait la partie syndicale, Guy Morneau écrit sous la rubrique « Le contexte et les enjeux de la négociation : un déterminant majeur de la négociation. Une entente est un tout indissociable » :

[...] un règlement doit toujours être apprécié globalement pour qu'il ait un sens et une cohérence. Ne considérer qu'un seul élément ou une partie d'un règlement pour juger d'une entente constitue une approche dangereuse qui ne rend pas justice à la complexité et à la finalité de la négociation collective.⁶⁶ (caractères gras de l'auteur)

Résumant plus loin, les éléments constituant « pour l'essentiel » « le contexte et les enjeux de la négociation à cette époque », il mentionnait :

Le respect de l'engagement syndical⁶⁷ de réduire de 156 M\$ en 1997-1998 les coûts de main-d'œuvre a nécessité le recours à 8 mesures différentes. Il faut savoir que cet engagement syndical faisait suite à d'autres réductions des coûts de main-d'œuvre également convenues de 100 M\$ chacune pour 1997-1998 et 1998-1999. On remarquera qu'aucune mesure par elle-même ne permettait d'atteindre l'objectif convenu. La volonté

⁶⁴ *Id.*, p. 46.

⁶⁵ *Id.*, p. 60.

⁶⁶ *Id.*, p. 48.

⁶⁷ Cette expression nous rappelle que, malgré sa connaissance profonde du dossier, Guy Morneau est un acteur de l'ordre juridique étatique. Là où il voit un engagement, les négociateurs syndicaux voyaient sans doute la force contraignante de la puissance étatique.

syndicale de respecter ses engagements de réduire les coûts de main-d'œuvre, sans affecter la tâche des enseignants et sans réduction de salaire, les contraignait donc à avoir recours à une série de mesures à incidence monétaire. Cette réduction de 156 M\$ pour 1997-1998 était consécutive à deux autres de 100 M\$ pour 1997-1998 et 1998-1999; force est d'admettre qu'on avait passablement épuisé les mesures disponibles pour réduire les coûts de main-d'œuvre sans affecter la tâche et sans réduire le salaire des enseignants.

Dans un tel contexte, il ne faut pas se surprendre qu'un règlement soit intervenu à la faveur d'un programme de départs assistés favorisant la mise à la retraite de plus de 15 000 personnes dans le secteur public. Ce faisant, on rajeunissait les effectifs du secteur scolaire tout en permettant à des milliers de jeunes enseignants à statut précaire de stabiliser enfin leur situation en accédant à des emplois permanents d'enseignants réguliers à temps complet.⁶⁸ (notre soulignement)

[...]

À lui seul le programme de départ à la retraite a permis à environ 12 280 enseignants d'être recrutés en date du 30 septembre 1997 [...]. De ce nombre, 4 350 enseignants venaient du réseau des commissions scolaires [...] et 7 930 [...] de l'extérieur du réseau. On peut donc en conclure qu'à lui seul, ce programme de départs volontaires à la retraite convenu en négociation, a permis à la très grande majorité sinon à la totalité des enseignants du réseau d'accéder à un emploi permanent à temps plein. Mentionnons seulement que 15 859 enseignants présents lors de l'année scolaire 1996-1997 ont vu leur statut s'améliorer dès l'année scolaire 1997-1998 et parmi ces enseignants 12 566 soit près de 80 %, avaient moins de 40 ans [...].

De plus la nouvelle politique familiale du gouvernement du Québec annoncée au sommet socio-économique de Montréal en septembre 1996, laissait entrevoir l'embauche de quelques 2 539 enseignants additionnels afin de rendre opérante l'annonce de la volonté du gouvernement de rendre la maternelle à temps plein accessible à tous les enfants de 5 ans, sur une base volontaire, à compter de septembre 1997. Lorsqu'on analyse l'évolution de l'effectif scolaire et du personnel enseignant des commissions scolaires, on constate facilement que ces deux mesures ont permis une remontée du nombre d'enseignants malgré une baisse de la clientèle scolaire amorcée en 1995-1996. Ce constat a certes influencé les parties dans leur négociation de 1996. Au 30 septembre 1997, 77,5 % des

⁶⁸ *Id.*, p. 51-52. Quelques pages avant, Guy Morneau avait signalé en caractères gras, un élément important : « [...] la précarité de l'emploi dans les commissions scolaires était l'enjeu des négociations à cette époque. Près de 50 % des enseignants ne bénéficiaient pas de la sécurité d'emploi et étaient donc considérés comme des statuts précaires ». *Id.*, p. 47.

12 280 nouveaux enseignants réguliers à temps plein, appartenait au groupe d'âge des moins de 40 ans [...].⁶⁹

Nous ne traiterons pas ici de la partie de l'analyse de Guy Morneau relative aux critères permettant de démontrer la discrimination interdite par la Charte. Nous aurons l'occasion de le faire dans la section suivante portant sur l'analyse de ce dossier. L'expertise de Guy Morneau était propre à compléter l'apprentissage des parties et en particulier sans doute l'apprentissage qui se développait à la Commission des droits et à faire prendre conscience de l'énorme difficulté sinon de l'impossibilité d'établir la présence de discrimination fondée sur l'âge. Nous reviendrons également sur cette question dans la seconde section de ce chapitre.

Enfin, au début d'avril 2007 la partie syndicale communiquait à la Commission des droits une étude de Madeleine Gauthier, professeure titulaire de l'Observatoire Jeunes et Société à l'INRS Urbanisation, Culture et Société, portant sur la question de l'âge⁷⁰.

Madeleine Gauthier concluait :

[...] l'âge modal des diverses transitions qui ponctuent le processus à travers lequel se construit l'autonomie qui caractérise l'âge adulte ne pourrait s'appliquer qu'à une partie des enseignantes et enseignants qui sont partie au litige, soit ceux de moins de trente ans.

Elle ajoutait :

Comment peut-on dire que l'expression « les plus jeunes enseignantes et enseignants » fait référence à un groupe pouvant se définir en fonction de l'âge ? L'expression « les plus » ne marque rien d'autre qu'un superlatif relatif et n'a aucune signification

⁶⁹ *Id.*, p. 53-54. Il est à noter que l'analyse de Guy Morneau est faite en partant du critère de la Commission à l'effet que la jeunesse se situe à moins de 40 ans, critère qui sera mis à mal par une autre expertise, celle de Madeleine Gauthier dont il sera question à la page suivante. Le texte comprend plusieurs tableaux statistiques. Il faut noter que les jeunes enseignantes et les jeunes enseignants qui débutaient l'année 1997-1998 n'étaient touchés par aucun gel d'échelon.

⁷⁰ Madeleine GAUTHIER, *Considération à propos de la question de l'âge, en particulier de la définition de « l'âge des jeunes »*, TDP : 500-53-111130-003, 1^{er} avril 2007. On peut lire sur le site internet des Presses de l'Université Laval (10 octobre 2011) : « Madeleine Gauthier est professeure titulaire à l'INRS Urbanisation, Culture et Société, à Québec. Ses champs d'intérêt sont l'âge des jeunes, la migration, l'insertion professionnelle et la participation civique. Elle est l'auteure, entre autres, de *Une société sans les jeunes ?* (1994), la directrice du collectif *Pourquoi partir ? La migration des jeunes d'hier et d'aujourd'hui* (1997) et la codirectrice du collectif *Définir la jeunesse* (1999). Elle est directrice de la collection « Regard sur la jeunesse du monde » ».

sociologique. Être plus jeune qu'un autre ne nous caractérise pas comme jeune en soi [...].

E- L'entente et le rejet de la demande d'approbation conduisent la Commission des droits à cesser d'agir

Le 7 juin 2006, les membres de neuf syndicats de personnel enseignant affiliés à la CSQ décident, par référendum, de quitter la CSQ pour fonder une nouvelle fédération⁷¹.

Y a-t-il des liens entre le dossier du gel de l'échelon et cette décision de se désaffilier de la CSQ ? Une enquête spécifique serait le seul moyen de répondre à cette question. Il existe toutefois un indice. Sur les neuf syndicats qui se sont désaffiliés, sept représentaient des membres de la région de Montréal, un de l'Outaouais et un de la Haute-Yamaska. Le président du Syndicat de l'enseignement de la Haute-Yamaska, au cours de 2008, alors que la Commission des droits a cessé d'agir, diffusera une lettre afin d'initier un mouvement de support aux recours de celles et ceux qui décidaient de reprendre l'instance; une « corporation sans but lucratif [...] en cours de constitution » sous le nom de Fonds de solidarité et de défense des jeunes enseignants et la firme d'avocats choisie étaient annoncées dans cette lettre⁷². Mais reprenons le cours de l'histoire.

Les audiences afin d'entendre le dossier au mérite devaient débiter le 28 mai et se continuer jusqu'à la fin de juin 2007. « Lors d'une audience tenue le 28 mai 2007, la Commission des droits, le Procureur général, de même que les organisations syndicales demandent au Tribunal de surseoir aux audiences prévues pour le mois de juin afin d'examiner la possibilité de conclure un règlement hors cour et de tenir des rencontres de négociation pour une possible transaction »⁷³. Le Tribunal était informé le 7 juin de la conclusion d'une entente⁷⁴.

⁷¹ Anik MEUNIER et Jean-François PICHÉ, *De l'idée à l'action. Une histoire du syndicalisme enseignant*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2012. Voir p. 191.

⁷² *Alors on poursuit le combat*, Lettre publiée le 26 mars 2008 dans la tribune libre de l'*Hebdo Journal* de Trois-Rivières. Le cœur du texte est sous l'intitulé : « La CDPDJ nous abandonne. Que faire maintenant ? ».

⁷³ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur général)*, 2007 QCTDP 26 (CanLII), 2007 QCTDP 26, [2007] R.J.Q. 2517, par. 15.

⁷⁴ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur général)*, Entente, TDP : 500-53-000130-003.

Les adversaires, « par l'intermédiaire de leurs procureurs », s'étaient entendus pour offrir à toutes les personnes sur la liste produite en annexe de la demande, un programme d'accès à du mentorat, de la formation, du perfectionnement, des projets pédagogiques ou d'acquisition d'outils pédagogiques. Une enveloppe de 22 000 000 \$ sur deux ans était consacrée à ce programme, le financement maximal par enseignante ou enseignant étant de 1 200 \$.

Fait important à souligner dans le cadre de l'instance, l'Entente est conclue sans admission de responsabilité, ni de contravention à la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Alors que la saisine du Tribunal était contestée en ce qui a trait aux personnes qui s'étaient ajoutées au-delà des quatre plaintes initiales, le programme est rendu accessible à plus de 13 000 personnes, mais en excluant ceux qui ont quitté leur emploi. Selon le Procureur général, en 2005-2006, 482 personnes étaient ainsi exclues de l'entente.

Plusieurs enseignantes et enseignants présumés victimes entendus par le Tribunal ont manifesté à l'unisson leur déception et déploré l'absence d'un processus de consultation préalable⁷⁵.

Nous croyons éclairant de rapporter ici des passages importants du témoignage de Normand Morin cités par le Tribunal des droits :

Monsieur Morin salue le travail admirable de la Commission [...]. Cependant monsieur Morin ne peut en dire autant « du dernier épisode » du dossier qui à son avis a été bâclé et qui est la reproduction du même « scénario catastrophe » qu'il dit avoir vécu lors de l'adoption de la clause discriminatoire en 1997. Il déplore l'urgence d'agir et le sentiment d'être devant le même processus qu'il y a dix ans, d'être pressé d'accepter ce qui est « à prendre ou à laisser », sans possibilité d'amendements.⁷⁶

À la suite de la publication de l'entente, le 18 juin 2007, monsieur Morin dit avoir préparé un texte d'opinion, produit sur le site de l'ADJEQ, décrivant pourquoi l'ADJEQ considérait de façon défavorable cette entente. En contre interrogatoire, la Commission lui rappelle lui avoir expliqué, lors de la rencontre du 5 juin 2007, toutes les difficultés de nature juridique relatives au dossier. La Commission lui a alors demandé pourquoi

⁷⁵ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur général)*, préc., note 73, par. 59.

⁷⁶ *Id.*, par. 72. Signalons que Normand Morin était le président de l'Association de défense des jeunes enseignants du Québec (ADJEQ) dont la fondation avait été provoquée par le conflit du gel de l'échelon.

l'opinion défavorable à l'entente produite sur le site de l'ADJEQ ne faisait aucunement mention de ces difficultés.

En réponse monsieur Morin indique à la Commission qu'il ne lui appartient pas de produire une telle opinion juridique ou de donner cette information d'autant plus que la Commission elle-même ne l'a pas fait. Monsieur Morin mentionne que si tant est que la Commission eut produit un tel dossier, il aurait vite fait de la rendre accessible sur le site de l'ADJEQ. Il ne peut toutefois se substituer au travail d'information juridique, lequel incombe à la Commission. [...]. Le Tribunal a alors demandé à la Commission si elle avait elle-même produit un tel document ou rendu accessible une telle information. Celle-ci a répondu par la négative.⁷⁷

La Commission et les parties poursuivies patronales et syndicales demandent au Tribunal d'approuver cette entente afin de lui donner la force de la chose jugée et de mettre fin définitivement à la poursuite. La Commission indique, lors des audiences, que si le Tribunal n'approuve pas l'entente, elle va cesser d'agir⁷⁸. La « procureure du groupe de 159 enseignants qui s'opposent à l'entente [...] déplore [...] le fait que la Commission n'ait informé les parties victimes que lors des auditions des 18, 19 et 20 juillet qu'elle cesserait d'agir pour les victimes dans l'éventualité du rejet de l'entente »⁷⁹.

Sur le plan juridique, l'approbation recherchée semble avoir des fondements douteux et demande d'assimiler en quelque sorte le processus judiciaire entrepris dans le cadre de la Charte à un recours collectif. À ce sujet, le jugement du Tribunal mentionne ce qui suit :

Les parties requérantes soumettent que l'article 113 de la Charte ainsi que l'article 2 des *Règles de procédure et de pratique du Tribunal*, permettraient au Tribunal de s'inspirer de l'article 1025 du *C.c.Q.*, à défaut de règles précises prévues à la Charte. Ainsi malgré l'absence d'autorisation formelle pour exercer un recours collectif, les parties requérantes plaident qu'en permettant l'ajout de quelque 13 000 personnes au litige, en septembre 2000 [...], le Tribunal aurait de façon implicite, consacré le « caractère collectif » du litige.⁸⁰

⁷⁷ *Id.*, par. 75 et 76.

⁷⁸ *Id.*, par. 31.

⁷⁹ *Id.*, par. 52.

⁸⁰ *Id.*, par. 114.

Le Tribunal signale que « d'aucune manière » l'article 113 ainsi que l'ordonnance de septembre 2000 n'autorise une telle démarche : elle « heurte de plein fouet le régime de protection prévu par la Charte [...] l'économie générale de la Charte tend à équilibrer d'une part, les pouvoirs procéduraux dont la Commission est investie et d'autre part, les droits individuels dont les parties victimes sont titulaires »⁸¹ (notre soulignement).

Comme la Commission l'avait annoncé, elle allait cesser d'agir en faveur de celles et ceux qu'elle avait, au cours de l'instance, à l'unisson avec le Tribunal, appelé des victimes.

Le 18 février 2008, la Commission publiait la notification de sa décision de cesser d'agir⁸².

Après avoir rappelé le recours entrepris, le premier motif de sa décision qu'indique la Commission est le fait que « [S]uite à l'exercice de ce recours les parties défenderesses ont modifié la convention collective de manière à reconnaître, à compter du 1^{er} juillet 2000, l'expérience acquise durant l'année scolaire 1996-1997 aux fins de l'avancement dans l'échelle de la rémunération »⁸³. Elle souligne que ce *dégel* « limitait considérablement le préjudice causé aux enseignants visés »⁸⁴.

Rappelant l'entente que le Tribunal n'a pas approuvée parce qu'il considérait ne pas avoir le pouvoir de la faire, la Commission mentionne :

Les enseignantes et enseignants sont ainsi assurés de bénéfices et d'avantages concrets et immédiats, tout en évitant de devoir attendre encore plusieurs années jusqu'à épuisement des recours judiciaires avant de pouvoir espérer recevoir une éventuelle indemnisation salariale, le tout sans aucune garantie de succès du recours dont l'issue demeure hautement incertaine tant sur le plan du droit que de la preuve. (notre soulignement)

⁸¹ *Id.*, par. 116.

⁸² *Notification aux enseignantes et enseignants de la décision de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse de cesser d'agir en vertu de l'article 84 de la Charte des droits et libertés de la personne (L.R.Q., c. C-12)*, T.D.P. : 500-53-000130-003.

⁸³ *Id.*, p.2. Curieusement, à la p. 3, le dégel de juillet 2000 devient le fruit d'une décision du gouvernement, ce qui nous amène à nous interroger sur l'importance qu'accorde la Commission à la négociation collective et sa compréhension de ce mode de création du droit au cœur des relations du travail. Il faut d'ailleurs se demander si la modification apportée (le dégel) a été le fruit du recours de la Commission ou le fruit de la négociation dans un contexte où des économies plus importantes que celles prévues avaient été accomplies par le rajeunissement des effectifs produit par les départs à la retraite.

⁸⁴ Ce motif est également invoqué dans un considérant de l'*Entente* : préc., note 74, p. 2.

Il est difficile de ne pas constater que l'entente, à sa face même, s'il y avait eu discrimination en vertu de la Charte, était insatisfaisante. La Commission avait cherché à faire admettre par les organisations syndicales visées et par le gouvernement que la clause était discriminatoire; elle avait déterminé que la nature du préjudice était des pertes salariales. Si la Commission était toujours convaincue de la nature discriminatoire de la clause de l'Accord intervenu le 3 juillet, comment pouvait-on considérer que l'entente était une compensation adéquate ?

La notification avisait les personnes visées qu'elles pouvaient reprendre l'instance. Cependant l'information donnée sous la rubrique « QUE FAIRE POUR INTERVENIR DEVANT LE TRIBUNAL » était laconique et ne précisait pas vraiment la procédure à suivre⁸⁵.

Les parties défenderesses n'ayant reçu aucune signification de reprise d'instance présentèrent au Tribunal une requête pour les autoriser à signifier une mise en demeure de reprendre l'instance par avis public publié « dans les quotidiens *La Presse, Le Journal de Montréal, Le Devoir et Le Soleil* ». Elles publièrent une mise en demeure de reprendre l'instance « dans un délai de dix jours (10) », le 6 juin 2008. Lors d'une conférence de gestion d'instance, le 19 juin, les défenderesses présentèrent une requête visant à faire rejeter la demande introduite par la Commission des droits en mars 2000. Les plaignants non représentés par procureur qui n'avait pas signifié la reprise d'instance ont dit s'être fié à la notification de la Commission des droits.

La requête fut accueillie et la demande introduite par la Commission des droits rejetée sous réserve de neuf personnes ayant manifesté leur intention de reprendre l'instance qui furent relevées de leur défaut de signification aux parties requérantes (défenderesses à l'instance)⁸⁶.

Normand Morin, le 19 septembre 2008, s'est désisté de son recours; toutes les autres personnes qui avaient repris l'instance se sont désistées dans les deux mois suivants. Le Tribunal des droits de la personne a fermé le dossier le 26 mars 2009⁸⁷.

⁸⁵ *Notification aux enseignantes et enseignants de la décision de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse de cesser d'agir en vertu de l'article 84 de la Charte des droits et libertés de la personne (L.R.Q., c. C-12), préc., note 82, par. 5.*

⁸⁶ *Motifs d'une décision sur une requête des parties défenderesses en rejet de la demande, T.D.P. : 500-53-000130-003. Il est intéressant de constater que Normand Morin est présent parmi les neuf personnes en reprise d'instance.*

2- Analyse socio-juridique relative aux gels d'échelons salariaux du personnel enseignant des commissions scolaires

Nous procéderons d'abord comme nous l'avons mentionné à une analyse juridique doctrinale du dossier (A). Cette analyse est nécessaire pour notre démarche de recherche des mesures qui seraient les plus fécondes pour l'égalité en milieu de travail syndiqué; elle apportera des éléments d'évaluation de la Commission des droits et du Tribunal; elle est nécessaire également à l'autre volet de l'étude du gel d'échelon que nous avons décidé d'accomplir et qui fait appel à la sociologie du droit plus particulièrement à la sociologie des ordres juridiques et à l'approche systémique, puisque cette étude nécessite souvent de se référer à une construction du sens dogmatique des normes juridiques applicables. Ce second volet d'analyse sociologique prendra donc logiquement place après l'étude des questions juridiques (B).

A- Les principales questions juridiques du dossier

La première question que nous croyons nécessaire d'examiner a trait à l'enquête : a-t-elle été conduite conformément aux dispositions de la Charte ? A-t-on tenu compte du fait que la discrimination alléguée était le résultat d'une négociation collective ? (1). La seconde question est celle de la responsabilité des parties patronales et syndicales : la Commission a-t-elle fait preuve d'un jugement adéquat en réclamant que la partie syndicale et la partie patronale remboursent les pertes de salaire à parts égales ? (2). La troisième est la question de la compétence du Tribunal des droits de la personne (3). La quatrième et la plus importante est celle du droit à l'égalité : était-on en présence de discrimination ? (4). Elle comprend deux volets principaux : la discrimination sur la base de l'âge, en vertu de la *Charte québécoise* et l'agir discriminatoire en vertu de l'article 47.2 du *Code du travail*.

⁸⁷ *Morin c. Québec (Procureur général)*, 2009 QCTDP 8 (CanLII).

1. L'enquête

Avec la création du Tribunal des droits de la personne, les pouvoirs d'enquête de la Commission des droits ont été modifiés en profondeur⁸⁸. L'article 71 intitulé « Fonctions » énonce ce qui suit au sujet de la responsabilité de la Commission en matière de discrimination :

La Commission assure, par toutes mesures appropriées, la promotion et le respect des principes contenus dans la présente Charte.

Elle assume notamment les responsabilités suivantes :

1° faire enquête selon un mode non contradictoire, de sa propre initiative ou lorsqu'une plainte lui est adressée, sur toute situation, à l'exception de celles prévues à l'article 49.1, qui lui paraît constituer soit un cas de discrimination au sens des articles 10 à 19, y compris un cas visé à l'article 86 [...].⁸⁹

Le deuxième alinéa de l'article 68 octroie les pouvoirs suivants :

La Commission, ses membres, les membres de son personnel et ses mandataires [...] ont [...] aux fins d'une enquête les pouvoirs [...] des commissaires nommés en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (L.R.Q., c. C-37) sauf le pouvoir d'ordonner l'emprisonnement.

Ils ont donc les pouvoirs de convoquer des témoins et d'exiger la production de documents comme l'article 9 le confère aux commissaires⁹⁰. Ces pouvoirs leurs sont attribués, comme le mentionne cette disposition « pour découvrir la vérité ». Cet octroi de pouvoirs est donc exprimé sans ambiguïté dans le texte législatif. De plus, la Cour d'appel a confirmé cette compétence dans un jugement unanime dont les motifs ont été rédigés par le juge Beaugregard :

⁸⁸ *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne concernant la Commission et instituant le Tribunal des droits de la personne*, L.Q. 1989, c. 51.

⁸⁹ L'article 49.1 porte sur les objets visés par la *Loi sur l'équité salariale* (L.R.Q., chapitre E-12.001) qui sont déclarés ne pas être de la compétence de la Commission. L'article 86 a trait aux programmes d'accès à l'égalité.

⁹⁰ Le premier alinéa de l'article 9 se lit comme suit : « Les commissaires, ou l'un d'eux, peuvent, par une assignation sous leur signature, requérir la comparution devant eux, aux lieu et place y spécifiés, de toute personne dont le témoignage peut se rapporter au sujet de l'enquête, et contraindre toute personne à déposer devant eux les livres, papiers, documents et écrits qu'ils jugent nécessaires pour découvrir la vérité ».

Je partage l'avis du juge de première instance suivant lequel la mandataire ne pouvait pas faire signifier des citations à comparaître sans avoir été assermenté au préalable mais non pas son avis suivant lequel la Commission ne pouvait pas faire son enquête en faisant signifier des citations à comparaître [...].⁹¹

Le premier alinéa de l'article 78 précise cette fonction d'enquête :

La Commission recherche, pour toutes situations dénoncées dans la plainte ou dévoilées en cours d'enquête, tout élément de preuve qui lui permettrait de déterminer s'il y a lieu de favoriser la négociation d'un règlement entre les parties, de proposer l'arbitrage du différend ou de soumettre à un tribunal le litige qui subsiste.

L'article 7 du Règlement sur le traitement des plaintes et la procédure applicable aux enquêtes de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse⁹² dispose :

Lorsque la recherche des éléments de preuve est complétée, la Commission transmet à la victime ou au plaignant, selon le cas, et à la personne à qui une violation des droits est imputée si cette dernière a été informée par la Commission qu'une plainte a été portée contre elle, un exposé des faits pertinents dévoilés par l'enquête et des éléments qui s'y rapportent; elle les invite également à lui faire part de leurs commentaires dans un délai qu'elle fixe.

Le deuxième alinéa prévoit que la Commission peut arrêter d'agir « lorsqu'elle estime qu'il est inutile de poursuivre la recherche d'éléments de preuve ou lorsque la preuve recueillie est insuffisante. Sa décision doit être motivée par écrit [...] » Évidemment les moyens doivent avoir été pris pour obtenir les éléments de preuve disponibles y compris, au besoin, convoquer des témoins et exiger la production de documents.

Le 15 mars 1991, la Commission adoptait des principes directeurs qui étaient toujours en force au moment de l'enquête sur le gel de l'échelon. L'article 8 affirmait que le « droit des parties à faire valoir leur point de vue » comportait « le droit de recevoir l'exposé des éléments de preuve

⁹¹ *Québec (Procureur général) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, 2000 CanLII 11325 (QC CA), J.E. 2000-294 (C.A.), par. 15.

⁹² *Règlement sur le traitement des plaintes et la procédure applicable aux enquêtes de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, (1991) 123 G.O. II, 1458.

révélés par l'enquête, de les commenter et de présenter leurs arguments, au moins par écrit, et selon les circonstances, verbalement »⁹³.

Il ressort donc de cet ensemble de dispositions les éléments suivants.

- **L'enquête doit être conduite « selon un mode non contradictoire ».**

L'adjectif « contradictoire » est défini dans le *Dictionnaire de droit québécois et canadien d'Hubert Reid* : « Se dit des procès qui se déroulent en présence des parties adverses [...] ». Il importe toutefois d'examiner aussi la partie pertinente de la définition du principe du contradictoire : « Principe fondamental de procédure suivant lequel chaque partie, lors d'un procès, doit être en mesure de discuter les prétentions, les preuves, les arguments de la partie adverse devant un juge qui joue le rôle d'un arbitre impartial [...] »⁹⁴.

L'approche non contradictoire ou inquisitoire⁹⁵ d'une enquête est celle où le ou les responsables de l'enquête recueillent les preuves et en font ensuite un exposé aux parties sans opposer les points de vue. Il n'est pas question de plaidoirie écrite.

En informant la CSQ, signataire de l'entente, de la plainte de Normand Morin, l'enquêtrice-médiatrice, lui demande sa version des faits et ajoute : « Sur réception, nous transmettrons votre version des faits à la partie plaignante pour obtenir ses commentaires. Nous vous aviserons alors de la suite qui sera donnée à ce dossier ».

Dans un texte daté du 12 février 1998 et intitulé Commentaires de Normand Morin relatifs aux versions des faits présentés par le gouvernement du Québec (Ministère de l'Éducation et Conseil du trésor), le Comité patronal de négociation des commissions scolaires pour catholiques (CPNCC) et la Centrale de l'enseignement du Québec (CEQ) faisant suite à la plainte déposée à

⁹³ Résolution du 15 mars 1991.

⁹⁴ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien : avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 141. On pourra également consulter la définition d'« adversary system » dans *The Dictionary of Canadian Law* (4^e éd.) de Daphne A. Dukeleow pour constater que la démarche de réfutation fait partie du contradictoire.

⁹⁵ Michel COUTU et Georges MARCEAU, *Droit administratif du travail : tribunaux et organismes spécialisés du domaine du travail*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 643.

la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, le 30 mai 1997, Normand Morin cherchait à contredire les éléments apportés par les parties adverses.

Quel est le niveau de preuve que l'enquête doit atteindre avant de proposer des mesures de redressement et de saisir un tribunal si elles ne sont pas appliquées ?

Les auteurs du volume *Droit administratif du travail* écrivent : « L'objectif de l'enquête est [...] de réunir des éléments de preuve suffisants pour que la Commission puisse déterminer s'il est nécessaire de passer à l'étape suivante, c'est-à-dire à l'audition du litige par le Tribunal des droits de la personne du Québec »⁹⁶.

Nous reviendrons sur le test qui doit être appliqué dans le chapitre suivant, dans la section consacrée à la plainte à la Commission des droits de la personne.

Le but de l'enquête est de déterminer si les éléments de preuve justifient de favoriser la négociation d'un règlement, un arbitrage et, le cas échéant, si elle est suffisante pour soumettre le litige à un tribunal. Nous sommes d'avis que le pouvoir accordé par le 2^e alinéa de l'article 78 de cesser d'agir si la preuve est insuffisante est également un devoir de le faire⁹⁷. Le régime établi cherche d'une manière évidente à éviter les recours judiciaires non pertinents en ouvrant la porte à un règlement et à l'arbitrage. Les effets néfastes possibles d'un tel recours sont nettement illustrés par le dossier du gel de l'échelon.

Les responsables de l'enquête ont un devoir de recourir aux témoignages et d'exiger la production de documents dont ils ont besoin pour accomplir leur mission dans le but de découvrir dès ce stade « la vérité ». Le fait que le processus soit administratif ne devrait pas impliquer qu'il manque de rigueur. Il débouche sur une décision qui, sans être celle d'un tribunal, a le poids dans l'opinion publique d'une évaluation prestigieuse sinon décisive. Dans le

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ La Cour d'appel juge qu'en raison du contexte ou de l'objet de la loi, un pouvoir peut être assorti d'un devoir de l'exercer : une des situations est lorsque « l'on peut déduire le caractère impératif du mot "peut" du contexte, de l'historique législatif, de la finalité de la loi ou d'une considération des effets néfastes que produirait une discrétion, effets que le législateur est réputé vouloir éviter [...] ». *Québec (Procureur général) c. Bérubé*, (2012) QCCA 1496, par. 77. François-Xavier ROBERT, « Quand pouvoir veut dire devoir », (2012) *Blogue du CRL.*, en ligne : < www.blogueducr.com > (consulté le 5 septembre 2012).

cas du gel d'échelon, le résultat de l'enquête a été brandi par les personnes qui se plaignaient et leur association comme une victoire.

- **L'enquête du dossier du gel de l'échelon a-t-elle été conduite conformément à ce devoir ?**

Les responsables de l'enquête ne convoquèrent aucun témoin et ne requièrent aucun document se contentant de demander aux parties de produire les documents pertinents. Ils ne firent, à notre connaissance, aucun rapport pour informer les parties des faits révélés par l'enquête. Pourtant la Commission se trouvait devant un cas d'une grande complexité. Une connaissance adéquate de la convention collective était nécessaire. Alors que le 12 novembre 1999 le Gouvernement du Québec, le Comité patronal de négociation et la Centrale de l'enseignement du Québec reçoivent les mesures de redressement adoptées par le Comité des plaintes et ainsi proposées, les très nombreux nouveaux membres du personnel enseignant qui sont venus répondre à la demande suscitée par l'établissement de la maternelle ou qui sont venus combler les postes libérés par le programme de départs volontaires, en 1998-99 et pour l'année 1999-2000, ne sont pas assujettis à un gel d'échelon. Cela signifie que les enseignantes et enseignants qui ont le moins d'expérience sont les seuls à ne pas avoir été touchés par un gel d'échelon avec ceux qui avaient déjà atteint le sommet de l'échelle en 1982-1983, puisque la très grande partie de ceux qui étaient à l'échelon 15 en 1997-1998 l'avaient été par le gel de 1982-1983. Un bon examen de l'entente nationale et une bonne étude contextuelle de ses effets avec une ou des personnes familières de son application auraient permis cette prise de conscience.

Notre constat est que le processus d'enquête n'a pas été adéquatement en mode non contradictoire et que l'enquête n'a pas donné les résultats qu'elle aurait dû produire à cause de l'absence de sensibilisation des intervenants de la Commission des droits à la pratique de la négociation collective et des relations de travail dans les secteurs public et parapublic. À notre avis, l'absence de sensibilisation et d'expertise se manifeste et produit malheureusement ses effets à deux niveaux :

- au niveau général des relations de travail et du droit du travail; en particulier dans le cas présent, un des caractères fondamentaux du droit du travail est la continuité et ce caractère se manifeste d'une manière particulière dans le rapport salarial;

- au niveau des relations complexes des rapports collectifs de travail dans les secteurs public et parapublic.

Il est possible qu'à cause de l'absence d'expertise et de sensibilisation de ses intervenants en matière de relations de travail du personnel enseignant des commissions scolaires, la Commission des droits n'ait pas été en mesure d'éviter, au stade de l'enquête, une affaire judiciaire qui a engouffré énergie et ressources financières et n'a pas apporté de solution au problème de droit à l'égalité salariale.

Au sujet de l'ajout d'au-delà de 13 400 personnes soi-disant touchées par le gel, le Tribunal a considéré que l'enquête a été initiée par les plaintes et que le recrutement faisait partie de l'enquête que la Commission conduisait de sa propre initiative dans le cadre de ses larges pouvoirs. La Charte, il est vrai, encadre très peu les pouvoirs d'initiative et la discrétion de la Commission.

L'appel sur cette décision du Tribunal n'ayant pas été accordé, nous ne saurons jamais comment les cours supérieures auraient statué. On peut toutefois s'interroger sur la pratique de la Commission qui, dans le cadre de son enquête, diffuse des formulaires de consentement à des recours contre leurs organisations syndicales et leur employeur à des enseignantes et enseignants avant que la preuve de discrimination ne soit recueillie et qui prélève, avec ce consentement, des renseignements ne permettant pas de conclure qu'ils sont touchés⁹⁸. Même si on prenait pour acquis que l'initiative d'enquête a révélé des cas présumés qui peuvent être considérés comme des situations dévoilées en cours d'enquête, la Commission se devait, en vertu de l'article 78, de rechercher tout élément de preuve relatif à ces situations et de faire, avant de les intégrer au recours, une nouvelle « proposition » aux parties défenderesses comme l'exige l'article 80⁹⁹.

⁹⁸ Le formulaire demande la date de naissance, l'âge au 1^{er} juillet 1997, l'échelon au 30 juin 1997 et la catégorie (scolarité) au 30 juin 1997. Voir les formulaires aux annexes 2 et 3.

⁹⁹ En vertu de l'article 80, la Commission peut « s'adresser à un tribunal [...] lorsque la proposition de la Commission n'a pas été, à sa satisfaction mise en œuvre dans le délai imparti [...] ».

La Commission a aussi recueilli des éléments de preuves par le truchement de Normand Morin. Le Tribunal des droits de la personne rapporte qu'il disait ce qui suit dans son témoignage, lors de l'audition sur la requête pour faire approuver l'entente :

[...] des quelques 13 000 consentements d'enseignants que la Commission a reçu presque 4 000 d'entre ceux-ci ont été traités par lui, en tant que « responsable des plaintes » de l'ADJEQ. Il a donc reçu un à un ces consentements et les a transmis à la Commission.¹⁰⁰

Est-il normal que la Commission des droits qui est un organisme public et non un groupe de pression s'associe ainsi, au cours de son enquête, à une association militante et reçoive les services d'un plaignant qui, en plus, à notre connaissance, n'a reçu aucun mandat écrit dans le cadre de l'article 62 de la Charte ? La Commission des droits, au stade de l'enquête, doit être impartiale et éviter ce qui enlève l'apparence d'impartialité nécessaire. La pratique adoptée dans ce recrutement de personnes qu'on qualifiait de victimes risquait de porter atteinte à un droit fondamental de la partie syndicale, sinon du gouvernement, à la sauvegarde de l'honneur et de la réputation enchâssée à l'article 4 dans le chapitre I intitulé « Libertés et droits fondamentaux ». Il est évident qu'à ce stade, la Commission n'avait pas de preuve suffisante de discrimination et son enquête aurait dû porter sur l'examen des faits relatifs au dossier. Les personnes visées auraient pu, par la suite, le cas échéant, être recherchées pour obtenir les consentements requis¹⁰¹.

¹⁰⁰ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur général)*, préc., note 73, par. 71.

¹⁰¹ Comme nous le verrons, la Commission des droits avouera des problèmes de preuve lorsqu'elle décidera de cesser d'agir. L'expression « risquait de porter atteinte » est un euphémisme. Plusieurs journaux ont publié de multiples articles qui affirmaient ou suggéraient qu'il y avait eu discrimination envers les jeunes et qui associaient la clause du gel d'échelon à une clause orphelin. On rapportait souvent les paroles de Normand Morin qui affirmait que la Commission avait reconnu la discrimination. Par exemple, Marie Allard commençait un article en disant : « Les 28 000 jeunes enseignants victimes d'une clause salariale discriminatoire entre 1997 et 2000 demandent 100 millions au gouvernement du Québec pour régler leur litige à l'amiable » (notre soulignement), *La Presse*, 23 juin 2004, p. A4. Annie Lafrance écrit que la Commission des droits « a statué [...] en 2000 que la clause de 1997 était discriminatoire puisqu'elle était limitée à la jeune génération » (nos soulignements), *Le Soleil*, 12 juin 2004, p. A17. Caroline Touzin écrit en début d'article : « Les jeunes enseignants victimes de clauses discriminatoires [...] pourront défendre [...] » (notre soulignement), *La Presse*, 12 juin 2004, p. A6. Nous pourrions donner ainsi de nombreux autres exemples. La Commission des droits n'est pas intervenue pour clarifier la situation et préciser que sa mission n'était pas de statuer à ce sujet, mais de voir au règlement du litige et de saisir un Tribunal si le litige persistait. Au contraire Brian Myles rapportait : « L'organisme (la Commission des droits) estime que ces clauses constituent une forme inacceptable de discrimination fondée sur l'âge en vertu de la Charte québécoise des droits et il entend donner à cette affaire la plus grande visibilité et le plus grand impact possibles » (notre soulignement), *Le Devoir*, 21 mars 2000, p. A1.

La Commission devait-elle procéder avec prudence alors que la Charte lui permettait de s'introduire dans les rapports collectifs de travail et dans une convention collective ? L'article 9.1 prévoit que les droits fondamentaux, comme le droit à la sauvegarde de l'honneur et de la réputation, « s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ».

Quant à l'approche générale du processus, il importe de rappeler le quatrième alinéa du préambule de la Charte : « Considérant que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général ».

Le principe énoncé dans ce considérant commande une approche de l'application de la Charte qui s'inscrit dans la recherche du bien commun¹⁰² et d'une articulation entre les droits individuels et les droits collectifs¹⁰³. Comme nous le verrons dans la quatrième subdivision de cette section, le devoir de réserve face à la négociation collective a été, dans le cadre du devoir syndical de juste représentation, établi par les tribunaux du travail et les commissions des relations du travail, approche confirmée par la Cour suprême et nous sommes d'avis que la Commission des droits n'est pas exemptée de respecter, en l'adaptant, cette approche dont les motifs sont bien établis. Nous reviendrons sur cette question dans la subdivision consacrée au devoir de juste représentation.

La Commission en vertu du texte introductif de l'article 71, premier article du Chapitre II intitulé « Fonctions », « assure, par toutes mesures appropriées, la promotion et le respect des principes contenus dans la [...] Charte », cette mission devant diriger toutes ses autres responsabilités et évidemment le pouvoir d'enquête conféré au paragraphe 1^{er}.

Cette perception a été à ce point ancrée qu'elle perdure. Ghislaine Raymond écrit dans son ouvrage sur le partenariat social, publié durant le premier trimestre de 2013, au sujet du gel d'échelon : « Cette [...] mesure fera l'objet d'une plainte des victimes de cette entente à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse pour discrimination en fonction de l'âge, la mesure touchant tous les enseignants ayant moins de quinze années d'expérience. Cette plainte sera reçue et gagnée par les syndiqué(e)s lésé(e)s » (notre soulignement). Voir G. RAYMOND, préc., note 7, p. 148. Par ailleurs notre hypothèse est que cette affirmation qui n'est pas conforme à la réalité, dans un ouvrage qui expose le résultat d'une recherche d'une politicologue, est le résultat d'une déficience des communications entre, d'une part, les systèmes fonctionnels du droit et, d'autre part, des sciences politiques.

¹⁰² *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal (Ville de)*, (1983) 4 C.H.R.R. D/1444 (C.S.)

¹⁰³ *Union des employés de service, section locale 298 (F.T.Q.) et Armée du Salut*, (1986) D.L.Q. 363 (T.A.)

Dans sa notification aux enseignantes et enseignants de sa décision de cesser d'agir, la Commission avouait, au sujet du recours : « [...] l'issue demeure hautement incertaine tant sur le plan du droit que de la preuve [...] »¹⁰⁴. Il est difficile d'envisager que la preuve était adéquate lorsqu'on a requis les mesures de redressement et lorsqu'on a saisi le Tribunal.

2. Les mesures de redressement

Rappelons les mesures de redressements réclamées au Tribunal des droits de la personne par la Commission des droits :

DE RECONNAÎTRE que la clause 6-04.1 D de l'Entente telle que modifiée par l'article 6 de l'Accord intervenu le 3 juillet 1997 est discriminatoire dans la mesure où elle vise de façon disproportionnée les plus jeunes enseignantes et enseignants, le tout en contravention des articles 10, 13 et 16 de la *Charte des droits et libertés de la personne*;

DE RECONNAÎTRE que la clause 6-04.1 D) de l'Entente telle que modifiée par l'Accord intervenu le 3 juillet 1997 est nulle et sans effet puisque contraire aux articles 10, 13 et 16 de la *Charte des droits et libertés de la personne*;

D'ORDONNER aux parties défenderesses de considérer l'expérience acquise à titre d'enseignante et d'enseignant au cours de l'année scolaire 1996-1997, aux fins du cheminement dans l'échelle salariale applicable, et ce, à compter de l'année scolaire 1997-1998 et pour les années subséquentes;

DE CONDAMNER les parties défenderesses, conjointement et solidairement, à rembourser aux parties victimes, à titre de dommages matériels, sauf à parfaire, les pertes salariales encourues depuis le 1^{er} juillet 1997 et résultant de la non-reconnaissance de l'expérience acquise au cours de l'année scolaire 1996-1997 suivant [...].¹⁰⁵ (nos soulignements)

Une première remarque : nous sommes étonnés de l'absence de l'article 19 au premier alinéa des mesures de redressement réclamées; il s'agit de la disposition de la Charte relative à l'égalité en matière de salaire. L'obligation de respecter le droit à l'égalité est énoncée au premier alinéa de

¹⁰⁴ *Notification aux enseignantes et enseignants de la décision de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse de cesser d'agir en vertu de l'article 84 de la Charte des droits et libertés de la personne (L.R.Q., c. C-12), préc., note 82, p. 3.*

¹⁰⁵ Rappelons que la Commission des droits a amendé sa déclaration introductive d'instance en janvier 2005. Le texte des mesures de redressement réclamées ici est tiré de cette déclaration amendée.

cet article : « Tout employeur doit, sans discrimination, accorder un traitement ou un salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un travail équivalent au même endroit ».

La *Loi sur la discrimination dans l'emploi*¹⁰⁶ qui a été abrogée par la loi qui a édicté la Charte¹⁰⁷ attribuait la responsabilité de l'égalité pour l'ensemble des conditions de travail à l'employeur. La Charte n'a conservé cette responsabilité de l'employeur qu'en matière de rémunération.

Il ressort clairement de la Charte que la responsabilité d'assurer l'égalité de la rémunération est la responsabilité de l'employeur. Il est difficile de comprendre qu'on réclame aux syndicats de verser du salaire perdu qui aurait été dû par l'employeur si la clause prétendue discriminatoire en vertu de la Charte avait été annulée comme le demandait la Commission des droits au deuxième alinéa des mesures de redressement réclamées.

Cette approche a été confirmée par le Tribunal des droits de la personne et par un arrêt unanime de la Cour d'appel dans l'affaire *Université Laval*. Il s'agissait d'un cas d'équité salariale entre hommes et femmes qui, malgré l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'équité salariale*¹⁰⁸ demeurait de la compétence de la Commission des droits et du Tribunal des droits de la personne en vertu de l'article 128 de cette loi qui détermine que les plaintes pendantes « relatives à la violation de l'article 19¹⁰⁹ [...] pour le motif de discrimination salariale fondée sur le sexe avant le 21 novembre 1997 sont étudiées et réglées conformément aux dispositions alors en application » de la Charte.

La demande de la Commission des droits n'était dirigée que contre l'employeur. Comme le mentionne la juge Rivet, la demande invoque le fait que l'Université Laval « a appliqué avec l'accord du Syndicat des employées et employés de l'Université Laval [...], un système de

¹⁰⁶ S.R.Q. 1964, c. 142.

¹⁰⁷ *Charte des droits et libertés de la personne*, S.Q. 1975, c. 6, art. 91.

¹⁰⁸ L.R.Q., c. E-12.001.

¹⁰⁹ Il est curieux que la Commission des droits n'ait pas invoqué l'article 19 dans ses mesures de redressement alors qu'elle tirait sa compétence de la violation de cet article.

rémunération comportant des effets discriminatoires fondé sur le sexe » à l'égard d'une catégorie de personne à son emploi¹¹⁰. L'employeur avait appelé le syndicat en garantie.

La juge Rivet assistée de Me Diane Demers et de Me François Le Comte accomplit une étude remarquable du droit à l'égalité en matière de rémunération en droit international et en droit interne. Quant à la responsabilité syndicale, la juge Rivet écrit :

Comme le rappelle la cour suprême dans l'affaire *Renaud*, que ce soit par contrat ou par convention collective, les ententes doivent se faire en respect avec les exigences des lois.

[...]

Toutefois, la responsabilité d'un syndicat ne pourra être engagée que si la disposition impose une obligation similaire à l'employeur et au syndicat. Tel n'est pas le cas de l'article 19 de la Charte. Dans le cadre de cette disposition, seul l'employeur peut être tenu responsable des écarts salariaux discriminatoires. Dans l'affaire *Bell Canada c. SCEP*¹¹¹, le juge Décary de la Cour d'appel fédérale examine cette question dans le cadre de l'article 11 de la Loi canadienne :

[...] pour des motifs qui lui sont propres, le législateur a choisi, dans l'article 11, de ne tenir uniquement l'employeur responsable des disparités salariales relativement au travail de valeur égale. Conclure à la responsabilité à part égale des syndicats, soit implicitement en vertu de l'article 11 soit indirectement au moyen de dispositions comme l'article 10, pour avoir participé à la fixation de salaires différents relativement à un travail de valeur égale irait carrément à l'encontre du texte clair de la loi et de l'intention évidente du législateur.¹¹² (notre soulignement)

Dans le dispositif de son jugement « Le Tribunal [...] déclare qu'en vertu de l'article 19 de la Charte seule l'Université Laval est responsable en tant qu'employeur d'accorder à ses employés un salaire égal pour des emplois équivalents ».

¹¹⁰ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Université Laval*, (2000) R.J.Q. 2156, J.E. 2000-1572, par. 1.

¹¹¹ *Bell Canada c. Syndicat de l'énergie du papier*, (1999) 1 C.F. 113 (C.A.)

¹¹² *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Université Laval*, préc., note 110, par. 208 et 209.

En appel, le 24 janvier 2005, les juges Rousseau-Houle, Thibault et Dutil posaient la question suivante dans leur arrêt¹¹³ :

(127) L'atteinte dont il est question dans le présent dossier concerne la rémunération des femmes. S'agit-il d'une violation de l'article 16 ou plutôt de l'article 19 de la Charte ?

Elles y répondaient de la manière suivante :

(128) Certes les termes utilisés à l'article 16 de la Charte « les conditions de travail » sont suffisamment larges pour englober la rémunération des salariés. Les indices suivant favorisent cependant l'idée que les disparités salariales soient plutôt régies par l'article 19 de la Charte, qui impute à l'employeur uniquement la responsabilité d'une discrimination relative à la discrimination.

(129) D'abord les règles usuelles d'interprétation commandent de donner priorité aux règles particulières par rapport aux règles générales. Cette méthode permet d'harmoniser les textes et d'éviter les contradictions. Elle présume que le législateur est rationnel et veut éviter les conflits.¹¹⁴ [...]

(130) Ensuite la proposition suivant laquelle les disparités salariales sont assujetties aux articles 16 et 19 heurte de plein fouet l'intention du législateur lorsqu'il a adopté la *Loi sur l'équité salariale*. En effet, en cas de discrimination salariale, cette interprétation laisserait subsister un recours fondé sur l'article 16 de la Charte, malgré l'adoption de cette loi qui, faut-il le rappeler, retire à la Commission des droits toute compétence en matière d'équité salariale pour confier ce rôle, en exclusivité, à la Commission de l'équité salariale. À l'inverse, l'interprétation favorisant que la discrimination salariale soit visée par l'article 19 de la Charte traduit la cohérence du législateur lorsqu'il a adopté la *Loi sur l'équité salariale*, à compter du 21 novembre 1997 et sous réserve de l'article 128 de cette loi, un pan complet de la Charte – la discrimination salariale – fait maintenant l'objet d'un régime différent et distinct de celui de la Charte.

La Cour d'appel du Québec fonde également sa position sur l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, *Bell Canada c. Syndicat de l'énergie du papier*¹¹⁵ :

¹¹³ *Université Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, (2005) R.J.Q. 347, 2005 QCCA 27 CanLII.

¹¹⁴ Référence à Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 448.

¹¹⁵ *Bell Canada c. Syndicat de l'énergie du papier*, préc., note 111.

(131) dans l'affaire *Bell* précitée, en présence de dispositions analogues¹¹⁶, la Cour d'appel fédérale n'a pas hésité à refuser de reconnaître la responsabilité du syndicat en matière de disparités salariales pour les raisons suivantes :

[...] Conclure à la responsabilité à part égale des syndicats, soit implicitement en vertu de l'article 11, soit indirectement au moyen de dispositions comme l'article 10, pour avoir participé à la fixation de salaires différents relativement à un travail de valeur égale irait carrément à l'encontre du texte clair de la Loi et de l'intention évidente du législateur. [...]. (notre soulignement)

(132) Les principes dégagés par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Bell* précitée sont transposables aux articles 16 et 19 de la Charte. En conséquence, la responsabilité du Syndicat doit être écartée.

À notre avis il ressort clairement de l'article 19 et de cet arrêt que la responsabilité à l'égard de l'égalité salariale incombe à l'employeur comme l'obligation de verser le salaire est une obligation patronale¹¹⁷. Si le syndicat a causé, par sa faute, en relation avec une disposition de la convention collective qui ne respecte pas l'égalité salariale, un préjudice qui appelle des dommages moraux, il serait sans doute normal qu'on lui reconnaisse une responsabilité avec celle de l'employeur à l'égard de ces dommages, le cas échéant.

Lorsque la Commission des droits a amendé ses mesures de redressement en janvier 2005, il y avait environ six ans que l'arrêt de la Cour d'appel fédérale avait été rendu dans l'affaire *Bell Canada* et il y avait plus de quatre ans que le Tribunal des droits de la personne avait rendu son jugement dans l'affaire *Université Laval*. La déclaration a été amendée le même mois que l'arrêt *Université Laval* de la Cour d'appel du Québec dans une affaire dans laquelle elle était partie.

¹¹⁶ En note de bas de page : « Art. 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pour le salaire et art. 10 pour tout autre aspect d'un emploi ».

¹¹⁷ Voir à ce sujet également la jurisprudence de la Cour d'appel relative aux articles 87.1 à 87.3 de la *Loi sur les normes du travail* (L.R.Q., c. N-1.1 et, en particulier, l'arrêt *Progistix-Solutions Inc. c. Commission des normes du travail*, 2009 QCCA 2054 qui rejette l'appel en garantie du syndicat par l'employeur. Le remède à la situation de disparité est que la clause de la convention collective jugée illégale est « réputée non écrite et partant sans effet » et seul l'employeur « doit payer les salaires dus »; par. 21 et 22. Les juges Léger et Beauregard ne considèrent pas qu'il y a une faute qui rend le syndicat responsable du paiement des salaires, le juge Beauregard n'écartant pas toutefois que le syndicat aurait pu avoir à répondre de certaines fautes; par. 44. dans l'arrêt *Commission des normes du travail c. Sherbrooke (Ville de)*, 2011 QCCA 325, les juges à l'unanimité se prononcent à l'effet que l'arrêt *Progistix-Solutions Inc.* a tranché correctement la question; par. 43.

La Commission n'a pas cherché à modifier sa pratique au sujet des mesures de redressement¹¹⁸. Elle semble vouloir infléchir la jurisprudence pour revenir à la règle de l'arrêt *Renaud*¹¹⁹. Rappelons que l'arrêt *Renaud* examine une plainte en vertu de l'article 8 (contre le Conseil scolaire) et en vertu de l'article 9 (contre le syndicat) du *Human Right Act* de la Colombie-Britannique¹²⁰, en matière de discrimination relative à l'exercice de la liberté de religion alors que l'arrêt *Université Laval* de la Cour d'appel du Québec est basé sur les dispositions législatives de la *Charte québécoise* en matière salariale. Elle revendique toujours une responsabilité des syndicats conjointe et solidaire pour du salaire non versé à cause de discrimination. On constate même une pratique pour éviter le problème de placer le syndicat en situation de payer du salaire ou d'être assujéti à l'approche de la Commission et du Tribunal à ce sujet, l'employeur alléguant qu'ils va s'entendre avec le syndicat ou en payant le salaire dû avant la décision finale du Tribunal¹²¹.

Le pouvoir de la Commission des droits, lorsqu'il s'adresse à un tribunal en vertu de l'article 80 de la Charte, est de chercher à « obtenir, compte tenu de l'intérêt public, toute mesure appropriée, contre la personne en défaut » ou de « réclamer, en faveur de la victime, toute mesure de redressement qu'elle juge alors adéquate » (nos soulignements). Le jugement de la Commission des droits au sujet des mesures adéquates doit évidemment ne pas aller à l'encontre la Charte qui est également sa loi constitutive et il doit tenir compte de l'intérêt public. On peut

¹¹⁸ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Syndicat du transport de Montréal*, 2008 QCTDP 29, par.3; *Commission des droits de la personne c. Syndicat des constables spéciaux*, 2010 QCTDP 3, J.E. 2010-567, D.T.E. 2010T-197, (2010) R.J.Q. 1005, (2010) R.J.D.T. 375, par. 5; Requêtes pour permission d'appeler accueillies, C.A. 2010-03-30.

¹¹⁹ Le Tribunal des droits de la personne dans l'affaire des *constables spéciaux* signale : « La Commission fait [...] une distinction avec l'arrêt *Université Laval* dans lequel la Cour d'appel n'a pas retenu la responsabilité du syndicat. Elle soumet à cette fin que la présente affaire est plus simple : il ne s'agit pas d'une question d'équité salariale, mais plutôt d'une situation de disparité de traitement *prima facie* due à l'entente ». *Id.*, par. 35. *Central Okanagan School District n° 23 c. Renaud*, (1992) 2 R.C.S. 970.

¹²⁰ S.B.C. 1984, c. 22

¹²¹ *Syndicat du transport de Montréal-CSN c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 165. La STM avait payé le salaire dû; voir le par. 17. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Syndicat des constables spéciaux*, 2010 QCTDP 3. Dans cette affaire, la Commission des droits demandait une condamnation conjointe et solidaire, mais avec des pourcentages différents « par exemple 90 % pour l'employeur et 10 % pour le syndicat » (par. 35). Le Tribunal des droits conclut à une responsabilité solidaire et conjointe dans une proportion de 70 % pour l'employeur et de 30 % pour le syndicat (par. 273). Le Tribunal prend acte des négociations entre les parties pour répartir la compensation des dommages matériels (par. 274).

se demander quelle est la place du syndicalisme et de la négociation collective dans la conception de l'intérêt public de la Commission des droits de la personne ? On comprendra qu'il n'est pas question d'attendre ici de la complaisance envers les organisations syndicales, mais un jugement empreint de justice et de respect pour l'importante, difficile et complexe tâche de représentation qui est assumée par elles et que le droit international du travail et le droit du travail canadien et québécois reconnaissent être d'intérêt public¹²².

3. La question de la recevabilité

Nous étudierons les décisions des tribunaux aux trois paliers (a), non pas surtout dans la perspective doctrinale de tenter de déterminer la juste réponse à la question de compétence qui était posée, mais afin d'une part d'évaluer, sur une base institutionnelle, ce qui a déterminé les prises de position et les effets de la décision finale sur le régime de représentation et d'autonomie collective. Au cours de cette étude, nous aurons une attention particulière pour la sensibilité des juges au régime des rapports collectifs du travail et sur leur souci d'en protéger l'intégrité. L'absence d'une telle sensibilité se manifeste en général par un attrait pour les approches qui réduisent la valeur et la portée des conventions collectives, de l'arbitrage de grief ou même du travail alors que la sensibilisation adopte l'attitude contraire.

Après avoir examiné les décisions des tribunaux aux trois paliers, nous dégagerons des éléments d'évaluation doctrinale et nous proposerons une hypothèse au sujet des rapports entre les régimes québécois des rapports collectifs du travail et des droits et libertés de la personne (b).

a) Les décisions des tribunaux

Nous pouvons faire le constat de la complexité qui caractérise le régime de négociation des conventions collectives du secteur public et parapublic et de la complexité des négociations conduites pour les mesures d'économie du personnel enseignant des commissions scolaires. C'est d'ailleurs un des motifs importants qui milite en faveur de décisions prises par des experts de ce champ des relations de travail, lorsqu'un litige naît au sujet des rapports collectifs du travail.

¹²² Rappelons en particulier l'arrêt *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, (2007) 2 R.C.S. 291, 2007 CSC 27 (CanLII), par. 57 à 65.

Par exemple, le Tribunal des droits de la personne, sous la rubrique « Les faits tenus pour avérés » (premier paragraphe sous cette rubrique), affirme que la négociation de l'Accord s'est effectuée en vertu de la *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic* (ci-après le Régime). Cet énoncé ne correspond pas à la réalité. Questionnée par le procureur de la Commission, la présidente de la FSE, lors de sa déposition rétablissait les faits de droit à ce sujet :

[...] je ne sais pas si on peut appeler ça des négociations là. Il faut savoir le contexte [...] on est hors négo [...] c'est important quand même de le souligner au départ. [...] On n'est pas en renouvellement de convention collective. On est en dehors d'un cadre légal qui nous régit [...] ce n'est pas des négociations comme on l'entend avec des demandes de part et d'autre, [...] c'est un peu un coup de force du gouvernement compte tenu des [...] finances publiques, nous demande une réduction des coûts de main-d'œuvre. Cet objectif-là nous est imposé 156 millions récurrents.¹²³ (nos soulignements)

Effectivement il ne s'agissait pas d'une opération de négociation prévue par le Régime ni d'une négociation prévue par la Convention collective en cours. Les discussions au sujet des mesures d'économie précédant les pourparlers qui ont donné lieu à une entente pour ajouter à la convention collective un gel d'échelon en 1996-1997 étaient précisément encadrées par l'annexe XLIX. Cette dernière négociation de coupures qui a introduit le gel d'échelon se situait en dehors du cadre de la convention collective et du Régime et visait à trouver un accord qui éviterait l'application d'une loi dont l'adoption était inévitable.

Les parties, celles du Régime, ont discuté des coupures dont le montant était imposé. Ces discussions, de manière significative, ont été conduites dans le cadre de l'ordre juridique établi par le régime et la signature de l'accord qui amendait l'entente nationale a été accomplie en respectant les dispositions du régime. Les modifications de la convention collective n'auraient pu autrement être valablement intégrées. On notera que, compte tenu du régime législatif de la convention collective, il ne pouvait y avoir d'effet discriminatoire avant l'entrée en vigueur de la clause amendée. Nous avons dit « de manière significative », parce que ce fait témoignait de la

¹²³ *Déposition de madame Johanne Fortier, préc., note 54, p. 15-16. Voir aussi le paragraphe 36a) de la Déclaration amendée de la CSQ et de la FSE qui s'applique à la négociation de toutes les mesures d'économie et expose les conséquences de telles négociation hors du Régime. Ce texte est cité à la p. 23.*

continuité des rapports établis qui est un des caractères importants de l'ordre juridique. Nous y reviendrons dans la section suivante.

On ne peut peut-être pas faire grief au Tribunal d'avoir ainsi qualifié les discussions relatives aux 156 millions, mais ce fait illustre tout de même une absence de connaissance d'un tribunal qui se situe à l'extérieur des rapports collectifs du travail et encore davantage de ceux du personnel enseignant des commissions scolaires. Une seconde observation est toutefois essentielle et provient probablement également du manque de connaissance du régime salarial du personnel enseignant des commissions scolaires. Comme nous l'avons souligné dans la première section intitulée « Histoire judiciaire », le Tribunal ne cite jamais la clause dont l'application produit les gels d'échelon. Sous la rubrique « Faits tenus pour avérés », la juge Rivet écrit que l'Accord « prévoit la non-reconnaissance, aux fins de cheminement dans l'échelle de traitement, de l'expérience acquise au cours de l'année scolaire 1996-1997 » sans mentionner qu'elle prévoit aussi la non-reconnaissance de l'expérience acquise au cours de l'année 1982-1983.

Notre troisième observation porte sur la théorie du Tribunal à l'effet que le régime de la Charte est un régime législatif complet « quant aux droits qui y sont protégés et plus particulièrement quant au droit à l'égalité sans discrimination »¹²⁴. Selon ses termes, « [...] le Tribunal constitue conformément à l'intention du législateur, un forum approprié puisque dans son essence le litige est visé par le régime législatif complet qu'est celui de la Charte »¹²⁵. Cette théorie est reprise dans l'opinion dissidente favorable à la compétence concurrente du juge Robert en Cour d'appel : « [...] la Charte offre un processus complet afin de procurer aux victimes de discrimination un processus impartial et spécialisé en matière de droits de la personne et plus particulièrement de discrimination »¹²⁶. « De plus, un régime complet et spécifique a été créé par le législateur pour traiter des cas de discrimination notamment en matière d'emploi »¹²⁷. Cette approche doctrinale résiste-t-elle à l'analyse ?

¹²⁴ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. (Québec) procureur général*, préc., note 29, par. 39.

¹²⁵ *Id.*, par. 64.

¹²⁶ *(Québec) procureur général c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 32, par. 79.

¹²⁷ *Id.*, par. 82

L'esprit du jugement de la Cour suprême dans l'arrêt *St. Anne Nackawick* était propre au droit des rapports collectifs du travail et à l'arbitrage des griefs. La Cour suprême, sous la plume du juge Estey, reconnaissait une expérience historique : le rôle important du régime des relations de travail dans un contexte de négociation collective, et que ce régime devait être protégé contre les interventions judiciaires qui pourraient lui porter atteinte :

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*.¹²⁸

[...]

Il en reste une attitude de respect de la part des juges envers la procédure d'arbitrage [...]. Ce respect est fondé sur l'idée que si les parties ont accès aux tribunaux comme autres juridictions, on porte atteinte à un régime législatif complet destiné à régir tous les aspects du rapport entre les parties dans le cadre des relations de travail.¹²⁹ (notre soulignement)

Plus loin, le juge Estey revient sur le rôle de la convention collective d'établir les grands paramètres du rapport entre les parties et sur le rôle de l'arbitrage qui ajuste de manière appropriée ce rapport et il reprend que ce serait bouleverser le rapport et le régime législatif dont il découle d'ouvrir la porte à des actions des tribunaux. Il a bien identifié qu'un point essentiel de ce régime est le rapport entre le syndicat et ses membres lorsque la convention collective est en question. Il ajoute :

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 le législateur n'a pas attribué ces tâches.¹³⁰ (notre soulignement)

¹²⁸ *St. Anne Nackawic Pulp and Paper Co Ltd c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, (1986) 1 R.C.S. 971, par. 16.

¹²⁹ *Id.*, par. 20.

¹³⁰ *Id.*, par. 16.

Malheureusement, le juge Bastarache a ouvert la porte à une banalisation de cette position de la Cour qui prenait en compte le rôle du régime de négociation collective dans la vie sociale et juridique : dans l'arrêt *Regina Police Association*¹³¹, il a qualifié de régime complet en matière disciplinaire *The Police Act* et le Règlement. *The Police Act* était un régime d'un autre ordre. Elle avait le caractère d'une loi d'exception par rapport au régime de rapports collectifs du travail, ce que les parties avaient d'ailleurs reconnu dans la convention collective, dont l'article 8 précisait que les litiges visés par *The Police Act* et le Règlement n'étaient pas arbitrables¹³². Les juges qui n'étaient pas sensibles à l'importance de ne pas porter atteinte « à l'économie de la loi [...] », « [...] un régime législatif complet destiné à régir tous les aspects du rapport entre les parties dans le cadre des relations de travail »¹³³ allaient utiliser la notion de régime complet avec un certain formalisme. Ce fut le cas du Tribunal et du juge Robert. Heureusement la Cour suprême n'a pas repris cette théorie. Le Tribunal des droits de la personne cite les extraits suivants du jugement du juge Bastarache :

Le raisonnement qui sous-tend le modèle adopté dans l'arrêt *Weber*, précité, pour déterminer l'instance décisionnelle compétente, était fondé, en partie, sur la reconnaissance que le fait de permettre que des litiges soient entendus par un tribunal autre que celui que prévoit le régime législatif complet destiné à régir tous les aspects des rapports entre les parties dans le cadre des relations de travail porterait atteinte à ce régime : voir, p. ex., *St Anne Nackawic*, précité, à la p. 721; *Weber*, précité, au par. 46. Conformément à ce raisonnement, le juge McLachlin a préconisé une interprétation plus libérale du régime régissant le rapport entre les parties, soulignant qu'un litige pouvait découler expressément ou implicitement de ce régime. Même si le régime législatif en question dans l'arrêt *Weber* était la *Loi sur les relations de travail*, L.R.Q. 1990, ch. L.2, le même raisonnement s'applique, à mon avis, dans la présente affaire. En l'espèce, le législateur a démontré l'intention d'assujettir toutes les questions de discipline à *The Police Act* et au Règlement. Il a tenté d'établir un régime complet pour l'examen et le règlement de ces litiges. En conséquence, nous devons éviter de donner aux dispositions des interprétations formalistes qui priveraient la Commission de sa compétence alors que

¹³¹ *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, (2000) 1 R.C.S. 360.

¹³² Ce principe est succinctement et adéquatement exprimé par les auteurs dans *Le droit du travail par ses sources* : « [...] La compétence exclusive exceptionnelle d'une autre instance juridictionnelle relativement à certains litiges qui autrement relèveraient de l'arbitre de griefs, restreindra d'autant l'intervention de ce dernier ». L'exemple donné en note de bas de page est *Regina Police Assn. Inc.* Pierre VERGE, Gilles TRUDEAU et Guylaine VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 196.

¹³³ Rappelons l'analyse des principes fondamentaux de ce régime accomplie par Mark Barenberg; voir Partie 2, chapitre 1.

le législateur a clairement voulu qu'elle entende le litige.¹³⁴ (les soulignements sont du Tribunal)

En résumé, le raisonnement qui sous-tend l'arrêt *Weber*, précité, est que les questions de compétence doivent être tranchées d'une manière qui soit conforme au régime législatif régissant les parties. Cette logique s'applique, qu'il s'agisse de choisir entre un tribunal et une instance décisionnelle créée par la loi ou entre deux organismes créés par la loi. La question clé dans chaque cas est de savoir si l'essence du litige, dans son contexte factuel, est expressément ou implicitement visée par un régime législatif. Pour statuer sur cette question, il convient de donner à la loi une interprétation libérale de façon à ce que l'attribution de compétence à une instance que n'avait pas envisagé le législateur ne porte pas atteinte au régime.¹³⁵

La conclusion du Tribunal des droits de la personne dont nous jugeons utile de reprendre ici la partie pertinente à notre analyse transpose clairement le concept de régime complet à la Charte :

Le litige mu devant la Commission ne résulte pas de la convention collective. En conséquence, le Tribunal constitue conformément à l'intention du législateur, un forum approprié puisque dans son essence le litige est visé par le régime législatif complet qu'est celui de la Charte.¹³⁶

La conclusion à l'effet que le litige ne résulte pas de la convention collective nous apparaît être erronée, Nous dirions même qu'il est d'une clarté aveuglante que la source du litige est la clause incluse dans l'accord et il n'y a, avant que cette clause n'entre en vigueur, aucun effet discriminatoire en vertu de l'article 10 de la Charte. De plus, ce que les plaignantes et les plaignants demandent, c'est l'application de la convention collective au sujet de la rémunération (volet expérience) en éliminant la discrimination. Notons que dans cet important élément de la conclusion, « l'essence du litige » a été séparée de son complément essentiel : « dans son contexte factuel ». Il s'agit pourtant de ce que l'arrêt *Regina Police Assn.* a défini comme étant « la question clé ».

¹³⁴ *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, préc., note 131, par. 34; pour le Tribunal : préc., *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. (Québec) procureur général*, préc. note 29, par. 37.

¹³⁵ *Id.*, par. 39; pour le Tribunal : *id.* par. 38.

¹³⁶ *Id.*, par. 64.

Comme nous l'avons mentionné en Cour d'appel, le juge Robert, dissident, reprend l'approche du régime complet aux paragraphes 79; il y recourt dans sa conclusion; reprenons les termes qu'il utilise : « [...] un régime complet et spécifique a été créé par le législateur pour traiter les cas de discrimination notamment en matière d'emploi »¹³⁷.

Rappelons ici l'approche réaliste sans déviation d'origine idéologique de Me Allard et du professeur Frémont que nous avons déjà cité : Me France Allard souligne ce qui suit : « [...] la Charte québécoise est un texte fondateur du droit québécois, une loi fondamentale qui, avec le *Code civil* et les principes généraux du droit, est source d'expression du droit commun »¹³⁸. Jacques Frémont déclare : « [...] qu'on soit d'accord ou non : le droit issu de l'application de la Charte québécoise demeure résolument un droit d'application générale, un droit qui fait partie du droit commun du Québec [...] »¹³⁹ (notre soulignement). Un droit général est l'opposé d'un droit spécial et la Charte exprime des droits et libertés destinés à couvrir tous les aspects de la vie et à compléter ainsi les normes qui régissent les multiples champs des rapports sociaux dans « les matières qui sont de la compétence législative du Québec »¹⁴⁰. Ce caractère ressort clairement de la disposition préliminaire du *Code civil du Québec* dont le premier alinéa de lit comme suit : « Le Code civil du Québec régit en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes ainsi que les biens ».

De plus, la Charte n'est clairement pas un régime dont l'Assemblée nationale a manifesté une volonté de protéger l'autonomie; elle n'a d'ailleurs pas besoin de cette protection. Le Tribunal des droits de la personne est complètement intégré par l'ouverture au pourvoi à la Cour d'appel

¹³⁷ (*Québec*) procureur général c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, préc., note 32, par. 79 et 82.

¹³⁸ France ALLARD, « La Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec : deux textes dans une relation d'harmonie ambigu », (2006) *Revue du Barreau/ Numéro thématique* 33, 80.

¹³⁹ Jacques FRÉMONT, « La Charte, le droit statutaire et le droit commun du Québec trente ans plus tard : réflexion autour de malaises », (2005) *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'ou?* 63, 79.

¹⁴⁰ Charte québécoise, art. 55.

et à la Cour suprême, au régime judiciaire de droit commun¹⁴¹, alors qu'il n'y a pas d'appel d'une sentence arbitrale. La Charte est aux antipodes d'« un régime législatif complet destiné à régir tous les aspects du rapport entre les parties dans le cadre des relations de travail » pour reprendre les termes de *St. Anne Nackawic*. Elle régit certes des aspects fondamentaux de ce rapport, mais il s'agit de régime de nature différente et il est dangereux de faire une utilisation qui ne correspond pas à leur vraie nature pour chercher à établir la domination des voies de recours de la Charte. Comme nous le verrons d'ailleurs, l'opinion du rédacteur de *Regina Police Assn.*, le juge Bastarache, évitera cette dérive en Cour suprême.

La décision de la Cour d'appel offre à une analyse dans une perspective d'ordres juridiques et une approche systémique des éléments très intéressants. Nous y reviendrons dans la subdivision consacrée à cet aspect.

Le banc de trois juges est constitué des juges Thérèse Rousseau-Houle, Jean-Louis Baudouin et, comme nous l'avons vu, Michel Robert. La juge Rousseau-Houle est la seule aux trois paliers juridictionnels à mettre clairement en lumière le caractère obligatoire et d'ordre public de l'arbitrage des griefs en vertu du *Code du travail* québécois et le devoir de l'arbitre d'appliquer la Charte si le grief le requiert; c'est d'ailleurs ainsi que commence son analyse :

Depuis 1977, par suite d'un amendement au *Code du travail*, on ne peut par convention collective, enlever à l'arbitre la compétence que le *Code du travail* lui attribue. Ceci comprend le pouvoir et le devoir d'interpréter et d'appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief. Il n'y a pas de doute que la disposition qui attribue ce pouvoir et ce devoir vise toute loi y compris la Charte.¹⁴²

La juge considère que le principe de l'exclusivité arbitrale est bien établi au Québec. Ce principe est un élément clé des divergences entre les juges qui se sont prononcés sur la question et on peut

¹⁴¹ « Les décisions du Tribunal peuvent [...] faire l'objet d'un appel, sur permission, en vertu de l'article 132 de la *Charte*, appel que l'article 133 assujettit aux règles du *Code de procédure civile* ». *Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 2041, par. 32. La juge Bich signale également « la présence d'une disposition d'inattaquabilité » des décisions du Tribunal à l'article 109. *Id.*, par. 33.

¹⁴² *Québec (Procureur général) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 32, par. 91.

présumer que ce désaccord n'est pas non plus étranger aux aspects idéologiques des apprentissages accomplis au cours de leur carrière.

Autre aspect sujet de divergence, la source du préjudice qui est l'objet des plaintes. La juge Rousseau-Houle qualifie correctement l'origine du litige et, à notre avis, tout juge soucieux de respecter les faits et d'appliquer la Charte aurait dû en faire autant :

À mon avis le Tribunal a tenté erronément de situer le débat au niveau de la négociation de l'Accord alors que la discrimination alléguée par la Commission résulte véritablement comme l'atteste la demande introductive d'instance, de l'application d'une clause de la convention collective.¹⁴³

La source du préjudice allégué ne saurait être la négociation de l'Accord, mais l'effet de cette négociation concrétisé par la signature de l'accord et l'incorporation de la clause 6-4.01 D) dans chacune des conventions collectives liant les parties visées par la négociation.¹⁴⁴ (notre soulignement)

Nous ne reprendrons pas ici l'ensemble de l'argumentation très fouillée de la juge Rousseau-Houle. Les principes suivants sont retenus dans son opinion :

- c'est sur le fondement des faits entourant le litige que la question de l'exclusivité de la compétence arbitrale doit être décidée¹⁴⁵;
- les arbitres de griefs en droit québécois sont investis du pouvoir d'accorder des réparations fondées sur l'atteinte à des droits protégés par la Charte; s'il existe « un lien ou une relation entre le comportement reproché et les dispositions de la convention collective », la compétence est exclusive. La jurisprudence de la Cour d'appel est constante à cet égard¹⁴⁶;

¹⁴³ *Id.*, par. 89.

¹⁴⁴ *Id.*, par. 94.

¹⁴⁵ *Id.*, par. 97 à 99.

¹⁴⁶ *Id.*, par. 106. La juge rappelle l'article 51 de la *Charte* : « La Charte ne doit pas être interprétée de manière à augmenter, restreindre ou modifier la portée d'une disposition de la loi, [...] ».

- le « législateur a décidé en 1989 de ne pas imposer de forum spécifique pour disposer des recours découlant de la Charte »¹⁴⁷;
- la « discrimination invoquée dans la présente affaire doit être interprétée à la lumière du caractère à la fois collectif et individuel des droits découlant de la convention collective et du système de négociation établi par le droit du travail en vigueur au Québec »; la convention collective englobe « les aspects les plus variés des relations entre l’employeur, le syndicat et les salariés »; elle « est devenue la “Charte” d’un milieu de travail »¹⁴⁸ (notre soulignement);
- les parties nationales peuvent intervenir dans tous les griefs si elles le jugent pertinent; il est de pratique que des dossiers-types soient menés en arbitrage « afin de résoudre une question d’intérêt national¹⁴⁹ ».

En ce qui a trait au jugement du juge Robert, nous diviserons notre examen en deux parties : en premier lieu, l’analyse des dispositions législatives des régimes des rapports collectifs du travail et de la Charte et ensuite, son opinion sur l’essence du litige.

En ce qui a trait aux dispositions législatives des régimes des rapports collectifs de travail et de la Charte, son analyse, d’une indéniable logique juridique, le conduit à conclure que le Tribunal des droits de la personne a compétence¹⁵⁰. Elle se fonde en particulier sur l’article 77 de la Charte. Même si la Commission ne doit pas agir lorsqu’une personne a exercé personnellement un « recours prévu aux articles 49 et 80 », en l’occurrence, il n’y avait aucun recours; la saisine du Tribunal des droits de la personne par la Commission lui attribue la compétence.

Cette décision nous amène même à penser que la Cour d’appel a produit sous la plume des juges Rousseau-Houle et Robert, deux opinions solidement motivées conduisant à des conclusions contraires. Notre constat est que cette situation révèle l’incompatibilité de certains éléments importants du régime de recours de la Charte avec le régime de négociation collective.

¹⁴⁷ *Id.*, par. 126.

¹⁴⁸ *Id.*, par. 129. La citation au sujet de la convention collective provient des auteurs Gagnon, Le Bel et Verge.

¹⁴⁹ *Id.*, par. 133.

¹⁵⁰ *Id.*, par. 48-69.

Nous avons soulevé déjà l'utilisation formaliste par le juge Robert de la notion de régime complet qui a émergé de la jurisprudence de la Cour suprême. Cette notion a été isolée de son contexte et instrumentalisée en faveur de la compétence du Tribunal des droits de la personne. Le juge Robert qui cherche à démontrer que l'essence du litige milite en faveur de la compétence du Tribunal, écrit ce qui suit :

La Cour d'appel s'est prononcée, en 1980 avant l'arrêt *Weber* (excluant le modèle de la compétence concurrente) et avant la création du Tribunal des droits de la personne, sur la compétence de la Commission des droits de la personne lorsque la procédure de grief était déjà mise en œuvre. La Cour d'appel s'exprime ainsi sur les droits prévus dans la Charte. Reconnaisant l'importance de ces droits, la Cour juge qu'il est impensable de retirer à un citoyen ces droits fondamentaux lors de la négociation d'une convention collective. Le juge Maurice Jacques écrit ce qui suit :

Si l'on reconnaissait que la mise en œuvre de la procédure de grief par les salariés intimés équivaut à une renonciation tacite des droits que la Charte leur reconnaît, ceci équivaudrait à dire que la mise en œuvre d'un droit contractuel comporte une renonciation à un droit statutaire de nature différente. De plus, s'il en était ainsi, la convention collective équivaudrait à une renonciation tacite et préalable aux droits édictés par la Charte et l'intention du législateur lorsqu'il a adopté la Charte serait frustrée.

Je ne crois pas qu'on puisse retirer à un citoyen un droit dit « intrinsèque » (Préambule de la Charte) à l'occasion de la négociation d'une convention collective qui est en soi une série d'accommodements et de compromis économiques. Les droits reconnus dans la Charte sont plus que des « conditions de travail », ils sont des « conditions de vie en société ». Les dispositions de la Charte sont d'ordre public, à tout le moins celles qui portent sur la discrimination; l'article 13 dispose que : « Nul ne peut, dans un acte juridique, stipuler une clause comportant discrimination. Une telle clause est sans effet ».¹⁵¹

Étrangement, dans le paragraphe suivant, le juge Robert, se basant sur le fait qu'il est interdit « de contracter (sic) en violation des droits prévus dans la Charte portant sur la discrimination » conclut que l'essence du litige « ne relève pas de l'application ou de l'interprétation de la convention collective, mais bien d'une négociation d'où a résulté une entente. [...] ».

Nous pensons que ces motifs posent plusieurs problèmes dont le premier est de se fonder sur un arrêt de la Cour d'appel de 1980, déphasé par rapport à la réalité juridique, qui précède une

¹⁵¹ *Id.*, par. 76.

évolution remarquable des droits de la personne et également, depuis *St. Anne Nackawic*, une évolution impressionnante de la jurisprudence relative à la convention collective et à l'arbitrage des griefs. De plus, le texte sur lequel il se fondait – tout en soulignant avec justesse qu'on ne peut, lors d'une négociation collective, priver une personne des droits et libertés que le préambule de la Charte qualifie d'intrinsèques – montrait d'étranges signes d'absence d'évolution du discours avec les changements du droit du travail. L'utilisation de la notion de contrat pour qualifier la convention collective nous ramène à avant la *Loi des relations ouvrières* adoptée en 1944. Parler de la convention collective comme « un ensemble d'accommodements et de compromis économiques » est étonnamment réducteur et n'avait sûrement pas sa raison d'être alors que, dans le secteur public et parapublic, les syndicats venaient de gagner, dans les conventions collectives, un régime de droit important pour l'égalité des femmes, les congés de maternité¹⁵². L'opposition entre les conditions de travail et les conditions de vie n'avait pas non plus sa raison d'être, compte tenu du rôle central du travail dans la vie de ceux qui doivent gagner leur vie¹⁵³. Dans l'arrêt *Université Laval*, la Cour d'appel rappelle la remarque du juge Dickson, dissident dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, (1987) 1 R.C.S. 313, p. 368 :

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. C'est pourquoi, les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de

¹⁵² À la journée internationale des femmes, le 8 mars 1978, une affiche produite par la FTQ, la CEQ (maintenant CSQ) et la CSN diffusait le mot d'ordre suivant : « Maternité nous y avons droit sans payer de nos emplois ». La convention collective du personnel enseignant 1979-1982 incorporait les fruits de cette lutte pour le droit des femmes de ne pas être discriminée à cause de la maternité : 5-13.05. « L'enseignante a droit à un congé de maternité d'une durée de vingt (20) semaines [...] ».

A. MEUNIER et J.-F. PICHÉ, préc., note 71, p. 142-144.

Rappelons que la juge Rousseau-Houle, dans ses motifs, recourt à une approche de la convention collective qu'elle tire d'un ouvrage des auteurs Gagnon, LeBel et Verge : la convention collective englobe « les aspects les plus variés des relations entre l'employeur, le syndicat et les salariés »; elle « est devenue la "Charte" d'un milieu de travail ». Cette reconnaissance de la valeur de la convention collective tranche avec la volonté de dévalorisation du juge Jacques que le juge Robert cite avec approbation. Préc., note 33, par. 129.

¹⁵³ Certains textes jurisprudentiels ou doctrinaux ont une date de péremption; le texte en question du juge Jacques était déjà périmé au moment de son écriture.

façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même.¹⁵⁴

Il y a, à notre avis, dans le texte du juge Jacques cité avec approbation dans l'opinion dissidente, deux importants indices d'absence de sensibilité aux rapports collectifs du travail.

Le problème principal de la partie de l'opinion du juge Robert qui porte sur l'essence du litige est toutefois la dérive dans la qualification. Il est évident que l'article 13 prohibe d'inclure dans « un acte juridique » une clause comportant discrimination. Cette prohibition pourrait donner ouverture à un recours pour l'infraction d'avoir contrevenu à l'article 13 en vertu de l'article 134 (paragraphe 1^o)¹⁵⁵. L'essence du recours serait alors la négociation et l'acceptation de la clause, mais la Commission elle-même dans l'introduction de l'instance que cite le juge Robert au paragraphe 14, centre le litige sur la clause de la convention collective et demande qu'elle soit reconnue sans effet. Comme nous l'avons mentionné, ce que les plaignants recherchent, c'est l'application de la convention collective au sujet de la rémunération en éliminant l'élément qu'ils pensent discriminatoire; ils recherchent l'application, pour l'année 1997-1998, des dispositions relatives à la reconnaissance de l'échelon d'expérience qui permettent une augmentation de la rémunération. Il nous semble que le juge Robert nous place devant une approche qui tient plus de la prestidigitation que de la logique doctrinale.

En ce qui a trait à la décision de la Cour suprême, la majorité est constituée des juges McLachlin, Iacobucci, Binnie, Major et Fish, alors que les juges Bastarache et Arbour sont dissidents. La majorité reprend l'approche du juge Robert relative à l'essence du litige : le litige « ne découle pas tant de la mise en œuvre de la convention collective que de la négociation ayant précédé sa signature »¹⁵⁶. Le jugement des juges majoritaires dissocie la négociation et les dispositions de la convention collective qui en résultent. Ceci semble avoir amené le juge McLachlin à omettre de citer la clause de la convention collective en question et à tronquer la citation de l'article 100 du

¹⁵⁴ *Université Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 113, par. 144.

¹⁵⁵ Le texte pertinent de l'article 134 est le suivant : « Commet une infraction : 1^o quiconque contrevient à l'un des articles 10 à 19 ou au premier alinéa de l'article 48 ».

¹⁵⁶ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur général)*, préc., note 33, par. 24.

Code du travail en coupant les termes qui montrent le caractère obligatoire de l'arbitrage. La partie omise indique ce qui doit être fait si les parties ne donnent pas suite à ce qui est prévu dans la convention collective ou si la convention est silencieuse : « [...] sinon il est déféré à un arbitre [...] ».

Le jugement de la majorité comprend de plus ce passage étonnant :

En l'espèce, le contexte factuel permet de conclure que le litige ne ressortit pas exclusivement à l'arbitre. Il ne découle pas tant de la mise en œuvre de la convention collective que de la négociation ayant précédé sa signature. Notre cour a reconnu qu'un litige découlant d'une entente préalable ou de la formation de la convention collective comme telle peut soulever des questions échappant à la compétence de l'arbitre : voir, par exemple, [...].¹⁵⁷ (notre soulignement)

Suivent les références à quatre arrêts. Aucun de ces arrêts n'a été rendu dans le cadre du droit québécois du travail. Deux ne sont pas de la Cour suprême du Canada mais sont cités avec approbation dans l'arrêt *Weber*. Le premier arrêt de la Cour suprême est *Goudie c. Ottawa (Ville)*¹⁵⁸. Le juge Binnie qui rend le jugement de la Cour commence par la phrase suivante :

Il est bien établi qu'un litige entre un employeur et un employé qui, dans son essence, découle de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution d'une convention collective ne doit pas être tranché par les tribunaux, mais plutôt par un arbitre conformément aux clauses d'arbitrage stipulées dans la convention collective.

La Cour a reconnu, dans l'affaire *Goudie*, que l'entente sur laquelle portait le litige de l'espèce était hors convention collective.

En ce qui a trait à l'arrêt *Weber*¹⁵⁹, la juge McLachlin réfère au paragraphe 52 dans lequel elle écrit ce qui suit au sujet de la détermination de la compétence :

Il arrive parfois que le moment où la demande est faite revête de l'importance, comme ce fut le cas dans *Wainwright c. Vancouver Shipyards Co.*, 1987 CanLII 166 (B.C. C.A.) (1987), 38 D.L.R. (4th) 760 (C.A., C.-B.) où on a conclu que la Cour était compétente à l'égard des contrats conclus avant l'adoption de la convention collective. Voir également

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ *Goudie c. Ottawa (Ville)*, (2003) 1 R.C.S. 141.

¹⁵⁹ *Weber c. Ontario Hydro*, (1995) 2 R.C.S. 929.

Johnston c. Dresser Industries Canada Ltd, reflex, (1990), 75 O.R. 2d 609 (C.A.). [...] Il s'agit dans chaque cas, de savoir si le litige, dans son essence, relève de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective.

Les deux arrêts cités sont ceux auxquels elle réfère au paragraphe 24.

Cette position de la Cour suprême de faire reposer la discrimination sur la négociation a été à juste titre critiquée. Dans un article mettant de l'avant un nouveau paradigme, la constitutionnalisation du droit du travail, Christian Brunelle, Michel Coutu et Gilles Trudeau écrivent :

Sans égard au caractère sibyllin sinon spécieux de la distinction proposée entre la phase de la négociation de la convention collective et celle de la mise en œuvre – l'une ou l'autre apparaissant le plus souvent indissociables – la solution retenue va dans le sens d'une *unification* des voies de recours [...].¹⁶⁰

En note de bas de page, les auteurs réfèrent à un article de Denis Nadeau qui « déplore avec raison “la nature artificielle”¹⁶¹ [...] et “la frontière extrêmement floue entre ces deux notions” »¹⁶².

Ils réfèrent également à un article de Gilles Trudeau qui écrit, en note de bas de page, après avoir exposé le raisonnement de la majorité :

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 ? [...].¹⁶³

¹⁶⁰ Christian BRUNELLE, Michel COUTU et Gilles TRUDEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme », dans Christian BRUNELLE (dir.), *La constitutionnalisation du droit du travail*, (2007) 48 *C.de D.* 5, p. 31.

¹⁶¹ Denis NADEAU, « L'arrêt *Morin* et le monopole de représentation des syndicats : assise d'une fragmentation », (2004) 64 *R. du B.* 161, 175.

¹⁶² *Id.*, p. 185.

¹⁶³ Gilles TRUDEAU, « L'arbitrage des griefs au Canada : plaidoyer pour une réforme devenue nécessaire », (2005) 84 *R. du B. can.* 249, 263.

Christian Brunelle, dans son étude de la mise en œuvre des droits et libertés en vertu de la *Charte québécoise*, dans un volume consacré au droit public et administratif, écrit ce qui suit en se référant à l'arrêt *Morin* :

[...] la jurisprudence invite à distinguer la phase précontractuelle, c'est le *processus de négociation* et d'*adoption* ou d'*insertion* et l'*application* de cette même clause d'autre part.

Cette distinction pourrait soulever des difficultés en pratique. En effet ce n'est pas tant la négociation collective que son résultat concret qui cause le plus souvent un préjudice à certains salariés. Or comme la clause intégrée à la convention collective est forcément le produit d'une négociation préalable, les phases successives de la négociation, puis de la mise en œuvre de la convention collective sont inextricablement liées [...].¹⁶⁴

Ces vives critiques importantes et justifiées doivent être complétées en qualifiant le raisonnement d'erreur de droit. Le raisonnement de la majorité quitte ici la réalité factuelle. Il n'y a pas de discrimination par l'effet d'un acte juridique tant que ce qui la cause n'existe pas juridiquement et, par conséquent, ne peut produire d'effet discriminatoire. C'est la seule interprétation qui peut être donnée aux articles 10 et 13 de la *Charte*. Il faut que la clause soit en vigueur pour qu'il y ait une stipulation qui a un effet discriminatoire. Le deuxième alinéa de l'article 10 est limpide : « Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire » le « droit à la reconnaissance et à l'exercice en pleine égalité des droits et libertés de la personne [...] ».

Quelques éléments de l'analyse nous font douter de la connaissance et de la sensibilisation des juges de la majorité¹⁶⁵ en ce qui a trait au droit du travail québécois : curieusement ils perçoivent l'arbitre de griefs comme ayant pour rôle d'entendre des griefs individuels; la compétence de l'arbitre est réduite : « [...] il est difficile de voir dans la plainte une question pouvant faire l'objet d'un grief régis par la convention collective, puisque les plaignants prétendent non pas que

¹⁶⁴ Christian BRUNELLE, « La mise en oeuvre des droits et libertés en vertu de la Charte québécoise », dans *Droit public et administratif*, vol. 7, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011-2012, à la page 104.

¹⁶⁵ Rappelons que la majorité est constituée des juges McLachlin, Iacobucci, Major, Binnie et Fish. Les juges Bastarache et Arbour sont dissidents.

la convention a été violée, mais bien qu'elle est discriminatoire »¹⁶⁶ (soulignement de la juge en chef). Au paragraphe suivant, la juge McLachlin affirme que « les 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 »¹⁶⁷. Enfin, elle prétend que « les syndicats locaux [...] n'ont pas participé à la négociation et à l'adoption de la clause contestée »¹⁶⁸. Nous avons, au sujet de l'opinion du juge Robert, traité de la compétence de l'arbitre de griefs. Nous avons maintenant l'intention d'analyser les trois autres aspects qui nous semblent mettre particulièrement en lumière les déficiences d'expertise en droit du travail québécois des juges de la majorité.

En ce qui a trait au rôle des arbitres de griefs qui serait d'entendre des griefs individuels, rien de mieux il nous semble que de référer à Rodrigue Blouin et Fernand Morin, tous deux professeurs d'université et arbitres de griefs au Québec, qui ont publié jusqu'à sa cinquième édition, en l'an 2000, un ouvrage prestigieux sur le droit de l'arbitrage de griefs. L'ouvrage vient d'être réédité avec la collaboration de Jean-Yves Brière et Jean-Pierre Villagi¹⁶⁹. Ces auteurs distinguent le grief individuel, le grief collectif et le grief de groupe. Le grief collectif « est au bénéfice de tous les membres de l'unité d'accréditation et il vise l'ensemble des salariés qui partagent le même intérêt juridique ». Le grief de groupe « permet à plusieurs salariés de procéder par voie d'un seul grief [...] ». Pour qu'un grief collectif ou de groupe puisse être valablement formulé, trois conditions s'imposent : il s'agit d'une même violation; les mêmes dispositions de la convention

¹⁶⁶ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur général)*, préc., note 33, par. 27. Pour prendre cette position, les juges majoritaires doivent nécessairement considérer comme non écrite la disposition de la convention collective qui reconnaît les droits des enseignantes et enseignants à l'exercice « en pleine égalité, des droits et libertés tels qu'ils sont affirmés dans la *Charte des droits et libertés de la personne* [...] », (14-3.02). N'ignorent-ils pas également l'arrêt *Parry Sound de leur Cour ? 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.

¹⁶⁷ *Id.*, par. 28.

¹⁶⁸ *Id.*, par. 29. La juge McLachlin commence son opinion en disant que, en 1997, « les syndicats des enseignants et le gouvernement du Québec ont apporté à une convention collective une modification prévoyant que l'expérience acquise par des enseignants [...] ». Par. 2.

¹⁶⁹ Fernand MORIN, Rodrigue BLOUIN, Jean-Yves BRIÈRE et Jean-Pierre VILLAGI, *Droit de l'arbitrage de grief*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012.

collective sont applicables à tous les salariés visés; la nature juridique de la réclamation doit être la même bien que le montant puisse varier d'un salarié à un autre »¹⁷⁰.

L'approche relative à l'intérêt opposé des plaignants et des syndicats est réductrice parce qu'elle ne tient pas compte du contexte. Certains syndicats s'étaient opposés à l'adoption de cette mesure; rappelons que lors du débat au Conseil fédéral, neuf syndicats ont inscrit leur dissidence. Lors du vote, en assemblée générale, les membres de sept syndicats n'avaient pas adopté à majorité l'hypothèse 2. Il est même notoire, au sein de la Fédération, que des syndicats soutenaient l'action de l'ADJEQ. Il faut être par ailleurs conscient que la Fédération et ses syndicats majoritaires étaient convaincus qu'ils avaient adopté la meilleure solution pour l'ensemble de leurs membres et même pour l'avenir de l'enseignement dans les commissions scolaires. Les syndicats qui n'avaient pas adopté l'hypothèse qui contenait le gel d'un nouvel échelon auraient pu déposer un grief. S'ils l'avaient fait d'une manière concertée, plusieurs procureures et procureurs prestigieux auraient pu plaider ce grief.

Il faut mettre ici également en lumière que depuis la décision importante de la Cour suprême dans « la classique affaire *Hoogendorn* »¹⁷¹, et l'introduction de ce principe à l'article 100.5 du *Code du travail* en 1977¹⁷², un membre de l'unité d'accréditation dont l'intérêt n'est pas défendu par le syndicat a le droit d'être entendu par l'arbitre et il peut même être représenté par son avocat¹⁷³. Nous constatons toutefois qu'il ne peut exiger le paiement des honoraires.

Nous croyons qu'il y a un fort argument à l'effet que, même un syndicat ayant voté en faveur de l'Accord et par conséquent de la nouvelle clause portant sur les gels d'échelons, comme le syndicat de Normand Morin, avait dans le cadre de son devoir de représentation l'obligation de soumettre le grief à l'arbitrage et de vérifier ainsi s'il avait adopté avec l'employeur une clause

¹⁷⁰ *Id.*, p. 175.

¹⁷¹ *Hoogendorn c. Greening Metal Products and Screening Company*, (1968) R.C.S. 30. L'expression « la classique affaire *Hoogendorn* » est des auteurs et arbitres Morin et Blouin : préc., note 169, p. 183.

¹⁷² « L'arbitre doit donner à l'association accréditée, à l'employeur et au salarié intéressé l'occasion d'être entendu », art. 100.5, 1^{er} alinéa. 1977, c. 41, art. 48. Voir à ce sujet l'ouvrage des auteurs Morin et Blouin : *id.*, p. 184.

¹⁷³ On trouvera une analyse éclairante de l'arrêt *Hoogendorn* dans une sentence arbitrale ontarienne : *Orilla Soldier's Hospital and O.N.A.*, (1933) 34 L.A.C. (4th) 315 (K.P. Swan). Voir sur le « droit d'intervention du salarié » l'ouvrage de Fernand Morin et Rodrigue Blouin : *id.*, p. 182-184.

discriminatoire en vertu de la Charte. L'article 47.2 du *Code du travail* mentionne expressément le devoir du syndicat de ne pas agir de manière discriminatoire envers ses membres. On peut comprendre toutefois que le syndicat qui n'avait eu aucune demande à cet effet de la part de Normand Morin ou d'un autre membre n'ait pas posé un tel geste.

Le plus étrange est toutefois la perception de la majorité de la formation que les syndicats n'ont pas participé à la négociation et à l'adoption de la clause contestée. Nous attribuons cette erreur en partie à un manque de connaissance des structures de la Fédération dont le Conseil fédéral est essentiellement une instance regroupant les présidentes et présidents de syndicats. Nous nous interrogeons toutefois si la cause n'est pas également un manque de connaissance ou de sensibilité au droit du travail et, en particulier, au droit du travail québécois. Il aurait été normal de présumer que la règle de l'article 20.3 du *Code du travail* à l'effet que la signature de toute convention collective, ce qui implique toute modification, doit être autorisée par vote majoritaire des membres de l'association accréditée au scrutin secret avait été observée.

Comme nous l'avons mentionné dans la première partie, dans l'affaire *Charrette*, dont la décision a été rendue le même jour que l'arrêt *Morin*, et qui a statué que la Commission des droits n'avait pas compétence à cause de la compétence exclusive de la Commission des affaires sociales, les juges Bennie et Fish expliquent les différences entre les deux dossiers qui fondent leur position dans la majorité :

Premièrement dans *Morin* nous avons statué qu'il est difficile de voir dans la plainte une question pouvant faire l'objet d'un grief régi par la convention collective » (par. 27, souligné dans l'original). Il ne fait aucun doute, en l'espèce, que la demande (de la plaignante) est régie par la *Loi sur la sécurité du revenu* et que la CAS a compétence à son égard. Deuxièmement (la plaignante) contrairement aux plaignants dans *Morin*, ne serait pas représentée par un syndicat dont « l'intérêt paraissait opposé à celui des plaignants » (par. 28). Troisièmement contrairement à l'arbitre en droit du travail dans *Morin*, la CAS a compétence à l'égard de toutes les parties à la plainte [...] concernant la décision de mettre fin au versement des prestations [...].¹⁷⁴

Au sujet de ce dernier argument, encore là, il nous semble passer à côté de la pratique concrète. Supposons que plusieurs syndicats réclament l'application de la convention collective en matière

¹⁷⁴ *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne, préc., note 38, par. 42.*

de reconnaissance des années d'expérience comme si la modification de l'Accord était « sans effet ». Comme les parties avaient désigné un arbitre en chef au paragraphe 9-2.03, dans le cadre de la fixation du rôle, les griefs auraient pu être confiés à un même arbitre. Si cet arbitre avait statué que la modification était sans effet pour cause de discrimination, la solution aurait nécessairement, à notre avis, été appliquée à l'ensemble des personnes touchées par le gel d'échelon de 1997-1998¹⁷⁵. La mention des noms des personnes présumément visées dans les griefs n'aurait pas été nécessaire. Nous ne nous prononçons pas ici en faveur ou contre cette solution. Nous n'écartons pas que l'absence de grief révèle un manque de confiance à l'égard du régime d'arbitrage pour trancher des questions de droits à l'égalité

Les motifs des juges Binnie et Fish nous permettent de saisir que ces deux juges se sont heurtés, dans l'affaire *Morin*, à leur incompréhension des effets et des possibilités de l'arbitrage des griefs dans le cadre de la négociation centralisée du secteur du personnel enseignant des commissions scolaires, ainsi qu'à une méfiance à l'égard des syndicats dont on a pas expliqué véritablement l'intérêt opposé surtout dans ce contexte tout à fait particulier d'une entente sur des mesures d'économie étatiques sous la menace d'une loi.

Ceci nous amène à faire le constat que constituant la majorité dans l'affaire *Charrette* à conclure à la compétence exclusive de la Commission des affaires sociales, même en l'absence de l'exercice d'un recours à cette commission par la plaignante, une sensibilité et une expertise en droit du travail québécois aurait pu les amener à se joindre à la dissidence des juges Bastarache et Arbour dans l'affaire *Morin*. Revenons sur les principaux éléments de cette opinion dissidente.

- Le modèle de la compétence exclusive de l'arbitre de grief permet d'atteindre l'objectif de la législation sur les relations de travail et correspond à l'intention législative :

[...] l'adoption du modèle de la compétence exclusive permet d'atteindre l'objectif du régime mis en place par les diverses lois sur les relations du travail au pays, soit le

¹⁷⁵ La juge Rousseau-Houle mentionne que les parties nationales peuvent intervenir dans tous les griefs si elles le jugent pertinent et qu'il est de pratique que des dossiers-types soient menés en arbitrage « afin de résoudre une question d'intérêt national ». Voir *Québec (Procureur général) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 32, par. 133. On notera la différence entre sa connaissance du régime des rapports collectifs du travail du secteur québécois des commissions scolaires et l'absence de cette connaissance que révèle le jugement de la majorité de la Cour suprême.

règlement rapide, économique, définitif et exécutoire des litiges à l'issue d'une procédure qui ne soit pas doublée ou minée par des actions concomitantes.

[...]

J'estime que le modèle de la compétence exclusive et, conséquemment, le critère de l'essence du litige sont ceux qui répondent le mieux à l'intention législative en l'espèce.¹⁷⁶ (nos soulignements)

- L'intention législative est de protéger l'intégralité du régime qui est pourvu d'un mécanisme « exclusif et global » de règlement des mécontentes :

L'adoption en l'espèce d'un modèle autre que celui de la compétence exclusive aurait pour effet de compromettre l'intégralité de ce régime et serait contraire à l'intention législative.¹⁷⁷

- L'essence du litige :

En ce qui a trait au contexte factuel du litige relatif au gel de l'échelon, les juges dissidents sont d'avis que « par son essence le litige porte sur la rémunération et la prise en compte de l'expérience acquise au cours de l'année scolaire 1996-1997 pour établir cette rémunération, des questions qui sont la base même du contrat et des conditions de travail ».

L'étonnante décision de lier l'existence de la discrimination à la négociation collective ne résiste pas à la logique des rapports entre les faits et le droit pour les juges Bastarache et Arbour : « [...] Ce sont les résultats et non les pourparlers qui sont attaqués [...] »¹⁷⁸.

- L'intégration des droits de la personne de la Charte dans la convention collective :

Il s'agit d'une question particulièrement importante pour les rapports entre les agents de l'ordre juridique étatique et les ordres juridiques nés des conventions collectives.

¹⁷⁶ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur général)*, préc., note 33, par. 44 et 46.

¹⁷⁷ *Id.*, par. 49-50.

¹⁷⁸ *Id.*, par. 64. Notons ici que dans son exposé des faits à l'origine du litige que nous avons cité, la juge McLachlin écrit : « Cette clause ne visait que les enseignants n'ayant pas encore atteint le sommet de l'échelle salariale, soit une minorité composée principalement de jeunes enseignants ayant peu d'expérience. Ces derniers se sont plaints du caractère discriminatoire de la clause [...] ». *Id.*, par. 2.

La majorité passe sous silence le fait que les parties à l'entente (convention collective) ont incorporés au paragraphe 14-3.02 la clause suivante :

La commission et le syndicat reconnaissent que toute enseignante ou tout enseignant a droit à l'exercice en pleine égalité, des droits et libertés tels qu'ils sont affirmés dans la *Charte des droits et libertés de la personne* (L.R.Q, c.C-12).

La commission convient expressément de respecter, dans ses gestes, attitudes et décisions, l'exercice par toute enseignante ou tout enseignant en pleine égalité, de ces droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence pouvant constituer une discrimination au sens de la Charte mentionnée à l'alinéa précédent.

En fait les parties écartent tout doute quant à leur volonté au sujet du respect des droits et libertés de la Charte. Ces droits et libertés seront intégrés à la gestion des relations de travail. Le juge Bastarache a bien compris que cette clause incorporait expressément à l'ordre juridique interne des relations du travail du personnel enseignant des commissions scolaires ces droits et libertés du personnel enseignant : « La question des droits de la personne n'est sûrement pas accessoire à la convention collective : ici, elle y est expressément incorporée »¹⁷⁹.

- L'objectif législatif relatif à l'arbitrage des griefs favorise le développement d'une culture des droits de la personne :

Le juge Bastarache met en lumière que la compétence de l'arbitre de griefs en matière de droits de la personne s'inscrit dans une politique législative féconde :

Rappelons que l'attribution à l'arbitre du pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne permet de promouvoir, tant au niveau des parties que de l'ensemble de la société, l'objectif fondamental de cette attribution, soit le règlement rapide, définitif et exécutoire des conflits de travail [...]. L'objectif législatif me semble favoriser le développement d'une culture générale de respect des droits de la personne dans tout le système administratif du Québec.¹⁸⁰ (notre soulignement)

L'inclusion de la clause 14-3.02 relative aux droits et libertés dans la convention collective s'inscrit, à notre avis, dans ce développement d'une culture des droits de la personne.

¹⁷⁹ *Id.*, par. 66.

¹⁸⁰ *Id.*, par. 68.

À l'aide de cet examen des décisions aux trois paliers, nous allons maintenant dégager des éléments d'analyse doctrinale. Sur cette base nous proposerons, comme nous l'avons prévu, une hypothèse relative aux rapports des régimes des rapports collectifs du travail et des droits et libertés de la personne.

b) *Éléments d'analyse doctrinale des décisions au sujet de la recevabilité et conclusion en forme d'hypothèses*

Rappelons que la Cour d'appel, dans son arrêt, met clairement en lumière que le Tribunal a erronément qualifié le fondement de la discrimination alléguée compte tenu des faits du cas dont elle était saisie :

À mon avis le Tribunal a tenté erronément de situer le débat au niveau de la négociation de l'Accord alors que la discrimination alléguée par la Commission résulte véritablement comme l'atteste la demande introductive d'instance, de l'application d'une clause de la convention collective.¹⁸¹

La source du préjudice allégué ne saurait être la négociation de l'Accord, mais l'effet de cette négociation concrétisé par la signature de l'accord et l'incorporation de la clause 6-4.01 D) dans chacune des conventions collectives liant les parties visées par la négociation.¹⁸²

La Cour suprême a repris cette position du Tribunal et considéré que la discrimination provenait de la négociation collective au lieu d'attribuer à la convention collective l'effet discriminatoire.

Comme nous l'avons suggéré, cette position initiée par le Tribunal des droits de la personne est erronée en droit et trahit les faits, plus précisément les décisions des parties à la négociation collective au sujet des gels d'échelon. Nous sommes d'avis qu'il est d'une importance centrale de clarifier cette question.

Du point de vue du droit, à notre avis, la Cour n'a pas rendu une décision compatible avec les dispositions de la *Charte québécoise* et sa décision n'est conforme à aucune interprétation que peut supporter le texte. La question de compétence qui lui était posée n'était pas relative aux

¹⁸¹ *Id.*, par. 89.

¹⁸² *Id.*, par. 94.

dispositions pénales de la Charte, mais relative au traitement de plaintes de discrimination dans le cadre de l'article 74 ou d'identifications de présumées victimes qui consentent au recours de la Commission des droits. Il est nécessaire, dans ce contexte, d'être en présence de discrimination, au sens de l'article 10, qui énonce « le droit à la reconnaissance et à l'exercice en pleine égalité des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée » sur un des motifs énumérés et bien connus. Dans ce cadre, le motif invoqué est l'âge et la distinction ou l'exclusion aurait pris sa source dans la clause de la convention collective établissant le gel d'échelon pour l'année 1996-1997. La troisième condition pour que la discrimination existe est énoncée au 2^e alinéa de l'article 10 : « Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit » (notre soulignement).

Il est donc incontournable qu'il n'y a pas de discrimination tant que l'effet discriminatoire ne s'est pas produit. En l'occurrence, le droit à l'égalité salariale établi par l'article 19 ou autre droit à l'égalité de la Charte touchant le salaire, ne pouvait être compromis avant que la clause de la convention collective modifiée pour établir un gel d'échelon en 1996-1997 ne prenne effet. Les juges avaient la responsabilité d'interpréter la volonté claire du législateur québécois.

La Cour suprême modifie la décision des parties en l'amputant de sa véritable portée. Rappelons l'exposé factuel de la juge McLachlin :

En 1997, les syndicats des enseignants et le gouvernement du Québec ont apporté à une convention collective une modification prévoyant que l'expérience acquise par des enseignants au cours de l'année scolaire 1996-1997 ne serait ni reconnue ni comptabilisée au titre de l'augmentation de traitement ou de l'ancienneté. Cette clause ne visait que les enseignants n'ayant pas encore atteint le sommet de l'échelle salariale, soit une minorité composée principalement de jeunes enseignants ayant peu d'expérience. Ces derniers se sont plaints du caractère discriminatoire de la clause, faisant valoir qu'elle leur accordait un traitement moins favorable qu'aux enseignants plus âgés et violait le droit à l'égalité garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12. (notre soulignement)

Le glissement se produit lorsque la juge en chef utilise les termes « cette clause » pour qualifier non pas une clause de la convention collective, mais un élément qu'elle isole. La clause dont on invoque l'effet discriminatoire dans l'introduction d'instance de la Commission des droits doit être tirée de l'opinion dissidente des juges Bastarache et Arbour puisque la majorité ne l'a même

pas cité : « 6-4.01 D) Malgré ce qui précède, l'expérience acquise en 1982-1983 et en 1996-1997 ne permet aucun avancement d'échelon ».

Cette clause interprétée dans son intégralité ne touche pas dans la continuité des relations du travail « une minorité composée principalement de jeunes enseignants » comme l'énonce la juge McLachlin.

La clause stipule un gel d'échelon en 1982-1983 et un autre en 1996-1997, chacun devant recevoir son application au cours des années postérieures, conformément au régime salarial. L'Accord est clair et incontestable.

Une hypothèse que nous croyons important de mettre de l'avant a été mise au jeu lorsque nous avons suggéré que la décision de la majorité, en Cour d'appel, et la dissidence comprenaient deux argumentations juridiquement logiques. Nous suggérions également que cette situation est possible parce que les deux régimes législatifs concurrents comprennent des éléments d'incompatibilité. La compréhension de cette situation doit à notre avis être cherchée dans la structuration des ordres juridiques et les problèmes de communication dûs à leur fermeture systémique. Le droit spécial des rapports collectifs du travail est confronté à un système législatif qui n'a pas pris en compte ses besoins. Un point de divergence entre le juge Robert et le jugement de la majorité est la position exprimée par la juge Rousseau-Houle à l'effet qu'on ne peut conclure que le législateur a voulu porter atteinte au régime des rapports collectifs du travail¹⁸³. Nous reviendrons sur les rapports des ordres juridiques et de leurs systèmes dans la

¹⁸³ *Québec (Procureur général) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 32, par. 116 et 117. Au sujet de l'atteinte au régime des rapports collectifs de travail que l'arrêt de la Cour suprême a eu pour effet, nous référons à l'analyse que le professeur Denis Nadeau a faite de la jurisprudence relative à des plaintes à la Commission des droits de personnes couvertes par des conventions collectives, dans sa présentation au Colloque du CRIMT sur la représentation syndicale. En voici un extrait : « [...] la Commission des droits de la personne devient pour les fins des plaintes dont elle est saisie, un nouvel "agent de négociation" tout en étant extérieure à la convention collective et ne représentant qu'une partie des salariés visés par l'accréditation, la Commission des droits peut conclure un règlement avec les parties ou, en cas de refus de négociation ou défaut d'entente, s'adresser à un tribunal. Bref, *de facto*, ce rôle accordé à la Commission par la Charte, renforcé implicitement par l'arrêt *Morin*, introduit une dérogation au caractère exclusif du monopole de représentation syndicale relatif à la négociation des conditions de travail des salariés couverts par une accréditation. Dans le cadre de plaintes de salariés syndiqués portées à la Commission, la représentation atypique et binaire qui en découle, si elle ne constitue pas le seul élément qui s'écarte des éléments caractérisant le régime de rapports collectifs du travail, s'avère une des manifestations les plus évidentes des transformations qui, sans bruit ni véritable

subdivision, mais posons les éléments de l'hypothèse fondée sur une approche réaliste provenant de l'observation d'un pluralisme intraétatique. Elle présuppose que le mythe de l'unité de l'ordre juridique étatique a été démasqué. Ce qu'il est convenu d'appeler la volonté du législateur si on suggère une volonté unique n'existe pas toujours. Les ressources mobilisées et les consultations pour la conception du droit spécial du travail et celles mobilisées par le ministère de la Justice pour les dispositions de la Charte appartiennent à des ordres internes différents qui ne communiquent pas nécessairement. Il est possible sinon probable que les rapports entre le régime d'arbitrage de griefs n'aient pas été sérieusement considérés et font l'objet d'un débat entre juristes spécialistes du droit du travail et spécialistes des droits de la personne. Si on se réfère aux phases de développement des systèmes d'autopoïèse mises de l'avant par Teubner, la Charte a atteint la deuxième phase de systématisation et certaines de ses composantes vivent d'une vie autonome. Il s'agit d'une phase dans laquelle « le droit ne réfléchit plus toujours d'une manière adéquate les besoins de la société. »¹⁸⁴. Nous y reviendrons comme nous l'avons mentionné dans le développement sur l'analyse systémique. La Charte ignore la réalité des griefs et de l'arbitrage; elle n'a pas reconnu et assimilé les rapports collectifs sinon dans la mesure de son intégration de la *Loi sur la discrimination dans l'emploi* pour réprimer la discrimination. Le langage de l'article 77 est significatif; la *Charte* ne connaît, dans son idéologie personnaliste individualiste que les recours exercés personnellement¹⁸⁵. Cette dysfonction est un facteur important qui nous place devant le constat d'échec que fait Bernard Adell et qu'il qualifie de crise grave, échec dans la construction de structures en mesure de régir le mélange complexe de droits collectifs et de droits individuels que portent les rapports collectifs du travail.

Il s'agit d'un premier facteur qui peut expliquer les divergences entre le jugement de la majorité en Cour d'appel et la première argumentation de la dissidence.

débat minent graduellement les assises du monopole de représentation syndicale ». En note de bas de page, les éléments qui s'écarte du régime des rapports collectifs du travail sont énumérés : « le caractère intangible d'une convention collective pendant sa durée, la période légale de négociations, l'interdiction pour l'employeur de négocier des conditions de travail avec tout autre interlocuteur que l'association accréditée ». Denis NADEAU, « Monopole de représentation syndicale et droits individuels des salariés : l'incontournable défi de la diversité », (2012) 53 *Les Cahiers de Droit* 139. Voir p. 149.

¹⁸⁴ Voir p. 95-96.

¹⁸⁵ Notons qu'elle réfère « aux recours prévus aux articles 49 et 80 » qui ne prévoient pas de recours (notre soulignement).

Le jugement de la majorité en Cour suprême et la divergence avec l'approche de la dissidence réside toutefois principalement dans un autre problème systémique des ordres juridiques.

La difficulté que la Cour peut avoir à interpréter le droit statutaire d'une juridiction provinciale est exacerbée lorsqu'il s'agit d'un droit spécial comme le droit des rapports collectifs du travail. En l'absence d'un juge spécialiste du droit du travail, influencé par la jurisprudence de leur cour qui a rendu des décisions pour des cas régis par plusieurs ordres juridiques provinciaux différents et par des interventions d'institutions externes au droit qu'ils ont à interpréter et appliquer, le risque peut être important de s'éloigner sérieusement du droit réel et de ne pas ainsi en assurer la primauté.

Qu'est-ce qui peut avoir amené la Cour suprême à concevoir le jugement de l'arrêt *Morin* ?

Notons qu'aucun véritable expert du droit du travail ne faisait partie de la formation en Cour suprême. Le juge LeBel ne pouvait évidemment y siéger alors que des avocats de l'étude au sein de laquelle il avait pratiqué pendant de nombreuses années représentaient la CSQ et la FSE.

Il n'y avait aucun expert de la *Charte québécoise* qui comporte également des aspects très spécifiques. Comme nous l'avons mentionné, en Cour suprême, les interventions externes sont fréquentes. En l'occurrence, deux prestigieuses commissions des droits sont intervenues : la Commission canadienne des droits de la personne et la Commission ontarienne des droits de la personne¹⁸⁶.

L'intervention de la Commission canadienne des droits de la personne¹⁸⁷ illustre bien le type de dérive qui peut s'infiltrer dans le débat. Dès le départ, les dispositions relatives à la concurrence juridictionnelle dans l'ordre canadien et dans l'ordre québécois sont considérées avoir la même portée. Les dispositions relatives à l'arbitrage obligatoire du *Code du travail* du Québec (art. 100) et du *Code canadien du travail* (art. 57) sont également considérées au même effet. Ces affirmations sont faites sans analyse très approfondie, mais viennent soutenir un discours

¹⁸⁶ En plus de ces deux commissions, la CSN, la FTQ et le Syndicat canadien de la fonction publique sont intervenus.

¹⁸⁷ *Mémoire de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, 2003.

évidemment favorable à la position de la Commission des droits de la personne du Québec. La mise à l'écart ou la reformulation de l'analyse de l'arrêt *Weber* qui a marqué une étape importante dans la construction de l'autonomie collective en relations du travail est fortement recommandée, position que le jugement de la majorité va intégrer à ses motifs.

Si la question de la recevabilité était importante, le cœur du litige demeurerait évidemment la question de la discrimination. La clause attaquée par la Commission était-elle discriminatoire en vertu de la Charte ? Si le caractère discriminatoire en vertu de la Charte ne pouvait être démontré, était-ce possible d'arriver à cette conclusion au stade de l'enquête ?

4. Gel des échelons et norme d'égalité de la *Charte des droits et libertés de la personne* et du *Code du travail*

Dans cette subdivision, nous allons analyser dans un premier temps la question de la discrimination fondée sur l'âge alléguée par la Commission des droits (a); nous examinerons ensuite la question du devoir de représentation des organisations syndicales (b).

a) *Était-il possible de démontrer le caractère discriminatoire du gel d'échelon de 1996-1997 en vertu de la Charte ?*

Afin de répondre à cette question, nous allons étudier l'effet de l'article 6 de l'Accord invoqué comme cause de discrimination (i) et la possibilité d'une preuve statistique (ii).

i) Effet de la clause

Mentionnons d'abord qu'il nous apparaît indéniable qu'il y a un rapport entre l'expérience comme critère de rémunération et l'âge. Il se fonde sur une réalité statistiquement vérifiable. La Cour d'appel, sous la plume de la juge Marie-France Bich, a commenté au sujet de la rémunération des pompiers de Ville de Laval, le rapport entre l'ancienneté et l'âge. Il y a des différences entre l'ancienneté et l'expérience mais aussi d'importantes similitudes. Ayant à décider d'une question d'échelles salariales différentes quant à l'acquisition de l'ancienneté selon la date d'embauche, la juge Bich mentionnait « la difficulté intrinsèque de fixer les contours d'une distinction potentiellement fluctuante (puisque'elle n'est pas fondée sur un âge

précis et peut varier selon la conjoncture et les caractéristiques de l'embauche »¹⁸⁸ (notre soulignement). Elle exposait clairement par ailleurs le rapport des disparités salariales fondées sur l'âge et la date d'embauche en commentant les articles 87.1 à 87.3 de la *Loi sur les normes du travail* (section intitulée *Disparité de traitements*) adoptée en 1999¹⁸⁹ :

L'histoire législative des articles 87.1 à 87.3 *L.n.t.* et les travaux qui en précèdent l'adoption montrent sans équivoque que le législateur entend prohiber les clauses de disparité salariale principalement en raison de leur effet discriminatoire sur les catégories de salariés plus jeunes. À l'époque, la question des clauses « orphelin » est l'objet d'un débat vigoureux et de revendications qui ne le sont pas moins, revendications soutenues par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, qui voit dans les disparités salariales fondées sur la date d'embauche une forme de discrimination indirecte fréquemment (quoique pas exclusivement) fondée sur l'âge.¹⁹⁰ (notre soulignement)

Et plus loin :

En prohibant en principe la disparité fondée sur la date d'embauche, l'article 87.1 se trouve à bannir des disparités qui affectent les jeunes salariés de manière disproportionnée, ce dont le législateur est conscient et qu'il cherche à éliminer en s'attaquant précisément au moyen par lequel s'instaure la distinction fondée sur l'âge. Ce n'est donc pas parce qu'il n'emploie pas le terme « âge » ou ne renvoie pas à un âge précis que l'article 87.1 est sans rapport avec les distinctions fondées sur l'âge, au contraire. Cela dit la prohibition qu'édicte cette disposition n'est pas absolue.¹⁹¹

Soulignons ici que l'article 87.1 ne prohibe pas les disparités fondées sur la date d'embauche, mais celles fondées « exclusivement sur la date d'embauche », le terme exclusivement permettant d'éviter les dérives pouvant être provoquées par la « distinction potentiellement fluctuante ».

Revenons au cas de la clause des gels d'échelon. L'échelle salariale du personnel enseignant des commissions scolaires, lorsque la clause de gel d'échelon a été imposée et lorsque la clause a été modifiée en 1997, comprenait 15 échelons. La reconnaissance de 14 années d'expérience en

¹⁸⁸ *Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 2041 (CanLII), par. 39.

¹⁸⁹ 1999, c. 85, a. 2 modifiant la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1.

¹⁹⁰ *Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 188, par. 68.

¹⁹¹ *Id.*, par.70.

vertu des normes prévues dans la convention collective permettait d'accéder au 15^e échelon. Ceux qui y accédaient n'avaient plus d'augmentation de salaire pour leurs autres années d'expérience acquises.

Notons d'abord que si peu d'enseignantes et d'enseignants qui avaient subi les effets du gel de 1982-1983, étaient touchés par le gel de 1996-1997, parmi les personnes qui étaient atteintes par le deuxième gel, il y avait une diversité sur le plan de l'âge qui illustre bien la difficulté intrinsèque qu'identifiait la juge Bich « de fixer les contours d'une distinction potentiellement fluctuante (puisqu'elle n'est pas fondée sur un âge précis et peut varier selon la conjoncture et les caractéristiques de l'embauche) ». Puisque dans le cas du gel d'échelon, il n'est pas question d'ancienneté mais d'expérience, ajoutons que la variation peut également, comme nous l'avons mentionné, provenir de règles complexes d'acquisition de l'expérience prévues dans la convention collective¹⁹². Un bref examen des données relatives aux « enseignants temps plein et temps partiel selon les échelons par strates d'âge » en 1996-1997¹⁹³ permet de constater les éléments suivants :

Parmi les personnes touchées, on trouvait :

- 40 personnes âgées de 60 ans et plus;
- 1 144 âgées de 50 ans et plus;

¹⁹² Citons à titre d'exemple le paragraphe 6-4.03 de la convention collective 1995-1998 : « Le temps d'enseignement dans une institution d'enseignement du Québec reconnue par le Ministère ou dans une institution d'enseignement sous autorité gouvernementale hors du Québec comme enseignante ou enseignant à temps partiel, comme enseignante ou enseignant à la leçon ou comme suppléante ou suppléant occasionnel est reconnu et peut être accumulé pour constituer une année d'expérience. Le nombre de jours d'enseignement requis pour constituer une année d'expérience est l'équivalent de quatre-vingt-dix (90) jours comme enseignante ou enseignant à temps plein, mais elle ou il ne peut commencer l'accumulation de jours pour constituer une nouvelle année d'expérience sans avoir complété cent trente-cinq (135) jours (voir annexe XVII) ». L'annexe XVII comprend des formules et des équivalences sous forme de tableaux. Comme il s'agit d'une page complète, on nous permettra de ne pas la citer. Voir aussi entre autres le paragraphe 6-4.05 comprenant des formules mathématiques pour calculer l'expérience en matière de suppléance et d'enseignement à la leçon. *Entente intervenue entre le Comité patronal de négociation pour les commissions scolaires pour catholiques, les commissions scolaires confessionnelles catholiques et les commissions scolaires dissidentes pour catholiques (CPNCC) et la Centrale de l'enseignement du Québec (CEQ) pour le compte des syndicats d'enseignantes et d'enseignants qu'elle représente 1995-1998*, préc., note 7.

¹⁹³ Extraction de la base de données Perco II.

- 5 913 âgées de 40 ans et plus.

Le nombre de personnes touchées de 40 ans et plus étaient donc de 7 097.

- Le total des personnes qui subissaient les effets de ce gel était de 27 861¹⁹⁴.
- Environ 25 % de ceux qui subissaient ce gel avaient 40 ans et plus.

La clause (6-4.01) en question avait un effet limité dans le temps. En vertu de l'article 14-12.01, l'entente modifiée par l'Accord se terminait le 30 juin 1998 et une négociation était en perspective qui pourrait, celle-là, être conduite en vertu du Régime de négociation en vigueur.

Par ailleurs le paragraphe d) de la clause 6-4.01 relatif au gel de 1982-1983 avait été introduit par décret en vertu d'une loi spéciale adoptée en décembre 1982, proposée par Yves Bérubé, ministre et président du Conseil du trésor, la *Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public* (Projet de loi 105)¹⁹⁵.

Lorsque le gel de 1996-1997 a été introduit dans la clause, le gel de 1982 avait produit ses effets pour les enseignantes et enseignants qui, étant au premier échelon, en 1982-1983, avaient gravi successivement tous les échelons. Ainsi la personne couverte par la convention collective qui était la plus défavorisée, celle qui aurait acquis sa première année d'expérience l'année du gel, était au quinzième échelon en 1996-1997 si elle avait gravi successivement tous les échelons; si elle avait acquis à chaque année l'expérience nécessaire, elle n'était pas touchée par le second gel.

Il est facile de constater que l'enseignante ou l'enseignant qui était, lors du gel, à l'échelon quatorze subissait un préjudice moindre que celui qui était au premier à cause du nombre d'années de réduction salariale de ce dernier.

Deux groupes étaient épargnés par la clause :

¹⁹⁴ Ceci nous permet de constater que les 13 400 consentements à des demandes de compensation ne représentaient pas la moitié des personnes qui subissaient la clause dont on demandait qu'elle soit déclarée sans effet.

¹⁹⁵ L.Q. 1982, c. 35.

- les enseignantes et enseignants qui étaient déjà au quinzième échelon en 1982-1983 et qui avaient par conséquent au moins quatorze années d'enseignement étaient à l'abri des deux années de gel;
- celles et ceux qui devenaient couverts par l'échelle salariale après la deuxième année de gel, 1996-1997; c'était le cas de l'enseignante ou l'enseignant qui débutait sa pratique en 1997-1998 et les années suivantes.

Il s'agissait donc globalement des plus anciens et des nouveaux. En ce qui a trait aux nouveaux qui arrivaient en 1997, à cause en particulier des prises de retraite favorisées par le programme de départ négocié au palier de la Centrale (CSQ) et selon les données provisoires disponibles le 30 septembre 1997¹⁹⁶, il s'agissait de 12 280 personnes, 8 733 à temps plein et 3 547 à temps partiel dont 7 930 venaient de l'extérieur du réseau¹⁹⁷. De ceux qui venaient de l'extérieur du réseau, 4 600 étaient engagés à temps plein. Le recrutement externe permettait d'engager 3 825 femmes contre 775 hommes; le recrutement interne, 3 364 femmes contre 769 hommes. On peut donc constater que l'année après le gel, en 1997-1998, une partie importante du groupe des jeunes enseignantes et enseignants, principalement des femmes, étaient épargnés par le gel d'échelon, alors que leurs collègues à l'emploi des commissions scolaires, pour une période s'étendant sur dix-huit ans (1982-1983 à 1999-2000) en subissaient les effets¹⁹⁸. Le nombre des jeunes épargnés a évidemment augmenté avec les années.

Les diminutions de rémunération produites par cette clause sont extrêmement variables quantitativement. Elles touchent les personnes avec des intensités différentes. Elles ne sont pas indirectement fondées sur l'âge ou plutôt à tout le moins la deuxième ne peut être considérée

¹⁹⁶ MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION (DIRECTION GÉNÉRALE DES RELATIONS DU TRAVAIL), « Mouvements de main-d'œuvre dans le réseau des commissions scolaires ». En annexe de *L'Expertise en rémunération* : G. MORNEAU, préc., note 61.

¹⁹⁷ Aucun lien d'emploi avec le réseau des commissions scolaires en 1996-1997.

¹⁹⁸ Ainsi, à l'échelon 1, il y avait en 1996-1997, 2 456 enseignantes et enseignants qui étaient évidemment frappés par le gel; ils se retrouvaient donc l'année suivante à l'échelon 1 avec 5 284 nouvelles personnes. Se sont ajoutés, en 1998-1999, 3 365 personnes et en 1998-1999, 3042. *Personnel des commissions scolaires des années 1996-1997 à 1999-2000. Selon l'échelon d'expérience, le nombre d'enseignants par statut d'engagement...* (enseignants réguliers temps plein et temps partiel), DGRT, Tableau 7.3, 27 octobre 2004.

comme fondée sur l'âge; elle prend en quelque sorte le relais de la première et leur caractère inséparable est marqué par leur inclusion dans une même disposition. Les distinctions s'étendent sur une période de temps qui représente presque la moitié d'une carrière complète dans l'enseignement¹⁹⁹ et touchent évidemment une grande variété de personnes sur le plan de l'âge. Une telle extension de la notion de « jeunes enseignants » était inacceptable.

La situation du personnel enseignant dans la première partie de carrière professionnelle était différente de celle du personnel avancé en expérience. Il s'agit d'une caractéristique de nature professionnelle et non pas une différence fondée sur l'âge.

Il nous apparaît qu'il était extrêmement difficile sinon impossible de démontrer que les distinctions, établies par la clause du gel d'échelon modifiée, étaient fondées sur l'âge.

Une preuve statistique était également difficilement envisageable.

ii) Une preuve statistique ?

Béatrice Vizkelety écrit : « [...] the purpose of statistical evidence will be to make out a *prima facie* case of evidence or to rebut it »²⁰⁰. La preuve statistique doit démontrer un écart significatif²⁰¹.

Pour développer une preuve statistique, il faudrait établir un groupe cible. L'expertise de Madeleine Gauthier concluait : « [...] l'âge modal des diverses transitions qui ponctuent le processus à travers lequel se construit l'autonomie qui caractérise l'âge adulte ne pourrait s'appliquer qu'à une partie des enseignantes et enseignants qui sont partie au litige, soit ceux de moins de trente ans ». Dans le cas des pompiers de Ville de Laval, le Tribunal a accepté de limiter le groupe des jeunes à 35 ans, conformément à l'étude statistique produite par la Commission. Il nous semble qu'il est difficile de dire qu'après dix ou douze ans de pratique

¹⁹⁹ En vertu du régime des employés du gouvernement et des organismes publics, l'âge normal pour recevoir la pension est 65 ans, mais une personne âgée de 60 ans peut la recevoir si elle a 35 années de service. *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, L.R.Q. c. 10, art. 33.

²⁰⁰ Voir à ce sujet : Béatrice VIZKELETY, *Proving discrimination in Canada*, Toronto, Carswell, 1987, p. 176.

²⁰¹ *Id.*, p. 190-192.

professionnelle à partir d'un âge normal d'engagement, une personne peut encore être qualifiée de jeune. Le groupe retenu par le Tribunal semble adéquat pour une preuve statistique applicable à la situation du personnel enseignant de commissions scolaires. Il faudrait toutefois comparer trois groupes d'âge pour éclairer vraiment la situation : 20 à 35 ans; 36 à 50 ans; 51 ans et plus.

Reprenons ici le constat de l'*Expertise en rémunération* de Guy Morneau au sujet du groupe qui a subi les effets du premier gel d'échelon par rapport au groupe qui a subi les effets du deuxième :

Une étude scientifique des écarts de revenu entre ces deux catégories d'enseignants risquerait de démontrer que s'il existe un écart significatif, c'est bien les enseignants qui ont connu le gel de l'échelon en 1982 qui l'ont davantage subi compte tenu de l'effet récurrent annuel de ce gel jusqu'à ce que l'enseignant atteigne le maximum de son échelle. Quand on analyse une problématique, encore faut-il le faire adéquatement [...] (notre soulignement)

Nous sommes portés à penser que le terme « risquerait » est un euphémisme. Le résultat de l'étude statistique des trois groupes peut être présumé. Le groupe le plus défavorisé serait celui des 35 à 50 ans qui comprenait la plus grande partie des personnes qui ont subi des diminutions de revenus à répétition durant plusieurs années. Rappelons aussi qu'à la fin de l'année 1999-2000, dernière année d'application du gel d'échelon, un nombre important de nouveaux enseignants serait venu grossir le groupe des 20 à 35 ans et que le grand nombre de nouvelles enseignantes et de nouveaux enseignants qui se seraient ajoutés n'aurait pas été touché. Il nous apparaît certain que la démonstration d'aucun écart significatif est possible pour asseoir une preuve statistique de discrimination envers un groupe cible de jeunes enseignantes et enseignants. Les éléments d'analyse statistique mettent plutôt en lumière l'absence de discrimination envers les jeunes enseignantes et enseignants. Le constat est toutefois plus percutant : le groupe des « plus jeunes enseignants » pour reprendre les termes retenus par la Commission est favorisé par la solution retenue par l'Accord. Ils auraient subi les effets d'une baisse généralisée des salaires. Voilà que ces jeunes enseignantes et enseignants qui n'étaient pas là au moment du vote profitent d'une distinction positive qui produit un avantage et non un préjudice.

Nous comprenons pourquoi la Commission avant de cesser d'agir a avoué des problèmes de preuve aux plaignants.

b) Gel d'échelon et devoir de juste représentation

La finalité principale du devoir de représentation prend sa source dans le monopole de représentation syndicale, outil extrêmement important pour assurer une représentation syndicale effective²⁰².

Comme le mentionne le professeur Christian Brunelle, en se référant à de nombreuses sources, « (T)ant la jurisprudence que la doctrine semblent unanimes à voir dans ce monopole l'assise même du devoir de juste représentation »²⁰³.

Le devoir de représentation a la mission essentielle d'assurer l'articulation entre les droits collectifs nécessaires à la promotion des intérêts du groupe et les droits individuels. Au cœur de ces droits individuels, se trouve le droit de la personne à l'égalité que le devoir de représentation a la mission d'assurer.

Nous débuterons ce développement par un examen de l'attitude que doit adopter un organisme ou un tribunal qui doit examiner la pratique d'une organisation syndicale (i). Nous analyserons ensuite le devoir de ne pas agir de manière discriminatoire (ii).

²⁰² Christian BRUNELLE, « Le système québécois de représentation au travail : une seule voix contre l'injustice, une seule voie vers la justice », (2012) 53 *Les Cahiers de droit* 133. Voir p. 133 : Christian Brunelle cite le juge Dickson : le *Code du travail* du Québec cherche à « insuffler du droit dans une relation de commande et de subordination » (notre soulignement), dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, (1989) 1 R.C.S.1038, 1052.

Le professeur Christian Brunelle introduisait, dans cet article, deux textes présentés lors du Colloque international « Les systèmes de représentation au travail : à la mesure des réalités contemporaines ? » organisé par le Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT) qui s'est déroulé du 16 au 18 juin 2010 à l'Université Laval. L'Université Laval a été l'hôte de ce colloque qui a réuni plus de 350 participants venant d'une douzaine de pays, pour souligner les 75 ans de la *Loi Wagner* « qui allait changer radicalement les relations du travail en Amérique du nord ». *Id.*, p. 133-134.

Rappelons que nos éléments d'analyse historique à ce sujet montrent que la *Loi Wagner* a été le fruit des luttes syndicales et de la réflexion approfondie du Sénateur Wagner et de son équipe sur l'état du droit des rapports collectifs du travail étatsuniens en vigueur, dans le contexte social et économique. Voir p. 253 sous la rubrique *Modification profonde de la négociation collective aux États-Unis*.

²⁰³ Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2001. Voir note 482, à la p. 92.

i) Prudence nécessaire dans l'examen des pratiques syndicales

Dans l'exercice de la surveillance du devoir de juste représentation, la Commission des relations du travail adopte une attitude de « prudence, de déférence et de grande retenue » comme le souligne la commissaire Susan Heap²⁰⁴ en se fondant sur la décision *Gaudreau c. Association des juristes de l'État*²⁰⁵. Dans cette dernière décision, le commissaire Robert Côté, alors vice-président de la Commission, accomplit une étude de la portée du contrôle de la Commission sur le devoir de juste représentation. Il rappelle la jurisprudence des tribunaux de droit commun à l'effet que « s'il doit être reconnu une certaine discrétion dans la décision de formuler un grief à l'encontre d'un renvoi ou d'une mesure disciplinaire et dans celle de porter ou non ce grief à l'arbitrage, cette discrétion est encore plus grande lorsqu'il s'agit d'analyser l'obligation de représentation du syndicat à l'étape de la négociation d'une convention collective ». Il poursuit ainsi :

En effet le syndicat exerce alors ses responsabilités en tenant compte de l'ensemble des membres de l'unité de négociation qu'il représente et cette obligation doit nécessairement s'évaluer en tenant compte du cadre dynamique, complexe et parfois conflictuel du rapport de force qui existe en relations du travail entre le syndicat et l'employeur.²⁰⁶

On pourra constater à la lecture des motifs du juge LeBel qui rend le jugement de la Cour dans l'arrêt *Tremblay*, que la Cour suprême prend en sérieuse considération la réalité de la négociation

²⁰⁴ *Lussier c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP, 301)*, 2010 QCCRT 0462, par. 40 et 59.

²⁰⁵ 2005 QCCRT 0357, par 49-61.

²⁰⁶ *Id.*, par. 52-53. Le commissaire Côté réfère aux décisions *Corbeil c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu (CSN)*, (2004) R.J.Q. 1623 (C.S.) et à l'arrêt *Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels-les de bureau, section locale 527*, (2002) 2 R.C.S. 627. Dans l'affaire *Corbeil*, la juge Marie St-Pierre met en exergue de son jugement un extrait de la déclaration de principes de la CSN qui exprime avec vigueur et clarté le rôle essentiel du syndicalisme pour les « travailleurs » : « Le mouvement syndical est né de la volonté des travailleurs de devenir Maîtres de leur destin personnel et collectif et de transformer leurs conditions de travail et de vie. La prise de conscience de l'action solidaire qu'ils peuvent exercer par leur syndicat constitue pour les travailleurs le moyen par excellence de défendre et de promouvoir leurs droits et leurs intérêts légitimes et de réaliser l'avènement d'une société entièrement humaine ». *Corbeil c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu*, 2004 CanLII 32123 (QC CS), (2004) RJQ 1623.

collective. Les termes « cadre dynamique, complexe et conflictuel » sont d'ailleurs tirés des motifs de cet arrêt²⁰⁷.

L'attitude de prudence qui prend en compte les conditions de la pratique syndicale (ce qui implique la connaissance) est nécessaire pour tous les organismes ou tribunaux qui sont saisis de questions relatives à la négociation collective y compris la Commission des droits de la personne, le Tribunal des droits de la personne, la Commission des normes du travail, la Cour du Québec et les cours supérieures, le cas échéant. Les mêmes motifs fondent cette approche. Ceci n'implique aucunement, en soi, permissivité ou complaisance en ce qui a trait à une mise en œuvre de normes adéquates relatives à l'égalité, mais nécessite une sensibilité à la réalité concrète de la négociation.

Nous ne sommes pas d'accord avec l'approche de la Cour d'appel dans l'arrêt *Université Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* : « En cas de violation des obligations découlant de la Charte, une association accréditée ne jouit pas de la retenue qui lui est accordée lors de sa conduite en marge de son obligation de juste représentation consacrée au *Code du travail* »²⁰⁸.

Compte tenu des motifs qui justifient l'attitude de prudence et de retenue, nous nous étonnons que la Cour d'appel confirme un double standard qu'un approfondissement de l'analyse aurait permis d'éviter. Rappelons que la norme d'égalité de la Charte et celle du devoir de représentation du *Code du travail* sont imbriquées l'une dans l'autre, la mention de l'agir discriminatoire de l'article 47.2 renvoyant nécessairement aux dispositions de la Charte. Cette réalité était bien mise en lumière dans l'étude de Michel Coutu, *Les organisations syndicales et la discrimination*, publiée par la Commission des droits en 1984²⁰⁹. Il importe que les cours supérieures assurent ou donnent l'exemple d'une approche de prudence et de déférence face à la

²⁰⁷ Tremblay, c. *Syndicat des employées et employés professionnels-les de bureau, section locale 527*, *id.*, par. 23.

²⁰⁸ *Université Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, (2005) R.J.Q. 347, 2005 QCCA 27.

²⁰⁹ Michel COUTU et Madeleine CARON, *Les organisations syndicales face à la discrimination : responsabilité et devoir de représentation*, Montréal, Commission des droits de la personne du Québec, 1984, p. 38.

négociation et qu'elles requièrent la mise en œuvre de la norme d'égalité avec la même rigueur des instances du travail, de la Commission des droits de la personne et du Tribunal des droits de la personne.

ii) Le devoir de ne pas agir de manière discriminatoire

Quelle est la portée de ce devoir ?

Soulignons d'abord qu'il est indéniable que la portée de ce devoir syndical ne se limite pas au cadre étroit qu'impose, à l'article 10 de la *Charte québécoise*, la liste fermée des motifs. Dans son article précité, Jean-Denis Gagnon le met clairement en lumière²¹⁰.

Diane Veilleux a tracé, en 1993, un cadre d'analyse des obligations sous-jacentes du devoir de représentation. Le texte introductif de cet article mentionnait qu'il avait pour objet « de démontrer la portée différente » de chacune des prohibitions²¹¹.

En ce qui a trait à la discrimination, après avoir traité des obligations du syndicat en vertu de la *Charte québécoise*, Diane Veilleux écrit ce qui suit :

Le syndicat accrédité ne peut distinguer non plus les avantages ou les droits des salariés en se fondant sur des critères inéquitables. Cependant la jurisprudence et la doctrine reconnaissent généralement que le syndicat accrédité peut établir dans la convention collective, sans qu'il y ait discrimination, des distinctions fondées sur les catégories d'emploi, les statuts d'emploi, la formation des salariés et l'ancienneté. Néanmoins, lorsque le syndicat modifie au détriment de la minorité des droits reconnus dans la convention collective, il devrait être en mesure de justifier raisonnablement son choix. Lors de l'application de la convention collective, le syndicat accrédité doit accorder un traitement équitable à tous les salariés de l'unité de négociation [...].²¹² (notre soulignement)

Cet encadrement du devoir nous apparaît être sur la piste de la rigueur nécessaire. Poursuivons l'analyse.

²¹⁰ Jean-Denis GAGNON, « Le devoir de représentation des salariés en droit canadien et québécois », (1981) 41 *R.du B.* 639. Voir à ce sujet, le cahier publié par la Commission des droits, rédigé par Michel Coutu : *id.*, p. 38.

²¹¹ Diane VEILLEUX, « Le devoir de représentation syndicale. Cadre d'analyse des obligations sous-jacentes », (1993) 48 *Relations industrielles* 661, 661.

²¹² *Id.*, p. 681-682. Voir la jurisprudence citée.

Cependant se référant à l'arrêt unanime de la Cour suprême *Noël c. Société de la Baie James* et reprenant les termes même du juge LeBel, Adelle Blackett et Maude Choko, dans le *JurisClasseur*, mettent en lumière que les actes discriminatoires « comprennent toutes les tentatives de défavoriser un individu ou un groupe sans que le contexte des relations de travail dans l'entreprise ne le justifie »²¹³. Les auteurs ajoutent que « la conduite discriminatoire est voisine de celle de la mauvaise foi; elle requiert [...] la preuve d'un comportement vexatoire, impliquant l'analyse des motifs d'action du syndicat dans l'évaluation de son devoir »²¹⁴.

Les auteurs du volume *Le droit des rapports collectifs du travail au Québec* mettent également en lumière que la discrimination visée par cette disposition « a un sens beaucoup plus large que celui retenu par la *Charte des droits et libertés de la personne* »²¹⁵. Ils mettent de l'avant l'approche tirée de l'arrêt *Noël* à l'effet que « la conduite discriminatoire requiert [...] la preuve d'un comportement vexatoire et implique l'analyse des motifs d'action du syndicat dans l'évaluation de son devoir ».

²¹³ Adèle BLACKETT et Maude CHOKO, « Effets de l'accréditation », dans Guylaine VALLÉE et Katherine LIPPEL (dir.), *Rapports individuels et collectifs du travail*, fasc. 13, Jurisclasseur Québec, coll. « Droit du travail », Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, p. 13/44. Noël c. Société d'énergie de la Baie James, (2001) 2 R.C.S. 207, par. 49; au paragraphe 52, la Cour ajoute : « Mauvaise foi et discrimination impliquent toutes deux un comportement vexatoire de la part du syndicat. L'analyse se concentre alors sur les motifs de l'action syndicale [...] ».

Dans une affaire impliquant le Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP, 301), la Commission des relations du travail rend une décision, dans le cadre de l'article 47.2 du *Code du travail*, qui applique largement la norme d'égalité de la *Charte des droits et libertés*. Cependant la Commission réduit ce principe à l'effet que c'est seulement quand « le contexte des relations de travail dans l'entreprise [...] le justifie » que des distinctions ou des exclusions ou préférences ne violent pas le devoir de juste représentation; la Commission diminue la portée du test en le formulant : « Le syndicat a-t-il favorisé un groupe au détriment d'un autre pour un motif étranger aux relations du travail ». Notre analyse nous conduit à écarter l'exigence d'une motivation de discriminer ou vexatoire; ici la Commission écarte la nécessité de la justification; cette lecture peut conduire à juger qu'il suffirait d'un motif relatif aux relations de travail pour écarter un constat de discrimination. Nous attirons l'attention à ce sujet parce que nous tenons à souligner l'importance de conserver le critère de la justification pour assurer l'intégralité de la portée du devoir de juste représentation. Cette décision a été révisée en partie par la Cour supérieure et la Cour d'appel en est saisie, la permission d'appeler ayant été accordée. *Beauchesne c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal* (SCFP, 301), 2011 QCCRT 0373, par. 37-39; *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP, 301) c. Commission des relations du travail*, 2012 QCCS 4082; *Beauchesne c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP, 301)*, 2012 QCCA 1637 (requête pour permission d'appeler accueillie).

²¹⁴ *Id.*

²¹⁵ Michel COUTU, Georges MARCEAU, Laurence Léa FONTAINE et Tanaquil BURKE, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, coll. « Droit fondamental du travail », Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 434.

Selon ces analyses, il faudrait déduire de l'arrêt *Noël* que, pour que le devoir de représentation ne soit pas respecté en matière d'acte discriminatoire, il faut des motifs vexatoires. Est-ce à dire qu'il doit y avoir une intention de discriminer ?

Les propos du juge LeBel dans l'arrêt *Noël* peuvent laisser penser que l'intention discriminatoire est nécessaire :

Mauvaise foi et discrimination impliquent toutes deux un comportement vexatoire de la part du syndicat. L'analyse se concentre alors sur les motifs de l'action syndicale. Dans le cas du troisième ou du quatrième élément, on se trouve devant des actes qui, sans être animés par une intention malicieuse, dépassent les limites de la discrétion normalement exercée. La mise en œuvre de chaque décision du syndicat dans le traitement des griefs et de l'application de la convention collective implique ainsi une analyse flexible, qui tiendra compte de plusieurs facteurs.²¹⁶

Les troisième et quatrième éléments sont l'arbitraire et la négligence grave.

Malgré l'immense respect que nous avons pour le juge LeBel, nous croyons qu'il a introduit de l'ambiguïté et dilué la portée de cet important devoir.

Christian Brunelle critique cette approche mais semble l'imputer au devoir de représentation du *Code du travail* alors que la Cour suprême dans l'arrêt *Renaud* aurait fait émerger le « nouveau devoir de représentation » :

[...] la notion de « discrimination » au sens du *Code du travail* s'intéresse essentiellement aux motifs – par opposition aux effets préjudiciables – des décisions du syndicat [...].

En fait c'est bien le concept d'« hostile discrimination » tiré de l'anglais et très proche de l'« inimitié » qui semble traduire le mieux la réalité actuellement visée par le devoir syndical de juste représentation, l'« hostilité » étant manifestement du domaine des intentions.

Or la notion de « discrimination » qu'évoque l'arrêt *Renaud*, notion qui est incidemment la même que celle au cœur de la Charte québécoise, ne comporte pas pareilles limites : elle s'intéresse essentiellement aux effets discriminatoires de la conduite syndicale, sans

²¹⁶ Noël c. Société d'énergie de la Baie James, préc., note 213, par. 52.

égard aux motivations, si légitimes soient-elles, qui animent le syndicat [...].²¹⁷ (notre soulignement)

La dimension intentionnelle ne semble pas se déduire du texte législatif. Elle nous semble même s'en écarter.

Quelle approche devrait être retenue ? Quelle est l'intensité et la portée du devoir syndical de ne pas agir de manière discriminatoire ? Il faut sans doute se référer d'abord au texte de la disposition. Ce qu'elle prohibe est une réalité objective : c'est l'action qui est visée, l'acte discriminatoire. Si la discrétion existe face à une décision ou une stratégie de négociation, cette discrétion rencontre une limite infranchissable s'il s'agit de discrimination à moins que le contexte des relations de travail ne justifie une action qui rompt l'égalité entre les membres de l'unité.

S'il n'est pas clair que le juge LeBel ait dit que l'intention discriminatoire était nécessaire, il faut avouer qu'une déduction à cet effet est compréhensible. À notre avis toutefois, ce passage est de l'ordre de *l'obiter dictum*²¹⁸. En effet, la question de l'agir discriminatoire n'était pas une question que la Cour avait à trancher et elle ne fait pas partie des motifs du jugement de la Cour. De plus, rappelons que le cas Noël était une question d'application et non de négociation de convention collective. Il faut être très prudent et ne pas appliquer mécaniquement une même approche en matière de négociation et d'application d'une convention collective. Le processus de création ou de construction du droit conventionnel n'est pas le même que celui de l'application et ces processus impliquent un rapport souvent différent entre les décisions du syndicat par rapport aux droits individuels, la négociation impliquant des évaluations des effets des décisions sur des

²¹⁷ Christian BRUNELLE, « Le droit à l'accommodement raisonnable dans les milieux de travail syndiqués : une invasion barbare ? », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 51-83, aux pages 64-65.

²¹⁸ Le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* d'Hubert Reid mentionne que la locution latine *obiter dictum* est utilisée « pour qualifier l'opinion qu'un juge émet, dans son jugement, sans que celle-ci constitue un motif de sa décision ». Il souligne qu'en « règle générale, les tribunaux ne se sentent pas liés par l'*obiter dictum* d'un jugement ou d'un arrêt ». Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien : avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.

groupes et sur l'ensemble des membres de l'unité; nous sommes alors dans le domaine de la politique conventionnelle à adopter.

Le doute étant toutefois soulevé quant à la nécessité, pour la personne salariée qui se plaint, de démontrer une intention malicieuse, nous sommes d'avis qu'il faut recourir à une démarche d'interprétation. Posons d'abord une règle de base de l'interprétation des lois :

Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage.

Une telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leur véritable sens, esprit et fin.²¹⁹

Le sens profond de la prohibition de l'agir discriminatoire est d'accorder aux personnes qui sont membres de l'unité d'accréditation et qui sont liées, dans leurs relations de travail par les décisions de leur syndicat, une possibilité de recours en cas de non respect de la norme d'égalité du *Code du travail*. C'est le droit qui est accordé et l'abus auquel la disposition vise à remédier. La justice et un de ses principes fondamentaux, l'égalité, sont au cœur du « sens », de l'« esprit » et de la « fin » de cette disposition. Elle doit être interprétée de manière à assurer l'accomplissement de son objet et l'exécution de sa prescription d'assurer l'égalité par l'élimination de l'agir syndical discriminatoire « suivant son véritable sens, esprit et fin ».

Il faut, à notre avis, recourir principalement à trois autres sources d'interprétation qui s'inscrivent dans le cadre de ce principe de base de l'interprétation des lois.

La première est fondée sur l'article 53 de la *Charte québécoise* : « Si un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte ». La Cour d'appel juge que cet article invite les cours de justice à s'inspirer de la philosophie générale que la Charte entend véhiculer²²⁰. Or, deux caractères de cette philosophie sont incontournables : 1) l'objectif de l'égalité des êtres humains : le deuxième considérant du préambule exprime cette égalité : « Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à

²¹⁹ *Loi d'interprétation*, L.R.Q. c. I-16, a. 46.

²²⁰ *Thibault c. Corp, professionnelle des médecins du Québec*, (1992) R.J.Q. 2029 (C.A.)

une égale protection de la loi »; 2) le fait que la démonstration de la discrimination ne requiert pas d'intention de discriminer. Il faut se référer à ce sujet à une importante décision de la Cour d'appel : *Ville de Québec c. Commission des droits de la personne*, qui fait un examen des éléments pertinents à ce sujet²²¹. Cette caractéristique ne se limite pas à la *Charte québécoise*. Une forte démonstration a été accomplie dans le cadre du *Code ontarien des droits de la personne*²²² dans l'arrêt *Simpsons-Sears*²²³. Le juge McIntyre qui rendait le jugement de la Cour a rappelé l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*²²⁴ : la Cour suprême a « jugé discriminatoires les dispositions sur la retraite obligatoire acceptées dans une convention collective, même si « aucune preuve ne démontre que les motifs de l'employeur n'étaient pas honnêtes et sincères ». Après avoir examiné des décisions dans diverses provinces, il conclut :

[...] Adopter un point de vue plus étroit pour conclure que l'intention constitue un élément nécessaire de la discrimination en vertu du Code serait, me semble-t-il, élever une barrière pratiquement insurmontable pour le plaignant qui demande réparation. Il serait extrêmement difficile dans la plupart des cas de prouver le mobile et il serait facile de camoufler ce mobile en formulant des règles qui, tout en imposant des normes d'égalité, créeraient comme dans l'affaire *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971) des injustices et de la discrimination en traitant également ceux qui sont inégaux [...]. De plus, comme j'ai tenté de le démontrer, nous avons ici affaire aux conséquences d'une conduite plutôt qu'à la punition d'une mauvaise conduite. En d'autres termes, nous sommes saisis essentiellement de voies de recours civiles. La preuve de l'intention, une exigence nécessaire dans notre façon d'aborder une loi criminelle et punitive, ne devrait pas être un facteur déterminant dans l'interprétation d'une loi de la personne qui vise à éliminer la discrimination.²²⁵ (notre soulignement)

²²¹ *Québec (Ville de) c. C.D.P.*, (1989) R.J.Q. 83 (C.A.); 1992 Can LII 3328 (QC CA), p. 12 (autorisation d'appel refusée : (1989) 2 R.C.S. VI) arrêt unanime : « [...] On ne peut en effet ignorer que cette charte existe et que son préambule énonce les grands principes qui consacrent les droits fondamentaux de la personne, ces droits "devant être garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation". On ne peut non plus faire abstraction de l'article 53 de cette charte qui invite les cours de Justice à s'inspirer de la philosophie générale qu'elle entend véhiculer [...] » (soulignement du juge Chevalier).

²²² L.R.O. 1980, chap. 340.

²²³ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons Sears*, (1985) 2 R.C.S. 536; 1985 Can LII 18 (CSC).

²²⁴ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, (1982) 1 R.C.S. 202.

²²⁵ *Id.*, par. 13 et 14.

À notre avis, la norme d'égalité du *Code du travail* doit évoluer avec les développements du droit des droits de la personne compte tenu que sa perspective est rémédiatrice et non punitive et vise l'élimination de la discrimination. Nous ne voyons pas de raison que ces apports ne s'appliquent pas à la norme du *Code du travail* même si sa portée est plus large en termes de situations factuelles couvertes. Il s'impose d'écarter « un point de vue plus étroit » pour assurer l'accomplissement de l'objet de la norme suivant son véritable sens, esprit et fin. C'est d'ailleurs l'approche qu'avait adoptée Me Robert P. Gagnon que cite le commissaire Robert P. Cloutier de la Commission des relations du travail dans une décision rendue en 2010 :

La discrimination, dans le contexte de l'article 47.2 C.t. s'entend d'abord des distinctions fondées sur des considérations prohibées par les chartes, sans égard à l'intention de leur auteur. Elle ne s'arrête pas là et rejoint toute considération injustifiée au regard de la situation objective du salarié [...].²²⁶ (notre soulignement)

L'autre source est le droit international du travail en ce qui a trait à la discrimination. Dans l'arrêt *Health Services and Support*, la juge en chef et le juge LeBel ont mis en lumière le rôle des obligations internationales du Canada :

L'examen des obligations internationales du Canada peut toutefois aider les tribunaux chargés d'interpréter les garanties de la *Charte* (voir *Suresh c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)*, (2002) 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1, par. 46). L'application de cet outil d'interprétation en l'espèce milite en faveur de la reconnaissance du processus de négociation collective comme partie inhérente de la liberté d'association reconnue par la *Charte*.²²⁷

Le paragraphe 46 de la décision de la Cour dans l'arrêt *Suresh* se lit comme suit :

L'examen des principes de justice fondamentale s'appuie non seulement sur la jurisprudence et l'expérience canadiennes, mais également sur le droit international, y compris le *jus cogens*. Sont prises en compte, dans cet examen, les obligations internationales contractées par le Canada ainsi que les valeurs exprimées dans « [l]es diverses sources du droit international des droits de la personne – les déclarations, les

²²⁶ Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec*, 5e éd., Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 351. *Damico c. Syndicat des chargées et chargés de cours de l'Université du Québec en Abitibi-Témiscamingue-CSN*, 2010 QCCRT 0164, par. 35.

²²⁷ *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 122, par. 69. Évidemment, il s'agit ici de la *Charte canadienne*. Rappelons que seule, la juge Deschamps a été dissidente (en partie).

pactes, les conventions, les décisions judiciaires et quasi judiciaires des tribunaux internationaux, et les règles coutumières.²²⁸

Les juges McLachlin et LeBel examinent ensuite le droit international, en particulier, les deux grands pactes des Nations Unies et la Convention n° 87 de l'OIT²²⁹. Quant à la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, ils mentionnent ce qui suit :

Le fait que le consensus à l'échelle internationale au sujet de la liberté d'association n'ait pas été confirmé dans la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, [...] avant 1998, n'enlève rien à son utilité pour l'interprétation de l'al. 2d de la Charte. D'une part, la Déclaration a été conçue selon les interprétations d'instruments internationaux, par exemple la convention n° 87, dont bon nombre ont été adoptés par l'OIT avant l'avènement de la Charte et pris en considération par ses rédacteurs. D'autre part, la Charte, en tant qu'instrument vivant, évolue avec la société et s'adresse aux situations et besoins actuels des canadiens [...].²³⁰

²²⁸ À la suite de ce texte, la Cour suprême réfère à plusieurs arrêts et entre autres : *Suresh c. Canada (Ministère de la citoyenneté et de l'immigration)*, (2002) 1 R.C.S. 3, par. 46; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, 1987 CanLII 88 (CSC), [1987] 1 R.C.S. 313, p. 348 (le juge en chef Dickson, dissident); *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, 1989 CanLII 92 (CSC), [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1056-1057; *R. c. Keegstra*, 1990 CanLII 24 (CSC), [1990] 3 R.C.S. 697, p. 750.

Il est intéressant de noter que la Cour réfère à l'approche du juge Dickson dans sa remarquable dissidence de l'arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*. En 2007, année de l'arrêt *Health Services and Support*, un livre à la mémoire de Me Robert P. Gagnon était publié, sous la direction de Louis LeBel et Pierre Verge, qui avaient été les coauteurs du regretté Robert P. Gagnon pour l'important ouvrage *Droit du travail en vigueur au Québec* en 1971 et *Droit du travail* en 1987 et 1991. La juge Michèle Rivet contribue à cet ouvrage en produisant un texte dans lequel elle traite de la question sous la rubrique « La place du droit international des droits de la personne ». La juge Rivet fait un intéressant relevé des passages dans la jurisprudence de la Cour suprême qui illustrent les divergences des juges sur le principe de l'incorporation au droit interne ou la façon d'appréhender les diverses sources du droit international, (note 190); elle ne cite toutefois pas l'arrêt *Suresh* dans lequel la Cour parle d'une seule voix de la place qu'elle accorde aux sources du droit international. Michèle RIVET, « Entre l'écoute et le discours du juge : le dialogue dans la construction de la justice », dans Louis LEBEL et Pierre VERGE (dir.), *L'oreille du juge : études à la mémoire de Me Robert P. Gagnon* Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 151-166, à la page 164. Il faut maintenant tenir compte, à ce sujet, de la place que la Cour suprême a accordé à l'arrêt *Suresh* dans l'arrêt *Health Services and Support*. Il faut également noter que les hésitations de la « jurisprudence constitutionnelle » se sont poursuivies. Charles-Emmanuel CÔTÉ, « La réception du droit international en droit canadien », dans Pierre VERGE (dir.), *Droit international du travail. Perspectives canadiennes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 341-435, à la page 426.

²²⁹ *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique, id.*, par. 70-77. Notons que la juge en chef et le juge LeBel, à la fin de cet examen, notent « Voir également Michel COUTU, *Les libertés syndicales dans le secteur public* (1989), p. 26-29)

²³⁰ *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique, id.*, par. 78. Cette approche n'a pas, à notre avis, été remise en question par l'arrêt *Fraser : Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20 (CanLII), [2011] 2 R.C.S. 3.

Nous croyons que cette importante approche de l'arrêt *Health Services and Support* s'applique en faisant les adaptations nécessaires à l'interprétation de la discrimination dans le devoir de juste représentation énoncé dans le *Code du travail*.

Une première remarque est que la notion de discrimination n'est pas étroitement limitée, dans les instruments de l'OIT, par une liste de motifs comme c'est malheureusement le cas pour la *Charte québécoise*. La *Convention concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession* entrée en vigueur le 15 juin 1960, dans son préambule, reprend cet aspect fondamental de la Déclaration de Philadelphie : l'égalité des chances pour tous les êtres humains. L'article 1 comprend deux paragraphes énoncés après le texte introductif : « Aux fins de la présente convention, la discrimination comprend : [...] » (notre soulignement). Le premier paragraphe énonce une liste de motifs mais le second élargit ainsi la portée :

Toute distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession, qui pourra être spécifiée par le membre intéressé après consultation des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, s'il en existe et d'autres organismes appropriés.

Comme on peut le constater, il n'a pas été donné suite à cette possibilité de donner à la discrimination une portée qui assure l'égalité des chances au-delà d'une liste de motifs dans la *Loi sur la discrimination en emploi*²³¹; l'orientation d'une liste de motifs fermés a été reprise par la *Charte*. L'acte discriminatoire élargi au-delà d'une liste de motifs couvert par l'article 47.2 du *Code du travail* peut toutefois s'inscrire dans cette portée de la discrimination motivée par l'objectif de l'égalité des chances.

La liste de motifs fermés de la *Charte québécoise* ne doit pas avoir d'incidence sur cette interprétation : en vertu de l'article 50, la « Charte doit être interprétée de manière à ne pas supprimer ou restreindre la jouissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne qui n'y est pas inscrit ». Raison de plus lorsque le principe de l'égalité retenu est conforme à l'important préambule de La *Charte québécoise* qui affirme « une égale protection de la loi ». En vertu de l'article 40 de la *Loi d'interprétation*, le « préambule d'une loi en fait partie et sert à en

²³¹ S.Q. 1964, c. 46.

expliquer l'objet et la portée ». La *Charte québécoise* n'a sûrement pas pour effet de restreindre le droit à l'égalité en matière de devoir légal de juste représentation syndicale; il s'agit d'un droit humain fondamental dans un milieu de travail syndiqué.

Référons-nous maintenant à la Déclaration de l'OIT de 1998 pour mettre en lumière sa portée au sujet de la discrimination en milieu de travail. Notons que dans son article 1, la Déclaration rappelle : « qu'en adhérant à l'OIT, l'ensemble de ses membres ont accepté les principes et droits énoncés dans sa constitution et dans la Déclaration de Philadelphie [...] ».

On rappelle ensuite les conventions reconnues comme fondamentales qui ont exprimé et développé les principes et obligations.

Le cœur de la Déclaration, à l'article 2, se lit comme suit :

Déclare que l'ensemble des Membres, même lorsqu'il n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation du seul fait de leur appartenance à l'organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet des dites conventions [...]

Suivent quatre éléments fondamentaux que nous rappellerons ici pour les besoins de l'analyse :

- la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective;

Après avoir mentionné l'élimination du travail forcé et obligatoire et l'abolition du travail des enfants, le quatrième engagement enchâssé est :

- l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

Observons que le terme « discrimination » n'est pas pourvu d'une énumération de motifs et le lien s'impose avec le principe de l'égalité des chances énoncé dans la Déclaration de Philadelphie mentionnée dans l'article 1.

Le Canada et le Québec sont engagés par leur appartenance à l'OIT à « respecter, promouvoir et réaliser » ces principes et ces orientations de politique publique. Rappelons également la démarche tripartite de l'OIT qui rend le mouvement syndical et le patronat impliqué dans ses

orientations. De plus, comme c'était le cas pour la convention n° 87, le Canada, on l'a vu, a ratifié la *Convention concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*.

Ajoutons qu'en matière salariale, le Canada et le Québec sont liés par le sous-paragraphe a) i) de l'article 7 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* :

Les États parties au présent pacte reconnaissent le droit qu'à toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables, qui assurent notamment :

La rémunération qui procure, au minimum, à tous les travailleurs :

Un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune; en particulier les femmes doivent avoir la garantie que les conditions de travail qui leur sont accordées ne sont pas inférieures à celles dont bénéficient les hommes et recevoir la même rémunération qu'eux pour un même travail;²³² (notre soulignement)

L'approche englobante de l'égalité comme un droit humain fondamental en emploi, le droit à un salaire équitable et à une rémunération égale pour un travail de valeur égale « sans distinction aucune » est un autre fondement de l'interprétation de la prohibition de l'agir discriminatoire de l'article 47.2 du *Code du travail*.

Comme la *Charte canadienne*, la *Charte québécoise* est un instrument vivant qui évolue avec la société; elle s'adresse aux besoins actuels des Québécois. La norme d'égalité du *Code du travail* participe à cette croissance dans le cadre qui lui est propre.

Il nous apparaît en découler que l'interprétation des actes discriminatoires, s'il y a doute au sujet de la nécessité de démontrer une intention de discriminer, doit écarter cette condition qui est un obstacle à l'élimination de la discrimination.

Une telle approche permet également d'éviter un fractionnement de la discrimination de l'article 47.2 entre ce qui est couvert par la liste fermée de motifs de discrimination de la *Charte québécoise* et ce qui dépasse la portée de son article 10.

²³² Rappelons que le Pacte a été ratifié par le Canada le 19 mai 1976; il est entré en vigueur pour le Canada le 19 août 1976. Voir (1976) *R.T. Can.* n° 46.

Il serait à notre avis souhaitable que les décisions de la Commission des relations du travail évoluent dans ce sens. Cette perspective nous apparaît être celle qui est conforme au droit. En adoptant une approche plus large de la discrimination pour la représentation syndicale par rapport à l'article 10 de la Charte québécoise, la législature a montré l'importance qu'elle accordait à l'égalité en milieu de travail; il devrait être considéré que tous les membres d'une unité d'accréditation ont droit à la protection du *Code du travail* contre les inégalités qui ne sont pas justifiées dans le contexte des relations du travail.

Ce principe de l'égalité en milieu de travail a été souligné d'une manière éclairante par le commissaire Zaikoff dans l'affaire *Clavet* :

[...] la notion de discrimination au sens du Code est plus large que celle de la Charte, parce qu'elle prohibe toute distinction qui n'est pas justifiée dans le contexte des relations du travail et non seulement celle fondée sur un des motifs énumérés à la Charte. De plus alors qu'un comportement négligent ne constitue une violation de l'article 47.2 que s'il est grave, tout comportement discriminatoire est prohibé. L'importance du principe de l'égalité des membres entre eux est ainsi mise en évidence.²³³ (notre soulignement)

La troisième source d'interprétation est propre au devoir de juste représentation en ce qui a trait à la négociation collective. Dans un bref article sur le devoir de représentation, la convention collective et les droits individuels, Bernard Adell attire l'attention sur le texte de deux auteurs étatsuniens qui ont publié dans la *Harvard Law Review* un article intitulé « Fair Representation as Equal Protection »²³⁴. Bernard Adell s'exprime ainsi :

Two American Writers have [...] offered an elaborate and eloquent defence of the requirement of ill-will (or as they callit, the denial of equal respect) as an essential element in any breach of the duty of fair representation [...] their reasoning is very convincing with respect to a union's obligations in the bargaining process, but much less so with respect to grievance handling.²³⁵

²³³ *Clavet c. Syndicat des métallos, section locale 2423*, 2008 QCCRT 335, par 46-47.

²³⁴ Michael C. HARPER et Ira C. LUPU, « Fair representation as equal protection », (1985) 98 *Harvard Law Review* 1212.

²³⁵ Bernard ADELL, « Collective Agreements and Individual Rights : a Note on the Duty of Fair Representation », (1986) 11 *Queen's Law Journal* 251, 262.

Ces auteurs soutiennent, en se référant au principe qui a accompagné la formulation judiciaire de ce devoir, que son noyau central est un respect égal de tous les individus représentés par l'organisation syndicale.

S'inspirant d'une clause de la constitution américaine qui régit les assemblées législatives des états, le principe encadre l'action de légiférer en imposant un respect égal des citoyens. Il est transposé en matière de négociation collective à cause du pouvoir des syndicats de décider de la répartition des avantages que la négociation permet d'obtenir. Ainsi les auteurs écrivent :

As an exclusive representative, a union is charged with the responsibility to safeguard the interest of all members of the bargaining unit. It must then, like a democratic government with monopoly authority, represent its members according to a conception of the good in which all are equally respect.²³⁶

Cette interprétation établit le devoir de représentation comme le pilier central d'une démocratie syndicale fondée sur des principes par opposition à une démocratie dans laquelle la seule majorité légitime la décision prise. Les professeurs Harper et Lupu écrivent à ce sujet :

The principle of equal respect defines the proper relationship between a democratic government and its citizens [...].

The majoritarian model cannot be reconciled with the principle of equal respect. Majoritarians contend that majority support alone establishes that a distributional decision creates a legitimate good. Decisionmakers do not accord equal respect to the interest of all, however, merely by aggregating the preferences of those who themselves may have failed to view all people with equal respect [...].

[...] The principle of equal respect demands that another model of democracy, distinct from majoritarianism, be articulated. We denominate this model « principled democracy ». Principled democracy requires that decisionmakers be motivated by only those conceptions of the good that accord equal respect to all members of the community [...].²³⁷

²³⁶ M. C. HARPER et I. C. LUPU, préc., note 234, p. 1227-1228.

²³⁷ *Id.*, p. 1224.

Face à une plainte de manquement à son devoir de représentation, le syndicat devra alléguer une justification de principe de sa décision. Cette justification sera évaluée dans le cadre des exigences de la « principled democracy » et du « equal respect ».

Nous rejoignons Bernard Adell et considérons que cette voie est convaincante. Nous considérons qu'il s'agit d'une source de développement qui positionne le devoir de juste représentation relatif à l'égalité sur une voie qui favorise « l'accomplissement de son objet » et l'exécution de la prescription qui proscrit l'agir discriminatoire « suivant son véritable sens, esprit et fin ».

Ces sources d'interprétation nous permettent également de qualifier le critère énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Noël*. En matière de discrimination, pour évaluer une justification du syndicat fondée sur les relations du travail, il faudrait tenir compte de l'intensité du droit à l'égalité. Les tribunaux et les organismes administratifs qui doivent prendre des décisions en matière de discrimination dans une convention collective devront être d'une grande prudence dans leur enquête sur les faits et leur analyse, mais être en même temps dirigés par l'impératif de mettre en œuvre le droit à l'égalité en exerçant leur pouvoir réparateur.

Nous concluons que le *Code du travail*, à son article 47.2 établit la responsabilité syndicale de maintenir l'égalité entre les membres de son unité d'accréditation en évitant toute discrimination et en ne se limitant pas aux motifs énumérés par l'article 10 de la *Charte québécoise*. Seules les distinctions, exclusions ou préférences qui se justifient dans le contexte des relations de travail sont acceptables et, le cas échéant, le syndicat doit être en mesure de démontrer qu'il n'a pas agi de manière discriminatoire. Compte tenu de l'intensité de l'obligation de maintenir l'égalité, la justification est exigeante et le syndicat devrait avoir cherché sérieusement si le recours à une solution égalitaire était possible.

iii) Les décisions syndicales relatives au gel de l'échelon et le devoir de juste représentation

Rappelons que nous ne chercherons pas à tenter de formuler la décision que la Commission des relations du travail aurait dû rendre si elle avait été saisie du dossier. Même si nous jugions cette démarche pertinente à cette thèse, nous n'en aurions pas les moyens.

Notre but est plutôt d'envisager des pistes de solution pour permettre de concilier les droits fondamentaux à l'égalité et à la représentation syndicale.

Nous n'abordons surtout pas cette subdivision de la thèse avec une intention de porter un jugement sur le comportement des dirigeantes et dirigeants qui ont été responsables des décisions relatives au gel de l'échelon. Nous sommes conscients que le droit a évolué substantiellement et rapidement, souvent dans l'ambiguïté à cause des décisions contradictoires des cours supérieures, la Cour suprême donnant elle-même parfois, sinon souvent, l'impression d'être en situation d'évolution. Dans ce contexte tous les acteurs des relations du travail ont dû faire et doivent continuer de faire leur apprentissage.

Les plaintes relatives au gel d'échelon débutent en 1997 et il n'existait à ce moment aucun recours civil spécialisé pour manquement au devoir de représentation en matière de négociation collective et le recours pénal ne comportait aucun effet vraiment réparateur. Ceci fait partie, à notre avis, de ce qu'on peut inclure dans le constat de Bernard Adell sur l'absence de structures permettant de décider des cas qui impliquent les rapports complexes entre les droits collectifs et les droits individuels.

Dans l'affaire *Damico* précitée, le commissaire Cloutier de la Commission des relations du travail rappelle que la Cour suprême, dans l'arrêt *Morin*, soulignait : « [...] 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 [...]) ».

Le Commissaire souligne ensuite l'important changement qui est intervenu depuis :

(33) Comme il appert de cet extrait, la Cour suprême mentionne que, dans le cas où le syndicat aurait refusé de déposer un grief, le seul recours des jeunes enseignants aurait été d'intenter une poursuite pour manquement au devoir de représentation.

(34) Or depuis le 1^{er} juin 2004, la Commission a compétence pour entendre les plaintes de salariés alléguant que leur syndicat a manqué à son devoir de représentation, même dans le contexte de la négociation d'une convention collective.²³⁸

Nous nous placerons dans le contexte du devoir de représentation en vigueur maintenant pour évaluer la situation sur le plan juridique.

²³⁸ *Damico c. Syndicat des chargées et chargés de cours de l'Université du Québec en Abitibi-Témiscamingue-CSN et Université du Québec en Abitibi-Témiscamingue*, 2010 QCCRT 0164.

L'énoncé du devoir à l'article 47.2, n'a pas été modifié. Rappelons son libellé :

Une association accréditée ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés compris dans une unité de négociation qu'elle représente, peu importe qu'ils soient membres ou non.

Même si la formulation négative est insatisfaisante et si la discrimination pourrait être plus nettement distinguée des autres motifs, l'interdiction de l'agir discriminatoire est clairement énoncée.

Comme nous l'avons mentionné dans la partie 2²³⁹, durant plus de deux décennies après son adoption, le seul recours prévu au *Code du travail* pour une contravention à l'article 47.2 en matière de négociation et de conclusion de convention collective était de nature pénale, ce qui déterminait le niveau de preuve exigé. Un recours civil spécialisé devant le Tribunal du travail existait, mais il n'était accessible qu'au salarié croyant avoir été victime d'une violation du devoir de représentation de son syndicat à l'occasion d'un renvoi ou d'une mesure disciplinaire (suivant les termes de l'article 47.2 C.t. alors applicable). Le remède qui était prévu dans ces circonstances, suivant les termes de l'article 47.5 alors applicable, était « d'autoriser le salarié à soumettre sa réclamation à un arbitre [...] comme s'il s'agissait d'un grief ». Le tribunal saisi pouvait en outre « rendre toute autre ordonnance qu'il [jugeait] nécessaire dans les circonstances ». Le salarié s'estimant victime d'un manquement au devoir de représentation du syndicat dans des circonstances autres que celles visées par ce recours spécialisé, par exemple pour un manquement en matière de négociation et de conclusion de la convention collective, pouvait s'adresser aux tribunaux de droit commun²⁴⁰.

Comme le mentionnait, le commissaire Cloutier, cette situation a été modifiée à la suite de l'avènement de la Commission des relations du travail. Depuis le 1^{er} juin 2004, la Commission a compétence pour entendre les plaintes de salariés alléguant que leur syndicat a manqué à son

²³⁹ Voir p. 299.

²⁴⁰ « C'est [...] en Cour supérieure que peut être introduite une action en responsabilité concernant l'obligation de juste représentation lorsque n'est pas en cause le renvoi d'un salarié ou l'imposition d'une mesure disciplinaire, auquel cas le Tribunal du travail est seul compétent ». Robert CÔTÉ, « La Commission des relations du travail – Un tribunal spécialisé aux nombreuses spécialités », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit du travail (2012)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 5. à la p. 13.

devoir de juste représentation, même dans le contexte de la négociation d'une convention collective²⁴¹. Le recours spécialisé établi par les articles 47.3 et 47.5 existe toujours et est accessible à la travailleuse ou au travailleur « salarié(e) » estimant avoir été victime d'une violation du devoir de représentation à l'occasion d'un renvoi, d'une mesure disciplinaire ou d'une situation de harcèlement psychologique²⁴². Il relève de la compétence exclusive de la Commission des relations du travail. En vertu de la compétence exclusive que possède la Commission « d'assurer l'application diligente et efficace du présent code et d'exercer les autres fonctions que celui-ci ou toute autre loi lui attribue » (art. 114 C.t.), la Commission des relations du travail peut aussi entendre les plaintes au sujet des autres violations du devoir de représentation, notamment celles pouvant avoir cours en matière de négociation et de conclusion d'une convention collective. Elle dispose pour ce faire des pouvoirs généraux d'ordonnance et de réparation énoncés aux articles 118 et 119 du *Code du travail*.

Nous croyons important ici de souligner « le changement majeur dans les rapports collectifs de travail qu'a constitué l'institution de la Commission le 25 novembre 2002 »²⁴³. Comme l'a mentionné le président de la Commission, Robert Côté, il s'agit d'« un virage fondamental qui aura profondément et de façon durable, modifié les domaines de l'emploi et des relations du travail, particulièrement au regard des rapports collectifs »²⁴⁴.

²⁴¹ *Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission sur les relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives*, 2001, c. 26, a. 36.

²⁴² Les articles 47.3 et 47.5 se lisent maintenant comme suit :

« 47.3 Si un salarié qui a subi un renvoi ou une mesure disciplinaire, ou qui croit avoir été victime de harcèlement psychologique, selon les articles 81.18 à 81.2 de la *Loi sur les normes du travail* (L.R.Q., chapitre N-1.1) croit que l'association accréditée contrevient à cette occasion à l'article 47.2, il doit dans les six mois s'il désire se prévaloir de cet article, porter plainte et demander par écrit à la Commission d'ordonner que sa réclamation soit déferée à l'arbitrage ».

« 47.5 Si la Commission estime que l'association a contrevenu à l'article 47.2, elle peut autoriser le salarié à soumettre sa réclamation à un arbitre nommé par le ministre pour décision selon la convention collective comme s'il s'agissait d'un grief. [...] L'association paie les frais encourus par le salarié. La Commission peut, en outre, rendre toute autre ordonnance, qu'elle juge nécessaire dans les circonstances ».

²⁴³ *Syndicat national des employés de garage du Québec Inc (CSD) c. Association patronale des concessionnaires d'automobiles Inc.*, (2003) R.J.D.T. 280 (C.R.T.), D.T.E. 2006T-1 (C.R.T.), par. 84.

²⁴⁴ R. CÔTÉ, préc., note 240, p. 5.

La mission qui lui est confiée d'assurer l'application diligente et efficace du Code du travail et « les pouvoirs d'ordonnance, de redressement et de réparation jusqu'ici inédits au Québec, exception faite de ceux exercés par le Conseil des services essentiels qui lui sont conférés »²⁴⁵ expriment la volonté de l'État québécois de mettre en œuvre la politique législative publique du *Code du travail*. Le caractère exclusif de cette compétence exprime avec vigueur la volonté de préserver et d'affirmer l'autonomie du régime.

Dans l'arrêt unanime de la Cour d'appel, *Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 9414 c. Castonguay*²⁴⁶, le juge Dalphond met en lumière que les articles 118 et 119 confèrent à la Commission « un pouvoir d'une vaste portée en matière de redressement ». Il cite à ce sujet les notes explicatives de la *Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission sur les relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives*²⁴⁷, entrée en vigueur en 2002, où l'on peut lire :

Ainsi le projet de loi prévoit l'institution d'une instance décisionnelle unifiée en matière de relations du travail, à savoir la Commission des relations du travail, qui assumera les responsabilités décisionnelles actuellement dévolues au bureau du commissaire général du travail en matière de rapports collectifs du travail et disposera de plaintes et recours individuels formés devant le bureau du commissaire général du travail en vertu du *Code du travail* et autres lois.

Il vise également à doter la nouvelle Commission des relations du travail des pouvoirs appropriés à l'exercice de ses fonctions, notamment celui d'émettre des ordonnances, y compris des ordonnances de sauvegarde ou de nature préventive et celui de procéder à de la conciliation afin d'amener les parties à s'entendre.²⁴⁸ (soulignements du juge Dalphond)

Le juge Dalphond cite ensuite l'article de Robert Dupont et Laurent Lesage intitulé « La réforme du *Code du travail* : qu'est-il ressorti de ce long exercice ? » qui souligne que les articles 118 et 119 « traduisent l'intention du législateur de confier à la Commission le pouvoir de déterminer

²⁴⁵ *Syndicat national des employés de garage du Québec Inc (CSD) c. Association patronale des concessionnaires d'automobiles Inc.*, préc., note 243, par. 85.

²⁴⁶ *Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 9414 c. Castonguay*, 2007 QCCA 1766 (CanLII).

²⁴⁷ *Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission sur les relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives*, préc., note 241.

²⁴⁸ *Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 9414 c. Castonguay*, préc., note 246, par. 15.

quelles sont les ordonnances appropriées selon les circonstances de chaque espèce»²⁴⁹ (notre soulignement).

En ce qui a trait au devoir de représentation, les dispositions actuelles du *Code du travail* ont donné naissance à un débat doctrinal des auteurs soutenant que l'article 47.5 ne s'applique qu'aux plaintes soumises en vertu de l'article 47.3²⁵⁰, ce qui aurait pour conséquence que la Commission des relations du travail n'aurait pas le pouvoir d'autoriser un « salarié » à soumettre sa réclamation à un arbitre dans les autres cas et serait limitée, en ce qui a trait au remède, à l'octroi de dommages et intérêts.

Toutefois, la Commission des relations du travail ne semble pas avoir sensiblement limité ses autorisations de recourir à l'arbitrage à cause de ce problème, comme l'indiquent d'ailleurs les auteurs de *Droit des rapports collectifs du travail au Québec* en énumérant une série de cas qui ne sont pas prévus à l'article 47.3 et pour lesquels l'autorisation a été donnée²⁵¹. Plus récemment, les auteures du fascicule intitulé les effets de l'accréditation dans le JurisClasseur, Adelle Blackett et Maude Choko, citent de nombreuses décisions pour des cas qui n'étaient pas visés par l'article 47.3²⁵²; certaines de ces décisions ont donné lieu à des autorisations de renvoi à l'arbitrage²⁵³. Ces auteures concluent d'ailleurs :

La CRT peut ordonner que la réclamation du salarié soit référée à l'arbitrage. Elle n'a pas retenu l'approche voulant que le seul remède dans les cas autres que le renvoi, la sanction disciplinaire ou le harcèlement psychologique soit l'octroi de dommages-intérêts. Au contraire elle a accepté la thèse voulant que ses larges pouvoirs en vertu des articles 118

²⁴⁹ *Id.*, par.16.

²⁵⁰ Il s'agit des cas de renvoi, de mesures disciplinaires et du harcèlement psychologique. Pour un état de ce débat : M. COUTU, L.L. FONTAINE, G. MARCEAU et T. BURQUE, préc., note 215, p. 451-453. Les auteurs de cet ouvrage prennent nettement position en faveur d'une approche large des pouvoirs conférés à la CRT.

²⁵¹ *Id.*, p. 456-457.

²⁵² A. BLACKETT et M. CHOKO, préc. note 213, p. 13/58 et 13/59

²⁵³ *Id.*, p. 13/60 et 13/61; *Lebeau c. Syndicat des employés de Sintra Inc.*, 2008 QCCRT 0050, (2008) D.C.R.T.Q. n° 50; *Monarque c. Syndicat des éducatrices, professionnelles, techniciennes et techniciens de l'Hôpital Rivière-des-Prairies-CSN (SEPT)*, D.T.E. 2008T-806 (C.R.T.).

et 119 C.t. lui permettent de référer à l'arbitrage les cas autres, comme elle le ferait en vertu du recours prévu à l'article 47.3.²⁵⁴

Pour l'évaluation que nous envisageons d'accomplir au sujet des gels d'échelons, commençons d'abord par celui qui vise l'expérience acquise en 1982-1983, introduit par décret adopté en vertu de la *Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public*²⁵⁵. La clause qui établissait ce gel a été reconduite, convention après convention, jusqu'à ce qu'elle soit modifiée pour introduire le second gel. Le devoir de représentation pouvait requérir des efforts syndicaux pour retirer cette clause et pallier aux pertes subies par ceux qui avaient été touchés par cette mesure. Nous ne disposons toutefois pas d'informations sur la pratique syndicale à ce sujet.

En ce qui a trait au second gel d'échelon, celui de 1996-1997, introduit dans la convention collective de 1995-1998, si une plainte avait été possible, l'organisation syndicale aurait tenté de démontrer que sa décision était justifiée, dans le contexte des relations du travail. Comme nous avons pu le constater, elle aurait eu des arguments importants. Elle aurait pu, en particulier, invoquer les objectifs qu'elle tenait à protéger et le maintien du rapport enseignant/élève. Dans le cadre de la politique budgétaire du gouvernement, la partie syndicale était motivée par le besoin de protéger l'emploi dans le secteur des commissions scolaires. Les considérations syndicales sont d'intérêt public et également fondées sur l'intérêt de l'ensemble du personnel enseignant des commissions scolaires : maintenir le personnel enseignant à un niveau suffisant; conserver les balises pour maintenir la tâche à un niveau acceptable; concrétiser le droit au travail pour ceux qui se destinent à l'enseignement. Rappelons ce que dit Guy Morneau dans son expertise :

Cette réduction de 156 M \$ pour 1997-1998 était consécutive à deux autres de 100 M \$ pour 1997-1998 et 1998-1999; force est d'admettre qu'on avait passablement épuisé les

²⁵⁴ A. BLACKETT et M. CHOKO, préc., note 213, p. 13/60. Un arrêt de la Cour d'appel a été rendu en 2011 dans un cas d'autorisation de recours à l'arbitrage pour une question d'assurance. La Cour rend sa décision à l'intérieur de l'approche de la CRT relative à son pouvoir d'autoriser le recours à l'arbitrage sans mettre en cause une soi-disant absence de pouvoir à ce sujet. *Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP) c. Cinq-Mars*, 2011 CanLII (QC C.A.), D.T.E. 2011T-248.

²⁵⁵ L.Q. 1982, c. 45. Jean-Louis DUBÉ et Pierre GINGRAS, « Historique et problématique du régime de négociation collective dans le secteur de la santé et des services sociaux », (1991) 21 R.D.U.S. 531, 533.

mesures disponibles pour réduire les coûts de main-d'œuvre sans affecter la tâche et sans réduire le salaire des enseignants.²⁵⁶ (notre soulignement)

Le président aurait pu assigner l'étude des plaintes à une formation de trois commissaires comme le lui permet le deuxième alinéa de l'article 124 C.t. La Commission aurait sans doute eu l'expertise et la sensibilité à la réalité de la négociation collective. Rappelons l'approche qu'exprimait le président Robert Côté, alors qu'il était vice-président, dans la décision *Gaudreau c. Association des juristes de l'État* (2005 QCCRT 0357) :

53. [...] le syndicat exerce alors ses responsabilités en tenant compte de l'ensemble des membres de l'unité de négociation qu'il représente et cette obligation doit nécessairement s'évaluer en tenant compte du cadre dynamique, complexe et parfois conflictuel du rapport de force qui existe en relations du travail entre le syndicat et l'employeur...

La Commission aurait dû également considérer l'important message que la Cour suprême livre sous la plume du Juge LeBel qui rend le jugement de la Cour dans l'arrêt *Tremblay* et qui est particulièrement approprié pour la situation dans laquelle se trouvaient les organisations qui représentaient le personnel enseignant des commissions scolaires :

[...] dans le cadre d'une négociation collective, en exécutant son obligation de représentation, le syndicat accrédité fait souvent face aux conséquences de l'histoire et des problèmes vécus par le groupe qu'il représente. Certains intérêts peuvent s'être constitués, des situations juridiques s'être cristallisées, des engagements avoir été pris. Dans ce contexte, bien que l'obligation de représentation s'exécute dans le présent, mais dans la perspective de l'avenir prévisible de l'entente à négocier, il arrivera parfois que le syndicat doive prendre en compte ces intérêts ou ces droits dans la définition des solutions auxquelles la convention donnera forme et effet dans le futur.²⁵⁷

Il serait sans doute ressorti de l'enquête de la Commission qu'on a cherché à mettre à contribution un groupe d'enseignantes et d'enseignants (celles et ceux qui se trouvaient en 1996-1997, dans les 14 premiers échelons d'ancienneté)²⁵⁸ qui, dans la très grande partie des cas, n'avaient pas été touché par le premier gel.

²⁵⁶ Voir p. 385-386.

²⁵⁷ *Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels-les de bureau, section locale 527*, préc., note 206, par. 21.

²⁵⁸ Rappelons que la contribution variait compte tenu de la position occupée dans l'échelle.

Dans l'affaire *Syndicat des transports de Montréal – CSN*, une des questions formulées pour l'appel de la décision du Tribunal des droits de la personne était la suivante :

Est-il exact que la logique de la protection de l'intérêt collectif ne permet désormais plus au syndicat de justifier, sur le plan de sa responsabilité civile, la discrimination exercée à l'égard d'une partie de ses membres par les gains obtenus pour l'ensemble des salariés ?

La Cour répond : « [...] la juge a correctement appliqué le principe selon lequel la protection de l'intérêt collectif ne doit pas avoir comme conséquence de répéter, voire perpétuer une discrimination interdite par la *Charte* [...]»²⁵⁹.

Ce principe devrait-il être appliqué dans le cadre de la discrimination visée à l'article 47.2 du *Code du travail*, dans toute sa portée ?

Nous constatons que l'état de la jurisprudence n'est pas à cet effet. Une distinction importante est maintenue au sein du devoir de représentation entre les cas visés par la Charte et les cas de discrimination qui ne le sont pas. Cette distinction est invoquée dans le jugement de la Cour supérieure *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP-301) c. Commission des relations du travail*²⁶⁰. Dans cette affaire, la Commission était saisie de deux plaintes de discrimination relatives au devoir de représentation en ce qui a trait à l'accès à des postes supérieurs. Richard Martin pouvait invoquer une discrimination à cause d'un handicap. Nancy Beauchesne ne pouvait travailler que de jour durant la semaine afin de « prodiguer à son fils [...] les soins spécialisés que son état de santé requiert le soir, la nuit et les fins de semaine »²⁶¹. À notre avis, le rôle que joue la distinction en question dans la ratio du jugement détermine le résultat dont l'effet est la réussite de la plainte de Richard Martin et le rejet de la plainte de Nancy Beauchesne.

²⁵⁹ *Syndicat du transport de Montréal-CSN c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 121, par. 29

²⁶⁰ *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP-301) c. Commission des relations du travail*, 2012 QCCS 4082, J.E. 2012-1784, D.T.E. 2012T634. Requête pour permission d'appeler accueillie. C.A. 2012-10-04.

²⁶¹ *Id.*, par. 6.

Le juge Cullen introduit l'agissement intentionnel comme condition de la discrimination. Il se rallie à l'approche voulant que l'analyse doive se concentrer sur les motifs, que la discrimination uniquement fondée sur le *Code du travail* implique un comportement vexatoire²⁶². Il réfère aussi à la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP) c. Gauvin*, en particulier au paragraphe 65 qui se lit comme suit :

C'est à bon droit que la juge a fait la distinction entre la déférence démontrée par les tribunaux supérieurs dans le cadre d'un recours en responsabilité à la suite du non-respect du devoir de juste représentation d'un syndicat à l'étape de la négociation d'une convention collective, par opposition à la responsabilité présumée qui lui échoit lorsqu'il a participé à la formulation d'une condition de travail discriminatoire en violation de la Charte. Récemment, notre Cour a affirmé ce principe dans la décision *Université Laval* :

En cas de violation des obligations découlant de la Charte, une association accréditée ne jouit pas de la retenue qui lui est accordée lors de l'examen de sa conduite en marge de son obligation de juste représentation consacrée au *Code du travail*.

[...]

L'association accréditée n'a, en fait, tout simplement plus le loisir de tolérer certaines pratiques discriminatoires de l'employeur pour arracher de lui des concessions favorables à la majorité des salariés.²⁶³ (notre soulignement)

La Commission des relations du travail dans l'affaire *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP-301)* avait elle-même, en révisant les principes de droit applicables, rappelé l'extrait de l'arrêt *Noël c. Société de l'énergie de la Baie James* relatif au « comportement vexatoire » et à l'analyse qui « se concentre [...] sur les motifs de l'action syndicale »²⁶⁴.

²⁶² *Id.*, par. 56.

²⁶³ *Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP) c. Gauvin*, 2011 QCCA 605; *Université Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2005 QCCA 27 (CanLII), par. 118. Il est à noter que l'extrait cité de la décision *Université Laval* comprend deux alinéas; le deuxième alinéa est extrait d'un texte du professeur Christian Brunelle que la Cour cite dans ce paragraphe.

²⁶⁴ *Beauchesne c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP, 301)*, 2011 QCCRT 0373, par. 37; *Noël c. Société de l'énergie de la Baie James*, (2001) 2 R.C.S. 207, par. 52.

L'analyse que nous avons accomplie à ce sujet²⁶⁵ nous permet d'affirmer que la jurisprudence citée restreint le devoir de juste représentation en matière de droit à l'égalité et prive le personnel salarié de la protection à laquelle il a droit en vertu de l'article 47.2 C.t.

À notre avis, il serait important que la Commission des relations du travail qui a la mission « d'assurer l'application diligente et efficace » de cette disposition fondamentale cherche, en matière de devoir de représentation, lors d'une négociation collective, un équilibre entre la marge de manœuvre dont le syndicat doit disposer et le devoir d'éliminer la discrimination qui tombe sous la portée de cet article du *Code du travail* sans être couverte par la Charte, en considérant vraiment, non pas les intentions mais l'effet discriminatoire.

La Commission aurait pu, à notre avis, exiger que la partie syndicale fasse la preuve qu'un souci réel de trouver une formule équitable de contribution respectant le principe fondamental de l'égalité salariale avait été présent au cours de cette négociation. Le premier gel d'échelon aurait nécessairement dû être pris en compte dans la contextualisation de la question.

Si la Commission était arrivée à la conclusion que la partie syndicale avait agi de manière discriminatoire, quels auraient été les redressements qu'elle aurait pu retenir ? Il n'est pas facile de répondre à cette question. Nous connaissons toutefois la mission de la commission et qu'elle est dotée de larges pouvoirs qui doivent lui permettre de remplir sa mission. Nous nous limiterons à une brève réflexion à ce sujet.

La CRT ayant la mission « d'assurer l'application diligente et efficace du [...] code » doit assumer les différences importantes qui existent entre la négociation et l'application de la convention collective. Cette importante différence a produit l'émergence et la consolidation, d'une part, de l'arbitrage de griefs pour l'interprétation et l'application de la convention collective et, d'autre part, de l'arbitrage des différends pour régler une mésentente relative à la négociation ou au renouvellement d'une convention collective, les parties y consentant. En effet, en vertu de l'article 74 C.t., l'arbitrage d'un différend nécessite le consentement des parties syndicale et patronale reflétant ainsi l'importance du contrôle des parties sur leur négociation.

²⁶⁵ Voir p. 445 à 459, le texte sous la rubrique « ii) Le devoir de ne pas agir de manière discriminatoire ».

Saisie d'un manquement au devoir de représentation en matière de négociation collective, la CRT ne peut aborder son pouvoir rémédiateur dans la même perspective que dans un cas d'application et il est évident que le recours au remède prévu à l'article 47.5 C.t., l'arbitrage « pour décision en vertu de la convention collective comme s'il s'agissait d'un grief », est souvent inapproprié.

N'est-ce pas, en cette matière, à la CRT d'assurer la hiérarchie des normes et de faire prévaloir l'ordre public dans le cadre des principes établis par l'arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique*²⁶⁶ ? Il importe ici de bien saisir les différences entre le dossier du gel d'échelon et le cas étudié par la Cour suprême dans cette affaire. La Cour était saisie de la question de la validité de griefs qui avaient pour objectif l'application de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*²⁶⁷. Le juge LeBel précise d'entrée de jeu la question :

Le problème consiste à déterminer lequel de l'arbitre de griefs désigné par la convention collective ou de la Commission des relations du travail (« C.R.T. ») a compétence pour assumer ce rôle à l'égard des droits accordés aux salariés par l'art. 124 de la *Loi sur les normes du travail* [...].²⁶⁸

L'article 124 prévoit la voie de mise en œuvre des droits de cet article par une plainte à la Commission des normes du travail et par l'adjudication de la Commission des relations du travail à condition qu'il n'existe pas de « procédure de réparation autre que le recours en dommages-intérêts, [...] ailleurs dans la (*Loi sur les normes du travail*), dans une autre loi ou dans une convention ». L'important principe adopté par la Cour au sujet de la mise en œuvre de la hiérarchie des sources :

[...] il revient aux parties des rapports collectifs de faire prévaloir la hiérarchie des sources dans le cadre de la convention collective ou lors de la procédure de grief. L'articulation entre des règles issues de ces sources en milieu syndiqué doit se faire au

²⁶⁶ *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28 (CanLII), [2010] 2 R.C.S. 61.

²⁶⁷ *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1.

²⁶⁸ *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, préc., note 266, par.1.

sein des instances des rapports collectifs du travail et non en dehors d'elles.²⁶⁹ (notre soulignement)

Le juge LeBel continue :

Conformément à ces principes, il revient à l'arbitre de griefs désigné par les parties, une fois saisi du grief contre le congédiement, de déterminer, à la lumière des modifications apportées à la convention par l'effet d'ordre public imposé par la L.n.t., si cette convention lui permet, le cas échéant, d'accorder au salarié congédié une mesure de réparation équivalente à celle qu'offre l'art. 124 L.n.t. Une conclusion négative à cette question entraînerait le constat de son absence de compétence et son dessaisissement en faveur de la CRT.

Dans le cas du devoir de représentation de la partie syndicale en ce qui a trait au gel d'échelon, la compétence de la Commission des relations du travail n'est pas subsidiaire comme elle l'est dans le cadre de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*. S'agissant d'une situation de négociation collective, il revient d'abord aux parties syndicale et patronale de faire prévaloir la hiérarchie des sources et c'est la Commission des relations du travail, instance principale des rapports collectifs du travail, qui, en cette matière, a la mission de voir à ce que la prohibition d'ordre public de l'agir discriminatoire soit appliquée de manière efficace et diligente. Dans l'exercice de sa juridiction, la Commission doit assurer que l'ordre public prévaut mais respecter le contrôle des parties sur leur négociation collective. La compétence exclusive de la CRT permet que la hiérarchie des sources soit assurée « au sein des instances des rapports collectifs du travail et non en dehors d'elles ».

Nous dégagerons de ces éléments d'analyse deux sources de redressement de la discrimination qui aurait été constatée.

La première se base directement sur l'effet de l'ordre public. L'article 47.2 est une disposition d'ordre public. L'arbitre de griefs ne peut être saisi d'un manquement par un syndicat à cet article. Appliquer l'article 62 C.t. qui prévoit qu'une disposition contraire à l'ordre public ne peut être incluse dans la convention collective, n'est-ce pas pleinement dans les fonctions de la

²⁶⁹ *Id.*, par. 44.

CRT en vertu de l'article 114 C.t. ? Le Commissaire Roy dans l'affaire *Drolet* cite l'arrêt de la Cour d'appel *CLSC-CHSLD Grande-Rivière c. Bard*²⁷⁰ :

Dans un premier temps, il est utile de rappeler qu'étant donné que l'article 47.2 du Code est d'ordre public, sa contravention entraîne la nullité des actes ayant été à l'origine de la contravention :

[35] À bon droit, les parties ne remettent pas en cause cette prémisse. Le législateur consacre à l'article 47.2 C.T. le devoir de représentation du syndicat :

[...]

[36] Il s'agit d'une disposition d'ordre public qui relève du droit substantif et dont la violation entraîne « la nullité des gestes et actes posés ».²⁷¹ (notre soulignement)

Comme le mentionne le juge LeBel dans l'arrêt *Syndicat de la fonction publique du Québec*, l'effet des articles 62 et 64 C.t. est que la clause est réputée non écrite²⁷² (notre soulignement).

Rappelons la jurisprudence de la Cour d'appel relative aux articles 87.1 à 87.3 de la *Loi sur les normes du travail* (L.R.Q., c. N-1.1 et, en particulier, l'arrêt *Progistix-Solutions Inc.*²⁷³ qui rejette l'appel en garantie du syndicat par l'employeur. Le remède est que la clause de la convention collective jugée illégale est « réputée non écrite et partant sans effet » et seul l'employeur « doit payer les salaires dus ».

La seconde est basée sur la nature de la négociation collective et des ententes qui en résultent ainsi que sur le contrôle des parties au sein de leur ordre juridique des relations du travail. Il est évident que la disparition d'une pièce importante d'une entente modifie le résultat de l'ensemble au point qu'elle n'aurait pas été acceptée sans cette pièce. La mission de la Commission et ses

²⁷⁰ *CLSC-CHSLD Grande-Rivière c. Bard*, D.T.E. 2006T- 1016 (C.A.), J.E. 2006-2264 (C.A.).

²⁷¹ *Drolet c. Alliance internationale des employés de scène de théâtre et de cinéma des États-Unis et du Canada (I.A.T.S.E.), section locale 56*, 2008 QCCRT 404 (CanLII), par. 55. Révision rejetée : *Alliance internationale des employés de scène de théâtre et de cinéma des États-Unis et du Canada (I.A.T.S.E.), section locale 56 c. Drolet*, 2009 QCCRT 194 (CanLII). Révision judiciaire refusée : *Alliance internationale des employés de scène de théâtre et de cinéma des États-Unis et du Canada (IATSE), section locale 56 c. Commission des relations du travail*, 2010 QCCS 110 (CanLII).

²⁷² *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, préc., note 266, par. 41.

²⁷³ *Progistix-Solutions Inc. c. Commission des normes du travail*, préc., note 117, par. 21 et 22.

pouvoirs lui permettent et l'incitent, au moment approprié, à susciter le dialogue nécessaire tout en conservant le contrôle sur la solution retenue, favorisant ainsi d'ailleurs un aspect important du principe énoncé dans l'arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique* : « [...] il revient aux parties des rapports collectifs de faire prévaloir la hiérarchie des sources dans le cadre de la convention collective [...] ».

Nous terminerons ces brèves réflexions en rappelant un extrait de l'opinion du regretté Juge Monet dans l'arrêt unanime de la Cour d'appel *Lapointe c. Morin*. Cet extrait a été cité par le commissaire Roy dans l'affaire *Drolet*. Elle rappelle le rôle du décideur face à une situation qui nécessite une solution particulière en le situant dans le cadre du droit spécial autonome du travail :

[...] Pour ma part, je suis d'avis que le droit du travail représente une branche du droit qui est autonome et non pas une dérogation au droit privé. Il obéit à des règles qui lui sont propres; cela n'exclut pas les emprunts à d'autres branches. Il doit être interprété à la lumière du dynamisme qui doit le caractériser. Il laisse assurément une place au rôle créateur des décideurs. Bien entendu, la suprématie de la Charte s'impose au droit du travail comme aux autres branches du droit. Certes, il peut y avoir lieu à révision judiciaire par les tribunaux supérieurs, si les décideurs excèdent les pouvoirs de leur compétence. Mais, dans le respect de la Charte et dans le champ d'application de leur compétence, les décideurs peuvent apporter sans contrainte des solutions originales et adaptées aux milieux de travail qu'ils ont pour mission de servir. Par exemple, cette liberté peut s'exercer dans l'application tout autant qu'à l'interprétation de textes législatifs ou réglementaires d'une convention collective ou d'un contrat privé régi par la *Loi sur les normes du travail*. À l'intérieur des pouvoirs de leur investiture je le répète les décideurs peuvent exercer un rôle créateur, orienter leur propre jurisprudence à la lumière de l'esprit propre du droit du travail.²⁷⁴ (nos soulignements)

Nous croyons que la Commission des relations du travail, si elle en était venue à conclure qu'il y avait eu discrimination en contravention de l'article 47.2, aurait pu considérer que l'entente modifiant le paragraphe D de l'article 6-4.01 de l'entente nationale en y introduisant un gel de l'expérience acquise en 1996-1997 était réputée non écrite.

²⁷⁴ *Lapointe c. Morin*, [1991] R.D.J. 21(C.A.), 1990 CanLII 3009 (QC CA). *Drolet c. Alliance internationale des employés de scène de théâtre et de cinéma des États-Unis et du Canada (I.A.T.S.E.), section locale 56*, préc., note 271.

En ce qui a trait aux redressements, il aurait été à notre avis souhaitable que la Commission cherche une solution qui aurait permis aux parties syndicale et patronale d'arriver à une entente équitable pour les victimes de la discrimination.

B- Le dossier du gel de l'échelon à la lumière de la sociologie des ordres juridiques

Nous ne reprendrons évidemment pas ici l'exposé de la partie 1 au sujet de la sociologie des ordres juridiques. Rappelons seulement que nous avons retenu la proposition du professeur Guy Rocher d'une analyse sociologique qui recourt à une approche des ordres juridiques et de leurs rapports inspirée en particulier par Santi Romano, complétée et accompagnée par l'analyse sociologique des systèmes développée dans la foulée des travaux de Niklas Luhmann.

Ces approches devaient toutefois être complétées par les éléments fondamentaux d'analyse des rapports collectifs du travail que nous devons aux fondateurs du droit du travail, Lotmar et Sinzheimer : la relation qui s'instaure avec le contrat de travail est l'incorporation de la personne embauchée dans un groupement de domination et le rattachement à un tel groupement est un phénomène collectif autant qu'individuel²⁷⁵. La convention collective institutionnalise le pouvoir des parties de créer du droit pour pallier à la situation de domination par l'employeur et régir les conditions de travail qu'ils sont en position de connaître. Avec la négociation collective et les ententes qu'elle crée, s'instaurent de nouveaux ordres juridiques et l'autonomie collective²⁷⁶. Le nouvel ordre juridique né de la convention collective ne fait pas disparaître l'ordre patronal et l'ordre syndical. Le nouvel ordre qui se crée par la convention collective, ordre complexe, est un ordre négocié qui instaure une relevance à l'égard des deux parties. Un changement s'opère dans les systèmes patronal et syndical en présence, avec l'avènement de ce nouveau système pluraliste fondé sur le dialogue qui engendre de multiples couplages structuraux avec les parties et entre les parties.

²⁷⁵ Voir p. 58 à 63.

²⁷⁶ Voir p. 219-220.

Le droit spécial du travail est nécessaire pour protéger cette fonction sociale essentielle de production juridique et il doit, pour lui conserver son efficacité, respecter son autonomie et intervenir en facilitateur et en support. Rappelons la pensée de Sinzheimer à ce sujet :

[...] le droit collectif autonome des associations (conventions collectives) et le droit du travail posé par l'État ne s'excluent pas mutuellement. Tout au contraire, il faut amener les deux types de droit à atteindre dans une société libre, un équilibre approprié au moyen d'une « mise en cohérence méthodique ».²⁷⁷

Le dossier du gel d'échelon illustre d'une manière significative que cette mise en cohérence méthodique peut être menacée si un régime législatif des droits de la personne n'établit pas des rapports adéquats avec le droit spécial du travail.

Nous examinerons d'abord les rapports des ordres juridiques en présence (1); nous compléterons cette lecture des rapports institutionnels à l'aide de la théorie des systèmes; nous examinerons la transmission des connaissances et les apprentissages des acteurs dans ce dossier à la lumière de cette théorie (2).

1. Rapports des ordres juridiques en présence

Nous étudierons les rapports des ordres juridiques en épousant le déroulement de l'action relative à ce dossier. Nous nous proposons donc de répartir notre analyse en trois phases. La première est celle de la décision relative aux mesures d'économie parmi lesquelles se trouve l'introduction d'un nouveau gel d'échelon; cette phase comprend des événements préliminaires comme le Sommet sur l'économie et l'emploi et l'intervention de *Standard and Poors* (a). La seconde phase est la réaction à la décision d'introduire un nouveau gel d'échelon; elle comprend l'émergence de l'Association de défense des jeunes enseignants, les plaintes et l'enquête de la Commission des droits (b). La troisième phase est le déroulement de l'instance jusqu'à la fermeture du dossier par le Tribunal des droits de la personne (c).

²⁷⁷ Voir p. 63 à 65. Dans le cadre d'un monopole de représentation issu de la *Loi Wagner* comme celui que nous connaissons au Québec, ceci comprend une protection des personnes salariées par un devoir de représentation dont l'efficacité doit être assurée par les dispositions législatives.

a) Rapports des ordres juridiques et mesures d'économie

Le Sommet sur l'économie et l'emploi, rappelons-le, s'est déroulé en deux temps. La Conférence de mars 1996 regroupait une cinquantaine de participants qui provenaient du gouvernement, de l'opposition officielle, de représentants d'associations patronales, d'organisation syndicales, du milieu de l'éducation, d'organisations du mouvement des femmes, d'associations étudiantes et d'organismes communautaires. Comme nous l'avons mentionné, une proposition de la FTQ relative au déficit zéro, « développée sous l'égide du Fonds de solidarité » a été adoptée²⁷⁸. La CSN et la CEQ (maintenant la CSQ) se sont par la suite dissociées de cette politique, mais la FTQ a conservé son appui à sa proposition malgré les effets qu'elle avait sur les relations du travail. On peut ici faire l'hypothèse que la FTQ a été fortement déterminée, dans cette position, par la nature des ordres juridiques de son mouvement.

D'abord la Centrale elle-même est étroitement associée au Fonds de solidarité; la *Loi constituant le Fonds de solidarité des travailleurs du Québec* stipule que le Conseil d'administration est composé en majorité de membres de la FTQ²⁷⁹. Pour reprendre les termes de Santi Romano, nous dirions que la FTQ et le Fonds de solidarité sont « coordonnés sur une base d'égalité »²⁸⁰. En ce qui a trait à ses syndicats affiliés, ils représentent en majorité des travailleuses et travailleurs du secteur privé. Ainsi, en 1992, 60 % de ses effectifs provenaient du secteur privé²⁸¹. Au moment du sommet, si la FTQ comptait parmi ses affiliés de gros syndicats des secteurs public et parapublic, elle en avait davantage qui regroupaient des travailleuses et des travailleurs du secteur privé : mentionnons en particulier, le Syndicat des métallos, les syndicats de la FTQ-construction, le Syndicat canadien des communications de l'énergie et du papier

²⁷⁸ Voir p. 360-361.

²⁷⁹ En vertu de l'article 4 de la *Loi constituant le Fonds de solidarité des travailleurs du Québec*, le Conseil d'administration est composé de dix-sept personnes; dix sont nommées par le Conseil général de la FTQ; le président directeur général est nommé par les seize premiers membres; en septembre 2008, lors de l'Assemblée annuelle des actionnaires, le président du Conseil d'administration du Fonds de solidarité était le président de la FTQ, et le secrétaire général de la FTQ était le secrétaire du Fonds de solidarité.

²⁸⁰ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p.106.

²⁸¹ Louis FOURNIER, *Histoire de la FTQ : 1965-1992, la plus grande centrale syndicale au Québec*, Montréal, Québec/Amérique, 19, p. 271.

(SCEP), les travailleurs unis de l'alimentation et du commerce²⁸². Nous faisons l'hypothèse que cette position de la FTQ dans les ordres juridiques de son mouvement, jointe au fait qu'elle était l'auteur de la proposition relative au déficit zéro, a été un facteur important et a peut-être même déterminé la décision de conserver son appui à cette politique. Les mesures d'économie allaient être établies par un processus de négociation.

Nous avons vu que la négociation collective et la conclusion d'une convention donne naissance à un ou plusieurs ordres juridiques distincts des ordres juridiques syndicaux et patronaux. Recourant aux catégories de Santi Romano, nous constatons que ces ordres juridiques n'ont pas de fins générales, mais des fins particulières relatives aux relations du travail²⁸³.

Dans la structure du régime de négociation du secteur du personnel enseignant des commissions scolaires, la grande partie de la négociation est centralisée au niveau national. L'entente nationale en vigueur, au moment de l'introduction de la modification de la clause du gel d'échelon, faisait partie de la convention collective liant l'ensemble des syndicats d'enseignantes et d'enseignants que représentait la Centrale de l'enseignement du Québec et les commissions scolaires qui avaient, à leur emploi, ces groupes de personnel enseignant²⁸⁴. Nous sommes donc ici en présence de deux niveaux de représentation des enseignantes et enseignants. Le personnel enseignant de chaque unité est représenté par son syndicat et le syndicat est représenté par la Centrale.

À notre avis un ordre juridique émerge de l'entente nationale²⁸⁵. La partie patronale y est représentée par le Comité de négociation des commissions scolaires francophones²⁸⁶. Au sein de

²⁸² Jacques Rouillard écrit en se référant à un article du *Devoir* publié en 1993 : « Davantage qu'à la FTQ, les effectifs de la CSN demeurent concentrés dans les secteurs public et parapublic où oeuvrent environ 55 % de ses membres. De là l'importance pour la centrale, des rondes de négociation dans ce secteur et les rapports souvent tendus qu'elle entretient avec le gouvernement du Québec. ». Jacques ROUILLARD, *Histoire du syndicalisme au Québec : des origines à nos jours*, Montréal, Boréal, 1989, p. 230.

²⁸³ S. ROMANO, préc., note 280, p. 103-104.

²⁸⁴ Voir le titre de l'Entente 1995-1998, préc., note 7.

²⁸⁵ Cet ordre juridique est d'autant plus conforme à l'idéal type de l'ordre juridique que la gestion de l'arbitrage des griefs y est centralisée sous la direction d'un arbitre en chef et d'un greffe. Dans l'entente 1995-1998, les stipulations en question se trouvaient à la clause 9-2.00.

ce comité, la Fédération des commissions scolaires est un acteur nettement en situation de relevance par rapport au ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport²⁸⁷ qui est lui-même en relation de relevance avec le gouvernement. En vertu de l'article 23, les « comités ont pour fonction, sous l'autorité déléguée par le gouvernement au ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport de négocier et agréer les stipulations [...] » de l'entente nationale.

Les gels d'échelon sont des questions salariales. Les mandats de négociation patronaux en matière de salaire doivent être autorisés par l'organe central de l'État, en matière de finance, le Conseil du trésor en vertu du paragraphe 42 (2) du *Régime de négociation*.

Nous pouvons constater que le contenu de l'ordre juridique de la convention collective dépend de la volonté des organes gouvernementaux de l'État et que le contenu de cet ordre en matière salariale est assujéti aux conditions décidées par ces organes.

En ce qui a trait à la partie syndicale, la relation de relevance s'établit principalement à l'égard de la Fédération mais également, pour la question salariale, avec la Centrale qui coordonne les fédérations des secteurs en négociation dans le cadre du même régime de négociation. L'autre principe important des relations entre les ordres juridiques de la partie syndicale est la présupposition qui est présente du côté des syndicats, mais également dans les relations des commissions scolaires. Cependant, nous avons vu qu'au sein du Comité patronal, la Fédération des commissions scolaires est juridiquement placée en situation de domination. Rappelons que le lien de présupposition syndical introduit normalement, dans la prise de décision, un débat démocratique qui n'a rien à envier au processus décisionnel parlementaire et évidemment, encore moins, si la chose est possible, au processus décisionnel gouvernemental. Même en situation de crise, nous sommes d'avis que l'historique de la négociation des mesures d'économie illustre

²⁸⁶ *Id.* L'entente 1995-1998 modifiée pour inclure le gel d'échelon de 1996-1997 est intervenue entre la CEQ (maintenant la CSQ) et le Comité patronal de négociation pour les commissions scolaires pour catholiques, les commissions scolaires confessionnelles catholiques et les commissions scolaires dissidentes pour catholiques. La réorganisation des commissions scolaires sur une base linguistique, s'est produite, à la suite d'une modification de la *Loi constitutionnelle de 1867*, au cours de cette convention.

²⁸⁷ Au moment des négociations sur les mesures d'économie, les ministères n'étaient pas fusionnés; il s'agissait donc de la ministre de l'Éducation, madame Pauline Marois. En vertu du décret numéro 120-2005 adopté le 18 février 2005, le ministre et le ministère de l'Éducation sont désormais désignés sous les noms de ministre et de ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport.

cette réalité. On a vu cependant combien la pression était importante au sein du Conseil fédéral et de l'équipe de négociation de la Fédération lorsqu'on a décidé d'inclure un second gel d'échelon dans la clause établissant le premier gel. Une telle pression peut avoir empêché la présupposition de compenser l'exercice de l'autorité dominante du gouvernement que les instances de la fédération syndicale subissaient. La menace de la loi spéciale réduisait la marge de manœuvre et le temps nécessaire à la réflexion collective.

Mentionnons, pour disposer d'une vue d'ensemble et avoir une perspective contextuelle, qu'en ce qui a trait aux négociations locales et régionales, des ordres juridiques internes ont émergé des ententes signées. L'entente nationale mentionne que les griefs et arbitrages « portant uniquement sur les matières de négociations locales » sont « l'objet de stipulations négociées et agréées à l'échelle locale ou régionale [...] »²⁸⁸.

Il existe une autre situation de relevance qu'il n'est pas possible de percevoir dans toutes ses dimensions. L'intervention de *Standard and Poor's* démontre que l'État québécois qui, dans l'ordre juridique canadien, est reconnu comme souverain pour de telles négociations a été soumis aux conditions de cette agence de notation qui a recouru à son pouvoir de sanction économique. L'ordre juridique étatique du Québec, autorité politiquement souveraine, a été placé en situation de relevance face à un ordre juridique qui exerce un pouvoir qui prend sa source dans le système économique. Ainsi, force est de constater que *Standard and Poor's* est intervenu directement ou indirectement dans la politique salariale appliquée au personnel des secteurs public et parapublic

Ces principes relatifs aux rapports des ordres juridiques ont été, à notre avis, les plus importants à cette phase du dossier.

b) Réactions à la conclusion de l'accord modifiant la clause du gel de l'échelon pour en introduire un nouveau

L'accord modifiant la clause du gel d'échelon pour introduire le gel de 1996-1997 a été suivi, comme on le sait, de la plainte de Normand Morin et de plusieurs autres enseignantes et enseignants. Elle a également été suivie, au lendemain de cet accord, le 3 juillet 1997, de la

²⁸⁸ Voir le titre de l'Entente 1995-1998, préc., note 7, 9-4.00.

formation de l'Association de défense des jeunes enseignants du Québec (ADJEQ)²⁸⁹. En 1998 était formé Force jeunesse qui venait regrouper des associations et des comités syndicaux de défense des intérêts des jeunes. L'ADJEQ devenait membre de Force jeunesse.

Fallait-il considérer que les membres des syndicats qui portaient plainte à la Commission des droits trahissaient leur organisation syndicale qui avait pris une décision majoritaire dans le cadre de ses règles démocratiques ? Si certains ont pu le penser, nous sommes portés à croire que le mouvement de mobilisation, de sympathie et d'appui aux jeunes enseignantes et enseignants dans les rangs syndicaux provenait d'une perception d'injustice. Normand Morin, dans une déclaration rapportée par Brian Myles dans *Le Devoir*, faisait part du sentiment d'injustice qu'il avait éprouvé devant cette décision du gel de 1996-1997 dont il subissait les effets²⁹⁰. On peut, à notre avis, faire un parallèle ici avec ce que Gurvitch considérait comme la couche profonde du droit : l'expérience collective de la justice, fait normatif qui manifeste le droit d'une manière spontanée et inorganisée²⁹¹. Toutefois, cette expérience sociale est sans doute altérée par la culture des droits²⁹².

Quant aux personnes qui ont recouru à la Commission des droits, elles n'avaient pas d'autre choix. Sans confiance au régime d'arbitrage dans une telle situation, le régime de rapports collectifs du travail ne leur offrait pas de structure capable d'apporter une solution à cette question difficile de rapports entre droits individuels et droits collectifs.

Dans le dossier du gel de l'échelon, la représentation des jeunes enseignantes et enseignants qui décidèrent de contester cette mesure fut assumée par l'ADJEQ et la Commission des droits. Au sujet de l'action de la Commission des droits, tant au stade de l'enquête que de la représentation devant les tribunaux, il s'agit d'une situation frappante de pluralisme juridique intra-étatique. Une institution de l'État accomplit une enquête sur une clause d'une convention collective dans laquelle la partie patronale est constituée du gouvernement et des commissions scolaires et cette

²⁸⁹ Christian BRUNELLE, « L'émergence des associations parallèles dans les rapports collectifs de travail », (2002) 57 *Relations industrielles* 282. Voir au sujet de l'ADJEQ les pages 286 à 288.

²⁹⁰ *Le Devoir*, 21 mars 2000, p. A1.

²⁹¹ Voir p. 33 à 35.

²⁹² Voir p. 354-355.

institution d'État représente devant les tribunaux les personnes qu'elle a considérées comme discriminées. La Commission des droits est un ordre juridique interne au sein du grand ordre juridique de l'État du Québec. Son indépendance relative et ses pouvoirs lui permettent cette marge de manœuvre. Elle partage avec l'ADJÉQ un même objectif de lutte contre les clauses qui défavorisent les jeunes²⁹³. Nous reviendrons au chapitre suivant de cette partie sur l'analyse de la Commission des droits.

Il faut, à notre avis voir dans l'ADJÉQ, l'émergence d'un nouvel ordre juridique ayant une fin très particulière : combattre une mesure jugée injuste en association avec la Commission des droits qui lui offre les services de représentation devant les tribunaux. L'émergence du regroupement Force jeunesse vient renforcer son action de pression. Selon le professeur Christian Brunelle, les nouvelles associations du type de l'ADJÉQ « sont en rupture avec les modes classiques d'expression de la dissidence dans les organisations syndicales ». Elles « envahissent l'espace public pour faire connaître leur insatisfaction et leurs revendications [...] en usant des voies de communications usuelles tel le recours aux médias [...] »²⁹⁴. L'ADJÉQ est une association parallèle. Elle est par rapport aux syndicats de ses membres, à leur Fédération et à la CSQ dans une situation d'irrélevance²⁹⁵, ces organisations n'ayant aucun contrôle sur son existence et son action. Sa relevance est face à la Commission des droits qui, en mettant fin à son action de représentation compromettra l'objectif qu'elle poursuit.

²⁹³ En 1998, la Commission des droits de la personne révisé son approche des clauses orphelins en l'étendant à toute clause qui a pour effet de ne plus fonder la politique salariale sur des critères communs à l'ensemble du personnel. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *La rémunération à double palier et les autres clauses dites « orphelins » dans les conventions collectives : conformité au principe de non discrimination*, Michel Coutu, 24 avril 1998, p. 9. Nous sommes d'avis qu'il y aurait lieu de faire une étude historique de la lutte contre les clauses orphelins et, en particulier, de l'implication de la Commission des droits.

²⁹⁴ C. BRUNELLE, préc., note 289, p. 292-293

²⁹⁵ S. ROMANO, préc., note 280, p. 144-145.

c) **Le stade de l'instance**

Nous n'avons pas l'intention de reprendre ici les éléments d'analyse du Tribunal des droits de la personne²⁹⁶ et des tribunaux judiciaires accomplis au chapitre 2 de la première partie, d'autant plus que nous compléterons ces éléments d'analyse dans le chapitre suivant.

Les tribunaux sont les agents des ordres juridiques étatiques parlementaires. Leurs constitutions rattachent particulièrement la Cour d'appel à l'ordre québécois malgré que la nomination de ses juges établisse un important lien avec l'ordre fédéral. La Cour suprême est régie au sein de l'ordre juridique fédéral. Comme juristes, ses juges nommés par le Gouvernement fédéral rejoignent la plus haute cour du Canada avec leurs apprentissages accomplis dans des ordres juridiques spécifiques. Les questions dont ils sont saisis appartiennent le plus souvent à des ordres juridiques pour lesquels ils n'ont ni expertise, ni expérience, ni sensibilité. Nous reviendrons sur cet aspect en étudiant les aspects systémiques dans la subdivision suivante. Nous sommes d'avis que les positions des juges Fish et Binnie dans l'arrêt *Morin* et dans l'arrêt *Charrette* illustrent ce problème structurel fondamental. Dans beaucoup d'espèces le jugement majoritaire est sauvé par la présence d'un véritable spécialiste du droit spécial du travail ou d'une autre sphère du droit de l'ordre juridique en question, peut-être même par un travail de recherche attribuable à un auxiliaire juridique. Nous pensons que ce ne fut pas le cas pour l'arrêt *Morin*. N'écartons pas non plus la possibilité que pour des juges de la majorité, la décision a été prise d'aller au-delà des termes de la Charte et de la convention collective²⁹⁷.

Le Tribunal des droits de la personne est un agent spécialisé de l'ordre juridique québécois par sa loi constitutive et par sa mission d'interprétation et d'application des dispositions de la *Charte québécoise*.

²⁹⁶ Voir p. 207-208.

²⁹⁷ Christian BRUNELLE, Michel COUTU et Gilles TRUDEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme », dans Christian BRUNELLE (dir.), *La constitutionnalisation du droit du travail*, vol. 48, Québec, C.de D., 2007, p. 5-42, à la page 31. Les auteurs suggèrent indirectement cette dernière lecture. Soulignons ici que notre commentaire n'est pas une prise de position en faveur d'une politique qui priverait les travailleuses et travailleurs syndiqués de recours. La question qui se pose est toutefois : est-ce aux tribunaux d'adopter des règles de droit, au-delà de ce qui peut se déduire des textes législatifs et même en contradiction de ces textes ? Un régime démocratique n'implique-t-il pas que ce rôle est celui des assemblées législatives. Précisons la question sous un autre angle : est-ce à la Cour suprême du Canada, cour régie par le législateur fédéral et composé de juges provenant de plusieurs juridictions, d'adopter de telles politiques ou à l'Assemblée nationale ?

L'instance illustre la structuration des ordres juridiques. Les juges des tribunaux étudient le dossier à la lumière de leur expérience, de leur expertise et de leur sensibilisation qui sont conditionnées par leur formation, leurs champs de pratique, les ordres juridiques au sein desquels ils ont œuvré.

Examinons les liens avec des ordres juridiques, les apprentissages et les influences idéologiques qui ont formé ces juges ou ont pu les influencer.

La juge Rousseau-Houle qui exprime principalement les motifs de la majorité est devenue professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval en 1973. Avant d'être doyenne de la Faculté de droit de 1985 à 1988, elle a été vice-présidente du syndicat des professeurs et présidente du Conseil syndical. Elle a été nommée juge de la Cour supérieure en 1988 et à la Cour d'appel en 1990²⁹⁸. Au moment de la décision relative à la recevabilité, dans l'affaire *Morin*, elle avait donc plus de dix ans de pratique en Cour d'appel; elle était la seule à avoir eu une pratique de leadership syndical, facteur d'apprentissage propre à lui donner une sensibilité particulière à la protection de l'intégrité du régime de rapports collectifs du travail.

En novembre 2001, quelques mois avant la décision en question de la Cour d'appel, l'Association des diplômés de droit de l'Université de Montréal (ADDUM) rendait hommage au juge Jean-Louis Baudouin lors de son Grand dîner d'automne. Le Journal du Barreau écrivait à cette occasion ce qui suit au sujet du juge Baudouin : « Né d'une famille qui pratique le droit depuis une dizaine de générations, le juge Jean-Louis Baudouin, éminent juriste et source d'inspiration pour ses pairs, est l'un des grands humanistes du droit contemporain ».

Le Journal soulignait qu'il avait été professeur de droit pendant 30 ans et qu'il était juge à la Cour d'appel depuis 12 ans²⁹⁹.

En ce qui a trait au juge Robert, il devint, en 1960, avant d'être admis au Barreau, lieutenant dans le corps royal canadien des communications. Il a pratiqué le droit dans plusieurs études. Il a été

²⁹⁸ « Création du fonds Thérèse-Rousseau-Houle en droit civil », *Le journal de la communauté universitaire*, 7 février 2008.

²⁹⁹ « Grand dîner d'automne de l'ADDUM – Hommage à Jean-Louis Baudouin », *Le Journal du Barreau*, 1^{er} janvier 2002.

président des jeunes libéraux du Canada de 1963 à 1965. Il a été bâtonnier du Barreau du Québec en 1974-1975 et président de la Fédération des professions juridiques du Canada en 1976-1977. Il a été membre de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (Commission Macdonald) de 1982 à 1985³⁰⁰. Il a été président du Parti libéral du Canada de 1986 à 1990. Il a été nommé juge puîné à la Cour d'appel le 9 mai 1995 et juge en chef le 25 juin 2002³⁰¹. Le juge Michel Robert a donc été nommé juge en chef après avoir rédigé son opinion dissidente sur la recevabilité dans l'affaire *Morin*. La décision de la Cour a été rendue le 28 février 2002.

La juge Rousseau-Houle a rendu un jugement en se situant à l'intérieur du système du droit du travail québécois, imprégné du contenu idéal du régime des rapports collectifs du travail. Son expérience de leader syndical la rendait sans doute sensible à l'importance du principe de l'exclusivité de la compétence arbitrale dans le contexte factuel de la convention collective.

Le juge Baudouin, fidèle à sa réputation de juriste rigoureux et à l'importance de la primauté du droit, allait donner son accord aux motifs de la juge Rousseau-Houle sur la base de l'identification de la source de la discrimination et de la jurisprudence constante de la Cour d'appel. Se gardant de toute tentative de se substituer à l'Assemblée nationale, il déplorait toutefois les effets de cette situation propre à développer « une jurisprudence contradictoire ». Il ne s'agit pas d'une décision interne à l'ordre juridique du droit du travail mais le point de vue d'un juriste qui se situe à l'intérieur du droit étatique propre au Québec et se fait un devoir de la respecter.

Nous pouvons constater que l'argumentation des trois juges est loin d'être étrangère à leurs liens institutionnels, à leur expérience et aux influences idéologiques dont a été pétri leur savoir juridique et les rapports de ce savoir avec la société.

Le recours de la Commission des droits est dirigé contre le Procureur général, le Comité patronal de négociation et la CSQ. Toutefois la requête pour obtenir des informations sur les enseignantes

³⁰⁰ Il a été nommé à la Commission Macdonald par le gouvernement Trudeau.

³⁰¹ Biographie sur le site de la Cour d'appel du Québec : en ligne : < www.tribunaux.qc.ca/c-appel > (consulté le 1^{er} octobre 2011).

et enseignants que la Commission des droits veut représenter cherche à forcer les commissions scolaires à fournir les renseignements recherchés, rappelant ainsi que les commissions scolaires sont les institutions auxquelles les enseignantes et enseignants sont intégrés et dans lesquelles s'applique la convention collective.

Nous venons d'examiner plusieurs éléments du dossier du gel de l'échelon à l'aide d'une approche sociologique des ordres juridiques. Il est intéressant ici de souligner que Santi Romano, dans un passage mettant en lumière que le droit permet aux individus par la construction d'entités institutionnelles « de vaincre l'insuffisance et les limites de leurs forces » avançait que tous les éléments de l'entité collective (garanties, pouvoirs, assujettissements, libertés, freins) « se trouvent fondus en un système »³⁰². Évidemment Romano écrivait il y a environ un siècle. La théorie des systèmes a connu d'importants développements. Nous avons choisi, rappelons-le, reprenant ce lien entre l'ordre juridique et le système, de recourir à l'éclairage de la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhman.

2. Le dossier du gel de l'échelon, les systèmes sociaux et le droit, dans le cadre de la théorie de Niklas Luhmann

Les questions de communications ont joué un rôle d'une très grande importance dans le dossier du gel de l'échelon. Elles ont probablement été un facteur déterminant de son enlèvement.

Les problèmes de communication les plus importants se sont manifestés entre, d'une part, le sous-système fonctionnel du droit du travail et le sous-système des relations du travail et, d'autre part, le sous-système du droit commun, en particulier la *Charte québécoise* qui y occupe une position spécifique. Le phénomène de clôture s'est manifesté d'abord au niveau de l'enquête, les acteurs de la Commission étant incapable de saisir la complexité du dossier et ne recourant pas aux moyens qui leur auraient permis une contextualisation adéquate. On semble en particulier avoir été incapable de comprendre le facteur continuité du régime de la convention collective propre aux relations du travail et au droit du travail. Ce sont des effets de clôture inévitables si des couplages structuraux ne se sont pas développés entre les systèmes, ce qui se serait produit si le régime des droits de la personne avait aménagé les voies de communication nécessaires.

³⁰² S. ROMANO, préc., note 280, p. 31.

La communication s'est vraiment développée en particulier avec les procureurs de la Commission des droits de la personne au cours de l'instance devant le Tribunal, lorsque le fond de la question a été examiné par les interrogatoires préalables et la production d'expertises.

Les communications avec les témoins et les experts ont amorcé et développé un processus d'apprentissage. Recourons à la théorie de Luhmann à ce sujet :

[...] cet apprentissage se produit tant chez le législateur qui doit lui-même apprendre pour changer la loi que chez les justiciables et les citoyens, tant chez le juge qui opère un changement dans une situation concrète ou dans l'interprétation de la loi que chez les parties impliquées dans un procès et leur procureurs. Du même coup, cet apprentissage est la voie dynamique par laquelle s'engage le processus d'acceptation des décisions juridiques, judiciaires ou réglementaires et l'acceptation des conséquences contraignantes qui en découle pour eux-mêmes et pour les autres.³⁰³

Nous avons aussi perçu un problème de communication au niveau de la Cour suprême face à la complexité des sous-systèmes de droit du travail et de relations de travail des juridictions canadiennes. On peut s'interroger si ce problème ne peut pas mettre en péril le respect de la primauté du droit des juridictions provinciales en matière de relations du travail.

Au cours du prochain chapitre nous aurons l'occasion d'examiner le point de vue de spécialistes du droit du travail sur les conséquences de l'arrêt *Morin* en étudiant les travaux qui ont été produits sur le sujet de notre thèse.

³⁰³ Ce texte rend compte de la pensée de Luhmann dans son ouvrage sur la légitimation par la procédure. Jean M. LAPIERRE, Guy ROCHER et Guylaine VALLÉE, « Légitimités et légitimations de l'arbitrage de griefs : la notion d'apprentissage chez Luhmann », dans Michel COUTU et Guy ROCHER (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, coll. « Pensée allemande et européenne », Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 355-384, à la page 366. Niklas LUHMANN, *La légitimation par la procédure*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2001.

Chapitre 2 – Les principales voies de mise en œuvre de la norme d'égalité dans les milieux de travail syndiqués au Québec : analyse et évaluation

Rappelons d'entrée de jeu, le texte d'Évelyne Serverin et Antoine Jeammaud que nous avons adopté comme guide de notre travail d'évaluation :

Sur le fond de l'évaluation, l'accumulation des références savantes ou celle des données empiriques n'épargneront ni les contresens, ni le naufrage dans la généralisation simplificatrice, si elles ne vont de pair avec une suffisante connaissance et une réelle prise en compte de l'ordre juridique dans lequel s'inscrivent les dispositions évaluées, de l'outillage au moyen duquel il assume sa part de régulation sociale, des ressources qu'il offre aux individus et aux groupes, des conditions (y compris juridiques) dans lesquelles ses normes peuvent être utilement mobilisées. En d'autres termes, il convient avant tout d'être attentif du *modus operandi* de ces règles, c'est-à-dire aux rapports qu'elles se ménagent ou rendent possibles avec l'univers de l'action, par leur statut ou leur teneur.¹ (nos soulignements)

Comme nous l'avons constaté, la question de la mise en œuvre du principe d'égalité en milieu de travail syndiqué ne requiert pas seulement la connaissance d'un ordre juridique, mais dans la perspective pluraliste qui s'impose, de nombreux ordres juridiques et de leurs agents et mécanismes. L'état des communications de ces « institutions » ou l'absence de communications, la transmission des informations et l'apprentissage des connaissances ont une importance vitale.

En ce qui a trait à un ordre juridique complexe comme l'État québécois, suivant l'orientation de Santi Romano, il faudra observer « les mécanismes et engrenages multiples, les rapports d'autorité et de force qui créent, modifient et appliquent, font respecter les normes juridiques [...] »². Ces rapports d'autorité et de force qui doivent être observés ne sont pas l'apanage du seul ordre juridique étatique. L'ordre juridique opérera différemment lorsqu'il est le fruit de la négociation collective, l'application du régime normatif s'inscrivant dans le prolongement des échanges et des affrontements des partis patronale et syndicale.

¹ Évelyne SERVERIN et Antoine JEAMMAUD, « Évaluer le droit », (1992) *Recueil Dalloz Sirey*, 263, p. 267.

² Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002.

Nous avons maintenant l'intention dans ce chapitre d'examiner les voies de mise en œuvre de la norme d'égalité en milieu de travail syndiqué, en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Les rapports que les règles qui énoncent les droits et libertés de la personne rendent possibles avec l'univers de l'action, avec leur statut de règles fondamentales prépondérantes (prépondérance qui se limite ici aux chapitres I à III : articles 1 à 38), se développent au sein du droit spécial du travail et au sein des ordres juridiques des relations du travail, institués par les conventions collectives. En ce qui a trait aux normes des ordres juridiques ainsi institués, elles sont à ce titre, en général, interprétées et appliquées par les parties et, à défaut d'entente, par les arbitres de griefs dont les décisions s'intègrent au corpus de la jurisprudence arbitrale.

Dans un premier temps, nous ferons une revue de la littérature au sujet des voies de mise en œuvre de la norme d'égalité dans les milieux de travail syndiqués, afin de disposer, pour notre démarche, des éléments d'analyse pertinents qui s'intègrent à notre approche théorique (1). Nous entreprendrons ensuite l'analyse de ces voies (2) afin d'en dégager des éléments d'évaluation et les principes et mesures favorisant la mise en œuvre du principe d'égalité dans les milieux de travail syndiqués (3).

Les voies de mise en œuvre du principe d'égalité mettent en cause d'importants agents des ordres juridiques qui interviennent dans les rapports collectifs du travail. En ce qui a trait à l'ordre juridique de la convention collective, en présence d'un grief, les parties peuvent le régler dans le cadre de la procédure interne, s'il y a lieu; en l'absence de règlement, l'agent est l'arbitre de griefs; il s'agit d'un tribunal hybride dont l'origine et le régime juridique proviennent à la fois de l'ordre juridique de la convention collective et de l'ordre juridique étatique du droit du travail. En ce qui a trait à la plainte à la Commission des droits de la personne, elle est traitée d'abord par la Commission, un ordre juridique interne de l'ordre juridique étatique voué à la mise en œuvre du droit général des droits de la personne, sphère spécialisée du droit commun; le Tribunal des droits de la personne pourra en être saisi; il s'agit d'un agent de l'ordre juridique étatique voué à rendre des jugements pour la mise en œuvre du droit général des droits de la personne. Pour l'analyse des voies en question en vue de leur évaluation (section 2), notre démarche sera surtout descriptive. Il s'agira principalement d'examiner dans quelles conditions les droits à l'égalité peuvent être mobilisés.

1- Revue de la littérature relative aux voies de mise en œuvre du principe d'égalité dans les milieux de travail syndiqués du Québec

La revue de la littérature portera sur les travaux accomplis au Canada. Ce choix ne provient pas de l'absence ou de la rareté d'une production scientifique étatsunienne. Il existe des différences importantes entre les régimes législatifs canadiens et étatsuniens. L'arbitrage de griefs aux États-Unis est une pratique courante et a fait l'objet de nombreuses analyses; toutefois l'arbitrage de griefs aux États-Unis n'a pas subi la mutation importante qu'il a connue dans les juridictions canadiennes. Au Canada, les législations du travail de la presque totalité des juridictions établissent que l'arbitrage de griefs est l'instance de mise en œuvre de la convention collective et que le recours à la grève est interdit en cours de convention collective. Cette politique législative a octroyé à l'institution une importance plus grande et une position plus élevée, situation inexistante dans la société des États-Unis³. Les universitaires et les praticiens y ont toutefois recouru à des études empiriques⁴ avant que la pratique ne s'instaure au Québec et des débats sur la question des rapports du droit du travail et des droits de la personne ont eu cours.

Quant aux études publiées au Canada à ce sujet, nous dégagerons certains éléments que nous avons jugé pertinents pour cette thèse. Nous les diviserons en trois catégories : les analyses juridiques et normatives (A); les études empiriques et comparatives (B) et les rapports des organes étatiques qui ont reçu un mandat de se prononcer sur la question (C).

A- Les analyses juridiques et normatives

Les analyses juridiques étudient le droit d'un point de vue dogmatique ou institutionnel; l'analyse normative se situe dans une perspective de réforme; elle recherche la politique normative souhaitable, ce qui ne se limite pas au législatif et au judiciaire. Nous examinerons

³ À ce sujet les professeurs Swinton et Swan ont écrit : « Arbitration has a higher status in Canada than in United States. In Ontario for example, the arbitration of collective agreement disputes is a statutory requirement, whereas it is voluntary in Unites States ».

Katherine E. SWINTON et Kenneth P. SWAN, « The Interaction between Human Rights Legislation and Labour Law », dans K. E. SWINTON et K. P. SWAN (ed.), *Studies in Labour Law*, Toronto, Butterworths, 1983, p. 111, à la p. 139.

⁴ Harry T. EDWARDS, « Labor Arbitration at the Crossroads : *The Common Law of the Shop v. External Law* », (1977) 32 *The Arbitration Journal* 65.

d'abord la question du droit à l'égalité en emploi (1). Nous rendrons compte ensuite des commentaires relatifs à la multiplicité des forums qui ont à mettre en œuvre le droit à l'égalité et du débat relatif à la concurrence juridictionnelle et, dans une perspective plus générale, aux régimes de mise en œuvre du droit à l'égalité en milieu de travail syndiqué (2).

1. Le droit à l'égalité en emploi

Des travaux postérieurs à l'adoption de la *Charte québécoise* ont rendu compte de l'importante évolution des concepts d'égalité et de discrimination. Au cœur de cette évolution, un changement important est amorcé avec l'élimination de la nécessité d'une volonté consciente et délibérée d'exercer de la discrimination pour ne retenir que **l'effet discriminatoire**. Un autre changement important sera le développement de l'approche de la discrimination par effet préjudiciable ou discrimination indirecte et l'avènement, avec l'affaire *Simpsons-Sears*⁵, de **l'accommodement raisonnable**, que la Cour suprême considère comme une « conséquence naturelle du droit à l'égalité ». Cette obligation est donc implicitement présente dans le texte des lois antidiscrimination⁶. On expose également que la Cour suprême dans *Meiorin*⁷ a considéré que la distinction entre discrimination directe et discrimination indirecte était factice quant à ses effets sur les moyens de défense et a proposé une démarche unifiée⁸.

Un autre changement important est le développement de la notion de discrimination systémique. C'est également dans les années quatre-vingt que cet important développement émerge au Québec et au Canada. La discrimination systémique ressort des attitudes, coutumes méthodes, pratiques ou règles organisationnelles qui, par leurs objets ou leurs effets discriminatoires

⁵ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, 1985 CanLII 18 (CSC), [1985] 2 R.C.S. 536,

⁶ Pierre BOSSET, « Les fondements juridiques de l'obligation d'accommodement raisonnable », dans Myriam JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 1-28, à la page 7-9. Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2001.

⁷ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relation Commission) c. BCGSEU*, (1999) 3 R.C.S. 3. Cette décision, entre autres, illustre que la Cour suprême modifie son approche, progresse, mais cette absence de stabilité ne facilite pas le travail de ceux qui ont à mettre en œuvre le droit à l'égalité et peut évidemment avoir l'effet de diminuer la confiance dans les énoncés des arrêts des cours supérieures.

⁸ P. BOSSET, préc., note 6, p. 12; C. BRUNELLE, préc., note 6, p. 80.

conjugués, provoquent parfois un phénomène de rejet – érigé en système – de certaines personnes de sexe féminin, de races minoritaires, handicapées, etc.⁹.

On a par ailleurs mis en lumière la portée du droit à l'égalité et le rejet de la discrimination en vertu des conventions collectives bien avant que la *Charte québécoise* ne soit adoptée. La notion de discrimination à laquelle se reportaient les arbitres – et qui prévaut généralement dans les conventions collectives – est plus large que celle que l'on retrouve dans les lois portant sur les droits et libertés de la personne. Les arbitres considèrent en effet comme discriminatoire toute norme, ou règle en vigueur dans une entreprise qui, pour des motifs illégaux, arbitraires ou déraisonnables, nie à des salariés des avantages qui sont reconnus aux autres membres du personnel appartenant à une même catégorie d'emploi. Et parmi ces motifs de distinction inacceptables, l'on retrouve bien sûr les facteurs interdits de discrimination mentionnés à l'article 10 de la Charte. On souligne également que le motif de discrimination prévu à l'article 18.2 (déclaration de culpabilité à une infraction) « a été retenu bien avant d'apparaître dans le texte législatif en 1982 »¹⁰. Enfin on a également, dans le cadre de commentaires de l'arrêt *Newfoundland Association*¹¹ de la Cour suprême du Canada, rendu compte de l'important pouvoir des parties à la convention collective, qui peuvent prévoir des dispositions qui vont au-delà de la protection accordée par les lois sur les droits de la personne¹².

⁹ *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. (Canada) Commission des droits de la personne*, (1987) 1 R.C.S. 1114, 1138-1139.

¹⁰ Jean-Denis GAGNON « Le rôle de l'arbitre et du Tribunal des droits de la personne en matière de discrimination et plus généralement dans le domaine des droits et libertés », dans Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS (dir.), *Droit à l'égalité et discrimination : aspects nouveaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 249, à la page 255. Sur le motif de la déclaration de culpabilité, Jean-Denis Gagnon cite plusieurs sentences arbitrales ayant été rendues de 1970 à 1979. *Id.*

Rappelons que cette perspective large de l'égalité, qui n'est pas enfermée dans une énumération de motifs de discrimination est celle qui a été mise de l'avant par la FTQ dans son mémoire sur le Projet de Charte. Voir p. 318, sous la rubrique « La Charte des droits et libertés de la personne ».

¹¹ *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, (1996) 2 R.C.S. 3.

¹² J.-D. GAGNON, préc., note 10, p. 253. Jean-Denis GAGNON, « Le rôle de l'arbitre et du Tribunal des droits de la personne dans le domaine des droits et libertés », dans Guylaine VALLÉE, Michel COUTU, Jean-Denis GAGNON, Jean Marcel LAPIERRE et Guy ROCHER (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, 239-260, à la p. 245. Christian Brunelle adopte une perspective critique à ce sujet, préc., note 6, p. 172-174.

Comme nous l'avons vu, cette conception de l'égalité qui n'enferme pas le droit à la protection contre la discrimination dans une énumération de motifs ayant un effet limitatif se retrouve dans le devoir de juste représentation du *Code du travail* récemment confié à la Commission des relations du travail. Toutefois la protection de l'égalité souffre, au travers le Canada, de sérieux problèmes, dans le contexte de ce devoir, et nécessite à notre avis un renouvellement de l'analyse.

La conception large de l'égalité appliquée en matière d'arbitrage de griefs différente de la norme étatique, qu'il s'agisse de la *Loi sur la discrimination dans l'emploi* et ensuite de la *Charte québécoise*, est un effet du pluralisme des ordres juridiques. Notons que la conception des arbitres qui exercent leurs fonctions en lien avec les ordres juridiques du travail est apparentée au principe de l'égalité des chances du droit international du travail affirmé dans la *Déclaration de Philadelphie* de l'Organisation internationale du travail (OIT)¹³.

Ce bref survol recense, en particulier, la réflexion doctrinale relative à quelques arrêts majeurs faisant partie évidemment d'une jurisprudence abondante qui a modifié la nature des relations. Il recense également des analyses de l'état du droit à l'égalité en milieu de travail syndiqué. L'évolution du droit à l'égalité s'est accomplie toutefois dans un contexte de concurrence juridictionnelle sur les questions d'égalité en emploi et, au-delà des chocs juridictionnels, de conflits entre le droit spécial des rapports collectifs de travail et le nouveau régime de mise en œuvre du droit à l'égalité instauré par la *Charte québécoise*. Plusieurs contributions sont venues nourrir le débat sur les déficiences de la situation actuelle et sur le régime qui serait souhaitable.

2. La multiplicité des forums et la concurrence juridictionnelle

Nous allons regrouper les points de vue à ce sujet sous trois aspects :

- la structure du système des relations de travail et les instances créées par la *Charte québécoise* (a);
- l'arbitrage de griefs et la mission d'application du droit à l'égalité (b);

¹³ OIT, *Déclaration de Philadelphie*, Philadelphie, 1944.

- la représentation syndicale et la représentation de la Commission des droits de la personne (c).

a) La structure du système des relations du travail et les instances créées par la Charte québécoise

Les problèmes de **structure du système des relations du travail** ont été rarement discutés dans la littérature doctrinale. Si certains n'éprouvent aucun malaise à l'égard des mandats qu'exercent les commissions et les tribunaux des droits de la personne en milieu de travail syndiqué et y sont même très favorables¹⁴, d'autres ont par ailleurs manifesté d'importantes inquiétudes¹⁵. Toutefois Bernard Adell qui, comme nous le verrons dans la section C, a eu à étudier cette question pour la Commission de réforme du droit de l'Ontario, a prononcé un diagnostic percutant à ce sujet.

i) Un constat percutant

Bernard Adell a considéré que l'absence de structure adéquate et les effets juridictionnels des lois antidiscrimination produisaient une des crises les plus graves du système des relations du travail.

Dans une intervention-bilan lors de la Conférence commémorative H.D. Woods au Congrès de l'Association canadienne des relations industrielles (ACRI) en 1996, il considérait cette situation comme une des deux grandes crises qui ont frappé le droit du travail et le domaine des relations industrielles au Canada :

Le système canadien du droit du travail ne possède pas la structure nécessaire pour s'adapter à la fragmentation qui se produit du côté des employés qui se fient de plus en plus à la législation des droits de la personne [...] lorsque des employés veulent exercer les droits reliés au travail qu'ils possèdent en tant que membres de certaines minorités ou de groupes défavorisés, ils doivent souvent avoir recours à des forums (par exemple aux commissions des droits de la personne) qui n'ont pas été conçus pour s'occuper du

¹⁴ François LAMOUREUX, « Atelier sur la norme d'égalité en milieu de travail : commentaires », dans Guylaine VALLÉE, Michel COUTU, Jean-Denis GAGNON, Jean M. LAPIERRE et Guy ROCHER (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Les Éditions Thémis, 2001, p. 129-134. Dans le même volume, le texte de Me Pierre-Yves Bourdeau, p. 225-237. Diane L. DEMERS, « Les tribunaux des droits de la personne : quel rôle et quelle place "leur" réserve-t-on ? », dans BARREAU DU QUÉBEC et TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005. p. 175.

¹⁵ Mentionnons en particulier les professeurs Denis Nadeau et Diane Veilleux.

mélange particulier des droits collectifs ou individuels qui font partie des relations patronales-syndicales.¹⁶ (nos soulignements)

Bernard Adell avait déjà écrit, l'année précédente, au sujet de la concurrence juridictionnelle :

It (overlapping and duplication) is part of a broader failure to develop substantive and procedural structures which could effectively integrate individual and collective rights and give better and more easily enforceable employment rights to everyone in the workplace, whether unionized or not.¹⁷

Le constat percutant de Bernard Adell, expert du droit spécial du travail, connaissant de l'intérieur le système des relations du travail, est à l'effet qu'une instance comme une commission des droits de la personne n'a pas les compétences pour se prononcer sur le mélange particulier de droits collectifs et de droits individuels qui font partie des relations patronales-syndicales et il le proclame, à l'occasion d'une des conférences les plus prestigieuses des relations du travail au Canada. Ceci est un résultat prévisible de la structuration des ordres juridiques et des effets systémiques de clôture. Il considère comme une des crises les plus graves l'absence de structures nécessaires pour s'adapter à la fragmentation produite par le recours aux législations des droits de la personne. Le dossier des plaintes relatives au gel d'échelon a tristement illustré ce constat.

Toute politique relative à la mise en oeuvre du principe d'égalité en milieu de travail syndiqué devra tenir compte de cette réalité. Les problèmes de concurrence juridictionnelle ne pourront favoriser cette mise en oeuvre qu'en assurant l'intervention de décideurs qui ont toute l'expertise nécessaire aux cas complexes de discrimination en milieu de travail.

¹⁶ Bernard L. ADELL, « La crise d'identité sans cesse renouvelée du droit du travail : quoi de neuf sous le soleil ? », dans Rick CHAYKOWSKI, Paul-André LAPOINTE, Guylaine VALLÉE et Anil VERMA (dir.), *XXIII^e Conférence annuelle*, Association canadienne des relations industrielles, 1996, p. 32.

¹⁷ Bernard L. ADELL, « Overlapping Forums in Collective Agreement Administration », dans Gilles TRUDEAU, Guylaine VALLÉE et Diane VEILLEUX (dir.), *Études en droit du travail à la mémoire de Claude D'Aoust*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 1, à la page 3.

ii) La concurrence juridictionnelle

Face à la concurrence juridictionnelle, si certains auteurs semblent vouloir laisser toutes les voies ouvertes¹⁸, d'autres considèrent souhaitable une compétence exclusive ou nettement prépondérante de l'arbitre, mais souligne la nécessité que les syndicats et les employeurs assument pleinement leur rôle quant au respect des droits fondamentaux¹⁹ ou que le régime d'arbitrage soit réformé²⁰.

Un filon très exploré est la recherche de modalités de partage des interventions entre tribunal d'arbitrage et tribunal des droits de la personne. Des mesures de référence et de déférence²¹ par l'instance des droits de la personne ont été proposées. Si on a mis de l'avant un pouvoir de référence discrétionnaire²², le devoir de référence ou de déférence du Tribunal des droits de la personne ou de la Commission des droits de la personne au Tribunal d'arbitrage en mesure de décider du cas a été mis de l'avant avec plus de succès à condition que la personne qui se plaint et son syndicat soient d'accord que le cas doit être soumis à l'arbitrage²³. Par ailleurs, il ne serait pas souhaitable que les justiciables puissent librement saisir l'une ou l'autre instance de leurs plaintes ou demandes²⁴. C'est à la lumière des ordres juridiques en présence au Québec et des effets systémiques que nous aurons à évaluer ces positions.

¹⁸ Auteurs précités note 14; Michel ROBERT « Instances juridictionnelles et réparation », dans BARREAU DU QUÉBEC et TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 62.

¹⁹ Georges MARCEAU, « La discrimination en milieu de travail syndiqué : syndicat et arbitre de griefs ou Commission et Tribunal des droits de la personne », dans Guylaine VALLÉE, Michel COUTU, Jean-Denis GAGNON, Jean M. LAPIERRE et Guy ROCHER (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Les Éditions Thémis, 2001, p. 196; Denis NADEAU, « Monopole de représentation syndicale et droits individuels des salariés : l'incontournable défi de la diversité », (2012) 53 *Cahiers de droit* 139. Voir en particulier la conclusion, p. 158-159.

²⁰ Diane VEILLEUX, « L'arbitre de grief face à une compétence renouvelée », (2004) 64 *R. du B.* 217.

²¹ Le tribunal défère lorsqu'il s'abstient de procéder.

²² Bernard L. Adell semble juger que les tribunaux n'utiliseraient pas un tel pouvoir. B. L. ADELL, préc., note 17, p. 22-23.

²³ Randi Hammer ABRAMSKY, *Reconcilable Regimes : Integrating Statutory and Collective Bargaining Rights*, University of Toronto, 1995. Brian ETHERINGTON, « Promises, Promises : Notes on Diversity and Access to Justice », (2000) 26 *Queen's Law Journal* 43. Brian Etherington commente le Rapport Laforest : *La promotion de l'égalité : Une nouvelle vision* (p. 62-65). Nous examinerons ce rapport au sujet de la déférence dans la section c).

²⁴ J.-D. GAGNON, préc., note 12, p. 259-260.

Soulignons enfin une mesure qui a été suggérée et qui peut être porteuse de promesses : le pouvoir d'intervention de la Commission des droits de la personne devant l'arbitre de griefs et en matière de révision judiciaire des sentences arbitrales²⁵. Cette mesure a l'avantage de permettre que l'arbitre dispose de l'expertise de la Commission des droits de la personne relative à la norme d'égalité de la Charte. Nous y reviendrons dans la troisième division de ce chapitre qui sera consacrée à l'évaluation des mesures.

b) L'arbitrage de griefs et la mission d'application du droit à l'égalité

Depuis l'adoption de la *Charte québécoise*, les évaluations de la capacité de l'arbitrage de griefs d'assumer la mission d'application du droit à l'égalité ont été diversifiées. Les auteurs qui considèrent l'arbitrage de griefs comme une instance de nature privée sont peu enclins à accorder à l'arbitre une compétence exclusive ou prépondérante; mentionnons ici en particulier Bernard Adell et Brian Etherington²⁶. Bernard Adell considère toutefois que l'application du droit à l'égalité en milieu de travail doit être confiée à une instance interne au droit du travail. Me François Lamoureux, coordonnateur du Service juridique de la CSN, dans une présentation dans l'atelier « Les acteurs des milieux de travail et la convention collective », au colloque *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail*, admet que « l'arbitrage de griefs [...] est devenu un tribunal public »; il « se voit aujourd'hui confié une fonction publique d'adjudication pour l'ensemble des lois reconnues sur l'emploi », alors qu'il était « jadis un tribunal essentiellement privé ». M^e Lamoureux s'oppose à la « théorie du comptoir unique » qui produirait « une privatisation de la justice »²⁷.

Par ailleurs, ceux qui s'insurgent contre la qualification de « privé » sont favorables à une telle exclusivité ou prépondérance. Le professeur Denis Nadeau intervenant dans l'atelier « Les acteurs des milieux de travail et la convention collective », au colloque *Rapports hiérarchiques*

²⁵ K. E. SWINTON et K. P. SWAN, préc., note 3.

²⁶ B. L. ADELL, préc., note 17, p. 12 et B. ETHERINGTON, préc., note 23, p. 60.

²⁷ Denis NADEAU, Diane VEILLEUX, François LAMOUREUX ET René LAPOINTE, « Les acteurs des milieux de travail et la convention collective », dans Dominique ROUX et Anne-Marie LAFLAMME (dir.), *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail. Chartes, normes d'ordre public, convention collective, contrat de travail, etc.*, Actes du colloque tenu à l'Université Laval/ 8 novembre 2007, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 174-177.

ou anarchiques des règles en droit du travail, s'exprimait ainsi au sujet du caractère privé de l'arbitrage :

[...] quelques mots, à propos de ce qui est appelé « la transformation de la nature du tribunal d'arbitrage; celle-ci ayant passé récemment, laisse-t-on entendre, de « tribunal privé » à « tribunal public ». Avec respect, je crois qu'il y a, dans cette proposition, quelques méprises : [...] au Québec, ainsi que dans toutes les autres provinces canadiennes, l'arbitrage de griefs n'a jamais été un « tribunal privé », puisque ce mode d'adjudication est depuis 45 ans, imposé par la loi et assujéti au pouvoir de contrôle et de surveillance des tribunaux supérieurs.²⁸

Plus loin, dans son intervention, le professeur Nadeau, soulignait sa position sur l'exclusivité de l'arbitrage des griefs :

[...] à compter du moment où les salariés pourront exercer de façon individuelle, des recours ailleurs qu'en arbitrage, les syndicats perdront, comme je le disais précédemment, non seulement le contrôle de l'application et de l'interprétation de leurs conventions collectives, mais seront engagés sur une voie d'érosion de leur statut de représentant exclusif.²⁹

La professeure Veilleux, lors du 9^e colloque Gérard-Picard de la CSN, dont la position en faveur de l'exclusivité de l'arbitrage de griefs est également bien connue, mentionnait ce qui suit au sujet du caractère privé de l'arbitrage de griefs :

Bien que la compétence et les pouvoirs de l'arbitre relèvent de sa loi habilitante, certains persistent à dire que ce tribunal est à caractère privé à cause du mode de nomination de l'arbitre et de son mode de rémunération. À mon avis, les modes de nomination et de rémunération de l'arbitre qui appellent la participation active des parties à la convention collective visent avant tout à les responsabiliser par rapport au règlement des griefs qui les concernent, mais il ne font pas pour autant de l'arbitre un tribunal à caractère privé.³⁰

²⁸ *Id.*, p. 193.

²⁹ *Id.*, p.195.

³⁰ Diane VEILLEUX, « Pour une compétence renouvelée de l'arbitre de grief confirmant l'intégration des lois de la personne et des autres lois de l'emploi dans les régimes de rapports collectifs du travail », dans CSN (dir.), *9e Colloque Gérard-Picard de la Confédération des syndicats nationaux*, 2007, p. 25.

Certains auteurs, après des analyses de la jurisprudence arbitrale, ont mis en lumière la capacité des arbitres d'assumer leur mission³¹. Le témoignage d'une avocate du Service juridique de la CSN lors du Colloque *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail*, nous permettra toutefois de constater que l'expérience syndicale de l'arbitrage de cette centrale à ce sujet n'a pas été très favorable. Soulignant l'action de la CSN pour que soit créé le Tribunal des droits de la personne, M^e Anne Pineau soulignait ce qui suit :

[...] Je rappellerai que c'est en désespoir de cause – les arbitres faisant la sourde oreille, devant nos arguments – que nous avons dû tenter des recours devant le Tribunal des droits de la personne afin que soient finalement reconnus le cumul d'ancienneté pendant un congé de maternité, le droit au renouvellement du contrat de travail à durée déterminée malgré l'absence de disponibilité pour cause de maternité, et enfin, toute la question relative à la sexualisation des postes de travail. L'accès à ce Tribunal était un enjeu fondamental [...].³²

Nous verrons également, dans la division suivante (B), que des recherches empiriques ont soulevé des questions sur la préparation de certains arbitres pour assumer cette mission.

Plusieurs auteurs qui font le constat de l'existence de problèmes que nous aurons l'occasion d'inventorier dans la deuxième division de ce chapitre, sont d'avis que des changements doivent être apportés au système d'arbitrage. On propose en particulier de pourvoir l'arbitre de tous les pouvoirs dont il a besoin³³. On propose également l'établissement d'une commission nationale d'arbitrage³⁴ ou une structure plus légère assurant, entre autres, la nomination des arbitres³⁵. Nous examinerons ces propositions dans la deuxième section de ce chapitre.

³¹ Michel COUTU, « L'application des chartes à l'arbitrage des griefs », dans Michel BROSSARD (dir.), *Vingt et unième colloque Relations industrielles*, 1990.

³² A. PINEAU, préc., note 27, p. 186-187.

³³ D. VEILLEUX, F. LAMOUREUX ET R. LAPOINTE, préc., note 27. K. P. Swan a publié un article dans lequel il se base sur des décisions arbitrales pour prôner une approche élargie des pouvoirs rémédiateurs des arbitres. Kenneth P. SWAN, « The Arbitrator as Social Engineer », (1998) *Labour Arbitration Yearbook* 3.

³⁴ Gérard NOTEBAERT, « Faut-il réformer le système d'arbitrage au Québec ? », (2008) 53 *R.D. McGill* 103. Lors du 9^e Colloque Gérard Picard de la CSN, en 2007, M^e François Hamelin a cherché à réfuter les critiques contre l'arbitrage de griefs qui conduisent à promouvoir une commission nationale d'arbitrage. Le texte de son exposé comprend une présentation fouillée au sujet des délais d'arbitrage. François HAMELIN, « Une commission nationale d'arbitrage : vraiment pas une bonne idée ! », dans *9e Colloque Gérard-Picard de la Confédération des syndicats nationaux*, 2007. Dans un article récent, Jean Bernier, se

Rappelons en terminant ce survol rapide sur la mission de l'arbitre en matière d'application du droit à l'égalité que plusieurs auteurs mettent en lumière l'incertitude qui persiste au sujet de la compétence respective de l'arbitre de griefs et du Tribunal des droits de la personne; on déplore même que l'incertitude soit devenue la règle³⁶ et demande une intervention législative afin de corriger la situation³⁷.

c) La représentation syndicale et la représentation de la Commission des droits de la personne

Le régime de représentation syndicale du Québec qui origine de la *Loi Wagner* est parent avec la plupart des régimes de représentation en Amérique du Nord et implanté depuis plus de soixante ans. Ces régimes auront fait coulé énormément d'encre universitaire. Nous avons priorisé, dans la deuxième section, le recours à une étude approfondie du contenu idéal des principaux principes de cette approche de la représentation³⁸.

réfère à ce texte de François Hamelin en affirmant : « S'il est une facette de l'arbitrage qui est particulièrement bien documentée, c'est celle des délais ».

Un aspect institutionnel intéressant de l'analyse de François Hamelin, dans ce texte est la raison qui fait en sorte que malgré les souhaits des magistrats, les tribunaux judiciaires ne réussissent pas à raccourcir les délais. Il mentionne à ce sujet : « [...] La raison est fort simple : les budgets alloués par l'état à chaque tribunal ne sont pas uniquement fonction des besoins des justiciables que celui-ci doit desservir, mais également de toutes les autres missions de l'état; en outre, les budgets attribués aux tribunaux sont fermes et n'évoluent pas facilement dans le temps pour s'adapter à de nouveaux besoins.

C'est pour éviter ces contraintes étatiques que les parties à la convention collective et le législateur ont convenu de créer un régime privé d'arbitrage, contrôlé et rémunéré par les parties elles-mêmes, pour voir à l'application de leur convention collective privée » (notre soulignement). *Id.*, p. 6.

³⁵ Jean BERNIER, « L'arbitre de griefs, un système privé ou public ? », (2012) 53 *C. de D.* 161.

³⁶ Jean-Denis GAGNON, « Les droits de la personne dans un contexte de rapports collectifs de travail. Compétence de l'arbitre et d'autres tribunaux. Quand l'incertitude devient la règle », (2006) 66 *R. du B.* 1. Notons que Jean-Denis Gagnon analyse l'arrêt *Parry Sound* en mettant en lumière les différences entre les termes des dispositions qui confèrent la compétence à l'arbitre de griefs dans la loi ontarienne et dans la loi québécoise. Cette approche est, à notre avis, essentielle pour assurer la primauté du droit de chaque ordre juridique étatique au Canada.

³⁷ Marc MANCINI, « Les droits et libertés de la personne en milieu syndical : l'arbitre de grief ou le Tribunal des droits de la personne, quel est le forum compétent », (2009) 68 *R. du B.* 329.

³⁸ Sous la rubrique « Modification profonde de la négociation collective aux États-Unis », voir p. 278 à 287. Parmi les éléments essentiels du contenu idéal du régime instauré par la *Loi Wagner*, on peut identifier : mettre fin à un rapport patron-employé du type maître et serviteur; justice sociale par l'adhésion démocratique en milieu de travail, objectif réalisable uniquement par l'octroi de pouvoirs collectifs (collective empowerment); l'organisation syndicale développera un antidote au risque d'autoritarisme du nouvel état administratif en développement et sa bureaucratie technocratique; la démocratie en milieu de

Des auteurs québécois ont introduit, dans le débat sur la représentation syndicale et l'effectivité de la *Charte québécoise*, de substantiels éléments d'analyse³⁹. Nous reviendrons d'abord sur quelques éléments importants tirés des travaux du colloque de 2007 *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail* sur le thème « Les acteurs du milieu de travail et la convention collective ».

Les présentations qui nous apparaissent surtout appeler des commentaires pour la question de la représentation sont celles de M^e François Lamoureux et des professeurs Denis Nadeau et Diane Veilleux; au cours de la discussion, les interventions de M^e Serge Cadieux et de M^e Anne Pineau ainsi que du professeur Jacques Desmarais nous sont apparues importantes.

Regroupant des acteurs-clés du débat, ce panel était destiné à soulever la problématique dans toute son envergure et à mettre en lumière, si c'était encore nécessaire, les divergences profondes. Les professeurs Denis Nadeau et Diane Veilleux prirent des positions parentes en ce qui a trait à l'intégration des droits de la personne aux relations du travail et mirent de l'avant le rôle central de la convention collective et de son système de mise en œuvre. Après avoir décrit le processus d'intégration qu'il mettait de l'avant, Denis Nadeau mentionnait « [...] l'étape des négociations d'une convention collective constitue sûrement le moment le plus propice à tel exercice d'implantation ordonnée des droits de la personne »⁴⁰. La professeure Diane Veilleux allait dans le même sens dans sa présentation : « [...] la convention collective est le meilleur véhicule juridique pour parvenir à une véritable intégration des droits des salariés syndiqués ».

Et plus loin :

travail pouvait permettre d'exercer un pouvoir décentralisé pour faire contrepoids et amener une culture renouvelée de démocratie à la base (renewed culture of democracy from below).

L'indépendance des syndicats face à l'employeur est nécessaire pour permettre d'atteindre ces objectifs.

Mark BARENBERG, «The Political Economy of the *Wagner Act*: Power, Symbol, and Workplace Cooperation », (1993) 106 *Harvard Law Review* 1379.

³⁹ Christian Brunelle dans son livre sur les obligations d'accommodement en milieu de travail syndiqué : préc., note 6, p. 23-36. Christian BRUNELLE, « Le système québécois de représentation au travail : une seule voix contre l'injustice, une seule voie vers la justice », (2012) 53 *Les Cahiers de Droit* 133. D. NADEAU, préc., note 19.

⁴⁰ D. NADEAU, D. VEILLEUX, F. LAMOUREUX ET R. LAPOINTE, préc., note 27, p. 166-167

Si l'on veut préserver l'autonomie collective tout en respectant les droits individuels conférés par la loi, il faut reconnaître leur rattachement à la convention collective et assurer leur mise en œuvre au moyen des voies de recours prévues au Code du travail.⁴¹ (notre soulignement)

M^e François Lamoureux n'abordait pas directement la question de la représentation, ce qui n'est pas vraiment étonnant pour le coordonnateur d'un Service juridique d'organisation syndicale qui est aux prises avec d'importants problèmes de gestion des recours. Il y touchait toutefois d'une manière indirecte en se prononçant en faveur d'un plein accès au Tribunal des droits de la personne. Il soulevait également dans ses propos les différences dans le traitement des cas de personnes salariées couvertes par une unité d'accréditation et des personnes non syndiquées et l'effet de cette situation sur les coûts pour les organisations syndicales. M^e Lamoureux s'exprimait entre autres ainsi :

L'objectif que nous visons consiste à rechercher la meilleure expertise possible du tribunal compétent. Mais plus fondamentalement, il s'agit d'une question liée à la privatisation de la justice : les syndicats ont la nette impression que des responsabilités importantes ont été « pelletées dans leur propre cour » ! Ainsi, ils ne peuvent dorénavant s'adresser à des tribunaux gratuits et avoir accès à une justice empreinte de célérité.

En définitive nous avons la ferme conviction qu'il existe deux catégories de salariés au travail au Québec : les travailleurs non syndiqués, qui peuvent accéder au Tribunal des droits de la personne et à la CRT, d'une part, et les travailleurs syndiqués, d'autre part, qui n'ont de recours possible que celui porté devant l'arbitre de griefs puis, subséquemment ou alternativement, devant la CRT, avec tout ce que cette voie implique comme coût financier pour le mouvement syndical.⁴²

Le professeur émérite Jacques Desmarais, à la fin du débat de cet atelier, se prononçait en faveur d'une approche qui vise à améliorer le système d'arbitrage de l'intérieur « plutôt que de chercher à créer une multitude de forums susceptibles d'édulcorer le contrôle des parties syndicales et patronales sur les conditions de travail au sein de l'entreprise en transférant celui-ci à d'autres

⁴¹ *Id.*, p. 171-172.

⁴² *Id.*, p. 176. Soulignons qu'un enjeu important des recours en matière de relations du travail mis de l'avant par les participants des organisations syndicales était les problèmes de financement et on a témoigné de l'intensité de ce problème; Me Cadieux, au cours du débat, mentionnait même, « avec la multiplication des recours relatifs au harcèlement psychologique, les syndicats risquent de faire faillite. » *Id.*, p. 192.

personnes qui n'ont pas comme préoccupation principale la survie du régime de rapports collectifs du travail »⁴³.

La professeure Guylaine Vallée qui faisait une présentation sur la question « Les lois de l'emploi et la convention collective » faisait remarquer cet aspect fondamental. Commentant les arrêts *Parry Sound* et *Isidore Garon*, elle mettait en lumière une réalité qui n'a pas été modifiée avec la nouvelle position de la Cour suprême dans l'arrêt *Syndicat de la fonction publique du Québec* :

Ce qui est nouveau [...] c'est le lieu où doit être résolu le conflit potentiel entre les règles issues de la Loi et de la convention collective en milieu syndiqué. Et ce lieu, c'est la convention collective elle-même [...]. Il revient aux parties des rapports collectifs de faire prévaloir la hiérarchie des sources dans le cadre de la convention collective ou lors de la procédure de grief. L'articulation entre des règles issues de ces sources en milieu syndiqué doit se faire au sein des instances des rapports collectifs du travail et non en dehors d'elles.⁴⁴ (notre soulignement)

Le juge LeBel allait adopter ce passage dans le jugement de la majorité de l'arrêt *Syndicat de la fonction publique du Québec* :

Comme le souligne à juste titre la professeure Guylaine Vallée, « [i]l revient aux parties des rapports collectifs de faire prévaloir la hiérarchie des sources dans le cadre de la convention collective ou lors de la procédure de griefs. L'articulation entre des règles issues de ces sources en milieu syndiqué doit se faire au sein des instances des rapports collectifs du travail et non en dehors d'elles [...] ».⁴⁵

Rappelons en terminant l'examen des débats de ce colloque que le professeur Trudeau qui prononçait la « Conférence synthèse » avait attiré l'attention sur un article de Michael Piore et Sean Safford au sujet des relations de travail aux États-Unis⁴⁶, en en suggérant instamment la

⁴³ *Id.*, p. 200.

⁴⁴ *Id.*, p. 88.

⁴⁵ *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28 (CanLII), [2010] 2 R.C.S. 61, par. 44.

⁴⁶ Michael J. PIORE et Sean SAFFORD, « Changing Regimes of Workplace Governance, Shifting Axes of Social Mobilization, and the Challenge to Industrial Relations Theory », (2006) 45 *Industrial Relations*, n° 3, 299-325.

lecture⁴⁷. Cet article est d'une grande pertinence pour la question de la représentation syndicale. Constatant l'écroulement du régime de négociation collective du New Deal, les auteurs mettent de l'avant que ce n'est pas le marché qui a pris la place, mais un régime de droits substantifs, de décisions judiciaires, et de règles administratives complétés par des mécanismes au niveau de l'entreprise qui sont réceptifs à ces règles. Ils observent aussi le passage de l'axe de la mobilisation sociale autour de statuts économiques associés à la classe, l'industrie, l'entreprise et le métier à des identités qui ont leur base à l'extérieur du milieu de travail : le sexe, la race, l'origine sociale nationale, le handicap et l'orientation sexuelle. Le professeur Trudeau soulignait que « ces nouvelles formes de solidarité et ces identités exogènes aux relations de travail menacent la survie du modèle de négociation collective, tel que nous le connaissons aujourd'hui ».

Passons maintenant au Colloque international *Les systèmes de représentation au travail : à la mesure des réalités contemporaines* organisé par le Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT) en 2010.

Le professeur Christian Brunelle a présenté dans les *Cahiers de droit* les textes des professeurs Denis Nadeau et Jean Bernier. Il écrivait ce qui suit au sujet de la présentation du professeur Nadeau :

Dans un essai percutant, le professeur **Denis Nadeau**, de la section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, met bien en relief, à la lumière de la jurisprudence récente, les difficultés que peut poser, sur le plan juridique, l'exercice du monopole de représentation syndicale quand le produit de la négociation collective est contesté, sur une base individuelle, par quelques salariés qui s'estiment victimes de discrimination – et réclament donc réparation – de la part du syndicat. Disant craindre « qu'un tel mouvement [...] ne finisse par s'attaquer à la légitimité même de l'organisation des rapports collectifs de travail, dont le monopole de représentation syndicale constitue une des assises fondamentales » (p. 143), le professeur Nadeau sert une vibrante mise en garde contre la tentation de représentation alternative, notamment par l'entremise de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, voyant là « un signe de désaveu de l'action syndicale » (p. 150). Il exhorte ainsi les

⁴⁷ Gilles TRUDEAU, « Conférence synthèse », dans *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles de droit du travail. Chartes, normes d'ordre public, convention collective, contrat de travail, etc.*, Actes du colloque tenu à l'Université Laval/ 8 novembre 2007, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 201, à la p. 207.

syndicats à délaisser la stratégie « minimaliste » destinée à éviter les inévitables « chocs de valeurs » au profit d'une pleine intégration des droits de la personne à tous les volets de la vie syndicale, aux négociations de conventions collectives et à l'application de celles-ci » (p. 158). C'est à cette condition exigeante, conclut-il, que le monopole de représentation syndicale parviendra à « traverser les turbulences de notre époque tout en y apportant une contribution significative » (p. 159).⁴⁸

Rappelons que les turbulences ont déjà été considérées par le professeur Adell comme une crise importante des relations du travail et qu'il considérait comme un échec que le système ne comprenne pas les structures nécessaires pour assurer une solution aux cas qui présentent un amalgame particulier de droits collectifs et de droits individuels. Le constat du professeur Nadeau, ses inquiétudes, à notre avis, fondées, et sa mise en garde contre une représentation alternative constituent un message dont on ne saurait minimiser l'importance. Une partie de son texte met particulièrement en lumière cette fragmentation de la représentation et ses effets; après avoir mentionné des dossiers de plaintes de salariés contre leur syndicat, il écrit :

[...] les interventions de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse dans le cadre des dossiers mentionnés précédemment illustrent parfaitement cet éclatement de la représentation au sein même d'une entreprise syndiquée. Au nom d'un groupe de salariés définis qui par leur âge, qui par leur sexe, qui par leur état civil, la Commission des droits, dans le cadre de son enquête, demandera par exemple, afin de « favoriser un règlement », que les parties à la convention collective exposent leur position relative à la problématique soulevée et fera des propositions dans le but de l'adoption par ces dernières de mesures visant à modifier les textes litigieux. Toutes ces démarches pouvant avoir des impacts directs sur le libellé de la convention collective, sont, notons-le, totalement indépendantes de la période légale de négociation prévus au *Code du travail*⁴⁹. Bref, la Commission des droits de la personne devient pour les fins des plaintes dont elle est saisie, un nouvel « agent de négociation ». Tout en étant à

⁴⁸ C. BRUNELLE: préc., note 39, p. 135. Le professeur Denis Nadeau a étudié, d'une manière approfondie, la question de l'exclusivité de la compétence arbitrale en matière de mise en œuvre de la norme d'égalité dans les milieux de travail syndiqués du Québec et a dégagé les enjeux de cette question pour l'ensemble du régime des rapports collectifs de travail. Denis 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. Voir aussi son analyse de l'arrêt Morin : « L'arrêt Morin et le monopole de représentation des syndicats : assise d'une fragmentation », (2004) 64 *R. du B.* 161. Au sujet de la « stratégie syndicale minimaliste », sans nier l'existence d'une telle stratégie, nous croyons qu'une étude sociologique empirique des pratiques syndicales révélerait une diversité de ces pratiques qui refléterait la diversité au sein du mouvement syndical. Les juristes observent le système des relations du travail en particulier par la jurisprudence. Le système fonctionnel du droit du travail ne donne souvent accès ainsi qu'à des communications importantes mais non exhaustives.

⁴⁹ L'auteur réfère aux articles 52 et 58 du *Code du travail*.

l'extérieur de la convention collective et ne représentant qu'une partie des salariés visés par l'accréditation, la Commission des droits peut conclure un règlement avec les parties ou, en cas de refus de négociation ou défaut d'entente s'adresser à un tribunal [...].⁵⁰

L'appel aux syndicats de mettre en œuvre les droits de la personne et, par conséquent, le droit à l'égalité, s'affirme comme une voie de solution nécessaire. À la lumière de notre analyse, nous constatons qu'une autre voie est nécessaire. Il nous faudra compléter l'approche de Denis Nadeau par le constat de Bernard Adell que nous avons qualifié de percutant; il s'inscrit dans notre analyse des politiques publiques et des rapports des ordres juridiques et des communications.

B- Les études empiriques et comparatives

Les études empiriques semblent inexistantes au Canada jusqu'à une époque récente. Dans son article de 1994-95, R. H. Abramsky évoque cette absence de recherche empirique au sujet de la multiplication des recours et il se réfère aux études étatsuniennes citées par Harry T. Edwards.

Nous avons l'intention, compte tenu de notre démarche d'observation de la réalité québécoise, de rendre compte des études comparatives relatives aux deux voies de mise en œuvre du droit à l'égalité (que nous avons décidé d'étudier) dans les milieux de travail syndiqués du Québec : le grief et la plainte à la Commission des droits⁵¹.

À la fin des années 1990, s'est constitué, dans le cadre du Centre de recherche en droit public, une équipe de recherche sur la mise en œuvre de la norme d'égalité de la *Charte québécoise* composée de Michel Coutu, Jean-Denis Gagnon, Marie-Christine Hébert, Guy Rocher, Guylaine Vallée et Jean M. Lapierre. Cette équipe entreprit, sous la direction de Guylaine Vallée, une étude comparative empirique des décisions, à ce sujet, des arbitres de griefs (137 sentences arbitrales rendues de 1992 à 1999) et du Tribunal des droits de la personne⁵².

⁵⁰ D. NADEAU, préc., note 19, p.148-149.

⁵¹ Ainsi nous ne rendons pas compte de la recherche qu'étudie la professeure Diane L. Demers dans son article sur la place des tribunaux des droits de la personne, parce qu'elle est accomplie à partir de décisions venant de diverses juridictions canadiennes. Voir D. L. DEMERS, préc., note 14.

⁵² Cette équipe projetait d'accomplir des études fouillées de quelques cas d'espèce. En ce sens, le présent projet se situe dans la foulée de cette recherche puisqu'il intègre, comme nous l'avons vu, l'étude d'un cas

Les premiers résultats de cette étude ont été publiés sous la plume de Michel Coutu, Marie-Christine Hébert et Guylaine Vallée dans les actes d'un colloque organisé par cette équipe avec la Commission des droits⁵³. L'importance quantitative de l'activité arbitrale et, par conséquent, de l'activité de représentation syndicale était mise en lumière. Le rapport révélait une spécialisation institutionnelle des deux forums quant aux motifs de discrimination et quant à la période de la relation d'emploi; elle mettait aussi en lumière des différences entre le traitement des questions de discrimination par les arbitres de griefs et les décisions du Tribunal des droits de la personne sur des plaintes à la Commission. Guylaine Vallée, dans un article rédigé avec Dalia Gesualdi-Fecteau, publié dans un numéro spécial des *Cahiers de droit* sur la constitutionnalisation du droit du travail, a commenté les résultats de cette recherche⁵⁴. Les auteures écrivent :

Une analyse du contenu de 137 sentences arbitrales rendues de 1992 à 1999 a révélé que la convention collective et les principes qu'elle comportait constituaient la source la plus fréquemment utilisée par les arbitres pour trancher des griefs en matière de discrimination pendant cette période. Une certaine transformation était toutefois perceptible dans la jurisprudence arbitrale à partir de 1999, le recours à la Charte québécoise et aux notions jurisprudentielles qui s'y rattachent étant plus important, à tout le moins pour certains motifs de discrimination.⁵⁵

Les auteures réfèrent à plusieurs recherches accomplies dans le cadre des études supérieures à l'Université de Montréal, pour la plupart dans la foulée de celle de l'équipe de recherche.

Dans le cadre de cette même recherche, sous la direction de Guylaine Vallée, des entrevues ont été conduites avec des arbitres de griefs en 2001 et 2002. Deux articles ont proposé des éléments d'analyse des résultats des entrevues avec les arbitres de griefs avec des approches analytiques

particulièrement intéressant pour la problématique de la mise en œuvre de la norme d'égalité dans les milieux de travail syndiqués.

⁵³ Guylaine VALLÉE, Michel COUTU et Marie-Christine HÉBERT, « La norme d'égalité en milieu de travail : étude empirique de la mise en œuvre de la norme d'égalité par le Tribunal des droits de la personne et les tribunaux d'arbitrage », dans Guylaine VALLÉE, Michel COUTU, Jean-Denis GAGNON, Jean M. LAPIERRE et Guy ROCHER (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001, p. 19-94.

⁵⁴ Guylaine VALLÉE et Dalia GESUALDI-FECTEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : une menace ou une opportunité pour les rapports collectifs du travail ? », (2007) 48 *C. de D.* 153.

⁵⁵ *Id.*, p. 161-162

différentes. Jean M. Lapierre, Guy Rocher et Guylaine Vallée ont dégagé de manière inductive des entrevues les logiques qui ont informé les arbitres interviewés dans les réflexions qu'ils ont livrées au sujet de l'arbitrage et ont situé cette analyse dans une approche wébérienne de la légitimité et luhmanienne de l'apprentissage (1). Michel Coutu a situé son étude des résultats des entrevues dans le cadre d'une analyse, dans une perspective wébérienne du droit du travail comme ordre juridique et de ses principes caractéristiques (2).

1. Légitimation et apprentissage

L'analyse de Jean M. Lapierre, Guy Rocher et Guylaine Vallée est située dans le cadre de l'approche de la légitimité, de la légitimation et de l'apprentissage chez Weber et Luhmann⁵⁶. Ce processus d'apprentissage est plus ou moins rapide selon les individus, les groupes et les sociétés. Il ne peut se produire sans un soutien social⁵⁷. L'apprentissage se produit « tant chez le législateur qui doit lui-même apprendre pour changer la loi que chez le justiciable et les citoyens, tant chez le juge qui opère un changement dans une situation concrète ou dans l'interprétation de la loi que chez les parties impliquées dans un procès et leurs procureurs ». Les arbitres, quant à leur mission en matière de discrimination, sont en processus d'établissement de leur légitimité⁵⁸.

Ces entrevues ont révélé par quelles logiques les arbitres de griefs combinaient le droit interne (celui qui émane des parties, de la convention collective) et le droit externe (celui qui découle de la loi ou des juges) lorsqu'ils devaient disposer d'un grief soulevant un problème de discrimination dans le domaine de l'emploi. Jean Marcel Lapierre, Guy Rocher et Guylaine Vallée ont identifié les logiques suivantes liées à des légitimités spécifiques :

⁵⁶ Jean M. LAPIERRE, Guy ROCHER et Guylaine VALLÉE, « Légitimités et légitimations de l'arbitrage de griefs : la notion d'apprentissage chez Luhmann », dans Michel COUTU et Guy ROCHER (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, coll. « Pensée allemande et européenne », Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 355-384, à la page 360.

⁵⁷ *Id.*, p. 366.

⁵⁸ *Id.*, p. 364.

Tableau 5
Logiques de la pratique arbitrale en matière de
discrimination dans le domaine de l'emploi⁵⁹

	Légitimités
Relationnelle conventionnelle : l'arbitre est l'interprète de la volonté des parties telle qu'elle s'exprime dans la convention collective	Légitimité de la convention collective
Relationnelle juridictionnelle : l'arbitre est sensible aux effets de son intervention – qu'il s'agisse de la conduite de l'audition ou des remèdes qu'il pourrait imposer – sur les rapports continus entre les parties . Il a sa propre lecture du contexte des relations du travail, reliée à son expertise particulière, à son rapport de proximité avec les milieux de travail.	Légitimité de la mission propre de l'arbitre
De la situation : l'arbitre raisonne en fonction de la logique propre à une situation donnée, aux caractéristiques d'une situation précise, prioritairement aux lois « externes ». Ici aussi, l'arbitre fait valoir l'expertise que lui confère sa connaissance des milieux de travail pour traiter des problèmes particuliers qui en émergent.	
De la règle législative : l'arbitre est sensible à l' environnement juridique de la convention collective et aux rapports entre la convention collective et les règles législatives.	Légitimité de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i>

On constate que « [c]e n'est pas par un déficit de légitimité de la Charte que l'on peut comprendre son insertion graduelle – trop lente, diront certains – dans le raisonnement des arbitres de griefs. C'est bien plutôt parce que la Charte, même perçue comme étant légitime, coexiste avec d'autres sources tout aussi légitimes aux yeux des arbitres »⁶⁰.

Des hypothèses ont été soulevées au sujet de la « lente intégration » de la *Charte québécoise* en milieu de travail syndiqué⁶¹. Même si nous étions un des trois auteurs qui ont écrit la remarque

⁵⁹ *Id.*, p. 377.

⁶⁰ *Id.*, p. 378.

⁶¹ Le professeur Christian Brunelle a écrit ce qui suit, au sujet de la lenteur syndicale, en note de bas de pages, dans son article « Le droit à l'accommodement raisonnable dans les milieux de travail syndiqués : une invasion barbare » :

« Des auteurs ont avancé certaines explications fort plausibles pour expliquer cette « langueur syndicale ». Le professeur Denis Nadeau [...] évoque notamment l'opposition traditionnelle entre les droits individuels et les droits collectifs, le choc des cultures « droits de la personne – droit du travail classique », la faveur des syndicats pour les solutions négociées plutôt que celles imposées par la loi et, surtout « la méconnaissance, consciente ou non, du caractère prépondérant de la Charte dans notre société. La professeure Guylaine Vallée [...] insiste principalement sur l'attachement des syndicats à des principes tels le respect de la volonté des parties relativement égales, le caractère juste des règles émanant du milieu de travail et le souci de maintenir des relations du travail moins conflictuelles. Pour sa part, la professeure Veilleux [...] trouve une explication dans l'instabilité qui a marqué la jurisprudence au sujet de la notion de

« trop lente, diront certains », nous sommes maintenant convaincus que cette intégration aurait pu être plus rapide si les rapports collectifs du travail avait été adéquatement pris en compte dans les choix politiques de la Charte et si la participation du mouvement syndical à l'élaboration de ces choix s'était concrétisée. Tout en étant pleinement d'accord avec l'analyse des logiques qui président à l'intégration, nous croyons qu'un des facteurs principaux de cette lente insertion peut être mis en lumière en situant le contexte de l'apprentissage dans le cadre de l'analyse des positions des acteurs dans les ordres juridiques et des aspects systémiques de cette situation.

2. L'ordre légitime du droit du travail et ses principes caractéristiques

Cet article du professeur Michel Coutu⁶² offre une approche du droit du travail comme ordre juridique légitime et autonome. Cette autonomie est mise en lumière et relativisée en recourant à la sociologie wébérienne des droits spéciaux. Dans une perspective systémique, Michel Coutu constate que « [L]a fermeture autoréférentielle du droit du travail n'est [...] pas complète » à cause du contrôle judiciaire qui s'exerce sur les tribunaux et organismes spécialisés du travail. Il ajoute : « [...] il est évident que la dogmatique du droit ne serait pas en mesure d'appréhender les caractéristiques juridiques fondamentales du droit du travail si elle ne lui concédait pas un large degré d'autonomie par rapport au droit commun »⁶³.

Michel Coutu analyse les logiques dégagées dans l'article « Légitimités, légitimation de l'arbitrage de griefs [...] » en les situant par rapport aux « principes généraux qui fondent historiquement l'originalité du droit du travail » identifiés par Guylaine Vallée et Pierre Verge dans leur ouvrage sur la spécificité du droit du travail : la primauté de la réalité, la continuité,

discrimination, de 1985 à 1999, ce qui a pu inciter les parties à la prudence face à cette zone d'insécurité juridique ».

Christian BRUNELLE, « Le droit à l'accommodement raisonnable dans les milieux de travail syndiqués : une invasion barbare », dans Myriam JÉZÉQUEL, *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, 51, à la p. 59. Il faut noter ici que le professeur Brunelle réfère, en ce qui a trait aux explications de la professeure Vallée, aux pages 253-255 de son article « Le droit du travail comme lieu de pluralisme juridique », dans *Sociologie et société québécoise. Présences de Guy Rocher*. Le texte de ces pages ne traite pas des syndicats, mais de l'arbitrage des griefs.

⁶² Michel COUTU, « Le droit du travail comme ordre légitime », dans Michel COUTU et Guy ROCHER (dir.) *La légitimité de l'État et du droit : Autour de Max Weber*, coll. « Pensée allemande et européenne », Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 333 à 353.

⁶³ *Id.*, p. 338.

l'articulation de sources hétérogènes et le particularisme des modes d'application⁶⁴. Il constate que, par rapport à la mise en œuvre de la norme d'égalité au travail, les résultats accréditent l'idée d'une présence simultanée de deux ordres juridiques légitimes dans le champ des rapports collectifs de travail : celui du droit du travail et celui des droits et libertés de la personne⁶⁵.

Soulignons que notre analyse des ordres juridiques converge avec cette approche; elle en est en tous cas proche parente.

C- Les organes étatiques mandatés pour se prononcer sur la question

Bernard Adell rapporte qu'il a accompli une étude (non publiée), pour la Commission de réforme du droit de l'Ontario, en 1991, au sujet des forums propres à trancher les conflits de travail⁶⁶. Il fit la suggestion de regrouper les décisions en matière de droit de la personne, d'équité salariale et d'équité dans l'emploi dans un même tribunal. Il suggérait qu'un autre tribunal regroupe les normes du travail ainsi que la santé et sécurité. De plus, ce tribunal aurait été saisi de tout grief par défaut; les seuls griefs des parties qui auraient opté pour conserver l'ancien régime qu'il qualifie de semi-privé, n'auraient pas été référés à ce tribunal. On reconnaît là les orientations de Bernard Adell qui considère le fonctionnement de l'arbitrage trop « privé » pour les questions de droit de la personne, mais qui croit à la nécessité d'un forum spécialisé en droit du travail pour ces questions. La Commission de réforme du droit de l'Ontario n'a pas retenu sa suggestion. Bernard Adell, dans cet article, commente également le *Rapport Cornish* dont nous allons maintenant parler⁶⁷.

⁶⁴ Pierre VERGE et Guylaine VALLÉE, *Un droit du travail ? : essai sur la spécificité du droit du travail*, coll. « Droit aussi [...] », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 161.

⁶⁵ M. COUTU, préc., note 62, p. 352. Michel Coutu souligne toutefois que les résultats sont trop fragmentaires pour prétendre cerner une réalité aussi complexe que celle du droit du travail québécois.

⁶⁶ Bernard ADELL, « Overlapping Forums in Collective Agreement Administration », dans Gilles TRUDEAU, Guylaine VALLÉE et Diane VEILLEUX (dir.), *Études en droit du travail à la mémoire de Claude D'Aoust*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 1, à la page 20.

⁶⁷ *Id.*, p. 21-22. Bernard Adell a également rendu compte d'une étude de Randi Hammer Abramsky mettant de l'avant une approche qu'il qualifie de « referral and deferral » Il proposait que tout tribunal statuaire ait un devoir (« mandatory ») de référer à l'arbitrage toute demande qui peut aussi être arbitrée à condition que le demandeur et le syndicat soient d'accord que cette demande peut être arbitrée. Il proposait également que tout tribunal statuaire, à sa discrétion, puisse déférer à une sentence arbitrale rendue, même s'il ne l'a pas préalablement référé à l'arbitrage, si le tribunal est d'avis que la sentence est satisfaisante. Le texte

Le Gouvernement ontarien, au début des années 1990, a créé un groupe d'étude indépendant sur le *Code des droits de la personne*. Présidé par Mary Cornish, ce groupe était composé de trois personnes et appuyé par un comité consultatif formé de treize personnes également nommées par le Gouvernement. Après avoir procédé à une large consultation à laquelle ont participé de nombreuses organisations syndicales⁶⁸ et avoir étudié les nombreuses questions dont il était saisi, le groupe a publié son rapport le 26 juin 1992⁶⁹. Les questions relatives aux rapports des droits de la personne avec le droit du travail ayant été examinées, des recommandations ont été mises de l'avant; le Groupe d'étude recommande entre autres :

- que la protection contre la discrimination fasse partie de toutes les conventions collectives;
- que les intervenants en matière de griefs et les arbitres reçoivent une formation en matière de droits de la personne (Recommandation 19 et 20);
- que seuls des arbitres accrédités par une section du Tribunal du droit à l'égalité⁷⁰ puissent rendre une décision dans les cas de discrimination prévue au *Code des droits de la personne* (Recommandation 21);
- des mesures propres à éviter la multiplication des procédures (Recommandation 23) apparentée à celles mises de l'avant par les professeurs Swinton et Swan;
- de conférer aux arbitres de griefs les mêmes pouvoirs de redressement que le Tribunal du droit à l'égalité (Recommandation 25);

d'Abramsky est un mémoire de maîtrise intitulé *Reconcilable Regimes: Integrating Statutory and Collective Bargaining Rights*, (Université de Toronto, 1992).

⁶⁸ Voir l'annexe 6 du *Rapport Cornish*. 5000 invitations ont été envoyées à des personnes et des groupes. Plus de 200 organisations ont participé à la consultation. Signalons, pour le mouvement syndical, la Fédération du travail de l'Ontario, cinq composantes du Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario dont le Comité des droits humains (Human Rights Committee) en plus du syndicat, la Federation of Women Teacher's Association of Ontario, le Syndicat canadien de la fonction publique et sa division de l'Ontario et le Syndicat national des travailleurs et travailleuses de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole du Canada.

⁶⁹ GROUPE D'ÉTUDE SUR LE CODE DES DROITS DE LA PERSONNE DE L'ONTARIO, *Pour réaliser l'égalité : rapport sur la réforme des droits de la personne*, Toronto, Le Groupe d'étude, 1992. Le gouvernement n'a pas donné suite à ce rapport. Nous faisons l'hypothèse que c'est à cause de la conjoncture politique.

⁷⁰ Le rapport recommande la constitution d'un tribunal des droits à l'égalité.

- pour le personnel non-syndiqué, d'encourager les employeurs à mettre en place des procédures internes de règlement des plaintes de discrimination.

À notre avis il faut accorder la place qu'il mérite à ce rapport dans nos analyses, c'est-à-dire une grande place. Les politiques publiques dont les enjeux sont très importants pour une société doivent faire l'objet d'étude afin que les décisions se prennent avec l'éclairage nécessaire. Malheureusement, le Québec ne dispose pas d'un tel rapport d'étude indépendant. La réflexion publique et le dialogue public sur la question de la mise en oeuvre du principe d'égalité et des autres aspects des droits de la personne en milieu de travail doivent être confiés à des personnes qui sont expertes des ordres juridiques du travail et des droits de la personne et requièrent que les organisations syndicales expriment leur positions. En l'occurrence le Groupe d'étude était présidé par « une avocate réputée dans le domaine des droits de la personne et des relations de travail »⁷¹ (notre soulignement).

Un comité d'étude a également été formé en 1999 pour procéder à la révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le gouvernement choisit de recourir à un juge de la Cour suprême à la retraite, le juge Laforest, pour présider le Comité.

Nous allons ici souligner deux aspects de ce rapport importants pour notre démarche.

Le Comité a adopté une position proche parente de celle d'Abramsky, en ce qui a trait aux rapports du Tribunal des droits de la personne et de l'arbitrage de griefs⁷². Un employé pourrait toujours saisir le tribunal de son cas de discrimination (sa « demande »). Cependant le tribunal devrait différer cette demande jusqu'à ce que la question des droits de la personne en litige soit tranchée par « une autre instance, si une telle autre instance est disponible et apte à régler le différend sur les droits de la personne et peut ordonner une mesure réparatrice et adéquate ». Si la demande a été traitée adéquatement par l'autre instance, le tribunal serait autorisé à rejeter la demande.

⁷¹ *Id.*, p. iii. Mary Cornish est cofondatrice de la coalition pour l'équité salariale de l'Ontario

⁷² COMITÉ DE RÉVISION DE LA LOI CANADIENNE SUR LES DROITS DE LA PERSONNE, *La promotion de l'égalité : une nouvelle vision, 2000*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000.

En ce qui a trait aux nominations à la Commission des droits de la personne, les « organisations syndicales ont souligné la nécessité de comprendre la réalité du milieu de travail et le point de vue des employeurs »⁷³. Le rapport recommande que la « Loi établisse un conseil consultatif de douze membres représentant les employeurs, les fournisseurs de services, les organisations d'employés et les groupes de défense des droits à l'égalité, de manière à refléter la diversité de la population canadienne et l'équilibre des sexes. La Commission des droits de la personne « devrait être tenue de consulter le conseil consultatif sur ses politiques et ses règlements, le genre de cas auxquels elle devrait s'associer comme partie à l'instance devant le tribunal, le genre d'enquêtes à entreprendre et la consultation plus large des personnes intéressées ». Le conseil consultatif « devrait avoir l'autorité statutaire de rendre compte de ses travaux dans une section distincte du rapport annuel de la Commission » (Recommandation 107). Ces membres du conseil consultatif devraient avoir « l'expérience, des compétences en matière de droits de la personne, y (être) sensibilisés et y porter un intérêt marqué » (Recommandation 113)⁷⁴.

Il faut signaler, après cette brève revue des principaux experts ou organes qui ont été mandatés pour accomplir des études indépendantes, que la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a accompli un bilan pour ses 25 ans d'existence et fait plusieurs recommandations⁷⁵. Plusieurs de ces recommandations ont pour objectif une réelle affirmation des droits sociaux et auraient des effets importants sur une conception élargie et plus sociale de l'égalité qui manque tellement à la *Charte québécoise* actuelle; notons en particulier le droit de syndicalisation, de négociation collective et le droit de grève (Recommandation 13), le droit au travail formulé comme le « droit à des mesures et des programmes favorisant, entre autres, le plus haut niveau d'emploi, l'accès à un emploi, la formation professionnelle et la réinsertion professionnelle » (Recommandation 5), le « droit à l'éducation [...] » (Recommandation 6).

En ce qui a trait aux relations entre, d'une part, l'arbitrage de griefs et, d'autre part, la Commission et le Tribunal des droits de la personne, la commission n'était pas dans la position

⁷³ *Id.*, p.105.

⁷⁴ *Id.*, p. 104.

⁷⁵ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans la Charte québécoise des droits et libertés. Bilan et recommandations*, vol. 1, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003.

des commissions d'étude indépendantes du *Code des droits de la personne de l'Ontario* et de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Elle était un des principaux acteurs du régime. La commission venait de perdre en Cour d'appel dans l'affaire *Morin*. Elle avait obtenu l'autorisation d'appeler de la Cour suprême du Canada. Ses préoccupations étaient justifiées devant l'absence d'issue que cette décision représentait pour les enseignantes et les enseignants qui demandaient justice. La commission s'attaque donc au 2^e paragraphe du premier alinéa de l'article 77 qui est à l'effet que la commission doit refuser ou cesser d'agir en faveur de la victime, lorsqu'elle « a exercé personnellement, pour les mêmes faits, l'un des recours prévus aux articles 49 et 80 ». Il est étonnant que sur un sujet de cette importance la Charte soit aussi peu claire. Il existe diverses interprétations de cette disposition⁷⁶. La Cour supérieure a interprété qu'un arbitrage qui comprend le litige relatif au cas d'un membre de l'unité de négociation tombe sous la portée de l'expression « recours prévus aux articles 49 et 80 » exercé personnellement et cette décision n'a pas été renversée en appel⁷⁷. Le juge Robert, dans son opinion dissidente en Cour d'appel, dans l'affaire *Morin*, sans se prononcer catégoriquement situait plutôt l'arbitrage dans la catégorie des recours pour lesquels la commission a discrétion⁷⁸.

La Commission demande d'abroger ce paragraphe et de lui donner ainsi pleine discrétion (Recommandation 15). Elle demande également que la compétence du tribunal n'ait aucune limite en matière de discrimination et de harcèlement (Recommandation 16)⁷⁹.

Comme nous l'avons mentionné, nous évaluerons les aspects pertinents de ces riches matériaux dans la perspective d'une politique québécoise de mise en œuvre du principe d'égalité qui serait favorable à sa mobilisation. Au cœur de cette politique, un des principaux objectifs à poursuivre dans cette recherche a été exprimé par Bernard Adell : « [...] procedural structures which could

⁷⁶ Michel COUTU et Georges MARCEAU, *Droit administratif du travail : tribunaux et organismes spécialisés du domaine du travail*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 648-655.

⁷⁷ *Centre d'hébergement et de soins de longue durée Champlain – Manoir de Verdun c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, D.T.E. 99-53; REJB 1998-09161 (C.S.).

⁷⁸ *Québec (Procureur général) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, (2002) R.J.Q. 588 (C.A.), REJB 2002-29364 (C.A.), par. 52-58.

⁷⁹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 75, p. 74-79.

effectively integrate individual and collective rights and give better and more easily enforceable employment rights to everyone in the workplace, [...] »⁸⁰.

À ce stade de notre démarche, nous devons envisager que ceci ne se fera pas sans assurer la communication et la collaboration entre les agents des ordres juridiques du travail et des droits de la personne.

Nous procéderons à cette évaluation après avoir accompli un examen des deux principales voies de mise en œuvre du principe d'égalité.

2- Les principales voies de mise en œuvre de la norme d'égalité de la Charte en milieu de travail syndiqué

En abordant les principales voies de mise en œuvre de la norme d'égalité, le grief et la plainte à la Commission des droits, il nous faut rappeler que notre étude n'est pas d'abord dogmatique mais normative. Dans cette perspective, nous ne centrerons pas notre analyse sur la compétence au sens juridique du terme. Si la compétence des instances qui interviennent dans la mise en œuvre de la norme d'égalité est au centre de notre démarche, c'est au sens des connaissances nécessaires pour décider des questions relatives aux problèmes de discrimination en milieu de travail syndiqué et des autres caractéristiques importantes pour une telle mission.

Nous analyserons, dans le cadre de l'approche que nous avons rappelée au début de ce chapitre inspirée de Santi Romano et de l'article d'Évelyne Serverin et d'Antoine Jeammaud, les principales voies pouvant être utilisées dans le but de développer l'égalité et d'éliminer la discrimination en milieu de travail syndiqué. Nous traiterons d'abord du grief et de l'arbitrage (A), pour ensuite examiner la plainte devant la Commission des droits de la personne (B).

A- Le grief et l'arbitrage

Dans leur volume intitulé *Le droit de l'arbitrage de grief*, Fernand Morin et Rodrigue Blouin mettent en lumière que le régime d'arbitrage obligatoire des griefs établi en 1961 est « le résultat

⁸⁰ B. ADELL, préc., note 17.

d'une évolution d'expériences devant les impératifs que connaissent les parties » (notre soulignement). « La formule retenue [...] s'explique, selon les auteurs, par cinq constats établis progressivement par les acteurs » dont le plus pertinent pour notre analyse est formulé de la manière suivante : « Le milieu d'intervention le plus approprié pour trancher un grief en tenant bien compte du contexte devrait être près des parties et ainsi mieux adapté à leur contraintes »⁸¹.

Ils expliquent ensuite ce qui motive ce besoin de proximité :

[...] les parties à une convention collective ont une vie commune, à partager [...]. Au-delà du libellé même de la convention collective, c'est d'abord sur les lieux de travail que ses véritables sens et portée sont éprouvés. C'est pourquoi la responsabilité de régler une difficulté qui porte sur une disposition négociée ne saurait être déléguée qu'en dernier ressort à un tiers intervenant, puisque celui-ci n'a pas vécu le problème dans son application pratique et n'aura pas à transposer de manière concrète la solution retenue pour le régler. Dit autrement, la portée pratique de la convention collective demeure le quotidien tant des salariés que des gestionnaires. S'il faut en référer à la justice, les parties entendent néanmoins conserver la latitude de discuter et de pouvoir régler le litige même si un intervenant est saisi du grief. Il fallut et il faut encore que les parties puissent elles-mêmes disposer d'une liberté éventuelle de manœuvre pour tenir compte de cet objectif, car contrairement à bien d'autres milieux, ces parties entretiennent ensemble des rapports continus de telle manière que l'actuel comprend à la fois le passé, le présent et le futur pour les parties et aussi pour chacun des salariés.⁸² (nos soulignements)

Les parties sont partenaires d'un ordre juridique qui régit leur vie de travail. Comme le mettent en lumière ces auteurs, les parties ont une vie commune et une des caractéristiques importantes de cette vie commune est la continuité. La formule utilisée exprime clairement cet aspect en soulignant que l'actuel comprend le passé, le présent et le futur. Cette réalité était au cœur du dossier du gel des échelons et les ressources de la Commission des droits de la personne ne semblaient pas préparées à comprendre cette dimension de l'ordre juridique de la convention collective.

Faut-il écarter cette approche lorsqu'il s'agit d'appliquer une norme qui a été créée à l'extérieur des rapports entre les parties ? Les problèmes relatifs au principe d'égalité, à l'élimination de la

⁸¹ Fernand MORIN, Rodrigue BLOUIN, Jean-Yves BRIÈRE et Jean-Pierre VILLAGI, *Droit de l'arbitrage de grief*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 61.

⁸² *Id.*, p. 62.

discrimination qui requièrent une évaluation relative à la norme d'égalité de la *Charte québécoise* ne font-ils pas partie du tissu des relations de travail des parties à la convention collective ? Nous pourrions citer de multiples exemples qui illustrent que la discrimination en milieu de travail est partie des relations du travail dans la majorité des cas. Le dossier que nous avons étudié dans le premier chapitre de cette partie, qu'il est convenu d'appeler le dossier du gel d'échelon, le montre clairement. C'était le cas dans l'affaire *Bergevin* relative à un grief du syndicat pour refus d'accorder un congé rémunéré à des personnes de religion juive pour la fête de Yom Kippour⁸³. C'était également le cas dans l'affaire *Action travail des femmes*, dossier relatif à la discrimination systémique dans lequel un tribunal des droits de la personne constitué en vertu de l'article 39 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁸⁴ a conduit une enquête sur les pratiques de relations de travail au sein desquelles un système discriminatoire à l'égard des femmes sévissait⁸⁵.

L'importance de l'expertise spécifique de l'arbitre de grief a été mise en lumière par B.L. Adell dans un article sur le devoir de juste représentation :

Grievance arbitration is a highly specialized function, carried on by specialized personnel whose survival depends not only on adjudicative ability but also on a capacity to ground their judgments in an understanding of the practices and problems of industrial relations.⁸⁶ (notre soulignement)

Cet élément central d'analyse est exprimé par Fernand Morin et Rodrigue Blouin :

En contrepoint à la donnée voulant que la décision de justice sur un grief doit provenir autant que possible des gens de ce milieu de travail, se dessine l'idée que l'intervenant à ce type de mésentente doit avoir une connaissance adéquate du milieu et de la dynamique des relations patronales et syndicales. Le justiciable s'attend à des décisions qui savent conjuguer les exigences de fonctionnement des entreprises et, aussi le respect des droits des salariés [...]. Outre une aptitude à juger, l'intervenant doit pouvoir démontrer son impartialité, et il doit posséder les connaissances suffisantes du milieu des relations de travail de façon à pouvoir saisir la réalité juridique qui fonde et explique les relations qui

⁸³ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, (1994) 2 R.C.S. 525.

⁸⁴ S.C. 1976-1977, c. 33.

⁸⁵ *CN c. Canada (Commission des droits de la personne)*, (1987) 1 R.C.S. 1114.

⁸⁶ B. ADELL, « The Duty of Fair Representation – Effective Protection for Individual Rights in Collective Agreements? », (1970) 25 *Relations industrielles* 602.

s'y nouent [...]. Compte tenu de la complexité de quelques milieux de travail, un certain paritarisme de l'organe habilité à décider d'un grief est susceptible d'assurer que la décision se moulera bien à la réalité de fonctionnement de l'entreprise et du groupe de travailleurs visés. Pour cette raison, des représentants des parties à titre d'assesseurs peuvent, en certaines circonstances, contribuer à une justice plus réaliste et mieux adaptée [...].⁸⁷ (nos soulèvements)

Revenons à cet aspect essentiel de la continuité des rapports entre les parties patronale et syndicale. Dans l'article portant sur les légitimités et légitimations de l'arbitrage de griefs, que nous avons mentionné dans la première division de ce chapitre, les auteurs analysaient en observant les résultats d'entrevues avec des arbitres de griefs, comment ceux-ci « combinent le droit interne (celui émanant des parties, de la convention collective) et le droit externe (celui qui découle de la loi ou des juges) lorsqu'ils doivent régler un problème de discrimination dans le domaine de l'emploi ». Les entrevues permettaient d'illustrer les logiques qui interviennent dans l'exercice de leur mission à ce sujet. Les auteurs constataient que « l'arbitre de grief est sensible – qu'il s'agisse de la conduite de l'audition ou des remèdes qu'il pourrait imposer – aux effets de son intervention sur les rapports continus entre les parties »⁸⁸.

Le *Code du travail*, tel qu'adopté en 1964⁸⁹, contenait ce qu'on pourrait considérer comme les bases d'une politique publique au sujet de l'arbitrage des griefs. Une modification à la *Loi des relations ouvrières*, adoptée en 1961, avait introduit l'arbitrage obligatoire, expression d'un principe évidemment fondamental pour le régime de la convention collective, pierre d'assise de la représentation du syndicat accrédité. La règle fut introduite dans le nouveau *Code du travail*, à l'article 88, elle se lisait comme suit : « Tout grief doit être soumis à l'arbitrage en la manière prévue dans la convention collective si elle y pourvoit et si les parties y donnent suite; sinon il est référé à un arbitre nommé par les parties ou, à défaut d'accord, nommé par le ministre ».

En vertu de l'article 89, la sentence arbitrale était finale et liait les parties; elle pouvait être exécutée, en vertu de l'article 81, sous l'autorité d'un tribunal compétent, sur poursuite intentée

⁸⁷ F. MORIN, R. BLOUIN, J.-Y. BRIÈRE et J. P. VILLAGI, préc., note 81, p. 62-63.

⁸⁸ J. M. LAPIERRE, G. ROCHER et G. VALLÉE, préc., note 56, p. 376-377.

⁸⁹ S.Q. 1964, c. 45

par une partie [...] ». L'État ne régissait pas la pratique de l'arbitrage au-delà de ces mesures de base.

Comme l'a mentionné le juge Dickson dans l'arrêt *Heustis* : « [L]e but de l'arbitrage des griefs en vertu de la loi est d'assurer un règlement rapide, définitif et exécutoire » des griefs⁹⁰. L'atteinte de cet objectif impliquait que le tribunal d'arbitrage conservait sa légitimité et la confiance des parties; il s'est avéré qu'un encadrement plus développé était nécessaire.

L'importante réforme du *Code du travail* adoptée en 1977⁹¹ a introduit un cadre législatif de l'arbitrage des griefs prépondérant « sur les dispositions de toute convention collective ». (La prépondérance est actuellement édictée par le troisième alinéa de l'article 100). Ce cadre fut complété en 1983⁹².

Un des effets est d'éliminer les conseils d'arbitrage. L'arbitre sera le seul à décider; il devra procéder avec des assesseurs « si, dans les quinze jours de sa nomination, il y a entente à cet effet entre les parties » en vertu du premier alinéa de l'article 100.1.1. Les pouvoirs de l'arbitre étaient précisés dont l'important pouvoir, comme nous l'avons mentionné, d'interpréter et d'appliquer toute loi ou règlement dans la mesure où il est nécessaire de la faire pour décider d'un grief. Cette réforme introduisait des normes sur l'immunité de l'arbitre, son remplacement, le cas échéant, l'instruction du grief, le pouvoir de convoquer d'office les parties et de tenir une conférence préparatoire, le caractère public des séances et le pouvoir de décréter le huis clos, les témoins et la visite des lieux. Des mesures pour limiter le formalisme (y compris les délais de procédure trop courts) étaient également édictées. Les droits individuels des membres des unités d'accréditation étaient également mieux protégés par les dispositions sur le devoir de représentation, quoique la protection effective, par la garantie d'un recours spécialisé, se limitait au « renvoi » et à la « mesure disciplinaire ».

⁹⁰ *Heustis c. Commission de l'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, (1979) 2 R.C.S. 768, 781.

⁹¹ *Loi modifiant le Code du travail et la Loi du ministère du travail et de la main-d'oeuvre*, L.Q. 1977, c. 41, a. 48.

⁹² L.Q. 1983, c. 22, a. 61-85

Nous évaluons que cette réforme était une étape importante vers un régime équilibré de rapports entre le droit étatique du travail et les conventions collectives. Rappelons ici le commentaire d'Ulrich Zachert exprimant l'approche d'Hugo Sinzheimer à ce sujet :

[...] le droit collectif autonome des associations (conventions collectives) et le droit du travail posé par l'État ne s'excluent pas mutuellement. Tout au contraire, il faut amener les deux types de droit à atteindre dans une société libre, un équilibre approprié au moyen d'une « mise en cohérence méthodique ».⁹³ (nos soulignements)

L'objectif de « mise en cohérence méthodique » est un objectif majeur pour le droit du travail. Les rapports entre les droits collectifs et les droits individuels constituent une question particulièrement sensible et délicate; la « difficulté est d'articuler, de doser ou d'aménager les rapports entre l'individuel et le collectif »⁹⁴.

La question qui nous semble se poser avec la plus grande intensité est celle de l'expertise des arbitres et il est par conséquent très important d'examiner comment la politique publique permet de mettre à la disposition des parties des arbitres qui ont une connaissance suffisante des relations de travail. Il faut souligner ici que les conflits relatifs à l'égalité en milieu de travail font partie du tissu de ces relations spécifiques. Le cas du gel d'échelon que nous avons analysé est significatif à ce sujet, puisqu'il porte sur un problème d'égalité de la rémunération du personnel enseignant. Nous pourrions également citer l'arrêt *Bergevin*. La question portait sur le droit d'une enseignante et d'un enseignant de religion juive de prendre un congé rémunéré pour la fête du Yom Kippour, la Cour étant saisie d'une demande de révision d'une sentence arbitrale accordant un tel congé. Le juge Cory qui rend le jugement de la majorité analyse avec soin les dispositions de la convention collective et d'une entente locale au sujet des congés spéciaux et cet examen est un élément important des motifs de la décision d'écarter la révision⁹⁵.

⁹³ Ulrich ZACHERT, « La légitimité des rapports juridiques de travail. À propos de la conception de la légitimité chez Max Weber et Hugo Sinzheimer », dans Michel Coutu et Guy Rocher (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 318.

⁹⁴ *Chénard c. Centre de services sociaux Ville-Marie*, (1989) C.T. 226, 262 (Commissaire du travail Paul Dufault). Jean M. LAPIERRE, « Tribunal des droits de la personne, arbitre de griefs : quel doit être le forum compétent ? État de la question », dans Guylaine VALLÉE, Michel COUTU, Jean-Denis GAGNON, Jean M. LAPIERRE et Guy ROCHER (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 151-167, à la page 158.

⁹⁵ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, préc., note 83.

Le deuxième alinéa de l'article 77 du *Code du travail* prévoit qu'un arbitre nommé par le ministre « est choisi sur une liste dressée [...] par le ministre après consultation du Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre ». Le premier alinéa de l'article 12.2 de la *Loi sur le ministère du Travail*⁹⁶ confie une importante mission à ce Comité :

Le Comité consultatif du travail et de la main d'œuvre doit diffuser la politique générale qu'il prend notamment en considération aux fins de l'avis qu'il donne au ministre du travail concernant la liste des arbitres visée à l'article 77 du *Code du travail* [...] et de celui qu'il lui donne en vertu du présent article. Cette politique peut comprendre des critères d'appréciation relatifs à la compétence et à la conduite des arbitres.

Le ministre du Travail, en vertu du 2^e alinéa de cet article, assume la tâche d'étudier « les plaintes qu'il reçoit concernant la rémunération et les frais réclamés par les arbitres de cette liste ainsi que celles concernant la conduite et la compétence des arbitres ».

Dans le cadre de sa mission, le Comité, alors qu'il avait le statut de Conseil, a adopté une politique. Le premier objectif de cette politique est « la crédibilité de la liste » et est défini de la manière suivante :

Le Conseil estime important de garantir et de préserver l'indépendance des arbitres dont le nom est inscrit sur la liste annotée. Ceux-ci peuvent alors exercer plus sereinement leurs fonctions et acquérir, au fil des ans, une précieuse expérience qui est bénéfique pour les parties.

Le Conseil estime cependant qu'il doit s'assurer que la liste annotée soit constituée d'arbitres impartiaux, compétents, disponibles, dynamiques, qui respectent les règles de compétence et de conduite professionnelle et qui conservent au fil des ans la confiance des parties.

Tout arbitre dont le nom est inscrit sur la liste annotée s'engage à se conformer à la présente Politique générale.⁹⁷

Nous reviendrons sur la question de l'indépendance des arbitres que Robert P. Gagnon a qualifié d'« exigence fragile et vitale »⁹⁸.

⁹⁶ L.R.Q., c. M-32.2.

⁹⁷ *Politique générale du Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre concernant la confection et la gestion de la liste annotée d'arbitres de griefs*, avril 1999.

Quelles sont les conditions pour être inscrit sur la liste ? « Le candidat doit détenir un diplôme universitaire de premier cycle en droit, en relations industrielles ou dans une autre discipline pertinente ». Il doit de plus « posséder dix années d'expérience pertinente dans le domaine des relations du travail [...] » Les années de scolarité manquantes peuvent être compensées par des années d'expérience (art. 5 et 6). Le conseil apprécie également les connaissances en matière d'arbitrage de griefs qui peuvent être théoriques ou pratiques ou, évidemment, les deux (art. 8, par. b). Le candidat doit de plus accomplir un ou plusieurs stages auprès d'un arbitre de griefs qui agit comme tuteur. S'il s'agit d'un seul stage, il doit être d'une durée minimale d'un mois (art. 12-18).

La *Liste annotée* permet aux parties de disposer des informations pertinentes⁹⁹ pour « mieux connaître chaque arbitre » de la liste comme l'explique la liste de 2011-2012 :

Le profil des arbitres permet aux utilisateurs de mieux connaître chaque arbitre de la liste : études, expérience pertinente, disponibilité selon le type d'arbitrage. Dans ce but, les données statistiques les plus pertinentes sont présentées : nombre approximatif de décisions rendues en carrière, nombre de décisions motivées déposées et délai moyen d'arbitrage au cours de la dernière année [...].

Le tarif de rémunération est également intégré au profil de chaque arbitre.¹⁰⁰

Le Conseil mentionne également ce qui suit :

⁹⁸ Rodrigue BLOUIN, *La juridiciarisation de l'arbitrage de grief*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996; Robert P. GAGNON, « L'indépendance des arbitres : une exigence fragile et vitale », dans Louis LEBEL et Pierre VERGE (dir.), *L'oreille du juge. Études à la mémoire de Me Robert P. Gagnon*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 57-66, à la page 57.

⁹⁹ Il manque toutefois une information pertinente importante. En vertu du paragraphe 3 de l'article 97 de la *Charte québécoise*, le gouvernement, par règlement, « édicte la procédure de recrutement et de sélection des personnes aptes à être désignées à la fonction d'arbitre [...] ». Une liste est « dressée périodiquement par le gouvernement suivant (cette) procédure (*Charte québécoise*, art. 62). La personne qui est inscrite sur cette liste pour les fins de l'arbitrage prévu par la *Charte québécoise* offre évidemment une expertise et une sensibilité en matière de droits de la personne. Lorsque cette personne est également inscrite sur la *Liste annotée* du ministère du Travail, l'information en question n'apparaît pas sur cette liste. Cette information à l'effet qu'elle est également inscrite sur la liste dressée en vertu de la *Charte québécoise* permettrait d'identifier des arbitres qui offrent des garanties d'expertise et d'expérience à la fois en matière de rapports collectifs du travail et de droits de la personne. L'absence de cette information reflète probablement le cloisonnement systémique entre le régime des rapports collectifs du travail et le régime des droits de la personne.

¹⁰⁰ CONSEIL CONSULTATIF DU TRAVAIL ET DE LA MAIN-D'ŒUVRE, *Liste annotée d'arbitres de grief* en vigueur du 1^{er} septembre 2011 au 31 août 2012, p. 19.

La quasi-totalité des décisions arbitrales sont rendues par les arbitres inscrits sur la liste des arbitres visée à l'article 77 du *Code du travail*. Ainsi, au cours de la période 2010-2011, les arbitres inscrits sur la liste ont rendu 1 036 des 1 079 décisions, c'est-à-dire 96 % de l'ensemble des décisions.¹⁰¹

Depuis 1974, la professionnalisation de la fonction d'arbitre a été institutionnalisée par la création d'un regroupement professionnel, la Conférence des arbitres du Québec (CAQ). Sur son site Internet¹⁰², cette société, d'entrée de jeu, expose clairement sa raison d'être :

La Conférence est une société créée en 1974. Elle regroupe sur une base volontaire la quasi-totalité des quelque 100 arbitres professionnels du travail que compte le Québec. La plupart d'entre eux sont inscrits à la Liste Annotée d'arbitres de griefs constituée aux fins de l'article 77 du *Code du travail du Québec* (L.R.Q., c. C-27).

Porte-parole de ses membres auprès du Conseil consultatif du Travail et de la Main-d'œuvre du Québec (sic) et d'autres institutions vouées à la réglementation des conflits de travail au Québec, la Conférence veille à la promotion de l'arbitrage et au respect des règles d'éthique qui l'encadrent et telles qu'elles sont énoncées dans son code de déontologie. Elle s'occupe de plus à promouvoir une formation professionnelle à la mesure des exigences sans cesse grandissantes de la fonction d'arbitre.

La conférence a donc pour but d'exercer trois tâches importantes d'une organisation professionnelle : l'éthique, la formation et la représentation sur des questions liées à la pratique professionnelle de ses membres.

Le texte introductif et le paragraphe a) de l'article 2 des Statuts intitulé « Membres » énonce les conditions de base de l'accès à la conférence. Il se lit comme suit :

Toute personne acceptée à ce titre par le conseil d'administration et qui remplit les conditions suivantes :

a) i) pouvoir démontrer qu'il reçoit l'agrément des parties à l'arbitrage; l'agrément des parties se démontre, règle générale, par l'inscription à la liste annotée d'arbitres de griefs ou par le nombre de vingt-cinq sentences arbitrales rendues dans des secteurs différents sur nomination par les parties elles-mêmes dans une période de deux (2) à cinq (5) ans, mais se démontre aussi par tout autre facteur pertinent, aucun n'étant déterminant, qui puisse contribuer à établir que le candidat reçoit l'agrément des parties à l'arbitrage;

¹⁰¹ *Id.*, p. 9.

¹⁰² En ligne : < <http://www.conference-des-arbitres.qc.ca/> > (consulté le 28 mars 2012).

ii) dans tous les cas, pouvoir démontrer son impartialité; l'impartialité se démontre par la disposition à respecter les règles du Code de déontologie s'y rapportant;

Les parties à une convention collective disposent d'informations sur les arbitres membres de la conférence sur son site Internet; une fiche expose, pour chaque arbitre, ses coordonnées, ses études, son expérience et mentionne s'il peut travailler en anglais.

Un autre aspect de la professionnalisation des arbitres de griefs est la présence des juristes. Rodrigue Blouin, dans son ouvrage bien connu sur la juridiciarisation de l'arbitrage de griefs, considérant que l'indicateur le plus dynamique est le nombre de décisions rendues, a fait le constat suivant :

[...] entre 1970 et 1977, les non-juristes ont eu un taux moyen de présence de 46.8 % pour 22.6 % des décisions arbitrales publiées. La situation s'est depuis détériorée alors qu'ils n'ont participé qu'à 10.9 % des décisions rapportées bien que leur présence relative fut plus stable avec un taux de 30,5 % des arbitres qui ont vu leurs décisions publiées (1977-1994).¹⁰³

Il n'est sans doute pas étonnant que les parties cherchent davantage des arbitres ayant une formation juridique dans une période où ceux-ci ont de plus en plus à interpréter et appliquer des lois et des règlements.

Des conditions apparaissent essentielles pour offrir aux parties et surtout aux travailleuses et aux travailleurs auxquels s'applique une convention collective un traitement des dossiers du niveau de qualité souhaitable : l'expertise (1) et l'indépendance (2), ainsi que les moyens dont l'arbitre dispose pour intervenir efficacement pour régler le grief (3); l'arbitrage doit aussi offrir un règlement rapide, définitif et exécutoire (4)

1. L'expertise

L'expertise nécessaire pour un arbitre de griefs est la connaissance et l'expérience en matière de relations de travail et la connaissance relative au grief et à l'arbitrage. En ce qui a trait aux arbitres de la *Liste annotée*, cet aspect de l'expertise apparaît offrir de bonnes garanties par les

¹⁰³ R. BLOUIN, préc., note 98, p. 304.

conditions d'admission et les stages. La connaissance du milieu spécifique de travail peut être également importante; cette caractéristique peut être assurée par le choix des parties et par l'intégration de ce choix dans la convention collective.

L'expertise juridique est-elle importante? L'effet de la présence importante des avocates et avocats dans la pratique de l'arbitrage et chez les arbitres est l'objet de critiques¹⁰⁴. L'arbitre qui est saisi d'une question d'application de la norme d'égalité de la *Charte québécoise* doit disposer de l'expertise et de la sensibilité nécessaires pour interpréter et appliquer ce droit complexe qui a connu des développements extraordinaires et qui est pénétré par le droit constitutionnel de la *Charte canadienne*.

Les syndicats de personnel enseignant des commissions scolaires ont connu une expérience traumatisante à ce sujet. Deux des principaux arbitres inscrits dans la convention collective ont rejeté des griefs relatifs à de la discrimination causée par la grossesse. Les deux enseignantes impliquées étaient lésées dans leur droit à l'emploi. Le syndicat ayant demandé la révision de ces

¹⁰⁴ Rodrigue Blouin lui consacre un chapitre de son livre sur la juridiciarisation de l'arbitrage de griefs. R. BLOUIN, préc., note 98, p. 291 à 305. Voir aussi à ce sujet, Claude FOISY, « Cost and Delay in Arbitration : The Québec Experience », (2002) 2 *Labour Arbitration Year Book* 137, 153-154.

Il est intéressant aussi de noter que la recherche de l'expertise juridique est très ancienne. Les auteurs de l'ouvrage *Les tribunaux et l'arbitrage en Nouvelle-France et au Québec* écrivent au sujet de l'arbitrage en France de 1764 à 1791 : « [...] il semble que les qualités requises de la part d'un arbitre soient nécessairement établies selon la nature du litige en question. Ainsi les arbitres doivent être de profession à pouvoir connaître des faits pour lesquels ils sont désignés par les parties [...]. Par exemple, lorsque "la cause est plus de fait que de droit", ce serait habituellement à des parents, voisins et amis que la décision serait renvoyée. Dans le cas où le différend tiendrait davantage "aux règles, aux usages, aux devoirs de certaine profession", des personnes exerçant un emploi similaire pourraient alors avantageusement être nommées comme arbitre.

Toutefois, dès lors que l'affaire présenterait des questions de droit, ce serait ordinairement à des avocats qu'elle devrait logiquement être renvoyée. Après avoir observé qu' "il se fait même peu d'arbitrages sans eux", un certain M. Espagne qui est lui-même avocat à la Cour des comptes, aides et finances de Montpellier, constate les avantages de ce recours. En effet, il établit que "les fonctions d'arbitre exigent presque toujours une connaissance particulière des lois, ainsi que des règles générales de la justice & de l'équité; or, ou cette connaissance réside-t-elle mieux que dans ceux qui en font état?". Dans l'article "Arbitre, arbitreur" du *Dictionnaire de la jurisprudence et des arrêts*, il prend toutefois soin de préciser que l'arbitre doit aussi nécessairement inspirer confiance aux parties "par sa probité & ses lumières". L'avocat choisi comme arbitre doit donc également disposer de ces qualités humaines sous peine d'être "indigne de sa profession" ».

Les auteurs précisent que, dans le contexte canadien, la grande majorité des arbitres sont des notaires. Arnaud DECROIX, Gilles DAVID et Michel MORIN, *Les tribunaux et l'arbitrage en Nouvelle-France et au Québec*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 335-336.

sentences arbitrales, la Cour d'appel leur a donné raison dans un jugement unanime rédigé par le juge Robert¹⁰⁵.

Rappelons toutefois que des recherches empiriques ont mis en lumière qu'une « certaine transformation était [...] perceptible dans la jurisprudence arbitrale à partir de 1999, le recours à la *Charte des droits et libertés de la personne* et aux notions jurisprudentielles qui s'y rattachent étant plus important, à tout le moins pour certains motifs de discrimination¹⁰⁶.

Force est de constater toutefois que la préoccupation de la sensibilisation et de l'expertise des arbitres en matière de droits et libertés de la personne n'est présente ni dans les interventions qui visent à garantir l'expertise des arbitres au Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre ni dans celles de la conférence.

Comme nous l'avons constaté, une autre question fondamentale et controversée en matière d'arbitrage est l'indépendance et l'impartialité institutionnelle.

2. L'indépendance et l'impartialité

Dans l'arrêt *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, la majorité de la Cour suprême a évalué que les arbitres de griefs comparés à la Commission des relations du travail, sont « des décideurs qui détiennent des pouvoirs d'intervention similaires et offrent des garanties analogues d'indépendance et d'impartialité »¹⁰⁷.

Comme le mentionne Me François Hamelin « [s]elon la Cour suprême du Canada, la nature et l'étendue de cette garantie varient en fonction de la compétence de chaque tribunal et de ses caractéristiques propres »¹⁰⁸.

¹⁰⁵ *Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil*, (1999) R.J.Q. 1883.

¹⁰⁶ Guylaine VALLÉE, « Le droit du travail comme lieu de pluralisme juridique », dans Céline SAINT-PIERRE et Jean-philippe WARREN (dir.), *Sociologie et société québécoise. Présences de Guy Rocher*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 252-253.

¹⁰⁷ *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, (2010) 2 R.C.S. 61, 2010 CSC 28, par.52.

¹⁰⁸ F. HAMELIN, préc., note 34, p. 28.

Les échanges à ce sujet au colloque sur les rapports des règles en droit du travail illustrent une méprise qui risquerait de provoquer certaines dérives de la politique publique relative à l'arbitrage. M^e Lamoureux, dans son intervention, se prononce en faveur d'un tribunal d'arbitrage qui « dispose de toutes les caractéristiques d'un véritable tribunal : inamovibilité, sécurité financière, indépendance administrative, etc. »¹⁰⁹. Il reçoit l'appui de M^e Cadieux. M^e Nadeau répond ce qui suit :

[...] Avec respect, je crois que mes confrères auraient avantage à relire attentivement l'arrêt *Ministre du travail de l'Ontario* de 2003. Même si la Cour suprême discutait alors de la situation relative à la nomination d'arbitres de différends, je crois que cette décision permet de bien saisir la compréhension de la Cour à l'égard des questions d'indépendance et d'impartialité des arbitres. En reconnaissant – et je cite – que « les relations de travail au pays sont devenues un domaine très spécialisé » et qu'un « grand nombre d'arbitres professionnels en droit du travail dépendent, pour leur subsistance, de leur capacité reconnue de satisfaire » à des critères d'expertise pertinente, d'indépendance et d'impartialité, la Cour se réfère alors à cette idée « d'acceptabilité générale » notion clé de l'actuel système d'arbitrage de griefs.¹¹⁰

Dans un article publié en 2008, Gérard Notebaert, avocat de l'étude Pepin et Roy, avocat-e-s (Service juridique de la CSN), alors candidat à la maîtrise en droit du travail à la Faculté de science politique et de droit de l'Université du Québec à Montréal, soutient le point de vue que cet arrêt n'a aucun effet relatif à l'indépendance de l'arbitre de griefs : « [...] replacé dans son contexte factuel et juridique, cet arrêt ne nous semble d'aucune façon déterminant quant à l'appréciation de l'indépendance et de l'impartialité institutionnelles des arbitres de griefs au Québec »¹¹¹.

¹⁰⁹ D. NADEAU, D. VEILLEUX, F. LAMOUREUX ET R. LAPOINTE, préc., note 27, p. 177.

¹¹⁰ D. NADEAU, *id.*, p. 194. Denis Nadeau réfère aux paragraphes 112 et 179 de l'arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du travail)*, (2003) 1 R.C.S. 539. Soulignons que six juges sont d'accord avec le jugement majoritaire rendu par le juge Binnie; trois juges sont dissidents : les juges McLachlin, Major et Bastarache. François Hamelin a exprimé sa position sur cet arrêt dans son exposé au 9^e Colloque Gérard-Picard (CSN) en 2007.

¹¹¹ G. NOTEBAERT, préc., note 34, p. 127

Le professeur Nadeau est revenu sur cette question dans un article publié à l'automne 2010. Il mentionne que le commentaire du juge LeBel au sujet de l'indépendance des arbitres de griefs est parfaitement compatible avec l'arrêt *Ministre du travail de l'Ontario*¹¹².

Sans considérer cet arrêt déterminant pour la question de l'indépendance des arbitres de griefs, nous sommes d'avis qu'il constitue un élément important à ce sujet. Nous adoptons le point de vue du professeur Nadeau, soutenu également par M^e François Hamelin d'une manière plus élaborée lors du 9^e colloque Gérard Picard, mais avec une certaine réserve. L'arbitrage des différends et l'arbitrage de griefs sont des parents très proches; la proximité de leurs caractéristiques (le mode de nomination) et de leur origine permet de transposer l'analyse. Par ailleurs, leurs différences et leur évolution substantiellement distincte requièrent de faire les adaptations nécessaires en recourant aux caractéristiques et pratiques de l'arbitrage de griefs. Nous examinerons d'abord cet arrêt important pour le débat (a); nous examinerons ensuite la question de l'indépendance des arbitres à l'égard des parties (b).

a) L'arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du travail)*¹¹³

Le syndicat, dans cette affaire, contestait le recours par le ministre, dans le cadre de l'arbitrage obligatoire imposé pour les différends dans les négociations des hôpitaux et maisons de soins infirmiers en Ontario, à des arbitres qui n'étaient pas inscrits dans la liste prévue par la *Loi sur les relations de travail* et, en particulier, à des juges à la retraite qui n'avaient pas de compétence sur les questions de relations de travail débattues.

C'est le juge Binnie qui rend le jugement de la majorité. La Cour, en ce qui a trait à la réparation convenable, « déclare que, dans l'exercice de son pouvoir de désignation, [...] le ministre doit être convaincu que les candidats à la présidence sont non seulement indépendants et impartiaux, mais également qu'ils ont une expertise en matière de relations du travail et sont reconnus, dans

¹¹² Denis NADEAU, « La perméabilité du droit au sein des rapports collectifs du travail et la compétence arbitrale : nouveau regard sur la valse-hésitation de la Cour suprême du Canada », (2010) 69 *R.du B.* 219, à la p. 244.

¹¹³ *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du travail)*, 2003 CSC 29 (CanLII), [2003] 1 RCS 539.

le milieu des relations du travail, comme étant généralement acceptables à la fois par le patronat et les syndicats »¹¹⁴.

Cette ordonnance trouve en particulier un éclairage au paragraphe 192 dans lequel le juge Binnie mentionne que, comme il a conclu que la loi exigeait « la désignation de présidents compétents en raison de leur formation, de leur expérience et de leur acceptabilité par les parties, l'exercice approprié du pouvoir de désignation permettra de constituer un tribunal administratif qui, dans le contexte des relations du travail, répondra aux préoccupations raisonnables concernant l'indépendance institutionnelle ».

Le juge Binnie avait auparavant écrit :

[...] À l'instar de la Cour d'appel, j'accepte le témoignage fait à cet égard par le professeur Joseph Weiler, qui a déposé son affidavit au nom des syndicats (au par. 36) :

(TRADUCTION) L'indépendance et l'impartialité des arbitres ne sont garanties ni par le fait qu'ils ne sont pas touchés par le différend soumis à leur arbitrage, ni par leur inamovibilité et leur sécurité financière ou administrative, mais plutôt par leur formation, leur expérience et leur acceptabilité par les parties.¹¹⁵ (nos soulignements)

Notons que la Cour envoie un message très fort sur l'importance, il faut également dire la nécessité, de l'expertise et de l'expérience pour décider des questions de relations de travail dans un milieu syndiqué.

Comme nous l'avons mentionné, nous sommes d'avis qu'il y a suffisamment de parenté entre l'arbitrage des différends et l'arbitrage de griefs pour que l'analyse qui motive cette décision soit sérieusement prise en compte dans l'analyse du critère d'indépendance des arbitres de griefs. Un aspect est la nature arbitrale de l'institution, mais surtout son émergence, au Québec, au début du 20^e siècle pour des fins mêlant les réalités modernes du « grief » et de « différend »¹¹⁶. Un des aspects du cas examiné dans cet arrêt est la question de la liste d'arbitres imposée par la loi : le

¹¹⁴ *Id.*, par. 208.

¹¹⁵ *Id.*, par. 179; le texte du professeur Joseph Weiler est repris, au cours de l'analyse du critère d'indépendance, au paragraphe 191.

¹¹⁶ Voir p. 275-279.

ministre devait-il recourir à la liste pour faire les nominations ? Or cette liste était principalement destinée aux arbitrages de griefs¹¹⁷.

Au Québec, lorsque le ministre nomme un arbitre de griefs, il doit, en vertu du 2^e alinéa de l'article 100 du *Code du travail*, le choisir « sur la liste prévue à l'article 77 ». L'article 77 porte sur la nomination d'un arbitre de différend par le ministre. La parenté rapprochée des nominations pour les deux formes d'arbitrage est inscrite dans le *Code du travail*.

Le juge Binnie rappelle que « l'indépendance et l'impartialité du décideur sont des composantes de la justice naturelle ». Un important lien est établi entre indépendance et impartialité; l'indépendance « vise à établir un écran de protection favorisant la prise de décisions impartiales »¹¹⁸.

Au sujet des craintes de partialité à l'égard des juges à la retraite, la Cour d'appel avait conclu à l'unanimité que l'abandon de la pratique établie de nomination à partir de la liste avait suscité une crainte raisonnable de partialité, entre autres parce que n'ayant pas de sécurité, ni de garanties d'être nommés pour d'autres arbitrages, ils devaient trancher des questions dans lesquelles la personne qui les avait désignés avait un intérêt financier important¹¹⁹. Cette conclusion n'est pas retenue par la Cour suprême; nous ne jugeons pas utile pour notre démarche de faire une analyse critique de cette position.

Compte tenu des caractéristiques du litige, l'arrêt *S.C.F.P. c. le Ministre du travail de l'Ontario* n'a pas examiné certains aspects de l'indépendance de l'arbitre à l'égard des parties. Il est important, pour avoir une approche qui tient davantage compte des divers aspects de la question, de recourir à d'autres sources nous permettant de les mettre en lumière.

¹¹⁷ *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du travail)*, préc., note 113, par. 67.

¹¹⁸ *Id.*, par. 189.

¹¹⁹ *Id.*, par. 88.

2. L'indépendance des arbitres à l'égard des parties

Si la formation, l'expérience et l'acceptabilité offrent des garanties à l'indépendance et à l'impartialité des arbitres, cette protection reste insuffisante.

Le professeur Gilles Trudeau le souligne dans un article publié dans la *Revue du Barreau canadien* portant sur l'arbitrage des griefs au Canada et l'importance d'une réforme :

La proximité de l'arbitre face aux parties qui le nomment et le rémunèrent risque [...] 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.¹²⁰

Jean Bernier, dans son article récent, dans les *Cahiers de droit*, met en lumière un autre aspect de la jurisprudence de la Cour suprême :

Si l'indépendance a été traditionnellement conçue pour protéger le tribunal contre l'ingérence du gouvernement (ou du pouvoir exécutif), la Cour suprême du Canada a reconnu ce principe, qui s'applique aussi dans le cas où cette ingérence (pression, influence, etc.) est le fait des parties elles-mêmes.¹²¹

Nous avons vu que les arbitres qui sont sur la liste doivent s'être engagés à respecter la politique du Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre. Ils se sont engagés à être impartiaux et à conserver la confiance des parties. Au-delà de cette mesure, des facteurs institutionnels influent sur l'indépendance des arbitres. Comme l'a souligné Robert P. Gagnon, dans son article à ce sujet, la nomination par les parties est un avantage de l'arbitrage de griefs, une de ses forces qui peut « devenir facteur de faiblesse ». Cette relation peut amener l'arbitre à éviter de déplaire aux parties; « d'autres mandats pourraient en dépendre ». Si le même arbitre, comme c'est courant, « est appelé ou susceptible d'être appelé à trancher, sur une certaine période, plusieurs griefs,

¹²⁰ Gilles TRUDEAU, « L'arbitrage des griefs au Canada : plaidoyer pour une réforme devenue nécessaire », (2005) 84 *R. du B. can.* 249, 271.

¹²¹ J. BERNIER, préc., note 35, p. 166-167. Jean Bernier réfère à l'arrêt *R. c. Lippé*, (1991) 1 R.C.S. 884. Il attire l'attention sur le fait que c'est ce point de vue du juge Gonthier qui a prévalu.

entre les mêmes parties selon une même convention collective, ou entre les mêmes groupes de parties, selon des conventions collectives apparentées [...] [l']indépendance dynamique de l'arbitre peut s'en trouver affectée, en l'amenant par exemple à partager ses décisions favorables [...] »¹²².

À notre avis, l'indépendance de certains arbitres peut être fragilisée par la puissance d'une des parties si le syndicat n'est pas en mesure d'établir le rapport de force nécessaire. Robert P. Gagnon fait aussi une critique par insinuation du paiement de l'arbitre par une seule des parties. Commentant l'article 103 du *Code du travail* et l'article 19 du *Règlement sur la rémunération des arbitres*¹²³ qui laisse la possibilité de prévoir, dans la convention collective, qu'une seule des parties assume les frais d'arbitrage, il écrit ironiquement : « On ne craint pas d'innover en droit du travail ! ». C'est avec perspicacité qu'il suggère que l'égalité des parties dans le financement de l'arbitrage est un élément important de ce tribunal et un facteur qui peut influencer sur l'indépendance. Il semble qu'ici la formule équilibrée connaît un raté.

Plus récemment Jean Bernier souligne ce qui suit :

[...] l'arbitre qui ferait preuve de partialité évidente, ou donnerait des raisons de croire qu'il a un certain parti pris en faveur de l'une ou l'autre des parties, ne ferait pas long feu dans ce système.

La question de l'indépendance se manifeste de façon plus insidieuse, souvent même de façon inconsciente. C'est ce que nous appellerions le désir plus ou moins conscient chez l'arbitre de « ne pas déplaire », d'éviter des situations ou des décisions susceptibles de créer un inconfort : par exemple comme cela a été souligné par Gilles Trudeau, ne pas exercer pleinement toute son autorité dans des situations où non seulement il pourrait le faire, mais où il pourrait être justifié de le faire, tel qu'éviter de convoquer d'office, consentir aux demandes de remise sans poser de questions, adopter une attitude très libérale eu égard à la pertinence de certains éléments de preuve.¹²⁴

¹²² R. P. GAGNON, préc., note 98, p. 60-61.

¹²³ R.R.Q., c. C-27, r. 4.3.

¹²⁴ J. BERNIER, préc., note 35, p. 167-168. Jean Bernier réfère à la page 272 de l'article de Gilles Trudeau.

Robert P. Gagnon a également mis en lumière que la valeur d'indépendance est un état d'esprit¹²⁵. Compte tenu du mode de nomination des arbitres par les parties, il estime que l'indépendance de la personne choisie est le facteur déterminant à ce sujet et pose la question dans une perspective différente de l'indépendance judiciaire.

La dimension personnelle rend le choix de l'arbitre d'une importance majeure, ce qui implique de la part de la partie syndicale d'où origine en général le grief une excellente connaissance des arbitres et des décisions qu'ils ont rendues. Comme nous l'avons mentionné, dans une perspective générale, en ce qui a trait au régime général de représentation syndicale, il s'agit de l'exercice d'un pouvoir spécifique relatif à l'application de la convention collective par les personnes que les travailleuses et des travailleurs ont élues pour les représenter.

Au sein de l'ordre juridique qui a émergé de la convention collective, l'agent qui interprète et applique en dernier ressort la convention collective et les dispositions législatives ou réglementaires qui s'y rattachent, est le tribunal d'arbitrage. La nomination de l'arbitre avec la partie patronale est l'exercice d'un pouvoir important au sein du régime d'application de la convention collective¹²⁶. Cet aspect de la représentation et ce devoir nécessite qu'on y accorde le soin requis et, en matière de discrimination, que l'arbitre nommé ait la compétence nécessaire dans cette sphère du droit également très spécialisée.

Nous examinerons maintenant ces pouvoirs d'intervention de l'arbitre de griefs, élément évidemment important pour évaluer les ressources dont disposent les syndicats et les membres de leur unité qui doivent « mobiliser » la norme d'égalité.

3. Les moyens d'intervention des arbitres de griefs

Alors que l'arrêt *Parry Sound*¹²⁷ venait d'être rendu en 2003 par la Cour suprême, celle-ci rendait un jugement unanime dans l'affaire *Lethbridge Community College*¹²⁸, un dossier

¹²⁵ *Id.*, p. 58.

¹²⁶ La procédure de grief et l'arbitrage.

¹²⁷ *Parry Sound (District, Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O.)*, (2003) 2 R.C.S. 157.

concernant les pouvoirs de réparation d'un conseil d'arbitrage en matière de congédiement. Le juge Iacobucci qui rendait le jugement de la Cour écrivait :

Notre Cour a reconnu qu'un vaste pouvoir de réparation était nécessaire pour donner effet au processus d'arbitrage des griefs. La nécessité de ne pas entraver l'exercice des pouvoirs de réparation a été reconnue pour la première fois dans l'arrêt *Heustis*[...] ¹²⁹ où la considération de politique générale justifiant la limitation de l'intervention judiciaire a été expliqué comme suit :

Le but de l'arbitrage des griefs en vertu de la Loi est d'assurer un règlement rapide, définitif et exécutoire des différends résultant de l'interprétation et de l'application d'une convention collective ou d'une mesure disciplinaire imposée par l'employeur, le tout dans le but de maintenir la paix.

La position de notre Cour dans *Heustis* annonçait un élargissement des pouvoirs de l'arbitre. ¹³⁰

Rappelant les arrêts *St. Anne Nackawic Pulp and Paper*, *Weber*, *O'Leary* et *Parry Sound*, le juge Iacobucci ajoutait : « Ces décisions s'inscrivent dans un courant jurisprudentiel reconnaissant aux arbitres une compétence plus vaste et un large pouvoir de réparation » ¹³¹. L'arrêt *Syndicat de la fonction publique du Québec* s'inscrit également dans cette lignée de renforcement de la compétence arbitrale ¹³², en articulant toutefois les rapports entre la convention collective et le droit externe avec une grande fidélité au droit applicable ¹³³. L'approche de la hiérarchie des sources est plus conforme à la législation québécoise du travail. Saisi d'un grief, l'arbitre demeure le maître d'œuvre; il devra examiner la convention collective, telle que modifiée par les dispositions d'ordre public. Par exemple, s'il a à interpréter et appliquer une clause « comportant discrimination » au sens de la *Charte québécoise*, il devra la considérer sans effet en vertu de l'article 13.

¹²⁸ *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, 2004 CSC 28 (CanLII), (2004) 1 RCS 727.

¹²⁹ *Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau Brunswick*, (1979) 2 R.C.S. 768.

¹³⁰ Préc., note 128, par. 40.

¹³¹ *Id.*, par. 41. Soulignons la dissidence dans l'arrêt *Parry Sound* qui met en lumière l'absence de fondement de cet élargissement.

¹³² Voir l'exposé du professeur Denis Nadeau sous la rubrique « Une compétence arbitrale renforcée », préc., note 112, p. 240 à 245.

¹³³ *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, préc., note 107.

Rappelons enfin que l'arbitre est pourvu de pouvoirs importants pour remplir sa mission d'appliquer la norme d'égalité dans le cadre d'une convention collective de manière efficace :

- il peut accorder des dommages-intérêts pécuniaires et moraux;
- il peut condamner au paiement de dommages punitifs en vertu de l'article 49 de la *Charte québécoise* en « cas d'atteinte illicite et intentionnelle »¹³⁴;
- en vertu du paragraphe 100.12g) du *Code du travail*, il peut « rendre toute autre décision, y compris une ordonnance provisoire, propre à sauvegarder les droits des parties »¹³⁵.

Il est nécessaire d'analyser ces deux derniers pouvoirs dont dispose l'arbitre de griefs. En ce qui a trait aux dommages punitifs, la question est particulièrement délicate et l'exercice d'un tel pouvoir suscite d'importantes réticences.

Dans un texte publié en 2011, Georges Marceau se dit d'avis que le caractère punitif de tels dommages « risque de laisser des séquelles pour la poursuite des relations de travail entre les parties ». Comme il le rappelle, « en matière de rapports collectifs du travail, les parties entretiennent des relations de travail sur une longue période jalonnée de conflits et de réconciliations. Les parties sont appelées à travailler ensemble »¹³⁶.

Dans un article publié en 2012, Denis Nadeau rappelle ce que disait dans une sentence arbitrale l'« arbitre expérimenté » Marc Gravel. Il attirait l'attention sur le risque que les décisions de

¹³⁴ La doctrine appliquée par la Cour d'appel à ce sujet dans l'arrêt unanime *Fraternité des policières et des policiers de Gatineau Inc. c. Gatineau (Ville de)*, D.T.E. 2010T-579, 2010 QCCA 1503 (CanLII), est claire et confirme la jurisprudence très prépondérante recensée dans Hélène OUIMET, *Code du travail du Québec : législation, jurisprudence et doctrine*, 20^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011. (par. 100.12/13). L'arbitre de griefs peut également condamner à des dommages punitifs et moraux pour harcèlement psychologique en vertu du paragraphe 4^e de l'article 123.15 de la *Loi sur les normes du travail* dont l'intégration à la convention collective est opérée par l'article 81.20 de cette loi.

¹³⁵ L.Q. 2001, c. 26, art. 51.

¹³⁶ Georges MARCEAU, « Les dommages punitifs dans les rapports collectifs de travail au Québec », dans Sylvie LÉVESQUE (dir.), *Arbitrage de griefs*, vol. 8, coll. « La collection Blais », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 187-218, à la page 218.

condamner au paiement de dommages exemplaires perturbent la paix industrielle entre les parties à la convention collective¹³⁷.

Plus loin, dans cet article, le professeur Nadeau écrit :

32. La crainte d'escalade de condamnation à des dommages punitifs et celle plus globale, de transformer la nature « civile » de l'arbitrage en un modèle « pénal » contribuent sûrement, consciemment ou non, à freiner plusieurs arbitres lorsqu'ils ont à statuer à l'égard de demandes de dommages punitifs ou exemplaires.

33. Aussi fondées soient-elles, ces craintes et hésitations des arbitres de griefs ne peuvent faire abstraction de l'expansion considérable et soutenue que le législateur et la Cour suprême du Canada accordent à la compétence arbitrale depuis plus d'une décennie. L'article 100.12 (a) C.t. et le pouvoir conféré aux arbitres en matière de plaintes pour harcèlement psychologique en milieu de travail syndiqué confirment indubitablement l'intention législative de s'assurer que les recours exercés devant l'arbitre de griefs donnent lieu à des solutions complètes et directement en phase avec l'ensemble de l'ordonnancement juridique.¹³⁸ (notre soulignement)

La Cour suprême a rendu en 2010, au sujet des dommages punitifs, un important arrêt élargissant les fonctions de cette mesure : *De Montigny c. Brossard (succession)*¹³⁹. Le professeur Nadeau souligne que cette décision ouvre la porte, en droit québécois, au recours à cette mesure pour un objectif de dénonciation; cette voie s'ajoute aux objectifs classiques de punition et de dissuasion de cette mesure¹⁴⁰ et offre des possibilités nouvelles aux arbitres. Il ne nous apparaît pas nécessaire d'aller plus loin à ce sujet pour les fins de notre thèse.

En ce qui a trait au paragraphe 100.12 (g) du *Code du travail*, la Cour d'appel a rendu une décision unanime importante au sujet d'une ordonnance de l'arbitre Jean-Denis Gagnon¹⁴¹. Cette

¹³⁷ Denis NADEAU, « Dommages punitifs (exemplaires) et droit du travail québécois : questions et pistes de réflexion à la suite de l'arrêt *de Montigny* », (2012) 42 *R.G.D.* 125, aux p. 138-139. *Montreal Newspaper Guild, Local 111 et Gazette (the)*, D.T.E. 2005T-382, par. 125 et 126.

¹³⁸ *Id.*, p. 148.

¹³⁹ *De Montigny c. Brossard (succession)*, (2010) 3 R.C.S. 64

¹⁴⁰ *Id.*, p. 150

¹⁴¹ *Association des pompiers de Montréal inc. (APM) c. Montréal (Ville de)*, 2011 QCCA 631 (CanLII). Rappelons que l'arbitre Jean-Denis Gagnon est professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Montréal; il a fait partie de l'équipe qui a accompli une recherche empirique sur la mise en œuvre de la norme d'égalité en milieu de travail. Voir au sujet de cette recherche, p. 99 et 100.

ordonnance à la ville de Montréal concernait le service des incendies; elle se lisait comme suit : « Le Service doit prendre les mesures appropriées, et conformes à la convention collective, afin que, conformément à l'article 6.04 de cette entente, un capitaine soit présent, en tout temps dans chacune de ses casernes ».

La Cour d'appel, après une étude approfondie de la question, décide que l'ordonnance est constitutionnelle et que l'arbitre avait les pouvoirs de l'émettre. Le juge Morissette recourt à l'historique de la disposition :

Le paragraphe 101.12 g) date de 1983¹⁴² [...] mais les mots « y compris une ordonnance provisoire » y ont été ajoutés par une modification législative entrée en vigueur le 15 juillet 2001¹⁴³ [...]. Celle-ci coïncidait avec la création de la Commission des relations du travail [...].

[44] Aux paragraphes [84] et [85] de sa sentence, l'arbitre a estimé qu'il avait le pouvoir en vertu du paragraphe 100.12 g) d'accorder l'ordonnance que lui demandait l'appelante. [...]

[45] À mon avis, et je le dis avec égards, l'arbitre a bien interprété le paragraphe 100.12 g), à supposer même qu'il était tenu de rendre une décision correcte sur ce point. D'une part, les termes employés par le législateur ne laissent pas place au doute. D'autre part, le contexte dans lequel survint la modification de 2001 est lourd de signification et il faut en tenir compte.

[46] Les mots « y compris une ordonnance provisoire » qualifient les termes « rendre toute autre décision ». C'est donc que, sémantiquement, la notion de « décision » envisagée par le législateur comprend déjà la notion d'ordonnance; on imagine mal, par exemple, une règle visant « tout autre légume » que l'on qualifierait en faisant suivre ces trois mots de la précision « y compris une pomme ». Or, rien en soi n'empêche le législateur provincial de conférer à un organisme quelconque le pouvoir de rendre des ordonnances, si ce n'est une possible limitation d'ordre constitutionnel sur laquelle je reviens plus loin.

¹⁴² *Loi modifiant le Code du travail et diverses dispositions législatives*, L.Q. 1983, c. 22, art. 74.

¹⁴³ *Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2001, c. 26, art. 51.

Comme le mentionne le professeur Nadeau, cette décision est en mesure de donner « un nouveau souffle à la portée de l'article 100.12 (g) »¹⁴⁴. Elle permet aux arbitres d'envisager une nouvelle voie pour élaborer des réparations adéquates.

Il faut également mettre en lumière que les parties peuvent développer la norme d'égalité dans la convention collective et aussi régir l'intervention de l'arbitre. Ceci requiert un travail particulièrement soigné et bien guidé sur le plan juridique. À titre d'exemple, les parties peuvent prévoir la procédure interne et l'intervention de l'arbitre en cas de harcèlement sexuel¹⁴⁵.

On constate que le travail législatif de l'État avec la collaboration des parties ainsi que le travail judiciaire a été soutenu pour pourvoir les arbitres des instruments dont ils ont besoin pour accomplir leur mission et que les parties peuvent développer les pouvoirs d'intervention de l'arbitre en intervenant sur la norme d'égalité ou sur ses pouvoirs dans la convention collective.

Cependant il faut s'interroger face à ce que la Cour appelait « la considération de politique générale justifiant la limitation de l'intervention judiciaire » exprimé dans l'arrêt *Heustis* en indiquant que l'objectif de l'arbitrage est d'assurer le règlement « rapide, définitif et exécutoire [...] dans le but de maintenir la paix ». L'objectif de maintenir la paix dans les relations du travail exprimé par la Cour suprême du Canada est un élément central de la politique générale étatique du Québec et dans toutes les juridictions canadiennes. Quel est l'état de la situation ? Cet objectif est-il utopique dans le cadre de la mission de l'arbitre d'appliquer le complexe droit relatif à l'égalité ?

4. Un règlement rapide, définitif et exécutoire dans le but de maintenir la paix

En ce qui a trait à la rapidité, examinons d'abord dans ses grandes lignes la situation.

Se référant à des statistiques du Centre de recherche et de statistiques sur le marché du travail, Claude Foisy écrivait, dans un article publié dans le *Labour Arbitration Year Book* en 2002 :

¹⁴⁴ D. NADEAU, préc., note 137, p. 144.

¹⁴⁵ Voir l'article de K. SWAN, préc., note 33.

As we have seen, fewer than 5 percent of all grievances are arbitrated. The length of time required to process these grievance through to adjudication is, on average, 17 months. The parties take eight months to process the grievance internally, and to refer it to arbitration. Six months are then required to schedule the first day of hearing, 49 days to complete the hearing, and 55 days for the arbitrator to write an award. Even if some of these statistics can be improved, they are, at least where they depends entirely on the arbitrator, remarkable. The turn around time is in all instances much better than that of government-run agencies [...].¹⁴⁶

Ces statistiques révèlent un délai moyen de 284 jours entre la nomination de l'arbitre et la sentence arbitrale. Les chiffres publiés par le Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre, dans la *Liste annotée des arbitres de griefs*, nous indiquent toutefois qu'au cours des dernières années, il y a eu une augmentation de ce délai : du 1^{er} avril 2010 au 31 mars 2011, de la nomination à la décision, la moyenne est de 401.93 jours. Un graphique illustrant le délai entre la nomination et la décision durant les vingt dernières années montre effectivement un délai de l'ordre de 290 jours à la fin des années 1990 qui augmente particulièrement à compter des années 2004-2005¹⁴⁷. François Hamelin observait, lors de sa présentation au 9^e Colloque Gérard-Picard en 2007, un délai de « 380 jours en hausse de 101 jours depuis 1994-1996 »¹⁴⁸. Il mettait en lumière que le délai de l'étape « durée des audiences » s'explique d'abord et avant tout par la complexité et la lourdeur des dossiers soumis et l'obligation d'offrir à chaque partie le droit à une défense pleine et entière. Il mentionnait également que « [l]a complexité accrue des dossiers d'arbitrage s'explique surtout par l'apparition de nouvelles réalités juridiques plus exigeantes, comme le droit à l'égalité (obligation d'accommodement) et le droit à l'intégrité physique et psychologique »¹⁴⁹.

Par ailleurs, François Hamelin observait un délai « préarbitrage » de 305 jours, soit environ 60 jours pour la procédure interne et environ 245 jours pour la nomination de l'arbitre. Il comparait ces délais avec ceux de la Commission des droits de la personne et du Tribunal des droits de la personne. Pour l'année 2004-2005, le délai entre le dépôt de la plainte à la Commission des

¹⁴⁶ C. FOISY, préc., note 104, p. 154.

¹⁴⁷ CONSEIL CONSULTATIF DU TRAVAIL ET DE LA MAIN-D'ŒUVRE, préc., note 100, p. 11-12.

¹⁴⁸ F. HAMELIN, préc., note 34, p. 9.

¹⁴⁹ *Id.*, p. 12.

droits de la personne et la décision de l'accueillir était de 578 jours (19 mois); par la suite, le délai moyen entre l'introduction de l'instance au Tribunal des droits de la personne et la décision de ce dernier était de 25 mois¹⁵⁰. Par ailleurs les chiffres produits par la Commission des droits de la personne dans le Rapport d'activités et de gestion 2010-2011, en ce qui a trait au délai entre le dépôt de la plainte et la décision de l'accueillir, sont les suivants¹⁵¹ :

Tableau 5
Délai entre le dépôt de la plainte et la décision de l'accueillir

2008-2009	2009-2010	2010-2011
592 jours	504 jours	383 jours

Il faut aussi considérer que les chiffres dont nous disposons pour l'arbitrage des griefs ne sont pas établis sur la base d'une distinction entre griefs portant sur une question de discrimination et griefs de pure application de la convention collective.

En ce qui a trait au **contrôle judiciaire**, la Cour suprême, au cours d'une évolution difficile et de nombreux débats des cours supérieures, a dans une bonne mesure réussi à affirmer et à préciser sa politique de retenue judiciaire. L'arrêt *Heustis*, que nous avons cité précédemment, au sujet des objectifs de l'arbitrage de griefs, marque un des points tournants de cette évolution : reprenons les paroles du juge Dickson d'une manière plus complète :

Une très bonne raison de principe explique l'hésitation judiciaire à contrôler les arbitres dans l'exercice de leurs pouvoirs. Le but de l'arbitrage des griefs en vertu de la Loi est d'assurer un règlement rapide, définitif et exécutoire des différends résultant de l'interprétation et de l'application d'une convention collective ou d'une mesure disciplinaire imposée par l'employeur, le tout dans le but de maintenir la paix.¹⁵²

¹⁵⁰ *Id.*, p. 14-15.

¹⁵¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Rapport d'activités et de gestion 2010-2011*, p. 51. Il est peut-être prématuré de conclure à une amélioration sur la base de ce rapport.

¹⁵² *Heustis c. Commission de l'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, préc., note 90.

Nous ne reprendrons pas ici tous les énoncés de la Cour à ce sujet¹⁵³. Soulignons toutefois que l'importance de l'expertise en relations de travail est mise en lumière¹⁵⁴.

Pour la question de la norme d'égalité, il importe en particulier de noter l'évolution récente vers une position nuancée en ce qui a trait à l'application de la *Charte québécoise*. La Cour suprême a heureusement cherché à clarifier et à simplifier l'approche du contrôle judiciaire des organismes administratifs et des tribunaux d'arbitrage, mais sans perdre de vue son objectif fondamental. Dans le jugement majoritaire rédigé par les juges LeBel et Bastarache de l'arrêt *Dunsmuir*, le premier paragraphe de l'analyse sous la rubrique « Le contrôle judiciaire » situe cet objectif fondamental :

(27) Sur le plan constitutionnel, le contrôle judiciaire est intimement lié au maintien de la primauté du droit. C'est essentiellement cette assise constitutionnelle qui explique sa raison d'être et oriente sa fonction et son application. Le contrôle judiciaire s'intéresse à la tension sous-jacente à la relation entre la primauté du droit et le principe démocratique fondamental, qui se traduit par la prise de mesures législatives pour créer divers organismes administratifs et les investir de larges pouvoirs. Lorsqu'elles s'acquittent de leurs fonctions constitutionnelles de contrôle judiciaire, les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité non seulement de maintenir la primauté du droit, mais également d'éviter toute immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur.¹⁵⁵ (nos soulignements)

Se basant sur la jurisprudence actuelle qui a beaucoup évolué et qui a abandonné la règle à l'effet que « l'interprétation, par un décideur administratif, d'une autre loi que celle qui le constitue est toujours susceptible d'annulation par voie de contrôle judiciaire », la Cour cerne les critères qui ouvrent la voie à la norme de la raisonnable :

Une clause privative : elle traduit la volonté du législateur que la décision fasse l'objet de déférence.

Un régime administratif distinct et particulier dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spéciale (p. ex., les relations de travail).

¹⁵³ Voir à ce sujet : R. BLOUIN, préc., note 98, p. 271.

¹⁵⁴ *Id.*

¹⁵⁵ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, (2008) 1 R.C.S. 190190, 2008 CSC 9, par. 27.

La nature de la question de droit. Celle qui revêt une « importance capitale pour le système juridique (et qui est) étrangère au domaine d'expertise » du décideur administratif appelle toujours la norme de la décision correcte [...]. Par contre, la question de droit qui n'a pas cette importance peut justifier l'application de la norme de la raisonnable lorsque sont réunis les deux éléments précédents.¹⁵⁶

[...] en présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, et lorsque le droit et les faits ne peuvent être aisément dissociés, la norme de la raisonnable s'applique généralement [...].¹⁵⁷

En ce qui a trait au processus de contrôle judiciaire, les juges LeBel et Bastarache donnent deux indications importantes :

[...] le processus de contrôle judiciaire se déroule en deux étapes. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle.¹⁵⁸ (notre soulignement)

L'analyse doit être contextuelle.¹⁵⁹

Dans sa décision unanime *Fraternité des policières et policiers de Gatineau c. Ville de Gatineau*¹⁶⁰, la Cour d'appel applique la nouvelle approche à une question de protection de la réputation impliquant le droit fondamental enchâssé à l'article 4 de la *Charte québécoise*. Le juge Dalphond rend le jugement de la Cour. Après avoir rappelé le processus et les facteurs établis par la Cour suprême dans *Dunsmuir*, il expose l'analyse suivante qui est particulièrement éclairante :

(24) en l'espèce, nous sommes en présence d'un arbitre de griefs nommé en vertu du *Code du travail* pour interpréter le régime des relations de travail et dont la compétence est protégée par une clause privative qualifiée de « relativement rigoureuse » (*Lévis (Ville de) c. Fraternité des policiers de Ville de Lévis inc.*, (2007) 1 R.C.S. 591, 2007 CSC 14, par. 20). Pour accomplir sa mission, l'arbitre est investi du pouvoir d'interpréter toute loi

¹⁵⁶ *Id.*, par. 55.

¹⁵⁷ *Id.*, par. 51.

¹⁵⁸ *Id.*, par. 62.

¹⁵⁹ *Id.*, par. 64.

¹⁶⁰ *Fraternité des policières et policiers de Gatineau c. Ville de Gatineau*, 2010 QCCA 1503 (Can LII)

pertinente aux relations de travail (art. 100.12 a) CT). Cela comprend bien évidemment le *Code du travail*, la *Loi sur les normes du travail* et les dispositions du *Code civil* en matière de contrat, responsabilité civile et dommages. Tous ces facteurs militent pour la norme de décision raisonnable, comme le soutient la Fraternité.

(25) L'employeur suggère que la norme de décision correcte aurait pu s'appliquer car la question en litige en est une de droit civil, faisant appel à des principes généraux et d'application universelle. Avec égards cela n'est pas conforme aux enseignements de la Cour suprême. Outre les questions constitutionnelles, d'interprétation d'une charte des droits et de compétence *stricto sensu* (ou vires), n'échappe à la norme de raisonabilité qu'une décision d'un décideur spécialisé et protégé par une clause privative sur une question de droit « qui revêt une importance capitale pour le système juridique (et qui est) étrangère (à son) domaine d'expertise ». C'était le cas dans *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, (2002) 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, par. 62, où était en jeu la valeur probante d'une condamnation criminelle ayant acquis force de chose jugée et le pouvoir d'une arbitre de conclure autrement.

(26) Dans notre dossier, l'arbitre devait simplement déterminer s'il y avait eu des propos diffamatoires ou injurieux et, le cas échéant, les dommages en résultant s'il en est. Une telle détermination n'est pas d'importance capitale pour le système juridique contrairement, par exemple, à l'interprétation d'une disposition de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

(27) Même dans ce dernier cas, il ne faut pas confondre interprétation de la *Charte* et application d'une de ses dispositions claire et nullement contestée aux faits d'une espèce comme le soulignaient les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier dans *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, (1994) 2 R.C.S. 525, aux pages 553 et 554.

Après avoir rappelé qu'une sentence arbitrale « ne soulève pas l'application du principe du *stare decisis* » et que « [L]'objectif de la cohérence doit se poursuivre dans le respect de l'autonomie et l'indépendance décisionnelle du décideur », le juge Dalphond conclut qu'il faut appliquer la norme de la décision raisonnable¹⁶¹.

Il faudra sans doute suivre la jurisprudence des cours supérieures sur le contrôle judiciaire des arbitres de griefs, mais nous sommes d'avis que cette mission de contrôle est sur la voie de la maturité.

Pour évaluer l'impact du contrôle judiciaire sur l'autonomie de l'arbitrage des griefs, il importe aussi de mesurer l'ampleur du phénomène.

¹⁶¹ *Id.*, par. 28-29

Rodrigue Blouin a produit des données à ce sujet, dans son ouvrage sur la juridiciarisation de l'arbitrage de griefs : « pour la période 1984-1991 [...] le taux moyen de décisions contrôlées entre 1961 et 1994 est de 2,3 % »¹⁶². Claude Foisy reprend ces données et souligne que sans le secteur de l'éducation qui est renommé pour son utilisation du contrôle judiciaire, le pourcentage serait moins élevé. En se basant sur le nombre de décisions contrôlées conduisant au résultat de 2,3 %, 59 % des évocations ayant été accordées, le pourcentage des décisions modifiées par la révision est de 1,3 %¹⁶³.

Pour ce qui est du caractère **exécutoire**, il est assuré à l'article 101 du *Code du travail* par un renvoi à l'article 129. Comme les décisions de la Commission des relations du travail, le dépôt prévu à cet article rend la sentence exécutoire comme une décision de la Cour supérieure. L'autorisation de la Commission n'est toutefois pas requise. Fernand Morin et Rodrigue Blouin soulignent que les voies civiles restent ouvertes et que « l'action civile ordinaire fondée sur le titre de droit qui résulte de la décision arbitrale » et l'injonction (sauf en matière salariale) demeurent des recours possibles¹⁶⁴. L'exécution provisoire peut être requise même si la sentence est référée au contrôle judiciaire¹⁶⁵.

Nous examinerons maintenant l'autre voie principale de mise en œuvre de la norme d'égalité, la plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

B) La plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse

Nous avons, dans le premier chapitre de cette troisième partie, examiné un cas de plaintes à la Commission des droits de la personne. Beaucoup d'enseignements, nous l'avons vu, peuvent être tirés de cette expérience. Pour compléter l'éclairage nécessaire, il faut maintenant examiner d'une manière plus générale comment la Commission des droits de la personne et le Tribunal des

¹⁶² R. BLOUIN, préc., note 98, p. 280.

¹⁶³ C. FOISY, préc., note 104, P. 154..

¹⁶⁴ F. MORIN, R. BLOUIN, J.-Y. BRIÈRE et J.-C. VILLAGI, préc., note 81, p. 631-632 et jurisprudence citée.

¹⁶⁵ *Id.*, p. 630 (X.43).

droits de la personne opèrent lorsqu'on y a recours pour obtenir une réparation en matière de discrimination dans un milieu de travail syndiqué et dans quelles conditions sont les personnes qui portent plainte et leurs associations, le cas échéant. Il faut également étudier dans quel contexte se situe ces opérations par rapport à la poursuite des objectifs de la *Charte*. Il est nécessaire évidemment pour cette analyse de connaître les instruments qui servent à la mobilisation des normes et les caractéristiques des acteurs qui en contrôlent le fonctionnement.

Notons qu'il peut exister des situations très différentes en ce qui a trait aux relations avec son syndicat, de la personne qui porte plainte. Le syndicat peut l'assister dans sa démarche; M^e Anne Pineau témoignait, au colloque « Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail », du recours du Service juridique de la CSN à cette stratégie pour la reconnaissance de certains droits qu'il n'avait pas été possible d'obtenir en arbitrage¹⁶⁶. La démarche s'intègre alors en quelque sorte à l'exercice de la représentation mais en en cédant substantiellement le contrôle à la Commission des droits. La situation est d'une autre nature lorsqu'une personne utilise ce moyen pour contester une décision de son syndicat souvent adoptée démocratiquement. Le syndicat est alors contesté dans l'exercice de sa représentation.

Nous n'avons pas l'intention d'entreprendre une analyse du régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne en vertu de la *Charte québécoise*. Ce travail a été accompli par la professeure Lucie Lamarche il y a une quinzaine d'années¹⁶⁷, alors que le cadre institutionnel de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et du Tribunal des droits de la personne était déterminé dans ses grandes lignes¹⁶⁸. Nous aurons à en recueillir les éléments pertinents pour notre démarche.

¹⁶⁶ D. NADEAU, D. VEILLEUX, F. LAMOUREUX et R. LAPOINTE, préc., note 27, p. 186-187.

¹⁶⁷ Lucie LAMARCHE et Frédérique POIRIER, *Le régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1996.

¹⁶⁸ Rappelons toutefois qu'un changement institutionnel important n'avait pas été accompli : l'intégration des droits de la jeunesse à la mission, à la structure et, par conséquent, aux opérations. Il sera question de ce changement dans les pages qui suivent.

Nous avons également, dans le chapitre 2 de la première partie, procédé à un examen des deux institutions de ce régime, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et le Tribunal des droits de la personne dans le cadre de l'étude des ordres juridiques étatiques¹⁶⁹.

Comme nous l'avons prévu, nous étudierons maintenant ces agents de l'ordre juridique étatique sous l'angle de l'organisation en rapport avec la mise en œuvre de la norme d'égalité dans les milieux de travail syndiqués. Nous commencerons par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse qui est, à un premier stade, saisie de la plainte (1); nous passerons ensuite à l'examen du Tribunal des droits de la personne (2). Il existe des différences importantes entre le traitement d'un grief et le traitement d'une plainte en ce qui a trait au cheminement juridictionnel et à la durée. Mentionnons en particulier la possibilité d'appel d'une décision du Tribunal des droits de la personne à la Cour d'appel et à la Cour suprême, dans l'un et l'autre cas, sur permission d'appeler, qui prolonge ce cheminement dans plusieurs dossiers. Nous consacrerons une dernière subdivision aux délais (3).

1. La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse

La Commission des droits est une institution étatique consacrée à une mission gouvernementale particulièrement importante politiquement et juridiquement que lui confère la *Charte des droits et libertés de la personne*. Comme tous les organismes étatiques, elle est constituée d'une direction et d'une organisation bureaucratique.

Avant que la Commission des droits soit saisie de plaintes relatives au gel de l'échelon, deux importantes transformations s'étaient produites qui ont modifié en profondeur cette institution et son ordre juridique.

En ce qui a trait à la constitution de l'institution, elle est devenue depuis l'introduction d'une importante réforme, en 1995, un organisme qui intègre deux missions et deux organisations. La Commission n'est plus formée que de personnes dont le champ de préoccupation est la *Charte des droits et libertés de la personne*, mais également, sur une base paritaire, de personnes « susceptibles de contribuer d'une façon particulière à l'étude et à la solution des problèmes

¹⁶⁹ Voir p. 205-208.

relatifs à la protection des droits de la jeunesse »¹⁷⁰. S'ajoutent à ses dix membres (cinq-cinq), le « président » et les deux « vice-présidents », l'un qui est désigné par le « président » pour être plus particulièrement responsable du mandat de la Charte et l'autre qui est désigné pour être plus particulièrement responsable du mandat de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹⁷¹. Le président doit donc être le dirigeant principal pour deux domaines du droit étatique substantiellement différents. Signalons qu'avant cette réforme, la Commission était formée de sept personnes qui avaient la Charte comme seule mission.

Lucie Lamarche qui a publié son livre *Le régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne* peu après l'adoption de la loi qui encadrait cette transformation, écrivait au sujet de cet important changement institutionnel :

Il n'était pas prévisible que les résultats de la recherche coïncident avec l'entrée en vigueur de la *Loi sur la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* (Projet de loi 79)¹⁷². [...] Plusieurs ont dénoncé ce projet de loi dont le Barreau du Québec et la Ligue des droits et libertés du Québec.

Les objections sont de deux ordres : d'une part, comment expliquer que soient mis sur un pied d'égalité des droits enchâssés dans un document quasi constitutionnel, à savoir la Charte, et les droits des jeunes ? Doit-on dénoncer le fait que les droits de la personne soient par voie de conséquence susceptibles d'être transformés en *droits ordinaires* ? D'autre part, comment concevoir que l'éventuelle répartition des ressources effectuées dans un contexte de compressions budgétaires (la fusion permet en effet au ministre de la Justice d'économiser un million de dollars) ne porte pas encore plus atteinte au travail de la direction des Enquêtes de la Commission des droits de la personne du Québec, travail déjà lourdement critiqué ?

Enfin comme la *Charte* concentre d'importants pouvoirs liés au sort des plaintes de discrimination entre les mains de l'assemblée des commissaires et plus particulièrement du Comité des plaintes de cette assemblée, comment faire en sorte qu'une assemblée composée en partie seulement de membres dont l'intérêt et l'expertise émanent du

¹⁷⁰ *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 58.1.

¹⁷¹ *Id.*, art. 65. *Loi sur la protection de la jeunesse*, chapitre P-34.1.

¹⁷² *Loi sur la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, L.Q. 1995, c. 27. Cette loi a été adoptée le 22 juin 1995 et est entrée en vigueur le 7 décembre 1995.

domaine des droits de la personne puisse encore en assurer un contrôle qui soit à la hauteur des objectifs de la Charte ? [...].¹⁷³

Lucie Lamarche souligne que cette fusion ne modifie pas sensiblement les résultats de sa recherche¹⁷⁴. Elle précise :

Le Projet de loi 79, ne ferait qu'ajouter un frein supplémentaire aux potentialités de la Charte en matière de promotion et de modes de promotion des droits et libertés de la personne. Quant à nous, les dysfonctionnements structurels de la Commission des droits de la personne qui participent à ce freinage sont indépendants du récent phénomène de la fusion. Ceci ne signifie pas que cette dernière ne participera pas encore plus aux obstacles dont fait état la présente recherche.¹⁷⁵

Le régime de la *Charte des droits et libertés de la personne* en ce qui a trait aux droits et libertés de la personne est en grande partie issu d'une étude et d'une consultation de la Commission des institutions de l'Assemblée nationale qui en a publié le rapport en 1988¹⁷⁶. La Commission des institutions qui a produit une étude fouillée ne s'est toutefois malheureusement pas intéressée aux rapports de la Commission des droits avec les syndicats ni aux rapports de la Charte avec le droit du travail¹⁷⁷.

La Commission des droits de la personne avait une dizaine d'années d'existence. Son régime fut profondément modifié par la création du Tribunal des droits de la personne et par le changement de la nature de ses enquêtes qui avaient un caractère judiciaire. Le texte législatif fut modifié pour instituer un processus non contradictoire et conçu, comme étape préliminaire à l'examen du Tribunal, en l'absence de règlement.

¹⁷³ L. LAMARCHE et F. POIRIER, préc., note 167, p. 3-4.

¹⁷⁴ *Id.*, p. 4.

¹⁷⁵ *Id.*, p. 6.

¹⁷⁶ QUÉBEC (PROVINCE DE), ASSEMBLÉE NATIONALE, COMMISSION PERMANENTE DES INSTITUTIONS, *Examen des orientations, des activités et de la gestion de la Commission des droits de la personne du Québec : rapport final*, Québec, l'Assemblée, 1988. Le rapport indique qu'aucune centrale syndicale n'a été entendue par la Commission permanente des institutions et que la seule centrale qui a fait parvenir un mémoire est la CSN. Par ailleurs, la Commission permanente a reçu en audition avec la délégation de la Commission des droits de la personne, Mme Ghislaine Patry-Buisson, présidente du syndicat. Voir l'annexe 3 du Rapport.

¹⁷⁷ Ceci peut être dû à la faible présence syndicale lors de la consultation; peut-être devrions-nous dire l'absence.

Dans cette sous-section, nous examinerons d'abord la mission de la Commission qui est le fondement de son action (a); nous examinerons comment, devant un cas de discrimination au travail, les puissants moyens de la Commission peuvent être mobilisés (b); nous verrons ensuite certains aspects de ses rapports avec le milieu des relations du travail (c), son caractère à la fois politique et bureaucratique (d) et son expertise (e).

a) La mission de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse

La mission de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse est de faire la promotion des droits et libertés enchâssés dans la *Charte québécoise*, mais également de recevoir les plaintes, en particulier de discrimination, enquêter à leur sujet, voir à la recherche d'un règlement entre les parties au litige et, s'il y a lieu, imposer des mesures de réparation et le cas échéant, en l'absence d'exécution des mesures de réparation, saisir le tribunal et agir comme procureur des personnes qui ont fait des plaintes ou qui sont identifiées comme victimes de discrimination et donnent leur consentement au recours.

Les différents aspects de cette mission ne sont pas faciles à concilier. La promotion des droits et libertés peut amener la Commission à agir comme groupe de pression, sinon à prendre le leadership d'une campagne pour la reconnaissance de certains droits. La Commission a conduit une telle action contre les clauses « orphelin » et son action a été importante pour l'introduction dans la *Loi sur les normes du travail* des dispositions sur les disparités de traitement, les articles 87.1 à 87.3. Rappelons que dans l'arrêt de la Cour d'appel, *Association des pompiers de Laval*, la juge Bich disait en parlant des faits jugés discriminatoires par le Tribunal des droits de la personne :

À l'époque, la question des clauses « orphelin » est l'objet d'un débat vigoureux et de revendications qui ne le sont pas moins, revendications soutenues par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, qui voit dans les disparités salariales fondées sur la date d'embauche une forme de discrimination indirecte fréquemment (quoique pas exclusivement) fondée sur l'âge.¹⁷⁸

¹⁷⁸

Résolution du 15 mars 1991

Par ailleurs, au cours de l'enquête, la Commission des droits doit faire preuve d'impartialité. Dans les principes directeurs adoptés en 1991, elle énonce, à l'article 7 :

Au cours de sa recherche de tout élément de preuve, la Commission a l'obligation d'agir équitablement envers les parties. Cette obligation comporte le devoir :

- i) de faire enquête en toute impartialité, c'est-à-dire sans préjugé ni parti pris et sans laisser place à l'arbitraire;
- ii) [...]. (notre soulignement)

L'article 78 de la Charte et le *Règlement sur le traitement des plaintes et la procédure applicable aux enquêtes de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* doivent aussi, à notre avis, recevoir une telle interprétation. Cependant, la Commission a un rôle proactif dans la recherche d'éléments de preuve de discrimination comme l'indique l'expression « agir en faveur de la victime » qu'on retrouve, par exemple, à l'article 77. Le deuxième alinéa de l'article 78 prévoit que la Commission « peut cesser d'agir lorsqu'elle estime qu'il est inutile de poursuivre la recherche d'éléments de preuve ou lorsque la preuve recueillie est insuffisante ». Si le verbe « peut » octroie un pouvoir à un organisme public comme la Commission, il ne fait pas de doute que c'est également un devoir de ne pas engager de recours sans issue en créant des attentes irréalistes chez les présumées victimes et en dépensant inutilement les ressources publiques humaines et financières¹⁷⁹.

Michel Coutu et Georges Marceau exposent, dans leur ouvrage *Droit administratif du travail*, que selon la Cour suprême, le test déterminant la décision de la Commission de rejeter la plainte ou de passer à l'étape de la saisie du Tribunal des droits de la personne est le même pour le régime québécois et pour le régime de la Commission canadienne des droits de la personne; les deux commissions n'exercent pas « un pouvoir décisionnel de la même manière que dans les procédures judiciaires »; il s'agit plutôt de déterminer si « la preuve fournit une justification suffisante pour passer à l'étape suivante [...] »¹⁸⁰. Si on se réfère à l'important arrêt de la Cour

¹⁷⁹ Voir p. 397-398.

¹⁸⁰ M. COUTU et G. MARCEAU, préc., note 76, p. 643.

suprême *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Commission canadienne des droits de la personne*, le juge Sopinka, pour la majorité écrit :

Le but n'est pas d'en faire une décision aux fins de laquelle la preuve est soupesée de la même manière que dans les procédures judiciaires. La Commission doit plutôt déterminer si la preuve fournit une justification raisonnable pour passer à l'étape suivante.¹⁸¹

Le critère de la « justification raisonnable » est un bon fondement pour un exercice responsable de cette fonction de décision permettant d'éviter les recours devant le Tribunal avec une compréhension superficielle du dossier et une preuve qui ne peut tenir la route.

N'est-il pas nécessaire, pour conserver sa légitimité, que la Commission, par la rigueur de ses enquêtes, fasse en sorte qu'on ne puisse la soupçonner d'avoir été influencée à saisir le Tribunal d'un dossier, pour faire avancer une stratégie de promotion des droits, comme, par exemple, la lutte contre la discrimination sur la base de l'âge dans les conventions collectives ?

Notons ici que la mission de la Commission des droits d'assurer « par toute mesure appropriée la promotion et le respect des principes contenus dans la [...] Charte » aurait avantage à être précisée (notre soulignement). La plus ancienne des commissions des droits de la personne du Canada, la Commission ontarienne des droits de la personne, est investie d'une mission dont les termes souvent très proches de ceux de la *Charte québécoise* sont plus précis et marient la promotion et le respect des droits de la personne avec la protection de l'intérêt public¹⁸². L'article 27 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹⁸³, tout en confiant à la Commission canadienne des fonctions de sensibilisation, de recherche et de conseil, n'attribue aucune mission générale de promotion à la Commission canadienne des droits de la personne et énonce ses fonctions avec précision.

Notons que, lors des travaux de la Commission permanente des institutions, devant des reproches de « manque de vigueur et d'audace dans ses interventions publiques et judiciaires, la

¹⁸¹ *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Commission canadienne des droits de la personne*, (1989) 2 R.C.S. 879, 899.

¹⁸² *Code des droits de la personne*, L.R.O., ch. 19, art. 29.

¹⁸³ L.R.C. (1985), ch. H-6.

Commission des droits s'est défendue en disant qu'on voulait l'engager « dans un activisme débridé » et qu'on lui proposait de « partir en croisade »¹⁸⁴. La Commission a donc perçu le risque que sa mission de promotion se transforme en croisade et qu'elle adopte des pratiques qui sont plus le propre d'un organisme de pression que d'un organisme gouvernemental.

Les termes « principes contenus dans la [...] Charte » portent à confusion et peuvent être propices à une dérive si consciemment ou inconsciemment ils viennent légitimer une forme de constitutionnalisation de la Commission ou du Tribunal¹⁸⁵. Avec le texte actuel, il est facile de confondre la promotion des droits et libertés avec la promotion des institutions que la Charte constitue. Ceci nous amène à une question qui a fait l'objet d'une recommandation de la Commission permanente des institutions mais qui n'a pas été appliquée (Recommandation 36) :

Que les dispositions de la Charte des droits et libertés relatives à la Commission des droits de la personne et à un tribunal des droits de la personne soient intégrées dans une loi d'application de la Charte distincte de celle-ci qui aurait alors pour objet d'établir les droits et libertés.¹⁸⁶

Motivant cette recommandation la Commission permanente écrivait :

Notre commission considère qu'il y aurait lieu de distinguer ces deux parties de la Charte et d'en faire ainsi deux lois différentes :

- la Charte des droits et libertés, énonciatrice des principes de droits et libertés qui constituent le fondement de notre société. À cause de son statut quasi-constitutionnel, toute modification à la Charte ne devrait être faite qu'à titre exceptionnel;
- une loi concernant la commission des droits de la personne et créant le Tribunal des droits de la personne, visant les moyens et les recours pour appliquer et faire respecter

¹⁸⁴ Le bulletin de la Ligue des droits et libertés, vol. VII, août 1988, p. 7.

¹⁸⁵ À titre d'exemple, le juge Robert dans ses motifs dissidents de l'arrêt *Morin*, affirme que la Charte est une loi quasiconstitutionnelle. Ce ne sont donc plus les droits et libertés de la personne auxquels il attribue ce statut, mais l'ensemble de la loi avec ses organes institutionnels, ses pouvoirs réglementaires et ses dispositions pénales. Préc., note 78, par.32.

¹⁸⁶ Préc., note 176, p. 80.

les principes contenus dans la Charte. Étant simplement une loi d'application, toute modification devrait se faire plus facilement.¹⁸⁷

La mise en œuvre de cette recommandation, en envoyant un message remplaçant les institutions des droits de la personne (Commission et Tribunal) dans leur véritable perspective, aurait été propice à éviter que se développe, en particulier chez des acteurs de l'ordre juridique étatique, une conception de plus en plus autoritaire des rapports de la Charte avec les autres régimes de droit, en particulier celui des rapports collectifs du travail.

Dans la perspective que nous adoptons pour cette thèse, la tâche qui s'impose est de chercher les meilleurs moyens d'assurer l'exercice du droit à l'égalité dans les milieux de travail qui, à cause de la subordination des personnes salariées, sont particulièrement propices à la discrimination. Ceci implique que la Commission peut être mise à contribution et que ses puissants moyens peuvent servir cet important objectif.

b) Mobilisation des droits de la Charte en milieu de travail syndiqué : grands moyens et grande discrétion

L'étude empirique accomplie par l'équipe de recherche à l'Université de Montréal a mis en lumière une certaine spécialisation entre l'arbitrage de griefs et le Tribunal des droits de la personne. Cette « spécialisation institutionnelle » touchait à la fois les motifs et l'étape de la relation d'emploi. Elle était la plus évidente quant au motif de harcèlement sexuel et quant à

¹⁸⁷ *Id.*, p. 55. Notons que dans son *Bilan et recommandations... Après 25 ans*, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse recommande « [q]ue toute modification aux dispositions de la partie I de la Charte (actuels articles 1 à 48) doive être adoptée par les deux tiers des membres de l'Assemblée nationale » et qu'elle fasse au préalable « l'objet d'une consultation publique et générale, tenue sous les auspices de la commission parlementaire compétente ». COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 79, p. 113. Nous trouvons ces recommandations excellentes si elles sont incorporées à la recommandation de deux lois. Notons que l'adoption de deux lois pourrait ouvrir la porte à la recommandation 20 qui vise à introduire une disposition préliminaire énonçant que la Charte est une loi fondamentale de nature constitutionnelle ». La Commission par cette recommandation ne demande rien de moins que d'énoncer que sa loi constitutive est constitutionnelle et de constitutionnaliser la mission de protection de la jeunesse. On pourrait donner suite à une telle recommandation pour une Charte qui enchâsserait les droits et libertés de la personne après un examen public permettant de constater que toutes les dispositions méritent un tel statut et après avoir équilibré l'approche des droits humains en enchâssant les droits syndicaux comme le recommande d'ailleurs la Commission des droits dans ce *Bilan*.

l'étape de l'embauche; comme le signalaient les auteurs, l'arbitre ne peut généralement pas intervenir en matière d'embauche¹⁸⁸.

Si ces constats portent sur le Tribunal, la Commission des droits, qui est presque l'unique procureur devant le Tribunal depuis la décision *Ménard c. Rivet*¹⁸⁹ et qui était avant cette décision le principal procureur, est également impliquée dans cette spécialisation.

Rappelons qu'en vertu de l'article 74, le processus peut être initié au moyen d'une plainte par une personne, un groupe de personnes ou un « organisme voué à la défense des droits et libertés de la personne ou au bien-être d'un groupement ». La Commission des droits peut également, de sa propre initiative, dans le cadre du pouvoir qui lui est conféré à ce sujet par le paragraphe 1 de l'article 71, entreprendre une enquête. Comme on l'a vu au sujet du cas du gel de l'échelon, elle a étendu, de sa propre initiative, l'enquête relative à des plaintes.

Nous avons examiné, dans la deuxième division du chapitre précédent, dans le cadre du droit applicable, et au sujet du cas concret du gel de l'échelon, des problèmes relatifs au pouvoir d'enquête¹⁹⁰.

Dans l'exercice de ce pouvoir d'enquête, la Commission exerce une très grande discrétion.

Elle exerce en même temps la fonction de médiation; cependant en vertu de l'article 62, une personne qui a participé à l'enquête ne peut se voir confier le mandat de rechercher un règlement sauf du consentement des parties. La Commission des institutions avait recommandé, dans son rapport de juin 1988, « [q]u'une disposition soit incluse dans la *Charte des droits et libertés de la personne* (ou dans toute loi concernant la CDP), indiquant que les fonctions d'enquêteur sont

¹⁸⁸ G. VALLÉE, M. COUTU et M.-C. HÉBERT, préc., note 53, p. 35-40.

¹⁸⁹ *Ménard c. Rivet*, (1997) R.J.Q. 2108 (C.A.) Au sujet de cet arrêt, Me François Lamoureux constatait, lors du Colloque *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, qu'il avait « rendu pratiquement impossible pour un plaignant de saisir ledit Tribunal suite à un refus d'agir de la CDPDJ » et il commentait la situation en ces termes : « Cette limitation de l'accès au Tribunal fait en sorte que la CDPDJ détient un quasi monopole de représentation au TDP [...]. Nous déplorons vivement cette situation et souhaitons que le législateur intervienne afin de corriger cette situation qui autorise et contribue au développement d'un système de droit, entre initiés, autonome et antarctique ». D. NADEAU, D. VEILLEUX, F. LAMOUREUX et R. LAPOINTE, préc., note 27, p. 128.

¹⁹⁰ Voir p. 394-402.

incompatibles avec celles de médiateur et de conciliateur »¹⁹¹ (notre soulignement). Il saute aux yeux que la disposition de la Charte n'a pas la même étanchéité. Lucie Lamarche soulignait, dans son étude publiée en 1996, que « dans son rapport annuel pour l'année 1993, la Direction des enquêtes recourt à l'expression « enquêteur-médiateur » aux fins d'identifier le personnel de sa direction ». Elle attirait également l'attention sur le fait que le « vocable “médiation” est [...] absent de la terminologie des dispositions de la Charte »¹⁹². Cette pratique n'était pas modifiée au début de l'enquête sur le gel de l'échelon¹⁹³. Remarquons également qu'il n'existe pas d'unité administrative distincte de la Direction des enquêtes pour la médiation.

L'enquête n'est pas assujettie à un délai¹⁹⁴; la Commission des droits peut décider de ne pas recourir à une expertise ou de le faire¹⁹⁵. Elle peut décider de saisir le Tribunal des droits de la personne ou de ne pas le faire; elle prend cette dernière décision dans le cadre de sa politique de représentation judiciaire. Cette politique détermine ce qui suit au sujet de la décision en question :

Lorsque la Commission détermine qu'il y a suffisance de preuve pour passer à l'étape suivante et constate que les parties refusent la négociation d'un règlement ou l'arbitrage du différend, elle peut :

PROPOSER TOUTE MESURE DE REDRESSEMENT qu'elle estime appropriée et fixer un délai pour la mise en œuvre de sa proposition et MANDATER LA DIRECTION

¹⁹¹ QUÉBEC (PROVINCE DE), ASSEMBLÉE NATIONALE, COMMISSION PERMANENTE DES INSTITUTIONS, préc., note 176, p. 78, Recommandation 13.

¹⁹² L. LAMARCHE et F. POIRIER, préc., note 167, p. 110.

¹⁹³ Dans la lettre à la présidente de la CEQ (maintenant CSQ), la signature est accompagnée du vocable « enquêtrice-médiatrice »

¹⁹⁴ Un texte de la directrice du contentieux sur le rôle de filtrage de la Commission des droits dont nous parlerons dans les paragraphes qui suivent, insère toutefois dans un énoncé de principes généraux l'obligation d'agir avec diligence et de recourir à toutes les connaissances et moyens d'enquête.

¹⁹⁵ Jennifer STODDART et Renée LESCOP, « Le traitement des plaintes à la Commission des droits de la personne du Québec », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec*, (1995) Montréal, Service de la formation permanente, p. 61. Voir p. 85-86. Notons que la Commission des droits peut également proposer un arbitrage. L'arbitre est choisi par le président à partir d'une liste dressée par le gouvernement, « parmi les personnes qui ont une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière de droits et de libertés de la personne [...] » (art. 62). Comme l'indiquent Jennifer Stoddart et Renée Lescop, « il n'y a eu que peu d'intérêt manifesté pour l'arbitrage et ce, même si c'est la Commission qui défraie les coûts de l'arbitre ». Id., p. 76. Si on en juge par le silence des rapports annuels d'activités et de gestion de la Commission, la situation n'a pas beaucoup changé depuis la rédaction de ce texte.

DU CONTENTIEUX pour s'adresser à un tribunal, le cas échéant, en vue d'obtenir, compte tenu de l'intérêt public, toute mesure appropriée ou pour réclamer, en faveur de la victime, toute autre mesure que la Commission juge alors adéquate,

Ou

EXERCER SA DISCRÉTION de ne pas saisir le tribunal du litige.

Lorsque la Commission décide d'exercer sa discrétion de ne pas saisir un tribunal, conformément au pouvoir qui lui est reconnu à l'article 80, elle rend une décision motivée. La résolution comportant la décision est préparée par le Secrétariat et notifiée aux parties conformément à l'article 84.¹⁹⁶

Le 5^e principe général donne un aperçu des critères qui guident la Commission des droits dans ses choix :

Dans l'exercice de ces fonctions, (la représentation judiciaire) la Commission porte une attention particulière mais non exclusive aux cas d'exploitation et aux cas de discrimination flagrante et récurrente, ceux qui ont des répercussions sur un grand nombre de personnes ou qui représentent une situation de discrimination à caractère systémique.

Par exemple, en 2010-2011, le Comité des plaintes a examiné 376 dossiers; 51 ont fait l'objet d'une proposition de mesure de redressement; 264 ont été fermés et 61 ont fait l'objet d'une demande d'avis juridique ou de complément d'enquête¹⁹⁷. Comme le mentionne l'extrait de la politique que nous avons cité, l'article 84 prévoit que « lorsque la Commission exerce “sa discrétion de ne pas saisir un tribunal” d'un recours, elle “le notifie au plaignant en lui en donnant les motifs”. Le plaignant peut alors, “dans les 90 jours de la réception de la notification [...] à ses frais, saisir le Tribunal des droits de la personne [...]” » (notre soulignement). Comme nous l'avons vu, dans le cas du gel de l'échelon, la Commission a décidé de cesser d'agir pour les plaignants qui ont exercé leur droit de reprendre l'instance à leurs frais, mais ont finalement abandonné leur recours.

¹⁹⁶ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Représentation judiciaire*, document adopté le 3 novembre 2006. Une étude sur cette question a été produite par la directrice du contentieux, Béatrice Vizkelety. Cet avis porte un nom significatif : *Le rôle de filtrage de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et la représentation judiciaire : orientations de la Commission*. (notre soulignement), 4 juin 2008.

¹⁹⁷ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 151, p. 22.

Signalons aussi que « l'enquêteur peut procéder à une enquête dite systémique, c'est-à-dire portant sur un ensemble de faits, pratiques et politiques, qui ont un impact direct ou indirect sur un groupe de personnes [...] »; il peut le faire à partir d'une seule plainte individuelle¹⁹⁸.

La Commission met à la disposition des personnes discriminées de grands moyens, mais elle bénéficie d'une grande discrétion dans l'exercice de ses pouvoirs et la personne salariée ou le syndicat qui recourt à cette voie perd le contrôle du dossier¹⁹⁹. Le maintien d'un bon lien de confiance des organisations syndicales à l'égard de la Commission est nécessaire. Entre, d'une part, les ordres juridiques syndicaux et les ordres juridiques issus des conventions collectives et, d'autre part, l'ordre juridique qui a la mission de mise en œuvre des droits de la personne, la Commission des droits de la personne, des voies de communications permettant une circulation des connaissances doivent être construites.

c) Liens nécessaires entre la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et le monde syndical

Le régime actuel de la Commission des droits assure-t-il les liens nécessaires entre la Commission, le champ du travail et le monde syndical ?

Nous avons observé dans le chapitre 2 de la partie 1 qu'alors que, pour de très nombreuses institutions de la société québécoise et de la société canadienne, une représentation ou une présence syndicale était expressément prévue, il n'en était rien pour la Commission des droits de la personne²⁰⁰. Nous ne mettons pas cette situation en lumière pour la critiquer, mais pour

¹⁹⁸ J. STODDART et R. LESCOP, préc., note 195, p. 85. Voir *Commission des droits de la personne du Québec c. Gaz métropolitain inc.*, 1994 Can LII 6166 (QC CA) (Affaire France Dion).

¹⁹⁹ Voir à ce sujet la décision unanime de la Cour d'appel dans *Commission des droits de la personne du Québec c. Québec (Procureur général)*, J.E. 2000-294 (C.A.), par. 15; 2000 CanLII 11325 (QC CA). Après avoir obtenu gain de cause en cour supérieure, la CSN et le procureur général sont déboutés en cour d'appel. Le juge Jean Crépeau de la cour supérieure avait décidé que le droit à un traitement équitable n'avait pas été respecté. (*Québec*) *Procureur général c. Commission des droits de la personne*, D.T.E. 94T-934; (1994) R.J.Q. 2026. Notons que la même année, deux mois avant, le juge Denis Lévesque avait statué que la Commission exerçant sa fonction d'enquête respectait l'équité procédurale lorsqu'elle se conformait aux dispositions de la Charte et à ses directives qu'il jugeait conformes aux principes applicables. *Corp. Du Collège Notre-Dame du Sacré-Cœur c. Commission des droits de la personne*, J.E. 94-881, (1994) R.J.Q. 1324.

²⁰⁰ Voir p. 173.

constater le fait que les règles relatives à la composition de la Commission n'assurent pas de lien entre le milieu syndical et cet acteur principal du champ des droits de la personne.

Dans son livre sur le régime de protection des droits de la personne, Lucie Lamarche, dont les informations précèdent évidemment l'année de publication du livre en 1996, critique la prééminence constante de l'expertise juridique et souligne qu'entre 1976 et 1993, sur 37 nominations, huit étaient « issues directement du monde des organismes communautaires » et trois provenaient du monde syndical. Lucie Lamarche suggère que « la prééminence des juristes pourrait utilement être contrebalancée par la nomination systématique de deux ou trois commissaires issus des divers milieux communautaires et syndicaux, lesquels pourraient mieux assurer l'équilibre entre l'expertise-terrain et l'expertise juridique et le lien de confiance entre les groupes communautaires et l'organisme »²⁰¹ (notre soulignement). Retenant qu'il faut un équilibre entre l'expertise juridique et l'expertise-terrain, il faut également s'interroger, en ce qui a trait à l'expertise juridique, sur la présence de l'expertise en droit du travail dont l'absence peut enlever un éclairage nécessaire à une décision juste pour de nombreux dossiers²⁰². Cette expertise sera particulièrement importante au sein des commissaires nommés au comité des plaintes constitué en vertu de l'article 61 de la Charte et formé de trois commissaires²⁰³.

En ce qui a trait aux liens de la Commission des droits de la personne avec les organismes du milieu, le rapport de la Commission des institutions faisait la recommandation suivante (Recommandation 7) :

Que la Commission des droits de la personne organise une rencontre annuelle avec les organismes du milieu, afin de leur présenter son bilan de l'année précédente, ainsi que ses activités et priorités pour les années suivantes, et leur permettre de dialoguer avec les commissaires. La CDP recevra également l'analyse et la perception des organismes sur l'évolution de la discrimination dans leur champ d'intérêts respectifs.

²⁰¹ L. LAMARCHE et F. POIRIER, préc., note 167, p. 26.

²⁰² Il faut souligner la présence parmi les commissaires de la professeure Adelle Blackett, spécialisée en droit du travail, récipiendaire de la bourse canadienne Bora Laskin pour la recherche sur les droits de la personne et coordonnatrice de recherche au Centre interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT).

²⁰³ Les comités d'enquête ont d'abord été une pratique de la Commission des droits de la personne. La Commission des institutions a recommandé que la Charte permette « à un comité d'enquête composé de trois commissaires de décider de la recevabilité et du bien-fondé d'une plainte ». COMMISSION PERMANENTE DES INSTITUTIONS, préc., note 176, p. 47 (Recommandation 11).

Cette rencontre annuelle peut se faire avec l'ensemble des organismes ou par regroupement d'organismes selon leur nature et leur secteur d'activités [...].²⁰⁴

Il s'agit d'une suggestion de la Ligue des droits et libertés que la Commission des institutions a trouvée « particulièrement intéressante ». Elle invoque au soutien de cette recommandation « [l]a première fonction de la Commission des droits de la personne [...] de promouvoir, par toute mesure appropriée, les principes contenus dans la *Charte des droits et libertés de la personne* (art. 66) et son devoir, prévu au paragraphe f) de l'article 67 de « coopérer avec tout organisme du Québec ou de l'extérieur voué à la promotion des droits et libertés de la personne ». Elle fait en particulier cet important constat : « La Commission des institutions, estime, [...] que la promotion des droits et libertés ne peut se faire sans une étroite collaboration entre la CDP et les organismes du milieu »²⁰⁵.

Cette recommandation est également, à notre avis, inspirée d'un véritable sens des « valeurs démocratiques »; alors que la Commission a une obligation, comme il se doit, de présenter un rapport à l'assemblée nationale, n'est-ce pas légitime qu'il présente son bilan aux regroupements de citoyens ? Cette recommandation va dans le sens de la garantie et de la protection contre toute violation des droits fondamentaux de la personne par la « volonté collective » du cinquième considérant du préambule de la Charte et dans le sens du développement d'une culture des droits et libertés.

Dans le cadre d'une telle politique, nous sommes d'avis que la pratique d'une rencontre annuelle avec les organisations syndicales devrait être sérieusement étudiée.

Par ailleurs, comme nous l'avons mentionné dans la première partie, la recommandation du Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* de constituer un conseil consultatif mérite, à notre avis, une sérieuse réflexion et il y a lieu de l'examiner, dans le contexte spécifique du Québec, avec le plus grand sérieux. Nous y reviendrons dans la prochaine section, dans le cadre de l'examen de la politique publique permettant la mise en œuvre de la norme d'égalité dans les milieux de travail syndiqués.

²⁰⁴ *Id.*, p. 26.

²⁰⁵ *Id.*, p. 25-26.

Un tel conseil peut être également un instrument permettant d'apporter d'une manière publique et structurée la voix d'organisations démocratiques et ainsi contrebalancer dans une certaine mesure un pouvoir bureaucratique²⁰⁶ important.

d) Un pouvoir politique et bureaucratique

En vertu du 1^{er} alinéa de l'article 62 de la Charte, « [L]a Commission nomme les membres du personnel requis pour s'acquitter de ses fonctions ». L'article 62 a été modifié par la *Loi sur l'administration publique* et, depuis son entrée en vigueur, la Commission détermine le nombre de personnes requis²⁰⁷. Elle peut également, en vertu du 2^e alinéa de l'article, confier à une personne qui n'est pas membre de son personnel un mandat de faire une enquête ou de rechercher un règlement.

Au 31 mars 2010, l'effectif permanent de la Commission était composé de 168 personnes. En plus du personnel affecté à la présidence, elles étaient réparties dans sept unités administratives : Secrétariat et Direction du contentieux; Direction de la protection et de la défense des droits; Direction jeunesse; Direction de la recherche; Direction de l'éducation-coopération et des communications; Direction de l'accès à l'égalité et des services-conseils; Direction de l'informatique, de la gestion documentaire et des processus et Direction des services administratifs. La direction des enquêtes est intégrée à la Direction de la protection et de la défense des droits; un directeur adjoint est affecté à la tête de cette unité. (Voir en annexe l'organigramme administratif au 31 mars 2011).

Le siège social est à Montréal; elle a des bureaux à Québec, Saguenay, Saint-Jérôme, Sept-Îles, Sherbrooke, Trois-Rivières et Val-d'or.

²⁰⁶ La bureaucratie n'est pas abordée ici dans un sens péjoratif. Il faut sans doute retourner à ce sujet aux textes de Max Weber, le premier à avoir produit une théorie de la bureaucratie en comprenant les aspects fondamentaux. La bureaucratie demeure l'élément fondamental de la rationalisation du monde moderne, le processus social par lequel l'organisation de toute activité doit procéder des principes rationnels d'efficacité. L'accroissement des pouvoirs administratifs est inévitable et doit être dans une société, contrebalancé par diverses mesures. Giovanni BUSINO, *Les théories de la bureaucratie*, 1^{re} éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses universitaires de France, 1993, p. 37-45. Rappelons que le régime de rapports collectifs de travail hérité de la *Loi Wagner* comprend cet aspect de contrepoids à la bureaucratisation technocratique. Voir p. 292.

²⁰⁷ *Loi sur l'administration publique*, L.Q. 2000, c.8, a. 108. Les mots « leur nombre est déterminé par le gouvernement » ont été supprimés.

La Commission a, à son service, trois hauts dirigeants, membres de la Commission, qui assument la présidence et deux vice-présidences. Elle avait en 2010-2011, 9 cadres, 102 professionnels et 103 membres du personnel technique et de bureau²⁰⁸.

Les professionnels sont ainsi presque le double du personnel technique et de bureau. Les nombreux professionnels au service de la Commission et la présence de juristes d'une qualité remarquable ont donné à sa bureaucratie un pouvoir considérable. Comme l'a mentionné Lucie Lamarche, elle est un lieu unique de recherche et de production sur les droits de la personne²⁰⁹.

La Commission est également un lieu très particulier dans l'administration gouvernementale. Elle est indépendante du gouvernement dans l'accomplissement de ses mandats. Elle est autonome pour le recrutement de son personnel. Au contrôle de son personnel s'ajoute, rappelons-le, le fait qu'un syndicat détient une accréditation pour représenter son personnel et que ce syndicat est affilié à la CSN. Il est de la responsabilité de la Commission de voir à ce que les personnes engagées qui interviennent dans les différents dossiers disposent de l'expertise nécessaire. Avant de passer à la question de l'expertise, mentionnons quelques aspects de son statut d'institution étatique.

Alfred Sauvy écrit dans un chapitre de son livre *Bureaux et bureaucratie* intitulé « Bureaux freins et bureaux moteurs » : « Traditionnellement les bureaux jouent le rôle de frein ». Il observe toutefois qu'« [U]ne tendance nouvelle, sinon inverse, se dessine [...] depuis la guerre en France et dans certains pays d'Europe, les bureaux administratifs étant devenus moteurs et se heurtant à des freins situés dans l'économie privée²¹⁰. Il y a sans doute d'énormes différences au Québec; nous avons toutefois connu indéniablement des « bureaux moteurs » dans l'administration étatique depuis le début des années soixante, par exemple au sein du ministère de l'Éducation.

²⁰⁸ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 151, p. 25-26.

²⁰⁹ L. LAMARCHE et F. POIRIER, préc., note 167, p. 32.

²¹⁰ Pour Alfred Sauvy le « bureau moteur » est une administration progressiste qui trace la voix malgré les résistances conservatrices des entreprises privées. Il cite en exemple la C.E.C.A. qui a conduit au Marché commun. Alfred SAUVY, *Bureaux et bureaucratie*, 3^e éd., coll. « Que sais-je? », Paris, Presses universitaires de France, 1967, p. 72-73.

La bureaucratie de la Commission est devenue un puissant moteur pour la poursuite de l'égalité. Par ailleurs, la Commission est soumise pour ses revenus et pour sa constitution aux contraintes étatiques. En ce qui a trait à sa constitution, il faut rappeler qu'elle a été transformée par l'intégration des services relatifs aux droits de la jeunesse en 1995. Cette transformation a touché sa plus haute direction. Le président doit maintenant assumer la haute direction de deux champs d'action juridique ayant leur propre savoir spécialisé. Il nomme toutefois, comme, nous l'avons mentionné, en vertu du 3^e alinéa de l'article 65, deux vice-présidents, un « qui est plus particulièrement responsable du mandat confié à la Commission par la Charte et l'autre qui est plus particulièrement responsable du mandat confié par la *Loi sur la protection de la jeunesse* ». Cette transformation a touché l'ensemble de l'institution. Nous ne sommes pas en mesure d'évaluer l'effectivité de ces changements constitutionnels. Dans un contexte de ressources financières limitées de l'État, d'autres changements portant atteinte à la mission relative à la norme d'égalité et à l'ensemble des droits de la personne pourraient survenir.

e) L'expertise de la Commission en relations de travail

Même si la Commission est un lieu unique de recherche et de production sur les droits de la personne, ceci ne veut absolument pas dire que les personnes qui conduisent les enquêtes et qui prennent des décisions au Comité des plaintes ont l'expertise et la sensibilité requises en matière de rapports collectifs du travail²¹¹. Nous sommes ici confrontés aux effets des ordres juridiques et des systèmes fonctionnels. La Commission des droits de la personne est vouée au droit général des droits de la personne, sphère spécialisée du droit commun. Ses rapports institutionnels s'établissent principalement avec l'ordre juridique étatique, avec les autres commissions des droits dans le cadre de l'Association canadienne des commissions et conseils des droits de la personne (ACCCDP) et avec le syndicat qui regroupe ses employés. Sa préoccupation n'est pas l'expertise en relations du travail et, en matière de droit, la connaissance de ses ressources en matière de droit spécial du travail. Si les droits de la personne et en l'occurrence le droit de l'égalité sont devenus des savoirs très spécialisés, les relations du travail et le droit des rapports collectifs sont également des savoirs d'une grande complexité, des savoirs très spécialisés.

²¹¹ La Commission des institutions avait identifié des lacunes, mais nous ne disposons d'aucun bilan relatif à l'expertise dans le cadre du nouveau régime. COMMISSION PERMANENTE DES INSTITUTIONS, préc., note 176, p. 24.

Dans son *Rapport d'activités et de gestion 2010-2011*, le dernier rapport disponible au début du mois de juillet 2013, la Commission des droits de la personne signale que « 46 % des plaintes proviennent du secteur du travail »²¹². Rien n'indique que, dans les cas de discrimination en milieu de travail syndiqué, les apprentissages des rapports collectifs de travail auront été accomplis de manière à permettre une véritable compréhension du dossier et l'ordre juridique actuel n'offre aucune garantie à ce sujet. Si nous nous référons au cas du gel de l'échelon, nous constatons que le personnel de la Commission ne semble pas avoir été en mesure de contextualiser le cas en le situant dans une continuité propre aux rapports collectifs du travail, en particulier en matière salariale. Une approche contextuelle et le respect des faits que produit la sensibilisation aux réalités des relations du travail auraient permis de constater les véritables effets de la clause en question dans le temps.

Ce problème central de l'acquisition des savoirs nécessaire à l'administration de la justice se posera évidemment avec intensité pour le Tribunal des droits de la personne. Comme tout organisme, il est tributaire, à ce sujet, de sa constitution et, en particulier, de sa composition.

2. Le Tribunal des droits de la personne

Comme nous l'avons mentionné, la décision de constituer un Tribunal des droits de la personne est le fruit de l'étude, de la consultation et des recommandations de la Commission des institutions²¹³. Cependant le Tribunal créé est, par sa nature même, profondément différent de celui proposé à la suite de cette étude.

La Commission des institutions propose, dans son rapport du 30 juin 1988, un tribunal administratif. Le Tribunal des droits de la personne constitué par la Loi 140, le 22 juin 1989²¹⁴, avec l'assentiment de la Commission des institutions, est tellement lié à la Cour du Québec que

²¹² COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 151, p. 48. En 2006-2007, il s'agissait de 55 % des dossiers ouverts; en 2007-2008, il s'agissait de 56 % des dossiers ouverts. COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Rapport d'activités et de gestion 2007-2008*, tableau 8, p. 41.

²¹³ Lucie Lamarche écrit : « C'est de cet exercice sérieusement mené que sortira la plus cruciale des recommandations de la Commission des institutions : la création du Tribunal des droits de la personne ». L. LAMARCHE, préc., note 167, p. 59.

²¹⁴ 1989, c. 51, a. 16.

Lucie Lamarche le qualifie de « tribunal divisionnaire spécialisé de la Cour du Québec ». Un grand pas a été fait pour judiciariser ce projet de tribunal; était-ce au détriment de son indépendance comme semble le suggérer Lucie Lamarche²¹⁵ ? En un certain sens, pour ne pas dire, en un sens certain, oui. La magistrature traditionnelle québécoise de la Cour du Québec était retenue comme bassin des juges qui rendrait les jugements, alors que la Commission des institutions proposait un tribunal administratif indépendant de tout autre tribunal. La consultation du juge en chef allait peser de manière importante sinon déterminante sur la nomination de ces juges. Les juges nommés sont absolument centraux pour la qualité des jugements de ce Tribunal et pour son aptitude à s'adapter à différents milieux, à leurs relations spécifiques, en particulier celles des milieux de travail syndiqués.

Toutefois le tribunal institué est d'une indéniable originalité. Après avoir souligné que les pouvoirs sont exercés par des juges faisant partie de l'ordre judiciaire, M^e Luc Huppé, assesseur au Tribunal, écrit dans un article récent de la *Revue du Barreau du Québec* : « Le Tribunal des droits de la personne est la seule institution judiciaire du Québec à laquelle le législateur impose la présence d'assesseurs »²¹⁶. La conception du tribunal non seulement introduit des assesseurs pour le traitement des différents dossiers mais en fait des membres du Tribunal avec les juges²¹⁷. Cette innovation ne doit pas être sous-estimée. Comme nous le verrons plus loin, en 2012, le Tribunal était composé de quatre juges et de huit assesseurs. Sur les huit assesseurs, cinq étaient membres du Barreau. La présence d'une majorité d'assesseurs compétents au sein du Tribunal peut être un contrepoids au pouvoir des juges.

La Commission des institutions proposait un choix des juges selon « des critères précis dont leur expertise et leur intérêt marqué en matière de droits et libertés ». L'article 101 de la Charte a repris les termes « expertise » et « intérêt » marqué en y ajoutant « une expérience » et « une sensibilisation ». Il s'agit ici d'un choix de termes qui identifie de manière très précise les qualités souhaitables pour interpréter et appliquer un droit très complexe et qui, faisant appel à

²¹⁵ L. LAMARCHE, note 167, p. 60-61.

²¹⁶ Luc HUPPÉ, « Le statut juridique du Tribunal des droits de la personne », (2011) 70 *Revue du Barreau* 219, 224-225.

²¹⁷ Art. 101.

des principes fondamentaux, doit être mis en œuvre avec finesse et précision dans des situations souvent difficiles.

Le choix de la personne qui occupera la présidence se fait après consultation du juge en chef de la Cour du Québec et parmi les juges de cette cour; en vertu de l'article 103, les autres juges du Tribunal sont également choisis parmi les juges de la Cour du Québec après consultation du juge en chef de cette cour. Cette politique, restreint et oriente le choix²¹⁸.

Il importe de donner ici un aperçu de la Cour du Québec. Elle a été constituée en 1988 de l'unification de la Cour provinciale²¹⁹ dont la compétence était strictement civile, de la Cour des sessions de la paix chargée d'entendre les affaires criminelles et du Tribunal de la jeunesse. Elle compte plus de 270 juges²²⁰. Elle comprend une chambre civile avec une division des petites créances, une chambre criminelle et pénale et une chambre de la jeunesse. C'est la chambre pénale de la Cour du Québec qui a compétence pour entendre les poursuites en vertu des dispositions pénales du *Code du travail*²²¹.

La politique de la Charte se poursuivra dans le cadre d'une approche libérale des droits et libertés mais les qualités de juristes des juges et leur souci de l'effectivité de ces droits fondamentaux, en particulier de la norme d'égalité, permettra d'affirmer ces droits. Cependant, les personnes qui auront la haute main sur les décisions sont des personnes qui, à cause de leur culture juridique façonnée au cours de leur carrière, « n'ont pas comme préoccupation principale la survie du régime des rapports collectifs du travail »²²².

²¹⁸ Pour ne mentionner que ces deux tribunaux, nous limitant à ceux auxquels on réfère le plus souvent au Québec, ni le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario ni le Tribunal canadien des droits de la personne ne sont astreints à une telle contrainte créant une telle dépendance et ayant un effet de judiciarisation. L.R.O., 1990, ch. H.19, art. 32; L.R.C. (1985), ch. H-6.

²¹⁹ Rappelons que le Tribunal du travail était composé de juges de la Cour provinciale.

²²⁰ « En 2012, l'adoption du projet de loi modifiant la *Loi sur les tribunaux judiciaires* permet de hausser de 270 à 290 le nombre des juges à la Cour du Québec, [...] ». Site internet de la Cour du Québec, en ligne < www.tribunaux.qc.ca/c-quebec/index-cq.html >, sous les rubrique « À propos de la Cour du Québec–L'histoire » (consulté le 31 juillet 2013).

²²¹ *Id.*

²²² Expression utilisée par Jacques Desmarais. Voir p. 500-501.

La Commission des institutions, dans le rapport de sa consultation et de son étude, recommandait que trois membres du Tribunal soient désignés pour entendre chaque plainte; elle recommandait également un appel à la Cour d'appel « sur permission d'un juge de cette cour ».

En vertu de l'article 104, un juge siège avec deux assesseurs mais il décide seul de la demande. En vertu de l'article 101, les assesseurs sont nommés par le gouvernement et choisis sur une liste également prévue pour les arbitres en vertu du 3^e alinéa de l'article 62. Nous constatons que contrairement aux arbitres, aucune disposition de la Charte n'établit qu'ils doivent avoir « une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière de droits et libertés »²²³. La procédure de recrutement et de sélection est édictée par le gouvernement, par règlement, en vertu du 3^e paragraphe de l'article 97²²⁴. L'article 6 du règlement pris par le gouvernement exige que la personne candidate produise « un exposé résumant les motifs de son intérêt à exercer la fonction d'arbitre ou d'assesseur et un état de son expérience, son expertise, sa sensibilisation et son intérêt marqués en matière de droits et libertés de la personne ». Le 2^e alinéa du 3^e paragraphe de l'article 97 prévoit que le gouvernement « détermine la proportionnalité minimale d'avocats » que la liste doit respecter. L'article 2 du Règlement établit cette proportionnalité à 50 %.

Ce règlement nous amène à faire un autre constat : si le Tribunal des droits de la personne est tributaire de la Cour du Québec pour ses juges, le grand acteur du choix des assesseurs est le ministre de la Justice même si le gouvernement prend les décisions au sujet de la liste; comme responsable de la sélection, il peut exercer sans doute, en pratique, un pouvoir considérable. Il forme les comités de sélection de trois personnes : un juge du Tribunal après consultation de la présidente ou du président; un avocat après consultation du Barreau et « une personne qui n'est ni juge ni avocat et que le ministre estime représentative parmi celles qui oeuvrent au sein des

²²³ Ils sont en pratique choisis dans le cadre du même processus de sélection que les arbitres. Il s'agit donc d'une curiosité qui illustre davantage les lacunes de la rédaction.

²²⁴ *Règlement sur la procédure de recrutement et de sélection des personnes aptes à être désignées à la fonction d'arbitre ou nommées à celle d'assesseur au Tribunal des droits de la personne*, R.R.Q., c. C-12, r. 2.

divers groupes ou organisations qu'il considère vouée à la défense et à la promotion des droits et libertés de la personne »²²⁵ (nos soulignements).

Au cours de la démarche de cette thèse, un de nos principaux sujets de préoccupation étant les connaissances des relations du travail nécessaires pour rendre une décision relative au principe d'égalité en milieu de travail syndiqué, nous faisons le constat que le régime n'a pas été établi par des personnes qui partageaient cette préoccupation, ce qui n'est pas étonnant compte tenu de la place actuelle des droits de la personne dans l'ordre juridique étatique.

En proposant de recourir à un « quorum de trois juges », la Commission des institutions voulait éviter la multiplication des appels. Nous ne saurons jamais si la formule retenue a été un facteur d'augmentation du nombre d'appels. Quoiqu'il en soit la présence des assesseurs au sein du Tribunal et au sein de chaque division évite une hyperjuridiciarisation du traitement des plaintes en première instance. Si le Tribunal n'est pas un tribunal administratif, cette innovation ingénieuse introduit une importante caractéristique qui semble inspirée de la justice administrative²²⁶.

L'expertise du Tribunal est donc assurée par le recours à des magistrats, des juristes qui proviennent toutefois d'une Cour dont les dossiers sont de droit civil, de droit pénal et, en ce qui a trait à la Chambre de la jeunesse, de droit des jeunes délinquants ou de protection de la jeunesse ainsi que par les assesseurs. Cependant, le critère présidant au choix des juges et en pratique au choix des assesseurs (sensibilité, expertise, expérience et intérêt marqués) ainsi que la spécialisation du Tribunal aura d'importants effets sur l'effectivité, les droits énoncés dans la Charte prenant une nouvelle portée que ni les tribunaux judiciaires ni les arbitres de griefs ne leur avait donnée jusque-là.

²²⁵ *Id.*, art. 9. Il faut noter ici que le choix du ministre pour la troisième personne qui n'est ni juge ni membre du Barreau est limité à des « organisations vouées à la défense et à la promotion des droits et libertés de la personne » alors que le droit de proposer une candidature en vertu de l'article 7 est également ouvert à un organisme voué au bien-être d'un groupe de personnes.

²²⁶ La réflexion sur la justice administrative était en cours au moment de la création du Tribunal des droits de la personne. La *Loi sur la justice administrative* allait être adoptée en 1996 : L.Q. 1996, c. 54.

En ce qui a trait à l'**impartialité** du Tribunal, il importe de prendre en considération ce que disait la professeure Veilleux lors du colloque Gérard-Picard de la CSN en 2007 :

Je tiens à rappeler [...] mon inquiétude par rapport à un tribunal à qui on confierait le mandat exprès ou implicite de faire avancer une cause, que ce soit celle des droits de la personne ou une autre cause aussi noble. Le tribunal qui interpréterait et appliquerait la loi en fonction d'une cause qu'il veut faire avancer, ne serait-il pas dépendant de cette cause, et du coup son impartialité ne serait-elle pas questionnable ?²²⁷

La question se pose, à notre avis, au sujet de l'impartialité du Tribunal des droits de la personne.

Luc Huppé invoque la déontologie comme facteur d'impartialité :

En ce qui a trait à l'exigence d'impartialité, imposée aux assesseurs tant par leur serment que par le *Code de déontologie*, elle requiert que ceux-ci – tout comme le juge – abordent avec ouverture d'esprit et sans parti-pris les positions des parties. Bien que la jurisprudence reconnaisse comme légitime la mise à profit de l'expérience personnelle du juge, l'impartialité requise de chaque assesseur du Tribunal des droits de la personne doit tempérer toute inclinaison excessive qu'auraient pu développer en lui « son expérience, son expertise, sa sensibilisation et son intérêt marqués en matière de droits et de libertés de la personne ». L'assesseur ne défend pas une idéologie auprès du juge qu'il assiste. Il doit se garder de tout dogmatisme dans l'interprétation et l'application des droits fondamentaux. Indépendamment de ses préférences personnelles, son apport doit viser à trouver une solution juste et équitable, conforme au droit et respectueuse des valeurs de la Charte.

La question de l'impartialité du Tribunal ne pourrait recevoir une réponse que par un examen approfondi qui tiendrait compte du discours du Tribunal au sujet des ordres juridiques du travail et des pratiques des rapports collectifs du travail. Il est impossible d'accomplir cet examen dans le cadre de cette thèse.

Il est certain toutefois, comme nous l'avons mentionné, qu'aucune expertise en matière de relations de travail et de droit du travail n'est assurée pour les juges ou les assesseurs; une telle expertise ne fait pas partie des préoccupations du gouvernement qui propose la législation relative à la constitution du Tribunal; ce constat est nécessaire pour une bonne évaluation des rapports entre les ordres juridiques et les systèmes fonctionnels en présence.

²²⁷ D. VEILLEUX, préc., note 30. Voir la conclusion qui porte sur l'indépendance et l'impartialité institutionnelle de l'arbitre aux p. 33-34.

La première présidente nommée en 1990 est la juge Michèle Rivet. Après avoir enseigné le droit à l'Université Laval comme professeure à temps plein, elle a siégé au Tribunal de la jeunesse et à la Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec où elle a été nommée juge en 1981. Cependant elle a été détachée de la Cour pour travailler en tant que commissaire à la Commission de réforme du droit du Canada. Elle est donc une juriste de grande culture, mais elle n'a aucune spécialisation en droit du travail et en relations du travail. La juge Michèle Pauzé a succédé à la juge Michèle Rivet comme présidente en 2010. Elle était juge du Tribunal des droits de la personne depuis le 29 août 2003 et avait été membre de la chambre civile de la Cour du Québec.

Le Tribunal était en 2012 composé de quatre juges dont la présidente, la juge Pauzé et de huit assesseurs.

La juge Hélène Bouillon a développé une expertise en droit criminel à titre de substitut du procureur général (lutte au crime organisé, agressions sexuelles et crimes majeurs) et a siégé à la Chambre criminelle et pénale de la Cour du Québec.

Le juge Jean-Paul Braun a été avocat à l'aide juridique, section criminelle, il a été membre du conseil de direction de l'Association des avocats de la défense; nommé juge à la Cour du Québec en 1994, il a siégé à la Chambre de la jeunesse et ensuite à la Chambre criminelle.

La juge Carole Brosseau a pratiqué le droit dans les domaines carcéral et criminel, a été procureure de l'Office de la construction du Québec; elle a occupé la fonction d'adjointe au bâtonnier du Barreau du Québec et travaillé durant de nombreuses années à son Service de recherche et de législation, en particulier sur des dossiers de droit familial, de droit de la jeunesse, de droit autochtone et de droits de la personne. Elle a siégé à compter de 2004, à la Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec.

Sur les huit personnes qui sont membres du Tribunal à titre d'assesseurs, cinq sont membres du Barreau. Sur ces cinq assesseurs, deux détiennent un doctorat et un autre une maîtrise. Ces assesseurs sont les auteurs de volumes et d'articles dans des branches du droit comme la *Loi sur la protection de la jeunesse*, les institutions judiciaires, les droits et libertés de la personne et l'interprétation des lois. Une avocate a été directrice générale de la Coalition gaie et lesbienne du Québec et membre du Conseil d'administration de l'International Lesbian and Gay Association

(ILGA). Une avocate a pratiqué entre autres, en droit du travail dans l'équipe du cabinet Fasken, Martineau, Dumoulin. L'expertise en relations du travail et en droit du travail est à peu près absente au sein du Tribunal²²⁸.

Évidemment la question des délais dans le traitement des dossiers est une question importante pour le traitement des plaintes à la Commission des droits de la personne, comme pour le traitement des griefs. Cette question nous plonge dans des pratiques et des fonctionnements profondément différents au sein de cette sphère spécialisée que constituent les agents des droits de la personne au sein de l'ordre juridique étatique dans le cadre de leur intégration au système judiciaire du droit commun.

3. Les délais dans le traitement des plaintes qui requièrent l'intervention du Tribunal

La question des délais est étroitement liée à l'ordre juridique au sein duquel un dossier qui requiert adjudication est traité. Rappelons les conclusions que tire Jean-Guy Belley sur la pensée de Weber au sujet des droits spéciaux :

La spécialisation du droit étatique, au niveau des règles substantives comme à celui des institutions judiciaires pourrait [...] s'effectuer parallèlement au pluralisme juridique extra-étatique [...] la spécialisation des tribunaux étatiques (par exemple tribunaux du commerce, tribunaux du travail) refléterait les particularismes de certains agents économiques. Elle prendrait acte de leur activité spécifique et leur fournirait un statut juridique et un forum judiciaire particuliers.

Et cet extrait :

C'est sans doute la contribution majeure de Max Weber au pluralisme juridique que d'avoir mis en évidence, par le concept de droit spécial, le caractère largement pluraliste du droit étatique moderne [...]. Prenant conscience du dynamisme de l'organisation étatique moderne, Weber suggère en outre que l'État peut lui-même provoquer le développement d'un pluralisme juridique distinct en entretenant des rapports privilégiés

²²⁸ Les informations au sujet des membres du Tribunal et du Service juridique proviennent du site du Tribunal des droits de la personne : en ligne : < www.tribunaux.qc.ca/TDP/AproposTribunal/apropos_Membre.html > (consulté le 1^{er} décembre 2012).

avec certaines clientèles et en conférant à ces relations un cadre juridique plus ou moins élaboré.²²⁹

La mention des tribunaux du commerce nous rappelle que les tribunaux qui règlent les conflits avec efficacité dans des délais raisonnables ont d'abord été revendiqués par les acteurs des entreprises. Harry Arthurs expose les débats à ce sujet et le recours à l'arbitrage en Angleterre au 19^e siècle²³⁰. L'« activité spécifique » de la production de biens et services ainsi que le commerce créaient le besoin d'un « forum judiciaire particulier ». En matière de relations du travail, la *Charte québécoise* introduit des recours qui n'ont plus, en termes de durée, les caractéristiques reconnues pour le règlement d'un conflit au sein de l'ordre juridique du travail.

Comme on le sait, en vertu de l'article 132, il peut y avoir appel d'une « décision finale du Tribunal » à la Cour d'appel, « sur permission de l'un de ses juges ». Il importe d'abord de donner un aperçu de la fréquence des appels des décisions du Tribunal.

Tableau 6
Nombre de dossiers du Tribunal des droits de la personne en appel

	Nombre de dossiers	Permission d'appeler	Arrêts en Cour d'appel
2008-2009	12	3	
2009-2010	14	3	2
2010-2011	14	4	3

Entre 2008 et 2011, le nombre de décisions est le suivant : en 2008-2009, le Tribunal avait rendu 12 jugements au mérite, en 2009-2010, 14 et en 2010-2011, 14²³¹.

De 2008 à 2011, c'est donc environ 25 % des décisions au mérite du Tribunal qui ont été portées en appel. Le nombre de décisions au mérite dans des recours pour lesquels la Commission des

²²⁹ Voir p. 49-50.

²³⁰ H. W. ARTHURS, *"Without the law" Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England*, Toronto and Buffalo, University of Toronto Press, 1985. Sous les rubriques « Commercial Disputes and the Central Legal System » et « Arbitration in the Mid-nineteenth Century », p. 52-77.

²³¹ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 151, p. 64. Il s'agit de dossiers pour lesquels la Commission des droits de la personne était partie. TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE, *Bilans d'activités 2008-2009, 2009-2010, 2010-2011* sous la rubrique « les décisions portées en appel ».

droits n'agissait pas comme procureur était minime. Lorsqu'une décision est portée en appel, le dossier est prolongé pour deux ou trois ans. Il est évident que la solution rapide aux conflits recherchée en relations du travail n'est pas au rendez-vous. Le tableau qui suit donnera un aperçu de la durée de traitement de dossiers qui ont fait l'objet de décisions de la Cour d'appel.

Tableau 7
Durée de traitement des dossiers dans des cas de plaintes à la Commission des droits qui ont fait l'objet de décisions de la Cour d'appel depuis le début de l'année 2010²³²

	Cas n° 1	Cas n° 2	Cas n° 3	Cas n° 4
Entente de convention	- 15 nov. 2000	- 5 juillet 2000 - 19 janv. 2004	- Nov. 1999 - 2 juin 1995	- 10 juin 1998 - 17 oct. 2001
Plaintes		- Juillet 2002 - Juillet 2005	- Déc. 1996	- Déc. 2004 - Janvier 2005 - Octobre 2005
Décision du Tribunal des droits de la personne	- 26 oct. 2007	- 2 juillet 2002	- 11 sept. 2008	- 5 mars 2009
Décision de la Cour d'appel	- 3 février 2010	- 3 février 2010	- 27 juin 2011	- 3 nov. 2011
Autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada	- Rejet - 5 juillet 2010	Aucune requête	Aucune requête	- Rejet - 17 mai 2012

Un autre volet de la situation est la durée des enquêtes de la Commission des droits.

²³² Cas n° 1 : *Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 172

La Cour d'appel annule les dommages moraux et punitifs dans un cas de sexualisation des postes. Il est à noter que le syndicat n'a pas participé à l'appel et a, par conséquent, été condamné à payer les dommages moraux et punitifs que la Cour d'appel a jugés non dus. Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée le 5 juillet 2010.

Cas n° 2 : *Syndicat du transport de Montréal-CSN c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2010 QCCA 165.

L'appel du syndicat est rejeté; il s'agit de dispositions discriminatoires sur la base de l'état civil (conditions différentes pour un enfant adopté et un enfant naturel).

Cas n° 3 : *Gaz Métropolitain Inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201.

Cas célèbre de discrimination systémique qui requiert une preuve complexe. Il faut tenir compte du fait que 52 jours d'audience ont été nécessaires entre le 25 octobre 2004 et le 12 janvier 2007. La Cour d'appel annule l'octroi de dommages punitifs aux plaignantes à l'exception d'une d'entre elles.

Cas n° 4 : *Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 2041.

La Cour d'appel rejette la demande de la Commission des droits dans un cas de distinctions salariales qu'elle prétendait fondée sur l'âge. Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée le 17 mai 2012.

Rappelons les chiffres que François Hamelin exposait lors du Colloque Gérard-Picard et ceux que la Commission des droits de la personne produisait dans le Rapport d'activités et de gestion 2010-2011, en ce qui a trait au délai entre la réception de la plainte et la décision de l'accueillir²³³.

Les statistiques nous donnent toutefois une perception abstraite de la réalité. Cette perception peut être complétée par un point de vue indépendant provenant du Tribunal des droits de la personne lui-même et soulignant des délais déraisonnables dans le traitement de certaines plaintes.

Le Tribunal des droits de la personne a invoqué à ce sujet la célèbre maxime *Justice delayed is justice denied*. C'est dans le cadre d'un dossier d'une personne, ressource de garde en milieu familial, qui s'était vu refuser l'accréditation nécessaire pour exercer ce type de fonction. La Commission des droits soutenait que ce refus était dû à la grossesse de la plaignante. Un délai de cinq ans s'était écoulé depuis la plainte. Le juge Daniel Dorté écrit dans sa décision :

(73) À maintes reprises au fil des ans, le Tribunal a souligné dans ses jugements²³⁴ le caractère inacceptable des délais excessifs dans les dossiers traités par la Commission qui agit devant lui en tant que partie qui prend fait et cause pour un plaignant.

[...]

(75) Le fait que cette situation de délai excessif ne soit pas nouvelle et semble faire partie d'une certaine culture qui remonte à la création du Tribunal²³⁵, ne confère pas à la Commission des droits acquis en matière de délai déraisonnable.

²³³ Voir p. 543.

²³⁴ Le juge réfère aux décisions suivantes : *C.D.P.Q. c. Bizouarn & Als*, J.E. 96-144; *C.D.P.J.Q. c. 2632-1661 Québec inc.* J.E. 97-1517, D.T.E. 97T-872; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Manoir Archer inc.*, 2009 QCTDP 14, J.E. 2009-1676; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre de la petite enfance Les Pandamis (anciennement Le Gardeurois)*, (T.D.P.Q., 2006-05-29), 2006 QCTDP 11, J.E. 2006-1230, [2006] R.J.Q. 1727; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Blais*, 2007 QCTDP 11, J.E. 2007-97; *MCCCUC Housing Corporation Residents Association c. Vokey*, (T.D.P.Q., 2007-01-29), 2007 QCTDP 1, J.E. 2007-1184; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Ville de) (Service de police)*, (T.D.P.Q., 2007-02-28), 2007 QCTDP 5, J.E. 2007-638, D.T.E. 2007T-267, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Garderie éducative Le Futur de l'enfant inc.*, 2008 QCTDP 25, J.E. 2008-2019, D.T.E. 2008T-848.

²³⁵ Le juge réfère à l'ouvrage de Lucie Lamarche précité, note 167, p. 58-59.

[...]

(81) Cette situation est inacceptable et intolérable, car elle permet la violation systématique des droits des victimes, des mises en cause et des défendeurs d'avoir, dans un délai raisonnable, accès à un tribunal spécialisé en matière de droit de la personne. Elle rend entre autres, illusoire et dérisoire le recours au Tribunal, ce qui peut avoir pour effet de dissuader les victimes de s'engager dans un long processus qui peut durer plusieurs années avant d'obtenir en première instance réparation devant le tribunal judiciaire spécialisé.

(82) La maxime « Justice delayed is justice denied »²³⁶ voulant que : « if legal redress is available for a party that has suffered some injury, but is not forthcoming in a timely fashion, it is effectively as having no redress at all », s'applique au droit fondamental du justiciable à l'accès au Tribunal dans un délai raisonnable afin d'obtenir réparation en cas d'atteinte illicite de ses droits garantis par la Charte.²³⁷

Cette décision du Tribunal des droits de la personne relativement récente nous donne un aperçu indépendant de la Commission des droits de la personne sur des délais qui se produisent dans le traitement des plaintes et qui dissolvent le résultat de l'adjudication. Elle a aussi l'avantage de mettre en lumière la maxime *Justice delayed is justice denied*, dont l'effectivité est renforcée par la légitimité de la tradition²³⁸. Il faut constater que la Commission des droits lorsqu'elle encourt des délais déraisonnables n'est assujettie à aucune sanction alors que le syndicat peut faire l'objet d'une plainte de négligence relative à son devoir de représentation et que l'arbitre de griefs, s'il ternit sa réputation, met en péril son gagne-pain.

Il est compréhensible que des cas complexes relatifs au droit à l'égalité produisent des délais plus longs, en particulier, les cas de discrimination systématique. L'objectif n'est sûrement pas de prôner des examens sommaires de dossiers nécessitant un examen approfondi. La structure d'adjudication établie pour la mise en œuvre du principe d'égalité en milieu de travail doit offrir

²³⁶ En note de bas de pages, on trouve le texte suivant : « Justice delayed, justice denied » is an ancient legal maxim. Its impact has been profound, including upon recent Supreme Court Justices. Les arrêts *Steel Company v. Citizens for a Better Environment*, 523 U.S. 83, 36 (1996) et *Clinton v. Jones*, (95-1853), 520 U.S. 681 (1997) sont cités.

²³⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre de la petite enfance « Le château des adorables »*, 2009 QCTDP 22.

²³⁸ En matière de légitimité, Talcott Parsons a rappelé comment il existe, selon Max Weber, « une tendance de l'autorité rationnelle-légale à se faire reconnaître et accepter sur le mode traditionnel qui est plus « stable ». Voir à ce sujet J. M. LAPIERRE, G. ROCHER et G. VALLÉE, préc., note 56, p. 379.

un équilibre entre l'objectif de rapidité propre aux relations du travail et nécessaire au maintien de la paix en milieu de travail et les impératifs liés à l'étude des dossiers relatifs au principe d'égalité. Par le maintien de la paix, il ne faut pas ici entendre l'absence de guerre, mais l'absence de conflits non réglés qui empoisonnent le climat de travail, de divisions internes, d'expériences collectives de la justice sans solutions dont la collectivité peut faire l'apprentissage. Le cas du gel d'échelon a prolongé un conflit porteur de divisions pendant des années au sein de l'ensemble du personnel enseignant des commissions scolaires et au sein d'un champ semi-autonome comprenant les autres organisations syndicales du secteur public et de nombreux partenaires. Une étude indépendante des pratiques d'enquête de la Commission des droits de la personne et des délais encourus dans les dossiers de discrimination en milieu de travail nous semble nécessaire. Un tel examen pourrait se faire dans le cadre d'une étude plus générale de la Commission des institutions de l'Assemblée nationale permettant ainsi aux organisations des divers milieux communautaires et syndicaux de se faire entendre.

Nous avons, au cours de cette troisième partie, tout comme dans l'ensemble de la thèse, réuni des éléments qui peuvent permettre d'évaluer la politique publique du Québec relative à la mise en œuvre du principe d'égalité dans les milieux de travail syndiqués. Nous serons guidés pour accomplir cette tâche par les orientations théoriques que nous avons retenues et par l'examen des ordres juridiques que nous avons accompli avec des perspectives synchroniques et diachroniques.

3- Principes et mesures favorisant la mise en œuvre du principe fondamental d'égalité dans les milieux de travail syndiqués

Nous avons été en mesure de constater que l'évolution des relations du travail avec le passage à la société capitaliste industrielle avait été marquée par l'émergence et le développement des ordres juridiques syndicaux et par la conquête au travers de dures luttes de la légitimité et d'une relative liberté d'action. Le développement des entreprises produisait également le développement de sociétés multinationales, puissants ordres juridiques détenant des moyens importants de mettre les ordres étatiques en concurrence, d'imposer ainsi leur volonté et d'affaiblir le mouvement syndical.

Nous avons au cours du cheminement de cette thèse été en mesure de constater comment l'ordre du droit spécial du travail a émergé et a bâti son autonomie d'abord à l'égard du droit criminel et de la *Loi des maîtres et serviteurs* pour ensuite le faire à l'égard du droit civil. La théorie wébérienne du droit spécial trouvait une illustration remarquable dans ce développement. Weber soulignait que les droits spéciaux s'appuieraient sur des groupements bénéficiant d'une autonomie et sur la capacité des acteurs de créer du droit par le moyen des contrats²³⁹. Comme l'observait Jean-Guy Belley, « [P]renant conscience du dynamisme de l'organisation étatique moderne, Weber suggère en outre que l'État peut lui-même provoquer le développement d'un pluralisme juridique distinct en entretenant des rapports privilégiés avec certaines clientèles et en conférant à ces relations un cadre juridique plus ou moins élaboré »²⁴⁰. Sous l'impulsion de ses fondateurs, en particulier Sinzheimer, mais surtout sous la pression de l'action syndicale, l'ordre juridique étatique est de plus en plus intervenu pour encadrer les rapports collectifs. Comme l'a mis en lumière Ulrich Zachert, dans un article sur la conception de la « légitimité chez Max Weber et Hugo Sinzheimer », « le déploiement de l'autonomie sociale demeure dépendant de l'existence d'un droit imprégné de normes étatiques. En conséquence, le droit collectif autonome des associations (conventions collectives) et le droit du travail posé par l'État ne s'excluent pas mutuellement. Tout au contraire, il faut amener les deux types de droit à atteindre dans une société libre, un équilibre approprié au moyen d'une "mise en cohérence méthodique" »²⁴¹.

En Amérique du nord, la *Loi Wagner* a été un remarquable exemple de mise en cohérence du droit collectif autonome des associations et du droit du travail posé par l'État. Son adaptation au Québec a permis d'établir l'indépendance syndicale et la négociation collective dans un ordre juridique autonome du travail établi sur des bases solides. On opérait ainsi une profonde modification systémique permettant le passage, pour les groupes syndiqués reconnus ou accrédités, d'un régime de domination à un régime de dialogue sur un pied d'égalité avec l'employeur par l'intermédiaire de leur représentant collectif. La relation qui s'instaure avec le contrat individuel de travail demeurait l'incorporation de la personne embauchée dans un

²³⁹ Voir p. 49.

²⁴⁰ *Id.*

²⁴¹ Voir p. 63-64.

groupement de domination comme l'ont mis en lumière Lotmar et Sinzheimer²⁴². Cet état de fait des rapports sociaux du travail faisait de la discrimination un terreau propice à la discrimination. La hiérarchie et la subordination des personnes salariées n'étaient pas disparues, mais l'ordre juridique de la convention collective pouvait maintenant les régir et les encadrer. Si la représentation syndicale s'exerçait dans une approche de démocratie de principes, l'ordre juridique de la convention collective était le lieu par excellence de mise en œuvre du principe d'égalité en milieu de travail. Il s'agit de conditions essentielles dans un régime de libéralisme économique pour construire la confiance sociale dans les relations du travail.

Bernard Adell a mis en lumière « la fragmentation qui se produit du côté des employés qui se fient de plus en plus à la législation des droits de la personne ». Il constate l'échec de la société à développer une structure répondant aux besoins : « [...] failure to develop substantive and procedural structures which could effectively integrate individual and collective rights and give better and more easily enforceable employment rights to everyone in the workplace, whether unionized or not »²⁴³ (notre soulignement).

La crise identifiée par Bernard Adell, il y a plus de dix ans, a atteint une intensité qui menace les fondements du régime de rapports collectifs du travail. Rappelons à ce sujet l'« essai percutant » présenté par le professeur Denis Nadeau lors du colloque international « Les systèmes de représentation au travail : à la mesure des réalités contemporaines » organisé par le Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT). Analysant la jurisprudence récente, il éclairait d'une lumière intense les difficultés que peut poser, sur le plan juridique, l'exercice du monopole de représentation syndicale quand le produit de la négociation collective est contesté, sur une base individuelle, par des salariés qui s'estiment victimes de discrimination – et réclament donc réparation – de la part du syndicat et de l'employeur. Le professeur Nadeau sert une vibrante mise en garde contre « la tentation de représentation alternative », notamment par l'entremise de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, voyant là « un signe de désaveu de l'action syndicale »²⁴⁴.

²⁴² Voir p. 60-61.

²⁴³ Voir p. 492-493.

²⁴⁴ Voir p. 502-504.

À la fragmentation de la représentation des salariés s'ajoute le puissant véhicule que constitue la *Charte québécoise* renforcé par la *Charte canadienne* pour diffuser une conception individualiste des droits qui mine la syndicalisation et l'action syndicale; l'atteinte à l'action syndicale menace en fait la création des droits individuels par les ordres juridiques des conventions collectives et l'ordre juridique syndical qui peut être un instrument de lutte à la discrimination sur le terrain en milieu de travail.

Cependant la *Charte québécoise* affirme aussi avec vigueur des droits fondamentaux qui ont besoin d'être mobilisés et, en particulier, des droits personnels à l'égalité.

Comme le disaient Guylaine Vallée, Michel Coutu et Marie-Christine Hébert dans la présentation au colloque « Le droit à l'égalité, les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne », de la recherche empirique relative à la mise en œuvre de la norme d'égalité par le Tribunal des droits de la personne et les tribunaux d'arbitrage, « [...] la norme prohibant la discrimination dans l'emploi n'a pas d'effet homogène du simple fait de son existence; elle doit être mobilisée, mise en œuvre par des acteurs ou agents »²⁴⁵. En milieu de travail, l'organisation syndicale est évidemment au premier rang des acteurs qui peuvent mobiliser les droits à l'égalité.

Nous l'avons vu également, l'apprentissage de ces droits et leur mobilisation nécessite un climat de confiance entre l'ordre des droits de la personne et les ordres juridiques des relations du travail.

Rappelons que dans le cadre de cette même recherche empirique, mais commentant cette fois, des résultats d'entrevues avec des arbitres de griefs, Jean Marcel Lapierre, Guy Rocher et Guylaine Vallée mettait en lumière, en recourant à l'ouvrage de Luhman sur la procédure, le rôle central de l'apprentissage pour les décisions juridiques et, par conséquent, pour la production et la mobilisation des normes. Cet apprentissage, comme le disaient ces auteurs, requiert un contexte social. Il nécessite en fait des rapports entre les institutions des ordres juridiques et des relations favorables aux échanges qui impliquent des liens de confiance²⁴⁶.

²⁴⁵ G. VALLÉE, M. COUTU et M.-C. HÉBERT, préc., note, p. 53, P. 25. Cette observation sociologique s'appuie sur plusieurs sources importantes auxquelles les auteurs réfèrent.

²⁴⁶ J. M. LAPIERRE, G. ROCHER et G. VALLÉE, préc., note 56, p. 364-367.

La démarche de la Commission des droits de la personne en faveur de **l'enchâssement, dans la Charte, des droits économiques et sociaux** révèle une quête de justice sociale essentielle qui favorise un rapprochement avec le mouvement syndical²⁴⁷. La garantie du droit de négocier s'inscrit dans les quatre principes de la Déclaration de l'OIT de 1998 à côté du droit de ne pas être discriminé.

Dans notre recherche du régime le plus fécond de mise en œuvre du droit à l'égalité dans un cadre de protection des rapports collectifs du travail, nous évaluons qu'il faut retenir pour la mise en œuvre du droit à l'égalité la plus féconde et pour la protection de la représentation syndicale, l'approche que la Cour suprême s'est appropriée en reprenant les termes de la professeure Guylaine Vallée :

[I]l revient aux parties des rapports collectifs de **faire prévaloir la hiérarchie des sources dans le cadre de la convention collective ou lors de la procédure de griefs**. L'articulation entre des règles issues de ces sources en milieu syndiqué doit se faire au sein des instances des rapports collectifs du travail et non en dehors d'elles [...].²⁴⁸

La Cour en reprenant ainsi la position de Guylaine Vallée s'inscrit dans le processus d'autonomisation du droit du travail et des relations de travail mis en lumière par l'analyse des ordres juridiques et par la théorie systémique luhmannienne appliquée aux relations du travail par Ralf Rogowski et Ton Wilthagen.

La personne victime de discrimination en emploi a droit à une justice exemplaire. Il est de la plus haute importance de chercher comment cette justice peut lui être accordée.

Dans le cadre d'une approche de mise en cohérence méthodique du droit étatique du travail et du droit autonome des conventions collectives, il est devenu très important, sinon essentiel depuis l'adoption de la *Charte*, de définir par la voie législative les droits de la personne salariée face à

²⁴⁷ Voir le Bilan et ses recommandations pour les 25 ans de la Charte, COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc, note 75. La Commission souligne ce qui suit : « De la consultation organisée par la Commission, l'un des consensus les plus forts à se dégager est que la garantie juridique des droits économiques et sociaux énoncés dans la Charte en 1975 doit aujourd'hui être considérablement renforcée » (p. 17).

²⁴⁸ *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, préc., note 45.

un grief de discrimination. Il importe de lui assurer un contrôle personnel de sa cause tout en préservant la représentation syndicale.

Pour des raisons qu'ont mis en lumière l'analyse des ordres juridiques complétée par l'approche luhmannienne des systèmes de communications, une justice exemplaire requiert que l'adjudication soit accomplie dans un **processus qui assure la connaissance et la sensibilité de celles et ceux qui participent à la décision, à la fois en ce qui a trait aux droits de la personne et en ce qui a trait aux relations du travail et au droit du travail**. La discrimination en emploi est en effet présente dans le tissu même de la relation de travail.

Sept objectifs complémentaires doivent être poursuivis :

- adopter une approche de l'égalité qui marie harmonieusement les aspects collectifs et individuels;
- clarifier les compétences pour le traitement des cas de discrimination;
- assurer un processus de traitement des cas de discrimination garantissant l'expertise et la sensibilisation en matière de droit à l'égalité et en matière de relations du travail;
- assurer à la personne discriminée couverte par une accréditation syndicale un contrôle de son dossier tout en préservant le monopole de représentation du syndicat;
- affirmer, par la voie législative, avec force le devoir de représentation particulièrement en ce qui a trait au principe d'égalité et assurer les pouvoirs nécessaires à la Commission des relations du travail pour garantir la juste représentation syndicale;
- financer l'arbitrage des griefs de discrimination de manière à ce que les syndicats ne soient pas défavorisés par leur mission de faire appliquer la norme d'égalité de la Charte et que le financement ne soit jamais un obstacle au traitement adéquat d'un grief à ce sujet;
- assurer des voies efficaces de communications (couplages structuraux) entre les agents des droits de la personne (Commission des droits de la personne et Tribunal des droits de la personne) et les ordres juridiques du travail; favoriser la transmission des connaissances entre l'ordre du droit du travail et les agents des droits de la personne.

Par ailleurs, il se dégage de l'analyse qui précède que la mise en œuvre de la norme d'égalité concrètement, dans les milieux de travail syndiqués, pourrait requérir à la fois la compétence des arbitres et la compétence de la Commission des droits de la personne. Dans la « Conférence synthèse » du colloque « Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail », le professeur Gilles Trudeau soulignait les préoccupations importantes de « tous les acteurs » des relations du travail « patronaux et syndicaux » « sur la capacité des institutions actuelles des rapports collectifs du travail d'appliquer efficacement le droit étatique ». Il posait la question : « Les syndicats sont-ils suffisamment outillés pour défendre efficacement la totalité des droits des travailleurs devant un seul tribunal, l'arbitre de griefs ? » et se demandait si l'arbitrage était le forum approprié²⁴⁹. Les ressources et l'expertise de la Commission des droits devraient pouvoir être mises à profit pour disposer d'un grief dans des conditions déterminées.

Le régime d'adjudication en matière de droit à l'égalité doit tenir compte, à la fois, d'une part, du caractère fondamental du droit à l'égalité et de la complexité des questions juridiques soulevées par les cas de discrimination et, d'autre part, des impératifs de la solution des conflits en milieu de travail. Pour des raisons économiques, commerciales et relatives aux conditions de travail ainsi qu'aux besoins de paix des lieux de production de biens et services, il importe que les conflits ne s'éternisent pas et trouvent une solution définitive et relativement rapide. Ces processus permettent de faire avancer l'apprentissage des rapports de droit, à un rythme qui favorise des relations de travail saines. Rappelons la maxime : *Justice delayed is justice denied* toujours invoquée par les tribunaux. Il est certain que la forte judiciarisation des recours prévus par la Charte ne répond pas à ces exigences. De plus, leur éloignement des parties et le formalisme des procédures, en particulier en Cour d'appel, ne sont pas propices à l'apprentissage des acteurs syndicaux et des personnes qu'ils représentent qui proviennent de milieux et de formations très diversifiés. Il importe donc que les mesures adoptées assurent une grande qualité de l'enquête et de l'étude du dossier sans engager les parties dans une saga qui s'étale sur une décennie.

²⁴⁹ Gilles TRUDEAU, « Conférence synthèse », dans Dominic ROUX et Anne-Marie LAFLAMME (dir.), *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail. Chartes, normes d'ordre public, convention collective, contrat de travail, etc.*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 211-212.

Nous examinerons les principes et les mesures propices à l'atteinte des objectifs que nous avons dégagés de notre démarche en identifiant d'abord les changements nécessaires en ce qui a trait à l'énoncé des droits humains (A); nous passerons en deuxième lieu aux différents volets de l'adjudication (B). Nous chercherons à déterminer quelle est la voie propice au traitement des cas de discrimination, comment assurer à la personne discriminée un contrôle de son dossier et comment financer ces activités essentielles au maintien de la justice. Nous mettrons en troisième lieu de l'avant des changements en matière de devoir de juste représentation (C) et nous terminerons par des mesures qui favorisent des rapports de communication et de collaboration entre les agents qui oeuvrent dans la sphère des droits de la personne et les ordres juridiques syndicaux (D).

A- Dimension collective des droits humains en milieu de travail

Les mesures relatives à la dimension collective des droits humains que nous jugeons s'imposer pour atteindre les objectifs déterminés s'inscrivent sous deux volets : les droits syndicaux et le droit au travail (1) et l'intégration de la norme d'égalité de la Charte aux conventions collectives (2).

1. Les droits syndicaux et le droit au travail

Le premier objectif que nous avons mentionné est l'adoption d'une approche de l'égalité qui marie harmonieusement les aspects collectifs et individuels. Les deux mesures les plus importantes à cet effet sont la protection de la liberté syndicale (a) et le droit au travail (b).

a) La liberté syndicale

Nous adhérons à la recommandation de la Commission des droits de la personne à ce sujet énoncée à l'occasion de son 25^e anniversaire dans *Après 25 ans LA CHARTE QUÉBÉCOISE DES DROITS ET LIBERTÉS*²⁵⁰ :

²⁵⁰ COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, préc., note 75, p. 28-31 et p. 55-59.

Que l'article 3 de la Charte reconnaisse explicitement, comme faisant partie de la liberté fondamentale d'association, le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts;

que le droit, pour les associations de travailleurs légalement accréditées, de négocier des conditions de travail et de faire la grève, le cas échéant dans le respect des services essentiels, soit reconnu au chapitre des droits économiques et sociaux.²⁵¹

La Commission se fonde sur les normes du droit international dont elle dégage une synthèse²⁵². Il est à noter que lors de l'adoption de cette recommandation par la Commission des droits de la personne, le 11 juillet 2003, l'arrêt *Health and Services*²⁵³ n'avait pas été rendu. Comme nous l'avons constaté, la Cour dans cette décision établit un fort lien entre l'égalité et la liberté d'association qui assure le recours à des moyens de contrer la subordination du salariat. Notre adhésion à cette recommandation est d'abord fondée sur ce motif. La liberté syndicale est essentielle à la mise en oeuvre du principe d'égalité dont la portée est collective et individuelle. On peut également envisager que cette mesure aurait un effet sur le développement de la confiance des milieux syndicaux envers la Charte et les institutions des droits de la personne.

b) Le droit au travail

Nous adhérons également à la recommandation de la Commission des droits de la personne à ce sujet dans son *Bilan et recommandations*. Elle se lit comme suit :

La Commission recommande que la Charte reconnaisse le droit à des mesures et des programmes favorisant, entre autres, le plus haut niveau d'emploi, l'accès à un emploi, la formation professionnelle et la réinsertion professionnelle.²⁵⁴

Nous ne reprendrons pas ici l'analyse des fondements de cette recommandation tirés de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* et du *Pacte international relatif aux droits*

²⁵¹ *Id.*, p. 59 (Recommandation 13).

²⁵² *Id.*, p. 56.

²⁵³ *Health Services and Support-Facilities Subjector Bargaining Association c. Colombie Britannique*, 2007 CSC 27 (Can LII); (2007) 2 R.C.S. 391.

²⁵⁴ *Id.*, p. 31 (Recommandation 4).

*économiques sociaux et culturels*²⁵⁵. À ces arguments nous ajouterions l'important principe de la déclaration de Philadelphie : « Tous les être humains, quelle que soit leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales »²⁵⁶.

Notre adhésion à cette recommandation est donc également fondée sur le fait que cette mesure est essentielle à la mise en œuvre du principe d'égalité dans ses dimensions sociales et individuelles.

2. L'intégration de la norme d'égalité de la Charte aux conventions collectives

Pour accomplir la prise en charge par les parties aux relations du travail de la mise en œuvre du droit à l'égalité, pour favoriser l'accomplissement de leur devoir de « faire prévaloir la hiérarchie des sources », le moyen le plus approprié est d'intégrer à la convention collective les dispositions de la Charte relatives au droit à l'égalité au travail. On pourrait s'inspirer de l'article 81.20 de la *Loi sur les normes du travail*²⁵⁷ qui est formulé de la manière suivante : « Les dispositions des articles 81.18, 81.19, 123.7, 123.15 et 123.16 sont réputées faire partie intégrante de toute convention collective, compte tenu des adaptations nécessaires [...] ».

On trouve un autre exemple à l'article 50 de la *Charte de la langue française*²⁵⁸, qui établit que les dispositions relatives à la langue de travail (les articles 41 à 49) « sont réputées faire partie intégrante de toute convention collective ».

De plus, le texte devrait à notre avis prévoir que les parties peuvent élargir la portée du droit à l'égalité en ajoutant des « distinctions, exclusions ou préférences » qui sont interdites en vertu de la convention collective ou en limitant un ou des facteurs qui rendent les différences non discriminatoires. Par exemple, alors que l'article 19 énonce qu'il n'y a pas de discrimination si

²⁵⁵ *Id.*, p. 29.

²⁵⁶ *Déclaration de Philadelphie*, art. 1a). Dominique ROUX, « Le droit au travail », dans Pierre BOSSET et Lucie LAMARCHE (dir.), *Droit de cité pour les droits économiques, sociaux et culturels La Charte québécoise en chantier*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 174.

²⁵⁷ L.R.Q., c. N-1.1

²⁵⁸ L.R.Q. c. C-11.

une différence de traitement ou de salaire est fondée sur l'évaluation au mérite, une convention collective pourrait prévoir qu'il ne peut y avoir de différences salariales fondées sur ce critère.

Cette possibilité serait dans l'esprit de la Convention n° 111 de l'OIT qui prévoit, à son article 1, comme nous l'avons déjà mentionné, un élargissement de la portée de la discrimination si les parties sont consentantes²⁵⁹. En plus de permettre l'adaptation du principe d'égalité aux différents ordres juridiques du travail, cette mesure serait un élément important de la reconnaissance par la Charte du régime de rapports collectifs de travail.

B- L'adjudication

Nous examinerons d'abord à quel type d'adjudicateur doivent être confiés les cas de discrimination en milieu de travail et avec quelle assistance (1). Nous verrons ensuite quels sont les droits qui doivent être assurés aux personnes salariées qui se jugent victimes de discrimination (2). Une formule pour régir la concurrence juridictionnelle sera ensuite mise de l'avant (3). Le dernier aspect étudié sera la question du financement (4).

1. La mission d'adjudicateur pour la mise en oeuvre de la norme d'égalité de la Charte complétée, le cas échéant, par la convention collective

Comme nous l'avons constaté, des points de vue divergents ont été avancés au sujet de la capacité des arbitres de griefs d'assumer la mission d'adjudicateurs en matière de droits de la personne. Nous avons de plus attiré l'attention sur les interrogations de Gilles Trudeau à ce sujet. Il ne suffit pas que certains arbitres de griefs aient la capacité d'assumer cette mission. Le système d'arbitrage ne garantit pas la compétence en matière d'égalité au sens de la *Charte québécoise* et les institutions des droits de la personne ne garantissent pas la compétence en matière de droit du travail et de relations de travail. Nous mettons de l'avant un premier

²⁵⁹ ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Convention (n° 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et profession, 1958*, 42^e session, 25 juin 1958. En vertu de cet article le terme discrimination comprend en plus des motifs énumérés au paragraphe a) : « toute autre distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession, qui pourra être spécifiée par le membre intéressé après consultation des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, s'il en existe et d'autres organismes appropriés. » (paragraphe b).

principe : le régime d'adjudication de griefs invoquant une situation de discrimination doit garantir l'expertise et la sensibilité des arbitres saisis de tels dossiers en matière de droits à l'égalité.

Par ailleurs, il ne suffit pas que la Commission des droits de la personne et le Tribunal des droits de la personne aient une expertise et une sensibilité en matière de droits à l'égalité de la Charte. Nous mettons de l'avant un deuxième principe : **le régime de décisions relatives aux plaintes de discrimination en milieu de travail syndiqué doit garantir l'expertise et la sensibilité en matière de rapports collectifs du travail.**

Reprenons ces deux principes.

a) *La garantie d'expertise et de sensibilité des arbitres de griefs en matière de droits à l'égalité*

Il ne serait sûrement pas réaliste de penser qu'il est possible d'exiger que tous les arbitres atteignent le niveau d'apprentissage nécessaire. Nous disposons déjà d'une liste d'arbitres établie dans un cadre organisationnel qui donne de bonnes garanties de leur compétence en relations du travail. Il faudrait, dans la foulée des recommandations du Rapport Cornish, que certains arbitres de griefs « qui ont une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière de droits de la personne [...] »²⁶⁰ soient reconnus par une autorité étatique²⁶¹ et identifiés comme tels dans une liste publicisée et accessible. La personne discriminée aurait le droit de présenter un grief, de le porter à l'arbitrage et de requérir un arbitre ainsi reconnu. Le syndicat pourrait également faire une demande d'un tel arbitre et il suffirait que la victime présumée de discrimination ou le syndicat le fasse pour qu'il soit donné suite à la demande. Le fonctionnement de ce régime serait facilité par l'adoption d'une proposition du professeur émérite Jean Bernier présentée lors du Colloque sur la représentation syndicale : à savoir une structure légère du type greffe qui pourrait s'inspirer du greffe des tribunaux d'arbitrage de

²⁶⁰ *Charte québécoise*, 3^e alinéa de l'article 62.

²⁶¹ Nous pensons à la juge ou au juge qui préside le Tribunal des droits de la personne assisté(e) de deux assesseurs compétents en matière de relations du travail.

l'éducation²⁶². Cette organisation aurait la responsabilité de désigner les arbitres et tiendrait compte de leur spécialisation. Cependant, les parties conserveraient le droit d'inscrire dans leur convention collective le nom d'un ou de plusieurs arbitres de leur choix. Comme il l'a démontré, cette approche favoriserait une plus grande indépendance des arbitres à l'égard des parties et serait favorable à des délais plus courts. Elle permettrait également d'inscrire dans la convention des arbitres reconnus pour leurs compétences en matière de droits de la personne dont le nom apparaîtrait sur la liste prévue à cette fin.

b) *L'expertise et la sensibilité de la Commission des droits de la personne et du Tribunal des droits de la personne en matière de rapports collectifs du travail*

Il n'est pas question d'avancer l'idée que tous les juges du Tribunal devraient détenir une expertise et une sensibilité marquées en matière de rapports collectifs du travail, ni que tous les membres du personnel de la Commission des droits de la personne devraient avoir ces caractéristiques. En ce qui a trait à la Commission, nous croyons qu'elle devrait avoir un devoir général d'assurer en son sein, par son personnel, cette expertise et cette sensibilité pour les dossiers des milieux de travail syndiqués; il nous apparaît que cette expertise et cette sensibilité devraient être assurées en particulier au sein de la Direction de la protection et de la défense des droits qui comprend la fonction d'enquête et au sein de la Direction du contentieux.

En ce qui a trait au Tribunal des droits de la personne, nous croyons qu'une partie des assesseurs et assesseuses devraient détenir cette expertise et cette sensibilité et que sur une division qui est saisie d'un dossier dont les faits proviennent d'un milieu de travail syndiqué, un, voire les deux assesseurs devraient avoir cette caractéristique.

2. Les droits de la victime présumée de discrimination

Il est essentiel de considérer le type de droit dont dispose une personne salariée couverte par une convention collective qui est victime de discrimination interdite par la Charte. Comme la Cour

²⁶² J. BERNIER, préc., note 35, p. 173.

suprême l'a mentionné pour l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*, dans le cas de l'arrêt *Syndicat de la fonction publique*, c'est la personne salariée qui est titulaire du recours²⁶³.

Certaines conventions collectives stipulent que seul le syndicat peut déposer un grief. Il nous apparaît nécessaire que le *Code du travail* précise que la personne salariée qui se croit victime de discrimination en vertu de la Charte peut déposer un grief et que le syndicat qui représente l'ensemble du personnel salarié couvert par l'accréditation peut également le faire.

La personne présumée victime de discrimination ou le syndicat pourrait présenter à l'arbitre une demande d'intervention de la Commission des droits de la personne. C'est la Commission qui prendrait la décision d'intervenir ou de s'abstenir.

3. La concurrence juridictionnelle

L'article 77 de la Charte régit les conflits juridictionnels. Le premier alinéa et son paragraphe 2 prévoient que « [l]a Commission refuse ou cesse d'agir en faveur de la victime, lorsque : [...] la victime ou le plaignant a exercé personnellement, pour les mêmes faits, l'un des recours aux articles 49 et 80 ». Le deuxième alinéa confère une discrétion à la Commission lorsqu'il s'agit d'un autre recours. Nous ne nous engagerons pas dans l'interprétation de ces dispositions, tâche rendue malheureusement complexe à cause du langage et de la technique de renvoi utilisés.

Nous sommes d'avis que les dispositions sur les conflits de juridiction doivent être énoncées en langage clair, compréhensible au sein des ordres juridiques dont les acteurs ne sont pas principalement des juristes. La Charte est un texte énonçant « solennellement » des « libertés et droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation; » comme le proclame le 5^e considérant du préambule. Il importe sans doute que la communication des règles soit claire et qu'elles ne soient pas exclusivement accessibles à des juristes qui s'opposent sur leur interprétation.

²⁶³ *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, préc., note 45, par. 30. *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1.

Compte tenu de l'analyse que nous avons accomplie dans cette thèse et du principe adopté par la Cour suprême à l'effet qu'« [i]l revient aux parties des rapports collectifs de faire prévaloir la hiérarchie des sources dans le cadre de la convention collective ou lors de la procédure de griefs » et que « [l']articulation entre des règles issues de ces sources en milieu syndiqué doit se faire au sein des instances des rapports collectifs du travail et non en dehors d'elles »²⁶⁴, l'article 77 de la Charte devrait être modifié afin de rendre clair que la Commission ne doit pas agir si un grief a été déposé et suit son cours.

Si aucun grief n'est déposé, la Commission saisie d'une plainte pourra en disposer et éventuellement saisir le Tribunal des droits de la personne. La formation qui entendra l'affaire aura un, voire deux assesseurs disposant d'une expertise et d'une sensibilité aux rapports collectifs du travail.

4. Le financement

Rappelons que Gilles Trudeau mettait en lumière le problème de financement que posait la compétence arbitrale sur les droits externes à la convention collective ainsi que les modalités de rémunération des arbitres dans son article « L'arbitrage des griefs au Canada : plaidoyer pour une réforme devenue nécessaire » publié il y a plus de huit ans²⁶⁵.

La norme d'égalité de la Charte invoquée dans un grief est en général à l'intérieur du tissu des rapports collectifs. Nous sommes d'avis que le financement par les parties sur une base paritaire est un élément important du régime d'arbitrage des griefs et un facteur d'indépendance de l'arbitre à l'égard des parties et de l'ordre juridique étatique. Comme le mentionne le professeur Bernier, « ce mode de partage de frais semble plus conforme à l'esprit de cette justice entre les parties qui font face à un problème qu'elles doivent faire résoudre par un tiers, mais qui doivent continuer à vivre ensemble une fois la décision rendue »²⁶⁶. Comme le mentionne également Jean Bernier, le système d'attribution des arbitres et de gestion des griefs qu'il a mis de l'avant à

²⁶⁴ *Id.*, par. 44.

²⁶⁵ G. TRUDEAU, préc., note 120, 268.

²⁶⁶ J. BERNIER, préc., note 35, p. 174.

titre d'hypothèse « s'accommode mal d'un système de libre tarification [...] »²⁶⁷. Nous reprenons en d'autres termes le principe que nous avons déjà énoncé : l'élargissement de la compétence des arbitres à la norme d'égalité de la Charte ne doit pas être onéreuse pour les organisations syndicales; on devrait même viser à ce que la mobilisation de la norme d'égalité s'accomplisse à coût nul.

Il ressort de notre analyse que le principe d'égalité nécessite non pas un frein à l'action syndicale pour le mobiliser et le mettre en œuvre, mais plutôt des incitatifs. Cet objectif n'est pas incompatible avec le mode de partage des frais. Il n'y a pas lieu ici de proposer une formule précise de financement, mais nous nous permettons de souligner une piste : une partie à déterminer de la rémunération des arbitres pourrait être assumée par l'État; une telle solution, il nous semble, pourrait s'inscrire dans la mise en cohérence méthodique d'une approche équilibrée.

C- Le devoir de juste représentation

Le devoir de juste représentation est un aspect extrêmement important de la « réforme devenue nécessaire »²⁶⁸. Considérant le pouvoir normatif de la fonction législative qui érige des contenus idéels en « référence obligatoire », il est de la plus haute importance pour la mise en œuvre du principe d'égalité en milieu de travail syndiqué que les dispositions du *Code du travail* soient modifiées pour affirmer avec vigueur ce devoir et assurer sa mise en œuvre.

Ces modifications sont nécessaires compte tenu du caractère d'intérêt public de la mission syndicale et du statut de représentant de l'ensemble du personnel salarié visé par une accréditation en vertu du *Code du travail*; compte tenu également du caractère fondamental du principe d'égalité et de la grande valeur potentielle pour l'égalité en milieu de travail d'une approche large qui n'est pas confinée à une énumération de motifs personnels. Le devoir de juste

²⁶⁷ *Id.*, p. 176.

²⁶⁸ Nous reprenons ici les termes du titre de l'article de Gilles Trudeau précité, note 120.

représentation est le pilier central d'une démocratie syndicale de principes²⁶⁹. L'autorité législative doit envoyer un message clair de l'importance qu'elle accorde à ce devoir et de sa volonté qu'il soit mis en œuvre par les organisations syndicales que le *Code du travail* investit de la mission de représenter l'ensemble des membres de l'unité d'accréditation. Ceci implique que la Commission des relations du travail dispose de tous les pouvoirs à cet effet.

Les modifications suivantes permettraient d'atteindre cet objectif :

- exprimer le devoir à la fois de manière positive et sous forme de prohibition;
- enchâsser le devoir relatif à l'égalité et la prohibition d'agir discriminatoire d'une manière distincte des autres actions prohibées;
- exprimer clairement, de manière à éliminer tout doute, les vastes pouvoirs de la Commission des relations du travail, en particulier celui de référer un dossier à l'arbitrage si elle le juge approprié et de rendre toute autre ordonnance qu'elle juge appropriée dans les circonstances.

Comme on le sait, la Commission consultative sur le travail et la révision du *Code du travail* (Commission Beaudry) a recommandé la création d'un Conseil des relations du travail mais a prévu que le devoir de représentation demeurerait de la compétence du Tribunal du travail. Cependant la Commission consultative a mis de l'avant, en ce qui a trait au devoir de représentation, une mesure importante. La commission s'exprimait ainsi à ce sujet :

Cette juridiction devrait [...] être élargie afin que, s'il l'estime propre à la sauvegarde des droits des parties et du plaignant et selon les circonstances de l'affaire, le Tribunal puisse décider de trancher lui-même la réclamation du plaignant après avoir d'abord conclu que l'association a violé l'article 47.2 du *Code du travail*. Il en informerait alors les parties et il les entendrait avant de décider de cette réclamation. Les deux parties à la convention collective pourraient cependant refuser cette voie et exiger l'arbitrage.

²⁶⁹ Rappelons l'analyse de Michael C. Harper et Ira C. Lupu qui distingue la démocratie syndicale de principes d'une démocratie syndicale fondée exclusivement sur la volonté de la majorité et dans laquelle la seule majorité légitime la décision prise. Voir p. 457-459.

Elle recommandait d'ajouter à l'article 47.5 la disposition suivante : « Sauf si les deux parties à la convention s'y opposent, le Tribunal peut décider de trancher directement la réclamation. À cette fin, il entend les parties et le plaignant en lieu et place de l'arbitre »²⁷⁰.

Évidemment cette recommandation a été faite dans un contexte juridique différent, alors que le Tribunal du travail n'avait pas de juridiction civile sur un manquement au devoir de représentation dans le cadre de la négociation d'une convention collective.

Nous sommes d'avis que cette mesure devrait être adoptée en l'adaptant à la Commission des relations du travail. De plus, lorsque le devoir de représentation a été violé en cours de négociation collective, la Commission des relations du travail devrait décider elle-même de la plainte à moins qu'elle le juge inapproprié après avoir entendu les parties à ce sujet.

Il y a en effet un élément nécessaire qui amène à opter pour une telle solution : une affaire peut être assignée par un président à une formation de trois commissaires²⁷¹. La possibilité de révision est également un aspect important. Nous sommes d'avis que pour des cas complexes de devoir de représentation, une formation de trois commissaires dans le cadre de la Commission peut offrir un forum adéquat.

D- Relations entre la Commission des droits de la personne et le mouvement syndical

La motivation des organisations syndicales, la pénétration d'une culture des droits de la personne et, en particulier de l'égalité, nécessitent des voies de communications et des rapports clairement structurés entre le mouvement syndical et la Commission des droits de la personne. Nous pensons donc que la recommandation d'un conseil consultatif du Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* avec présence syndicale significative doit être

²⁷⁰ COMMISSION CONSULTATIVE SUR LE TRAVAIL ET LA REVISION DU CODE DU TRAVAIL, *Le travail une responsabilité collective Rapport final de la Commission consultative sur le travail et la révision du code du travail*, Québec, Gouvernement du Québec, 1985, p. 247-248.

²⁷¹ *Code du travail*, art. 124.

empruntée²⁷² et qu'un tel conseil doit être institué et sa constitution déterminée par des dispositions de la Charte.

Nous sommes convaincus également que la Recommandation n° 7 du Rapport de la Commission des institutions de 1988 est très importante pour l'enracinement de la culture des droits de la personne dans la société civile et dans le mouvement syndical²⁷³. La Commission des droits devrait organiser annuellement « une rencontre avec les organismes du milieu, afin de leur présenter son bilan de l'année précédente, ainsi que ses activités et priorités pour les années suivantes, et leur permettre de dialoguer avec les commissaires ». Lors de cette rencontre, elle « recevra également l'analyse et la perception des organismes sur l'évolution de la discrimination dans leurs champs d'intérêts respectifs ». La recommandation ouvrirait la porte à une rencontre d'ensemble ou « par regroupement d'organismes selon leur nature ou leur secteur d'activités ».

L'importance de la discrimination en milieu de travail milite à notre avis pour une rencontre annuelle avec les organisations syndicales.

Nous concluons ce chapitre en insistant sur la nécessité que la politique publique québécoise relative aux droits de la personne reconnaisse explicitement la valeur pour les droits humains des principes du droit du travail et, en particulier, du droit des rapports collectifs. La politique du Québec devrait s'inspirer des institutions des Nations Unies qui reconnaissent l'autonomie de l'Organisation internationale du travail et dont les relations sont empreintes de respect et reconnaître dans la Charte, la loi générale, l'ordre légitime que constitue le droit spécial du travail et, en particulier, la négociation collective. Par la voie législative qui lui donne le pouvoir d'ériger cette orientation en référence obligatoire, l'État québécois doit, pour la mise en œuvre du principe d'égalité, formuler à ce sujet un message sans ambiguïté.

²⁷² COMITÉ DE RÉVISION DE LA LOI CANADIENNE SUR LES DROITS DE LA PERSONNE, préc., note 72, p. 104.

²⁷³ COMMISSION PERMANENTE DES INSTITUTIONS, préc., note 176, p. 25-26.

Cette approche développerait le lien de confiance des milieux de travail syndiqués à l'égard du régime de protection des droits de la personne et aiderait à enraciner une véritable culture des droits humains avec leurs aspects collectifs et individuels.

Conclusion générale

Dès les premières lignes de cette thèse, nous avons fait le constat de l'émergence d'un droit du travail autonome en mentionnant que nous débutions ainsi cette recherche parce que cette autonomie et l'indépendance syndicale qui en est un élément essentiel étaient au cœur de sa problématique. Dans ce contexte d'autonomie collective des ordres juridiques du travail, nous avons posé la question : quelle est la politique publique la plus féconde pour mettre en oeuvre l'égalité et éliminer la discrimination en milieu de travail syndiqué au Québec ? Notre but était d'évaluer les politiques publiques actuelles relatives à la mise en oeuvre du principe d'égalité dans les milieux de travail syndiqués du Québec et de dégager de cet examen, des voies de solutions aux problèmes identifiés.

Dans cette conclusion générale, nous avons l'intention de dégager les aspects principaux de la contribution de notre thèse, d'abord, en ce qui a trait aux approches théoriques (1) et au recours à la perspective historique (2). Nous dégagerons ensuite cette contribution au sujet des conceptions du principe d'égalité des ordres juridiques qui régissent les relations au sein des milieux de travail syndiqués (3) et de l'adjudication en matière d'égalité, au sein de ces milieux (4). Enfin l'approche que nous avons adoptée au sujet du devoir de représentation des syndicats sera rappelée (5).

1- Approches théoriques

Dans la première partie, au cours de notre exploration des théories du pluralisme juridique, dans le premier chapitre, nous avons intégré la sociologie du droit du travail à notre démarche. Il est apparu que le pluralisme est une caractéristique essentielle du droit québécois et qu'une de ses manifestations les plus probantes est la négociation collective libre. Notre démarche nous a amené à adopter comme critère de la juridicité le fait qu'un ensemble de règles est considéré par une autorité comme devant s'appliquer et qu'un dispositif organisationnel est prévu pour en assurer le respect. Ces règles s'intègrent à un ordre juridique. Cette approche permet d'identifier le lien approprié entre la norme et l'organisation sociale, entre droit et société. Le droit, ordonnancement, érige, au-delà du rôle prescripteur des normes, des contenus idéels en référence obligatoire. La mise en lumière de cette réalité caractéristique du droit permet d'établir le lien

étroit du droit avec les idéologies qui s'affrontent au cours de l'évolution d'une société. Le recours à l'histoire nous a permis de situer dans leur contexte politique et idéologique, l'émergence et le développement des régimes des rapports collectifs du travail et des droits de la personne.

2- La perspective historique

Notre examen synchronique des ordres juridiques qui interviennent dans les rapports collectifs du travail qui faisait l'objet du deuxième chapitre de la première partie a été complété, dans la deuxième partie, par l'examen, dans une perspective diachronique, de l'émergence et du développement du droit du travail, en particulier du droit des rapports collectifs ainsi que des droits de la personne, en particulier, du droit à l'égalité. Cette perspective historique a permis de révéler un visage peu connu du droit à l'égalité incorporé aux chartes québécoise et canadienne en introduisant les dimensions politiques et idéologiques qui, en l'occurrence, conditionnent d'une manière importante l'effectivité de ce droit. Le constat de l'adoption de la *Charte québécoise* dans un contexte de conflit intense du mouvement syndical avec le gouvernement, exacerbé par des différences idéologiques majeures, est révélateur ainsi que l'exclusion des droits syndicaux d'un texte fondamental décrit comme « le symbole des valeurs de la société québécoise »¹ : le développement des liens de confiance à l'égard du nouveau régime a été freiné sinon compromis au sein des ordres juridiques syndicaux et des ordres juridiques des conventions collectives. Au travers les débats entourant l'adoption de la *Charte québécoise*, deux conceptions de l'égalité se sont affrontées.

3- Deux conceptions du principe d'égalité au sein des ordres juridiques qui régissent les relations du travail

Notre thèse a mis en lumière l'affrontement de deux conceptions du principe d'égalité au sein des ordres juridiques qui régissent les relations du travail au Québec. La première s'inscrit dans une perspective de justice sociale; elle est affirmée par l'ordre juridique international du travail;

¹ Tiré d'un communiqué du gouvernement émis le 29 octobre 1974, à l'occasion de la présentation du projet de loi en première lecture. Ce communiqué a été repris par la Commission des droits de la personne au début de plusieurs publications de la Charte sous la rubrique « La Charte : le symbole des valeurs de la société québécoise » entre autres en novembre 1999 et en août 2008.

elle a été défendue par la Ligue des droits et libertés et par d'importantes organisations syndicales; la Commission des droits de la personne a proposé de l'introduire dans une large mesure dans la *Charte québécoise* dans son *Bilan et recommandations*, à l'occasion de la célébration des 25 ans de son adoption². La deuxième découle d'une approche libérale et individualiste qui a triomphé au moment de l'adoption de la *Charte québécoise* en 1975. Nous reprendrons maintenant l'affirmation et l'affrontement de ces deux conceptions au sein des ordres juridiques, d'abord au sein de l'ordre juridique international du travail (A) et ensuite, en ce qui a trait aux ordres juridiques, au sein de la société québécoise (B).

A- L'ordre international du travail et le devoir politique du Québec

En matière d'ordres juridiques internationaux qui ont pour mission d'affirmer les droits humains dans les milieux du travail, nous avons identifié l'Organisation des Nations Unies (ONU) et, en particulier, son organisme spécialisé, l'Organisation internationale du travail (OIT) dont le Canada est membre avec ses composantes. La participation des membres s'accomplit dans le cadre d'une représentation des ordres juridiques étatiques, patronaux et syndicaux. Le Québec n'a pas de lien de présupposition direct avec l'OIT et ses relations s'établissent avec elle en tant qu'ordre juridique interne du Canada.

Une conception du principe d'égalité ayant comme objectif la justice sociale a fait l'objet de l'engagement des États, membres de l'Organisation internationale du travail. Elle est exprimée par le principe large de la *Déclaration de Philadelphie*³ adoptée à l'unanimité par la Conférence générale, le 10 mai 1944 et intégrée à la Constitution de l'Organisation; nous citons un large extrait de l'article 2 à cause l'importance de l'engagement qu'il représente :

Convaincue que l'expérience a pleinement démontré le bien-fondé de la déclaration contenue dans la Constitution de l'Organisation internationale du travail, et d'après laquelle une paix durable ne peut être établie que sur la base de la justice sociale, la Conférence affirme que :

² COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans la Charte québécoise des droits et libertés. Bilan et recommandations*, vol. 1, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003.

³ *Déclaration de Philadelphie*, Philadelphie, 10 mai 1944.

tous les êtres humains, quels que soient leur ethnie, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales;

la réalisation des conditions permettant d'aboutir à ce résultat doit constituer le but central de toute politique nationale et internationale;

tous les programmes d'action et mesures prises sur le plan national et international, notamment dans le domaine économique et financier, doivent être appréciés de ce point de vue et acceptés seulement dans la mesure où ils apparaissent de nature à favoriser, et non à entraver, l'accomplissement de cet objectif fondamental; [...]. (nos soulignements)

Ce principe a été repris dans la *Déclaration de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail*. Nous citons également le texte de l'article 2 à cause de son importance :

Déclare que l'ensemble des Membres, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet des dites conventions, à savoir:

(a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective;

[...]

(d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. (nos soulignements)

Cet article de la *Déclaration* affirme deux « droits fondamentaux » qui sont des fondements du principe d'égalité :

- la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective;
- l'élimination de la discrimination.

Le troisième fondement est le droit au travail⁴.

⁴ Ce droit a été affirmé de la manière la plus exhaustive à l'article 6 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* ratifié par le Québec. Rappelons que ce Pacte a été adopté le 16 décembre 1966 et ratifié par le Canada le 19 mai 1976. Michel COUTU, *Les libertés syndicales dans le secteur public*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1989, p. 58.

Nous avons constaté le peu de cas que l'ordre juridique étatique québécois a fait de cet engagement. Il est nécessaire de mettre en pleine lumière ce devoir politique de l'État québécois dont l'importance se passe de qualificatif.

B- Les ordres juridiques au sein de la société québécoise

Au sein de la société québécoise se sont affrontées une conception de l'égalité inspirée des ordres juridiques des Nations Unies, en particulier de l'Organisation internationale du travail et articulée à l'objectif de la justice sociale et une conception marquée par l'approche libérale individualiste contemporaine de l'égalité qui, comme le met en lumière Guy Rocher, a émergé, au XIX^e siècle avec la coïncidence du libéralisme, de l'industrialisation massive et du capitalisme bourgeois⁵. En ce qui a trait au droit, rappelons que Guy Rocher ajoute : « [...] si le positivisme juridique n'est pas, en soi, nécessairement individualiste, il le devint au XIX^e siècle, car la pensée libérale n'offrait pas le contrepoids aux pressions en faveur de l'individualisme »⁶. Ces conceptions se sont affrontées en particulier sur deux terrains : le *Projet de Charte des droits et libertés de la personne* et la question de la liberté d'association. Les ordres juridiques constitutionnel et fédéral ont toutefois été davantage la scène de l'affrontement au sujet de la reconnaissance d'une liberté d'association qui comprend la liberté syndicale.

Nous avons vu, au sujet de la pratique des arbitres de griefs, qu'au sein des ordres juridiques des conventions collectives, la discrimination n'était pas limitée à une liste fermée de motifs. Nous avons vu également que dans le cadre du devoir de juste représentation de l'ordre juridique étatique du travail, la discrimination n'est pas non plus enfermée dans une liste de motifs.

L'étude du Projet de Charte a été précédée, en plus d'importants travaux juridiques, de l'article de Jacques-Yvan Morin, « Une Charte des droits de l'Homme pour le Québec »⁷ et de la campagne de la Ligue des droits et libertés. Ce qui était promu, nous l'avons constaté, était une

⁵ Guy ROCHER, « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes », dans Rodrigue BLOUIN, Gilles FERLAND, Gilles LAFLAMME, Alain LAROCQUE et Claude RONDEAU (dir.), *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988, p. 1-18, à la page 4-5.

⁶ *Id.*, p. 5.

⁷ Jacques-Yvan MORIN, « Une charte des droits de l'Homme pour le Québec », (1963) 9 *McGill L.J.* 273.

conception des droits humains dont l'objectif était la justice sociale. Lors de la consultation, en Commission parlementaire, la FTQ a exposé avec l'appui du député du parti québécois et ex-directeur des services juridiques de la CSN, Robert Burns, cette conception de l'égalité sociale.

Nous devons constater que le ministre de la Justice, Jérôme Choquette, ardent défenseur de la conception libérale de l'égalité, a triomphé. Non seulement la Charte s'est limitée à cette conception libérale, mais la nomination du président de la Ligue des droits et libertés à la vice-présidence de la Commission des droits de la personne a scellé une alliance entre les deux organisations ou à tout le moins un pacte de maintien de la paix. Comme nous l'avons mentionné, nous ne contestons pas la valeur inestimable de la prohibition de la discrimination pour des motifs personnels comme en particulier le sexe, la race, la couleur, l'origine ethnique ou nationale, la religion et les convictions politiques⁸. Le sexisme, le racisme et d'autres agissements discriminatoires avaient un urgent besoin d'outils performants pour les combattre. Notre critique porte sur l'expression d'une conception réductrice de l'égalité jointe à un message idéologique empreint d'individualisme.

La quasi-totale exclusion du syndicalisme (les organisations syndicales sont visées comme délinquantes) allait être perpétuée; la position de la Commission des droits de la personne suivie par le ministre de la Justice au sujet des programmes d'accès à l'égalité, est significative à ce sujet. Cependant dans son bilan du 25^e anniversaire, la Commission des droits de la personne, nous l'avons mentionné, recommandait d'introduire dans la Charte, la liberté syndicale, le droit de négocier, le droit « de faire la grève, le cas échéant, dans le respect des services essentiels » ainsi que le droit au travail.

4- L'adjudication

En ce qui a trait à l'adjudication, c'est dans la troisième partie, consacrée à l'évaluation de la politique publique au sujet de la mise en œuvre du principe d'égalité dans les milieux de travail syndiqués et à la recherche de principes et mesures favorisant la mise en œuvre de ce principe

⁸ Le motif « orientation sexuelle » a été introduit plus tard; l'urgence d'établir un outil performant pour combattre l'homophobie était indéniable.

fondamental, que nous en avons traité. Nous soulignerons deux aspects de la contribution de cette thèse; le premier porte sur la représentation (A) et le second sur l'expertise nécessaire (B).

A- La représentation

Nous mettons de l'avant des mesures propres à régler le problème structurel dénoncé par Bernard Adell et qui permettent la mise en œuvre qu'il recherchait et que nous rappelons : « [...] to develop substantive and procedural structures which could effectively integrate individual and collective rights and give better and more easily enforceable employment rights to everyone in the workplace [...] ». Nous considérons qu'elles sont propres à offrir une adjudication de qualité en préservant l'autonomie du droit du travail et principalement au sein de l'ordre juridique de la convention collective. Les parties aux rapports collectifs pourront ainsi plus facilement accomplir la mission que la professeure Guylaine Vallée a mise en lumière et que la Cour suprême a fait sienne : « [...] faire prévaloir la hiérarchie des sources dans le cadre de la convention collective ou lors de la procédure de griefs ».

B- Expérience, sensibilisation, expertise et intérêt marqués

Nous soutenons que les qualités exigées par la Charte pour les juges et les arbitres ne sont pas moins nécessaires à l'égard des relations du travail et du droit du travail pour l'adjudication relative à des cas de discrimination en milieu de travail.

Nous avons examiné cet aspect essentiel dans la troisième partie, d'abord, à l'aide de l'analyse du cas du gel de l'échelon, dans le premier chapitre et, dans le deuxième chapitre, à l'aide de l'évaluation des principales voies de mise en œuvre de la norme d'égalité en milieu de travail syndiqué, le grief et la plainte à la Commission des droits de la personne.

Un des enjeux est la capacité de contextualiser des adjudicateurs. Sans doute en général importante, cette capacité devient vitale, dans la continuité des relations du travail et en particulier, en matière de régime salarial d'une convention collective. Nous considérons que la pratique de la Commission des droits de la personne dans le cas du gel de l'échelon est significative même s'il ne s'agissait pas d'adjudication. Ni la Commission des droits de la personne, ni la Cour suprême du Canada n'ont réussi à contextualiser le cas du gel d'échelon

avec le degré de compréhension du contexte nécessaire à leurs missions respectives dans ce dossier. Comme nous l'avons indiqué, ce constat est totalement indépendant d'une conclusion relative à la compétence du Tribunal des droits de la personne dans cette affaire, question sur laquelle nous ne prenons pas position.

L'approche systémique luhmannienne des communications qui a accompagné et complété notre analyse des ordres juridiques est particulièrement éclairante en cette matière, puisque la transmission des connaissances d'un savoir spécialisé est au cœur de la question de l'expertise. Les solutions pour l'adjudication dans des dossiers qui font appel à deux savoirs spécialisés se trouvent nécessairement dans des mesures qui permettent de pallier les effets de clôture systémique. Ce but peut être atteint soit en recourant à des adjudicateurs dont l'expertise porte sur les deux savoirs spécialisés, soit en assurant, dans une formation saisie d'un dossier, que les deux savoirs sont adéquatement en mesure de contribuer à son étude.

5- Le devoir de représentation

Constatant que la jurisprudence scinde le devoir de représentation syndical en accordant une « retenue » lorsque la discrimination ne tombe pas sous la portée de la Charte, nous avons exprimé notre désaccord et nous sommes prononcés en faveur d'une approche de la prohibition de discriminer de cet important devoir qui élimine le caractère intentionnel pour se centrer sur l'effet discriminatoire. Nous considérons que la protection qu'établit l'article 47.2 du *Code du travail* ne reçoit pas sa pleine portée lorsque le caractère intentionnel est pris en compte lors de l'adjudication.

Nous concluons qu'il est indispensable que l'état québécois, par législation, affirme sa volonté politique de voir respecter le principe d'égalité par les syndicats en assurant aux membres de l'unité d'accréditation qu'ils représentent une protection égale de la convention collective. Nous avons pu constater les mérites du modèle hérité de la *Loi Wagner*. À la mission d'intérêt public des syndicats de représenter tous les membres de leurs unités d'accréditation doit correspondre un devoir clairement exprimé et appliqué, le cas échéant, sans complaisance.

Nous faisons l'hypothèse qu'il existe une diversité importante dans les pratiques syndicales face à la discrimination. Le *Code du travail* doit établir, par son affirmation du principe d'une

protection égale de tous les membres des unités d'accréditation, la base d'une démocratie syndicale de principes. Il ne s'agit pas d'une ingérence, mais d'un corollaire de la mission de représentation.

En terminant nous voulons rappeler que le besoin d'une réforme permettant de s'engager sur la voie d'une résorption de cette crise des relations du travail relative à la discrimination, est impérieux. Les organisations syndicales sont face à d'importants défis dans le contexte de globalisation de l'économie. La paix interne que procurent l'affirmation et la mobilisation du principe d'égalité est primordiale.

Bibliographie

Monographies et ouvrages collectifs

- ABRAMSKY, R.H., *Reconcilable Regimes : Integrating Statutory and Collective Bargaining Rights*, University of Toronto, 1995.
- ADAMS, G.W., *Canadian Labour Law : A Comprehensive Text*, Aurora, Ontario, Canada Law Book, 1985.
- ARNAUD, A.-J., J.-G. BELLEY, J.A. CARTY, M. CHIBA, J. COMMAILLE, A. DEVILLÉ, E. LANDOWSKI, F. OST, J.-F. PERRIN, M. van de KERCHOVE et J. WROBLEWSKI (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris/Bruxelles, L.G.D.J./E. Story-Scientia, 1993.
- ARTHURS, H. W., *The New Economy and the Demise of Industrial Citizenship*, coll. « Don Wood Lecture », Kingston (Ontario), IRC Press, 1997.
- ARTHURS, H. W., *“Without the Law” Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.
- BAKAN, J., *La corporation : la soif pathologique de profit et de pouvoir*, Montréal, Éditions Transcontinental, 2004.
- BARRÉ, A., *La discrimination dans le droit international du travail*, Lyon, Jean Moulin, 1984.
- BATIFFOL, H., *La philosophie du droit*, 6^e éd., coll. « Que sais-je? », Paris, Presses universitaires de France, 1981.
- BEAULIEU, M.-L., *Les conflits de droit dans les rapports collectifs du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1955.
- BEC, C., *Histoire de Venise*, 3^e éd., coll. « Que sais-je? », Paris, Presses universitaires de France, 2002.

- BELLEY, J.-G., *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, thèse de doctorat, Paris, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1977.
- BELLEY, J.-G., *Le contrat entre droit, économie et société : étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, coll. « Droit aussi... », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.
- BERNOUX, P. et J.-M. SERVET (dir.), *La construction sociale de la confiance*, Paris, Montchrestien, 1997.
- BERNSTEIN, I., *Turbulent Years : A History of the American Worker (1933-1941)*, Boston, Houghton Mifflin, 1971.
- BETTATI, M., O. DUHAMEL et L. GREILSAMER (dir.), *La Déclaration universelle des droits de l'Homme*, coll. « Folio actuel », Paris, Gallimard, 2008.
- BLOUIN, R., *La juridiciarisation de l'arbitrage de grief*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996.
- BLOUIN, R., G. FERLAND, G. LAFLAMME, A. LAROCQUE et C. RONDEAU (dir.), *Les chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988.
- BLOUIN, R., F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE et J.-P. VILLAGI, *Droit de l'arbitrage de grief*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012.
- BOBBIO, N., *Essais de théorie du droit*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 1998.
- BODENMAYER D. J. et J. W. ELY (dir.), *The Bill of Rights in Modern America : After 200 Years*, Bloomington/Indianapolis, Indiana University Press, 1993.
- BOSSET Pierre et Lucie LAMARCHE (dir.), *Droit de cité pour les droits économiques, sociaux et culturels. La Charte québécoise en chantier*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.

- BOYER, R.O. et H.M. MORAIS (dir.), *Labors Untold Story The Adventure Story of The Battles, Betrayals and Victories of American Working Men and Women*, 3^e éd., New York, United Electrical, Radio & Machine Workers of America, 1974.
- BOWMAN, S.R., *The Modern Corporation and American Political Thought : Law, Power, and Ideology*, University Park, PA., Pennsylvania State University Press, 1996.
- BRETON, G. et M. DION, *L'éthique gouvernementale*, coll. « Cahiers de recherche éthique », Saint-Laurent, Québec, Fides, 1997.
- BRUNELLE, C., *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001.
- BRUNELLE, C., M. COUTU et G. TRUDEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme » », (2007) *C. de D.* 5.
- BUSINO, G., *Les théories de la bureaucratie*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses universitaires de France, 1993.
- CADART, J., *Régime électoral et régime parlementaire en Grande-Bretagne*, Paris, Colin, 1948.
- CARDIN, J.-R., *L'influence du syndicalisme national catholique sur le droit syndical québécois*, Montréal, Institut social populaire, 1957.
- CORPORATION DES ENSEIGNANTS DU QUÉBEC, *L'école au service de la classe dominante : manifeste présenté au XXII^e congrès de la CEQ*, Québec, Corporation des enseignants du Québec, 1972.
- CENTRALE DE L'ENSEIGNEMENT DU QUÉBEC, *L'école au service de la classe dominante*, Ville Mont-Royal, M éditeur, 2012.
- CENTRALE DES SYNDICATS DU QUÉBEC, *Proposition pour un nouveau droit québécois des associations personnifiées - Commentaire présenté au Registraire des entreprises du Québec*, 2005, en ligne : < www.csq.qc.net > (consulté le 10 mars 2010).

- CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *Ne comptons que sur nos propres moyens*, Montréal, CSN, 1971.
- CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX, *Ne comptons que sur nos propres moyens*, Ville de Mont-Royal, M éditeur, 2012.
- CONFÉDÉRATION DES SYNDICATS NATIONAUX et CENTRALE DE L'ENSEIGNEMENT DU QUÉBEC, *Histoire du mouvement ouvrier au Québec : 150 ans de luttes*, Montréal, CSN-CEQ, 1984.
- CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999.
- COUTU, M., *Les libertés syndicales dans le secteur public*, coll. « Minerve », Cowansville Québec, Éditions Yvon Blais, 1989.
- COUTU, M., *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris/Québec, L.G.D.J./Presses de l'Université Laval, 1995.
- COUTU, M. et M. CARON, *Les organisations syndicales face à la discrimination : responsabilité et devoir de représentation*, Montréal, Commission des droits de la personne du Québec, 1984.
- COUTU, M. et G. MARCEAU, *Droit administratif du travail : tribunaux et organismes spécialisés du domaine du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.
- COUTU, M., G. MARCEAU, L. L. FONTAINE et T. BURKE, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, coll. « Droit fondamental du travail », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.
- COUTU, M. et G. MURRAY (dir.), *Travail et citoyenneté. Quel avenir?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010.
- DEFLEM, M., *Sociology of Law : Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge, UK; New York, Cambridge University Press, 2008.

- DENIS, S., *Un syndicalisme pur et simple : mouvements ouvriers et pouvoir politique aux États-Unis, 1919-1939*, Montréal, Boréal Express, 1986.
- DICKINSON, J.A. et B. YOUNG, *Brève histoire socio-économique du Québec*, Sillery, Éditions du Septentrion, 2003.
- DION, G., (dir.), *Le syndicalisme canadien: une réévaluation, 23^e Congrès des relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1968.
- DOFNY, J. et P. BERNARD, *Le syndicalisme au Québec : structure et mouvement*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1970.
- DORTIER, J.-F., *Le dictionnaire des sciences humaines*, Auxerre, Éditions Sciences humaines, 2004.
- DUCHARME, L., *L'administration de la preuve*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001.
- DUFOUR, A., *Droits de l'homme, droit naturel et histoire : droit, individu et pouvoir de l'École du droit naturel à l'École du droit historique*, coll. « Léviathan », Paris, Presses universitaires de France, 1991.
- DUFOUR, G., *Le droit moderne des entreprises*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.
- FUDGE, J. et E. TUCKER, *Labour before the Law*, Don Mills, Oxford University Press, 2001
- FÉDÉRATION DES TRAVAILLEURS DU QUÉBEC, *Des bons sentiments à la dictature : réaction de la FTQ au rapport Cliche et aux lois répressives : mémoire présenté par la Fédération des travailleurs du Québec à la Commission parlementaire sur l'industrie de la construction*, 1975, Montréal, Fédération des travailleurs du Québec, 1975.
- QUÉBEC, F.D.T.D., *L'État rouage de notre exploitation*, Mont-Royal, M Éditeur, 2012.
- EHRlich, E., *Fundamental principles of the sociology of law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1936.

- FITZGERALD, O. (dir.), *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006.
- FOURNIER, L., *Histoire de la FTQ : 1965-1992, la plus grande centrale syndicale au Québec*, Montréal, Québec/Amérique, 1994.
- GAGNON, R. P., *Le droit du travail du Québec*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.
- GIERKE, O.F., *Political theories of the Middle Age*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 1987.
- GIERKE, O.F. et A. BLACK, *Community in Historical Perspective : A Translation of Selections from Das deutsche Genossenschaftsrecht (The German Law of Fellowship)*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 1990.
- GIERKE, O.F. et G. HEIMAN, *Associations and Law : The Classical and Early Christian Stages*, Toronto, Buffalo, University of Toronto Press, 1977.
- GILLET, P., *La personnalité juridique en droit ecclésiastique, spécialement chez les décrétistes et les décrétalistes et dans le Code de droit canonique*, Malines, Godenne, 1927.
- GRIFFITHS, J., « What is Legal Pluralism », (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism* 1.
- GURVITCH, G., *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier Editions Montaigne, 1940.
- GURVITCH, G., *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1931.
- GURVITCH, G., *L'idée du droit social; notion et système du droit social, histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris, Sirey, 1932.
- HAMELIN, J. et Y. ROBY, *Histoire économique du Québec, 1851-1896*, Montréal, Fides, 1971.
- HARDMAN, J.B.S. (dir.), *American Labor Dynamics in the Light of Post-War Developpements : An Inquiry by Thirty-two Labor Men, Teachers, Editors and Technicians*, New York, Russell and Russell, 1968.

- JALETTE, P. et G. TRUDEAU (dir.), d'après l'oeuvre de Gérard Hébert, *La convention collective au Québec*, 2^e éd., Montréal, Gaétan Morin éditeur, 2011.
- JOUANNET, E., *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998.
- JULIUS, D. S., *Global Companies & Public Policy : The Growing Challenge of Foreign Direct Investment*, coll. « Chatham House papers », London, Royal Institute of International Affairs/Pinter Publishers, 1990.
- KAHN-FREUND, O., R. LEWIS et J. CLARK, *Labour Law and Politics in the Weimar Republic*, coll. « Warwick studies in industrial relations », Oxford, Blackwell, 1981.
- LABORATOIRE D'ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE DE PARIS, *Les pluralismes juridiques*, coll. « Cahiers d'anthropologie du droit », Paris, Éditions Karthala, 2004.
- LACOURSIÈRE, J., *Histoire du Québec*, Saint-Charles-sur-Richelieu, Éditions Henri Rivard, 2001.
- LAJOIE, A., R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Éditions Thémis/Bruylant, 1998.
- LAJOIE, A., *Le Statut juridique des peuples autochtones au Québec et le pluralisme : étude réalisée au Centre de recherche en droit public pour la Commission royale sur les peuples autochtones*, coll. « Droit aussi... », Montréal, Éditions Yvon Blais, 1996.
- LAMARCHE, L. et F. POIRIER, *Le régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1996.
- LAURIN, L., *Des luttes et des droits : antécédents et histoire de la Ligue des droits de l'homme de 1936 à 1975*, Montréal, Éditions du Méridien, 1985.
- LÉVESQUE, B., G. MORNEAU et L. CÔTÉ, *État stratège & participation citoyenne*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009.

- LITVAK, I.A. et C.J. MAULE, *Alcan Aluminium Limitée : une étude de cas*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1977.
- LUHMANN, N., *La légitimation par la procédure*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2001.
- MACE, G. et F. PÉTRY, *Guide d'élaboration d'un projet de recherche en sciences sociales*, 4^e éd., Bruxelles, De Boeck, 2010.
- MANGEMATIN, V. et C. THUDEROZ, *Des mondes de confiance. Un concept à l'épreuve de la réalité sociale*, coll. « CNRS sociologie », Paris, CNRS Éditions, 2003.
- MARX, K., F. ENGELS, *Les luttes de classes en France, 1848-1850*, coll. « Essentiel : le marxisme au pluriel », Paris, Messidor/Éditions sociales, 1984.
- MELKEVIK, B. (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1998.
- MESURE, S. et P. SAVIDAN, *Dictionnaire des sciences humaines*, Paris, Presses universitaires de France, 2006.
- MEUNIER, A. et J.-F. PICHÉ, *De l'idée à l'action Une histoire du syndicalisme enseignant*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2012.
- MEYNAUD, J., *Les groupes de pression*, Paris, Presses universitaire de France, 1965.
- MILTON, D., *The Politics of U.S. Labor : From The Great Depression to The New Deal*, New York, Monthly Review Press, 1982.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Gallimard, 1995.
- MOORE, S. F., *Law as Process : An Anthropological Approach*, London, Boston, Routledge & K. Paul, 1978.
- MORIN, J.-Y. et J. WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec : du régime français à nos jours*, Montréal, Éditions Thémis, 1994.

- MORIN, M., *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Éditions Thémis, 2004.
- MURRAY, G. et P. VERGE, *La représentation syndicale : visage juridique actuel et futur*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999.
- NADEAU, D., *Mémoire de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, 2003.
- NEVEU, E., *Sociologie des mouvements sociaux*, 4^e éd., Paris, La Découverte, 2005.
- OUIMET, H., *Code du travail du Québec : législation, jurisprudence et doctrine*, 20^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.
- PANITCH, L., *Working Class Politics in Crisis : Essays on Labour and The State*, London, Verso, 1986.
- PARSONS, T., *Law as Process : An Anthropological Approach*, London, Boston, Routledge & K. Paul, 1978.
- PARSONS, T., *Theories of Society; Foundations of Modern Sociological Theory*, N.Y., Free Press of Glencoe, 1961.
- PELLING, H., *Histoire du syndicalisme britannique*, Paris, Éditions du Seuil, 1967.
- PERRIN, J.-F., *Sociologie empirique du droit*, coll. « Théorie et pratique du droit », Bâle; Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1997.
- PIOTTE, J.-M., *Du combat au partenariat : interventions critiques sur le syndicalisme québécois*, coll. « Essais critiques », Québec, Éditions Nota bene, 1998.
- POSPISIL, L. J., *Anthropology of Law : A Comparative Theory*, New York, Harper, 1971.
- PREIS, A., *Labor's Giant Step, Twenty Years of The CIO*, New York, Pioneer Publishers, 1964.
- PROVENCHER, J., *Chronologie du Québec 1534-2007*, Montréal, Boréal, 2008.

- RAYMOND, G., *Le « partenariat social ». Sommet économique de 1996, syndicats et groupes populaires*, Ville Mont-Royal, M éditeur, 2013.
- REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien : avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.
- RIDING A. et B. ORSER, *Profils de financement des petites entreprises. Les petites et moyennes entreprises du Québec*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2007.
- RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955.
- ROBÉ, J.-P., *L'entreprise et le droit*, coll. « Que sais-je? », Paris, Presses universitaires de France, 1999.
- ROCHER, G., *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.
- ROCHER, G., *Introduction à la sociologie générale*, 2^e éd., Montréal, HMH, 1969.
- ROCHER, G., *Le « laboratoire » des réformes dans la Révolution tranquille*, coll. « Grandes conférences Desjardins », Montréal, Programme d'études sur le Québec Université McGill, 2001.
- ROCHER, G., G. GAUCHER et S. ROCHER, *Le Québec en mutation*, Montréal, Hurtubise HMH, 1973.
- ROGOWSKI, R. et T. WILTHAGEN, *Reflexive Labour Law : Studies in Industrial Relations and Employment Regulation*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.
- ROMANO, S., *L'ordre juridique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002.
- ROUILLARD, J., *Apprivoiser le syndicalisme en milieu universitaire : histoire du Syndicat général des professeurs et professeures de l'Université de Montréal*, Montréal, Boréal, 2006.
- ROUILLARD, J., *Histoire du syndicalisme au Québec : des origines à nos jours*, Montréal, Boréal, 1989.

- ROUILLARD, J., *Le syndicalisme québécois : deux siècles d'histoire*, Montréal, Boréal, 2004.
- ROUILLARD, J., *L'expérience syndicale : ses rapports à l'État, à la nation et à l'opinion publique*, coll. « Études québécoises », Montréal, VLB, 2008.
- ROULAND, N., *Anthropologie juridique*, coll. « Droit fondamental. Droit politique et théorique », Paris, Presses universitaires de France, 1988.
- ROUX, D., *Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.
- ROUX, D., A.-M. LAFLAMME, *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail : chartes, normes d'ordre public, convention collective, contrat de travail, etc. : actes du colloque tenu à l'Université Laval*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008.
- SAINT-PIERRE, A., *L'organisation ouvrière dans la province de Québec*, Montréal, École sociale populaire, 1911.
- SAUVY, A., *Bureaux et bureaucratie*, 3^e éd., coll. « Que sais-je? », Paris, Presses universitaires de France, 1967.
- JOUANJAN, O. (dir.), *L'esprit de l'École historique du droit. Textes inédits en français de F. C. von Savigny et G. F. Puchta*, coll. « Université Robert Schuman », Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004.
- SERVERIN, É., *Sociologie du droit*, coll. « Repères », Paris, La Découverte, 2000.
- SMITH, J. et R. DEMERS, *Cours de droit des compagnies*, Montréal, Centre d'édition juridique, 1980.
- STONE, J., *Social Dimensions of Law and Justice*, London, Stevens and Sons, 1966.
- SUPIOT, A., *Le droit du travail*, 3^e éd., coll. « Que sais-je? », Paris, Presses universitaires de France, 2006.
- SUPIOT, A., *L'esprit de Philadelphie : la justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.

TARNOPOLSKY, W.S., *Discrimination and the Law in Canada*, Toronto, R. De Boo, 1982.

TEUBNER, G., *Le droit, un système autopoïétique*, coll. « Les voies du droit », Paris, Presses universitaires de France, 1993.

TEUBNER, G. et N. BOUCQUEY, *Droit et réflexivité : l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, coll. « La Pensée juridique moderne », Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 1996.

THINÈS, G. et A. LEMPEREUR, *Dictionnaire général des sciences humaines*, Louvain-la-Neuve, Belgique, CIACO, 1984.

TONNIES, F., *Communauté et société*, Paris, Presses universitaires de France, 2010.

VAILLANCOURT, G., *Les lois ouvrières de la province de Québec en rapport avec les relations ouvrières-patronales et commentaires sur la Loi des Relations Ouvrières et son règlement n° 1*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1957.

VALLÉE, M. COUTU, J.-D. GAGNON, J. M. LAPIERRE et G. ROCHER (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Éditions Thémis, 2001.

VALOIS, M., *Évolution du droit et de la fonction de juger dans la tradition juridique occidentale : une étude sociohistorique de l'indépendance judiciaire*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2009.

VALTICOS, N., *Droit international du travail*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1983.

VERDROSS, A., « Le fondement du droit international », dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, La Haye, 1927, p. 251.

VERGE, P., « Mondialisation et fonction du droit du travail national », (1999) 40 *C. de D.* 437.

VERGE, P. et S. DUFOUR, *Configuration diversifiée de l'entreprise et droit du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003.

- VERGE, P. et G. MURRAY, *Le droit et les syndicats : aspects du droit syndical québécois*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1991.
- VERGE, P., G. TRUDEAU et G. VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Éditions Thémis, 2006.
- VERGE, P. et G. VALLÉE, *Un droit du travail? : essai sur la spécificité du droit du travail*, coll. « Droit aussi... », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997.
- VERNON, R., W. PASSFIELD, S.J. et B.P. WEBB, *The History of Trade Unionism*, New York, Kelley, 1965.
- VIZKELETY, B., *Proving Discrimination in Canada*, Toronto, Carswell, 1987.
- WEBER, M., *Économie et société*, Paris, Plon, 1971.
- WEBER, M., *Économie et société*, Paris, Pocket, 1995.
- WEBER, M., *Histoire économique : esquisse d'une histoire universelle de l'économie et de la société*, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Paris, Gallimard, 1991.
- WEBER, M., *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, coll. « Pensée allemande et européenne », Québec, Presses de l'Université Laval, 2001.
- WEBER, M., *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1959.
- WEBER, M., *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2007.
- WEBER, M., *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1969.
- WOODS, H. D., S. OSTRY et M.A. ZAIDI, *Labour Policy and Labour Economics in Canada*, 2^e éd., Toronto, MacMillan, 1972.
- ZINN, H., *Une histoire populaire des États-Unis de 1492 à nos jours*, Marseille, Montréal, Agone, Lux, 2002.

Articles de revues et études d'ouvrages collectifs

ADELL, B., « Collective Agreements and Individual Rights : a Note on the Duty of Fair Representation », (1986) 11 *Queen's Law Journal* 251.

ADELL, B., « La crise d'identité sans cesse renouvelée du droit du travail : quoi de neuf sous le soleil? », dans R. CHAYKOWSKI, P.-A. LAPOINTE, G. VALLÉE et A. VERMA (dir.), *XXIII^e Conférence annuelle, Association canadienne des relations industrielles*, 1996.

ADELL, B., « Overlapping Forums in Collective Agreement Administration », dans G. TRUDEAU, G. VALLÉE et D. VEILLEUX (dir.), *Études en droit du travail à la mémoire de Claude D'Aoust, Cowansville, Éditions Yvon Blais*, 1995, p. 1.

ADELL, B., « The Duty of Fair Representation - Effective Protection for Individual Rights in Collective Agreements? », (1970) 25 *Relations industrielles* 602.

ALLARD, F., « La Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec : deux textes dans une relation d'harmonie ambiguë », (2006) *Revue du Barreau/ numéro thématique* 33.

ARNAUD, A.-J., « Infra-droit », dans A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY, M. CHIBA, J. COMMAILLE, A. DEVILLÉ, E. LANDOWSKI, F. OST, J.-F. PERRIN, M. van de KERCHOVE et J. WROBLEWSKI (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris/Bruxelles, L.G.D.J./E. Story-Scientia, 1993, p. 300.

ARTHURS, H. W., « Developing Industrial Citizenship : A Challenge for Canada's Second Century », (1967) 45 *Can. Bar. Rev.* 786.

ARTHURS, H. W., « Labour and the “Real” Constitution », (2007) 48 *C. de D.* 43.

ARTHURS, H. W., « La nouvelle économie et le déclin de la citoyenneté au travail », dans M. COUTU et G. MURRAY (dir.), *Travail et citoyenneté. Quel avenir?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010, p. 43.

- ARTHURS, H. W., « Labour Law Without the State », (1996) 46 *University of Toronto Law Journal* 1.
- ARTHURS, H. W., « The New Economy and the New Legality : Industrial Citizenship and the Future of Labour Arbitration », (1999) 7 *C.L.E.L.J.* 44.
- ARTHURS, H. W., « Understanding Labour Law : The Debate over “Industrial Pluralism” », (1985) 38 *Current Legal Problems* 83.
- BACKHOUSE, C., « The White Women's Labor Law : Anti-Chinese Racism in Early Twentieth-Century Canada », (1996) 14 *Law and History Review* 315.
- BARENBERG, M., « The Political Economy of the Wagner Act : Power, Symbol, and Workplace Cooperation », (1993) 106 *Harvard Law Review* 1379.
- BELLEY, « Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique », (1986) 4 *Droit et société*, 353.
- BELLEY, J.-G., « La nouvelle histoire du droit », (1986) 27 *C. de D.* 371.
- BELLEY, J.-G., « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », dans J. KELLERHALS, D. MANAI et R. ROTH (dir.), *Pour un droit pluriel*, coll. « Collection genevoise », Genève, Bâle, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 135.
- BELLEY, J.-G., « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit », (2011) 26 *Revue canadienne droit et société* 257.
- BELLEY, J.-G., « L'État et la régulation juridique des sociétés globales Pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) XVIII *Sociologie et sociétés* 11.
- BELLEY, J.-G., « Pluralisme juridique », dans A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY, M. CHIBA, J. COMMAILLE, A. DEVILLÉ, E. LANDOWSKI, F. OST, J.-F. PERRIN, M. van de KERCHOVE et J. WROBLEWSKI (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris/Bruxelles, L.G.D.J./E. Story-Scientia, 1993, p. 446.

- BELLEY, J.-G., « Quelle culture juridique pour le 21^e siècle ? », (2001) 80 *R. du B. Can.* 1.
- BERNIER, M.-È., « Lois de retour au travail dans le secteur public. La négation du droit de grève? », (2012) *Bulletin de la Ligue des droits et libertés* 27.
- BICH, M.-F., « Droit du travail québécois : genèse et génération », dans H.P. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 515.
- BICH, M.-F., « Le pouvoir disciplinaire de l'employeur-Fondements civils », (1988) 22 *Revue juridique Thémis* 85.
- BLACKETT, A. et M. CHOKO, « Effets de l'accréditation », dans G. VALLÉE et K. LIPPEL (dir.), *Rapports individuels et collectifs du travail*, fasc. 13, Jurisclasseur Québec, coll. « Droit du travail », Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.
- BOSSET, P., « Les fondements juridiques de l'obligation d'accommodement raisonnable », dans M. JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 1.
- BOND, N. et S. MESURE « Présentation », dans F. TONNIES, *Communauté et société*, Paris, Presses universitaires de France, 2010, p. XIII.
- BOURGAULT, J., « L'arrêt Fraser : un recul pour les droits des syndiqués? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2012)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 209.
- BRUNELLE, C., « La mise en oeuvre des droits et libertés en vertu de la Charte québécoise », dans J. TREMBLAY (dir.), *Droit public et administratif*, coll. « Droit- École du Barreau du Québec » Cowansville/Montréal, Éditions Yvon Blais, École du Barreau, 2011, p. 101.
- BRUNELLE, C., « Le droit à l'accommodement raisonnable dans les milieux de travail syndiqués : une invasion barbare? », dans M. JÉZÉQUEL (dir.), *Les accommodements*

- raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 51.
- BRUNELLE, C., « L'émergence des associations parallèles dans les rapports collectifs de travail », (2002) *57 Relations industrielles* 282.
- BRUNELLE, C., « Le système québécois de représentation au travail : une seule voix contre l'injustice, une seule voie vers la justice », (2012) *53 C. de D* 133.
- BRUNELLE, C., M. COUTU et G. TRUDEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : un nouveau paradigme » », (2007) *C. de D.* 5.
- BRUNELLE, C. et P. VERGE, « L'inclusion de la liberté syndicale dans la liberté générale d'association : un pari perdu? », (2003) *82 R. du B. can.* 711.
- CAMERON, R., « Le mouvement syndical comme mouvement social », (2011) *Nouveau Cahiers du socialisme* 220.
- CHEVALLIER, J., « Droit, ordre, institution », (1989) *10 Droits* 19.
- CHEVALLIER, J., « L'ordre juridique », dans *Le droit en procès*, ouvrage collectif du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (C.I.R.A.P.P.), Paris, P.U.F., 1983, p. 7.
- CLARKSON, S. et S. WOOD, « Le dilemme démocratique et la constitution externe du Canada », dans O. FITZGERALD (dir.), *Règle de droit et mondialisation : Rapports entre le droit international et le droit interne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 121.
- COLLIOT-THÉLÈNE, C., « La fin du monopole de la violence légitime », dans M. COUTU et G. ROCHER (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 23.

- CÔTÉ, C.-E., « La réception du droit international en droit canadien », dans P. VERGE (dir.), *Droit international du travail. Perspectives canadiennes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 341.
- COUTU, M., « Crise du droit du travail, pluralisme juridique et souveraineté », (2007) 12 *Lex Electronica* 1.
- COUTU, M., « Industrial Citizenship, Human Rights and the Transformation of Labour Law. A Critical Assessment of Harry Arthurs' Legalization Thesis », (2004) 19 *Revue canadienne Droit et Société* 73.
- COUTU, M., « Labour Law, Legal Pluralism and State Sovereignty », 13 *C.L.E.I.J.* 147.
- COUTU, M., « La naissance du contrat de travail comme concept juridique : Max Weber et Hugo Sinzheimer, critiques de Philipp Lotmar », (2009) 24 *Revue canadienne Droit et Société* 159.
- COUTU, M., « Le droit du travail comme ordre légitime », dans M. COUTU et G. ROCHER (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 333.
- COUTU, M., « Le pluralisme juridique chez Gunther Teubner : la nouvelle guerre des dieux? », (1997) 12 *Revue canadienne Droit et Société* 93.
- COUTU, M. et P. GUIBENTIF, « Introduction : Le désenchantement de la pensée juridique critique ? », (2011) 26 *Revue canadienne Droit et Société* 215.
- CRAMER, R., « Éléments biographiques et bibliographiques pour une étude de l'apport de Georges Gurvitch à la théorie et à la sociologie du droit », (1986) 4 *Droit et société* 373.
- CRAVEN, P., « Canada 1670-1935 Symbolic and Instrumental Enforcement in Loyalist North America », dans H. DOUGLAS et P. CRAVEN (dir.), *Masters, Servants, and Magistrates in Britain and the Empire 1562-1955*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2004, p. 175.

- D'AOUST, C. et F. DELORME, « The Origin of the Freedom of Association and of the Right to Strike in Canada », (1981) 36 *R.I.* 894.
- DECAUX, E., « Non-discrimination », dans M. BETTATI, O. DUHAMEL et L. GREILSAMER (dir.), *La Déclaration universelle des droits de l'Homme*, coll. « Folio actuel », Paris, Gallimard, 2008, p. 33.
- DELORME, F. et G. NADEAU, « Un aperçu des lois de retour au travail adoptées au Québec entre 1964 et 2001 », (2002) 57 *R.I.* 743.
- DEMERS, D.L., « Les tribunaux des droits de la personne : quel rôle et quelle place "leur" réserve-t-on? », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'ou?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 175.
- DIDRY, C. et P. WAGNER, « La nation comme cadre de l'action économique. La première guerre mondiale et l'émergence d'une économie nationale en France et en Allemagne », dans B. ZIMMERMANN, C. DIDRY et P. WAGNER (dir.), *Le travail et la nation. Histoire croisée de la France et de l'Allemagne*, Paris, Éditions de la maison des sciences de l'Homme, 1999, p. 29.
- DION, G., « La démocratie syndicale », dans G. DION (dir.), *Le syndicalisme canadien : une réévaluation, 23^e Congrès des relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1968.
- DION, D., « Loi des syndicats professionnels de Québec », (1950) 10 *R. du B.* 145.
- DUFOUR, G., L. LABERGE et G. LAROSE, « Table ronde-Les chartes impliquent-elles un réalignement des politiques syndicales et patronales? », dans R. BLOUIN, G. FERLAND, G. LAFLAMME, A. LAROCQUE et C. RONDEAU, *Les chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988, p. 255.
- DUPLESSIS, I., « La déclaration de l'OIT relative aux droits fondamentaux au travail - Une nouvelle forme de régulation efficace? », (2004) 59 *Relations industrielles* 52.

- EDWARDS, H.T., « Labor Arbitration at the Crossroads : The Common law of the Shop v. External Law », (1977) 32 *The Arbitration Journal* 65.
- ETHERINGTON, B., « Promises, Promises : Notes on Diversity and Access to Justice », (2000) 26 *Queen's Law Journal* 43.
- FECTEAU, J.-M., « Du droit d'association au droit social : essai sur la crise du droit libéral et l'émergence d'une alternative pluraliste à la norme étatique, 1850-1930 », (1997) 12 *Revue canadienne droit et société* 143.
- FECTEAU, J.-M., « Savoir historique et mutation normative. Les défis d'une nécessaire convergence entre droit et histoire », dans P. NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 41.
- FOISY, C., « Cost and Delay in Arbitration : The Québec Experience », (2002) 2 *Labour Arbitration Year Book* 137.
- FRÉMONT, J., « La Charte, le droit statutaire et le droit commun du Québec trente ans plus tard : réflexion autour de malaises », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et Barreau du québec (dir.), *Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'ou?* Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 63.
- FUDGE, J., E. TUCKER et L. VOSKO, « Changing Boundaries in Employment : Developing a New Platform for Labour Law », (2003) 10 *Canadian Labour and Employment Law Journal* 329.
- GAGNON, J.-D., « Le devoir de représentation des salariés en droit canadien et québécois », (1981) 41 *R.du B.* 639.
- GAGNON, J.-D., « Le rôle de l'arbitre et du Tribunal des droits de la personne dans le domaine du droit à l'égalité », dans G. VALLÉE, M. COUTU, J.-D. GAGNON, J. M. LAPIERRE et G. ROCHER (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 239.

- GAGNON, J.-D., « Le rôle de l'arbitre et du Tribunal des droits de la personne en matière de discrimination, et plus généralement dans le domaine des droits et libertés », dans J.-L. BAUDOIN et P. DESLAURIERS (dir.), *Droit à l'égalité et discrimination : aspects nouveaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 249.
- GAGNON, J.-D., « Les droits de la personne dans un contexte de rapports collectifs de travail. Compétence de l'arbitre et d'autres tribunaux. Quand l'incertitude devient la règle », (2006) 66 *R. du B.* 1.
- GAGNON, R. P., « L'indépendance des arbitres : une exigence fragile et vitale », dans L. LEBEL et P. VERGE (dir.), *L'oreille du juge Études à la mémoire de Me Robert P. Gagnon*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 57.
- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., « Les chartes des droits et libertés comme louves dans la bergerie du positivisme? Quelques hypothèses sur l'impact de la culture des droits sur la culture juridique québécoise », dans B. MELKEVIK (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 83.
- GUILBAULT, J., « Les lois québécoises de conciliation et d'arbitrage », (1951) 11 *R. du B.* 221.
- GRAVEL, E. et Q. DELPECH, « Contrôle des normes internationales du travail et complémentarité des systèmes nationaux et internationaux; récentes évolutions », (2008) 147 *Revue internationale du travail* 439.
- GRIFFITHS, J., « What is Legal Pluralism », (1986) 24 *Journal of legal Pluralism* 1
- HADARI, Y., « The Structure of the Private Multinational Enterprise », (1973) 71 *Mich. Law Rev.* 731.
- HAMELIN, F., « Une commission nationale d'arbitrage : vraiment pas une bonne idée! », dans CSN (dir.), *Actes du 9^e Colloque Gérard-Picard: St-Hyacinthe, février 2007*, en ligne : < www.conference-des-arbitres.qc.ca/Documents.aspx >, consulté le 30 janvier 2013.
- HOMBURG, H., « Autodétermination sociale ou État interventionniste ? La régulation collective des conditions de travail en Allemagne 1890-1933 », dans B. ZIMMERMANN, C.

- DIDRY et P. WAGNER (dir.), *Le travail et la nation. Histoire croisée de la France et de l'Allemagne*, Paris, Éditions de la maison des sciences de l'homme, 1999, p. 223.
- HUPPÉ, L., « Le statut juridique du Tribunal des droits de la personne », (2011) 70 *R. du B.* 219.
- JEAMMAUD, A., « Les fonctions du droit du travail », dans F. COLLIN, R. DHOQUOIS, P. H. GOUTIERRE, A. JEAMMAUD, G. LYON-CAEN et A. ROUDIL (dir.), *Le droit capitaliste du travail*, coll. « Critique du droit », Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1980, p. 149.
- JEAMMAUD, A. et É. SERVERIN « Évaluer le droit », (1992) 34 *Recueil Dalloz Sirey*, 263.
- KLARE, K. E., « Judicial deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness », (1978) 62 *Minn. L. Rev.* 265.
- LAMOUREUX, F., « Atelier sur la norme d'égalité en milieu de travail : commentaires », dans G. VALLÉE, M. COUTU, J.-D. GAGNON, J. M. LAPIERRE et G. ROCHER (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Éditions Thémis, 2001, 121.
- LAPIERRE, J. M., « La loi constitutive de la C.E.Q. », dans *Rapport de la Commission d'étude sur la gestion et l'implantation des structures, 21^e congrès de la C.E.Q.*, Québec, Corporation des enseignants du Québec, 1971, p. G-1.
- LAPIERRE, J. M., « Tribunal des droits de la personne, arbitre de griefs : quel doit être le forum compétent? État de la question », dans G. VALLÉE, M. COUTU, J.-D. GAGNON, J. M. LAPIERRE et G. ROCHER (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 151.
- LAPIERRE, J. M., G. ROCHER et G. VALLÉE, « Légitimités et légitimations de l'arbitrage de griefs : la notion d'apprentissage chez Luhmann », dans M. COUTU et G. ROCHER (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 355

- LE ROY, É., « ÉDITORIAL Le pluralisme juridique aujourd'hui ou l'enjeu de la juridicité », dans LABORATOIRE D'ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE DE PARIS, *Les pluralismes juridiques*, coll. « Cahiers d'anthropologie du droit », Paris, Éditions Karthala, 2004, p. 11.
- LUHMANN, N., « Familiarity, Confidence and Trust : Problems and Alternatives », dans D. GAMBETTA, (dir.), *Trust : Making and Breaking Cooperative Relations*, Oxford, Blackwell, 1988, p. 94.
- MAITLAND, M., « Introduction », dans O. F. von GIERKE, *Political theories of the Middle Age*, Cambridge, Eng.; New York, Cambridge University Press, 1987, p. XVI-XX.
- MANCINI, M., « Les droits et libertés de la personne en milieu syndical : l'arbitre de grief ou le Tribunal des droits de la personne, quel est le forum compétent », (2009) 68 *R. du B.* 329.
- MARCEAU, G., « La discrimination en milieu de travail syndiqué : syndicat et arbitre de griefs ou Commission et Tribunal des droits de la personne », dans G. VALLÉE, M. COUTU, J.-D. GAGNON, J. M. LAPIERRE et G. ROCHER (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Éditions Thémis, 2001, p. 197.
- MARCEAU, G., « Les dommages punitifs dans les rapports collectifs de travail au Québec », dans S. LÉVESQUE (dir.), *Arbitrage de griefs*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 187.
- MEYNAUD, J., « Groupe de pression et politique gouvernementale au Québec », dans BONENFANT, J.-C., *Réflexions sur la politique au Québec*, 2^e éd., coll. « Les Cahiers de l'Université du Québec », Montréal, Presses de l'Université du Québec, 1970, p. 65.
- MOORE, S.F., « Law and Social Change : The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », (1973) *Law and Society Review* 719.
- MOORE, S.F., « L'évolution du mode de scrutin dans les colonies et les provinces de l'Amérique du nord britannique, de 1758 à nos jours », (2008-2009) 39 *R.D.U.S.* 153.

- MOREL, A., « La charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », dans *De la Charte québécoise des droits et libertés : origine, nature et défis*, Montréal, Éditions Thémis, 1989, p. 1.
- MORIN, J.-Y., « Une Charte des droits de l'Homme pour le Québec », (1963) 9 *McGill L.J.* 273.
- MORIN, J.-Y., « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne », dans *De la Charte québécoise des droits et libertés : origine, nature et défis*, Montréal, Éditions Thémis, 1989, p. 25.
- MORIN, M., « Le rôle du juge anglais dans l'adaptation du droit aux circonstances nouvelles et l'échec de la codification du droit pénal au XIX^e siècle », dans M. ORTOLANI et O. VERNIER (dir.), *Le temps et le droit : journées internationales de la Société d'histoire du droit, mai 2000*, coll. « Mémoires et travaux de l'Association méditerranéenne d'histoire et d'ethnologie juridiques », Nice, Éditions Serre, 2002, p. 173.
- MORIN, M., « Les grandes dates de l'histoire du droit québécois », (1998) *Actes des conférences des juristes de l'État* 293.
- MORIN, M., « L'évolution du mode de scrutin dans les colonies et les provinces de l'Amérique du nord britannique, de 1758 à nos jours », (2008-2009) 39 *R.D.U.S.* 153.
- MUSTE, A.J., « Factional Fights in Trade Unions », dans J.B.S. HARDMAN (dir.), *American Labor Dynamics in the Light of Post-War Developpements : An Inquiry by Thirty-two Labor Men, Teachers, Editors and Technicians*, New York, Russell and Russell, 1968, p. 332.
- NADEAU, D., « L'arrêt Morin et le monopole de représentation des syndicats : assise d'une fragmentation », (2004) 64 *R. du B.* 161.
- NADEAU, D., « 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.

- NADEAU, D., « Monopole de représentation syndicale et droits individuels des salariés : l'incontournable défi de la diversité », (2012) 53 *C. du D.* 139.
- NORMAND, S., « Une culture en redéfinition : la culture juridique durant la seconde moitié du XIX^e siècle », dans MELKEVIK, B. (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 221.
- NOTEBAERT, G., « Faut-il réformer le système d'arbitrage au Québec? », (2008) 53 *Revue de droit de McGill* 103.
- PIORE M.J. et S. SAFFORD, « Changing Regimes of Workplace Governance, Shifting Axes of Social Mobilization, and the Challenge to Industrial Relations Theory », (2006) 45 *Industrial Relations*, n° 3, 299-325.
- RHEINSTEIN, M., « Introduction », dans M. WEBER, *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1969 p. xv.
- RIVET, M., « Entre l'écoute et le discours du juge : le dialogue dans la construction de la justice », dans L. LEBEL et P. VERGE (dir.), *L'oreille du juge : études à la mémoire de Me Robert P. Gagnon*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 151.
- ROBERT, F.-X., « Quand pouvoir veut dire devoir », *Blogue du CRLM.com*, 6 septembre 2012, en ligne : < http://www.blogueducrl.com/2012/09/quand-pouvoir-veut-dire-devoir_6.html >, consulté le 20 janvier 2013.
- ROBERT, M., « Instances juridictionnelles et réparations », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *La charte des droits et libertés de la personne pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 47.
- ROCHER, G., « L'effectivité du droit », dans A. LAJOIE (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Bruxelles, Éditions Thémis, Bruylant, 1998, p. 133.
- ROCHER, G., « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes », dans R. BLOUIN, G. FERLAND, G. LAFLAMME, A. LAROCQUE et C. RONDEAU

- (dir.), *Les chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988, p. 1.
- ROCHER, G., « Le “regard oblique” du sociologue sur le droit », dans P. NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 57.
- ROCHER, G., « Pour une sociologie des ordres juridiques », dans *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 123-150.
- RODGERS, D. T., « Right Consciousness in American History », dans D. J. BODENMAYER et J. W. ELY (dir.), *The Bill of Rights in Modern America: After 200 Years*, Bloomington/Indianapolis, Indiana University Press, 1993, p. 3.
- ROGOWSKI, R., « Autopoietic Industrial Relations and Reflexive labour Law in the World Society », dans T. WILTHAGEN (dir.), *Advancing Theory in Labour and Industrial Relations in a Global Context*, Amsterdam/New York, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, 1998, p. 67.
- ROGOWSKI, R., « Industrial Relations, Labour Conflict Resolution and Reflexive Labour Law », dans R. ROGOWSKI et T. WILTHAGEN (dir.), *Reflexive Labour Law Studies in Industrial Relations and Employment Regulation Deventer*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 53.
- ROULAND, N., « Pluralisme juridique (Théorie anthropologique) », dans A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY, J.A. CARTY, M. CHIBA, J. COMMAILLE, A. DEVILLÉ, E. LANDOWSKI, F. OST, J.-F. PERRIN, M. van de KERCHOVE et J. WROBLEWSKI (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris/Bruxelles, Librairie générale de droit et de jurisprudence./E. Story-Scientia, 1993, p. 449.
- ROUX, D., « Le droit au travail », dans P. BOSSET et L. LAMARCHE (dir.), *Droit de cité pour les droits économiques, sociaux et culturels La Charte québécoise en chantier*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 174.

- SERVET, J.-M., « Le chapeau », dans P. BERNOUX et J.-M. SERVET (dir.), *La construction sociale de la confiance*, Paris, Montchrestien, 1997, p. 17.
- SINZHEIMER, H., « La théorie des sources du droit et le droit ouvrier », dans L. LE FUR, *Le problème des sources en droit positif*, Paris, Sirey, 1934.
- SMITH, M. G., « Some Developements in the Analytic Framework Pluralism », dans L. KUPER et M.G. SMITH (dir.), *Pluralism in Africa, Berkeley*, University of California Press, 1969, p. 415.
- STODDART, J. et R. LESCOP, « Le traitement des plaintes à la Commission des droits de la personne du Québec », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec*, (1995), Montréal, Service de la formation permanente, p. 61.
- STONE, K.V.W., « The Legacy of Industrial Pluralism : The Tension Between Individual Employment Rights and the New Deal Collective Bargaining System », (1992) 59 *The University of Chicago Law Review* 575.
- SUPIOT, A., « Pourquoi un droit du travail », (1990) *Droit social* 485.
- SWAN, K., « The Arbitrator as Social Engineer », (1998) *Labour Arbitration Yearbook* 3.
- SYNDICAT DES PROFESSEURS DE L'UNIVERSITE LAVAL, « Historique », en ligne : < <http://spul.ulaval.ca/historique-spul/> >, site consulté en janvier 2013.
- TEUBNER, G., « Global Bukowina : Legal Pluralism in the World-Society », dans G. TEUBNER (dir.), *Global Law Without a State*, Aldershot/Brookfield USA/Singapore/Sidney, Dartmouth, 1997, p. 3.
- TEUBNER, G., « Company Interest The Public Interest of the Enterprise “in Itself” », dans R. ROGOWSKI et T. WILTHAGEN (dir.), *Reflexive Labour Law*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 21.
- TRUDEAU, G., « L'arbitrage des griefs au Canada : plaidoyer pour une réforme devenue nécessaire », (2005) 84 *R. du B. can.* 249.

- TRUDEAU, G., « Conférence Synthèse », dans *Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles de droit du travail. Chartes, normes d'ordre public, convention collective, contrat de travail, etc.*, Actes du colloque tenu à l'Université Laval/ 8 novembre 2007, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 201
- VAILLANCOURT, G., « Dialogue d'un ingénu et d'un promeneur solitaire en guise de synthèse générale d'un colloque de théorie du droit », dans A. LAJOIE, R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Éditions Thémis/ Bruylant, 1998, p. 201
- VALLÉE, G., « Le droit du travail comme lieu de pluralisme juridique », dans C. SAINT-PIERRE et J.-P. WARREN (dir.), *Sociologie et société québécoise. Présence de Guy Rocher*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 241.
- VALLÉE, G., « Les jugements récents du Tribunal des droits de la personne en matière de discrimination en emploi : nouvelle limitation à la compétence exclusive de l'arbitre de griefs? », dans BARREAU DU QUÉBEC. SERVICE DE FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit du travail (1993)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 1.
- VALLÉE, G., « Les rapports entre la protection des travailleurs et la liberté d'entreprendre : des principes aux manifestations actuelles », (2007) 86 *R. du B. can.* 247.
- VALLÉE, G., M. COUTU et M.-C. HÉBERT, « La norme d'égalité en milieu de travail : étude empirique de la mise en oeuvre de la norme d'égalité par le Tribunal des droits de la personne et les tribunaux d'arbitrage », dans G. VALLÉE, M. COUTU, J.-D. GAGNON, J. M. LAPIERRE et G. ROCHER (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001, p. 19.
- VALLÉE, G. et D. GESUALDI-FECTEAU, « La constitutionnalisation du droit du travail : une menace ou une opportunité pour les rapports collectifs du travail? », (2007) 48 *Les Cahiers de Droit* 153.

- VANDERLINDEN, J., « Dialogue d'un ingénu et d'un promeneur solitaire en guise de synthèse générale d'un colloque de théorie du droit », dans A. LAJOIE, R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Éditions Thémis/ Bruylant, 1998, p. 201.
- VANDERLINDEN, J., « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », (1993) 20 *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif* 573.
- VEILLEUX, D., « L'arbitre de grief face à une compétence renouvelée », (2004) 64 *R. du B.* 217.
- VEILLEUX, D., « Le devoir de représentation syndicale. Cadre d'analyse des obligations sous-jacentes », (1993) 48 *Relations industrielles* 661.
- VEILLEUX, C., « L'encombrement des professions judiciaires à Québec, 1760-1867 », (1998) *Actes des conférence des juristes de l'État* 303.
- VEILLEUX, D., « Pour une compétence renouvelée de l'arbitre de grief confirmant l'intégration des lois de la personne et des autres lois de l'emploi dans les régimes de rapports collectifs du travail », dans CSN (dir.), *Actes du 9^e Colloque Gérard-Picard : St-Hyacinthe, février 2007*, en ligne : < www.conference-des-arbitres.qc.ca/Documents.aspx >, site consulté le 15 janvier 2013.
- VERGE, P., « La “constitutionnalisation” du droit du travail : perte ou salut de son âme », (2007) 48 *C. de D.* 323.
- VERGE, P., « Le forum de la convention collective », (1967-1968) *C. de D.* 566.
- VERGE, P., « Mondialisation et fonction du droit du travail national », (1999) 40 *C. de D.* 437.
- VERNON, R., « Multinational Enterprise and National Sovereignty », (1967) 45 *Harv. Bus. Rev.* 156.
- VERDROSS, A., « Le fondement du droit international », dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 16, 1927, p. 251.

ZACHERT, U., « La légitimité des rapports juridiques du travail. À propos de la conception de la légitimité chez Max Weber et Hugo Sinzheimer », dans M. COUTU et G. ROCHER (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 301.

ZIMMERMANN, B., « Ferdinand Tönnies, sociologue empiriste », (2011) 188 *Actes de la recherche en sciences sociales* 44.

Documents parlementaires et gouvernementaux

- **Documents fédéraux**

CANADA. ÉQUIPE SPÉCIALISÉE EN RELATIONS DU TRAVAIL, *Les relations du travail au Canada : rapport/de l'équipe spécialisée en relations de travail*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.

DOFNY, J. et P. BERNARD, *Le syndicalisme au Québec; structure et mouvement*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1970.

LITVAK, I.A. et C.J. MAULE, *Alcan Aluminium Limitée : une étude de cas*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1977.

COMITÉ DE RÉVISION DE LA LOI CANADIENNE SUR LES DROITS DE LA PERSONNE, G.V. LA FOREST et M.D.L.J. CANADA, *La promotion de l'égalité : une nouvelle vision*, 2000, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000.

- **Documents québécois**

QUÉBEC (PROVINCE) COMMISSION CHARGÉE DE FAIRE ENQUÊTE SUR CERTAINES DIFFICULTÉS SURVENUES AUX USINES DE PRICE BROTHERS & COMPANY ET DE LAKE ST-JOHN POWER & PAPER COMPANY LIMITED, *Rapport*, Québec, Gouvernement du Québec, 1943.

QUÉBEC (PROVINCE) OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur les droits civils*, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1968.

QUÉBEC (PROVINCE) COMMISSION D'ENQUÊTE SUR L'EXERCICE DE LA LIBERTÉ SYNDICALE DANS L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION, *Rapport de la Commission d'enquête sur l'exercice de la liberté syndicale dans l'industrie de la construction*, Québec, Éditeur Officiel du Québec, 1975.

QUÉBEC (PROVINCE DE). ASSEMBLÉE NATIONALE. COMMISSION PERMANENTE DES INSTITUTIONS., *Examen des orientations, des activités et de la gestion de la Commission des droits de la personne du Québec : rapport final*, Québec, l'Assemblée, 1988.

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, *Après 25 ans - La Charte québécoise des droits et libertés. Volume 1 - Bilan et recommandations*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003.

QUEBEC (PROVINCE). REGISTRAIRE DES ENTREPRISES, *Propositions pour un nouveau droit québécois des associations personnifiées*, Québec, Le Registraire, 2004.

- **Document ontarien**

GROUPE D'ÉTUDE SUR LE CODE DES DROITS DE LA PERSONNE DE L'ONTARIO et M.F. CORNISH, *Pour réaliser l'égalité : rapport sur la réforme des droits de la personne*, Toronto, Le Groupe d'étude, 1992.

Législation et réglementation

Loi constitutionnelle

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R-U, c. 11)].

Législation québécoise

Loi des différents ouvriers de Québec, S.Q. 1901, c. 31.

Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., c. I-1-13.3.

Loi de la sécurité des travailleurs dans les établissements industriels et de la salubrité de ces établissements industriels, S.R.Q. 1909, ch II.

Loi relative aux heures de travail des femmes et des enfants, S.Q. 1911, c. 27.

Loi pourvoyant à la fixation d'un salaire minimum pour les femmes, S.Q. 1919, c. 11.

Loi sur les compagnies, L.R.Q. c. C-38.

Loi des syndicats professionnels, S.Q. 1924, c. 112.

Loi sur le ministère du Travail L.R.Q., c. M-32.2.

Loi de la convention collective, S.Q. 1940, c. 38.

Loi du salaire minimum, S.Q. 1940, c. 39.

Loi des relations ouvrières, S.Q. 1944, c. 30.

Loi des différends entre les services publics et leurs salariés, S.Q. 1944, c. 31.

Loi constituant la Corporation des instituteurs et institutrices catholiques du Québec, S.Q. 1946, c. 19.

Loi sur la discrimination dans l'emploi, S.Q. 1964, c. 46.

Code du travail, L.R.Q., c. C-27.

Loi sur le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, L.R.Q., c. M-15.

Loi assurant le droit de l'enfant à l'éducation et instituant un nouveau régime de convention collective dans le secteur scolaire, S.Q. 1967, c. 63.

Loi des collèges d'enseignement général et professionnel, S.Q. 1967, c. 71.

Loi sur l'Université du Québec, L.R.Q., c. U-1.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12.

Loi abrogeant la Loi constituant la Corporation des instituteurs et institutrices catholiques du Québec, L.Q. 1975, c. 119.

Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées en vue de leur intégration scolaire, professionnelle et sociale, L.R.Q., c. E-20.1.

Loi concernant la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec (FTQ), ses affiliés et leurs syndicats, L.Q. 1994, c. 78.

Loi constituant le fonds de solidarité des travailleurs du Québec (F.T.Q.), L.R.Q., c. F-3.2.1.

Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1982, c. 61.

Loi sur la fonction publique, L.R.Q., c.F-3.1.1.

Loi sur la justice administrative, L.R.Q., c. J-3.

Loi sur la santé et la sécurité du travail, L.R.Q., c. S-2.1.

Loi sur le Conseil du statut de la femme, L.R.Q., c. C-59.

Loi sur l'équité salariale L.R.Q., c. E-12.001.

Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic, L.R.Q., c. R-8.2.

Loi sur les normes du travail, L.R.Q., c. N-1.1.

Loi sur les règlements, L.R.Q., c. R-18.1.

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., c. T-16.

Règlements québécois

Code de déontologie applicable aux membres du Tribunal administratif du Québec, R.R.Q., 1981, c. J-3, r. 1.

Code de déontologie des commissaires de la Commission des relations du travail, R.R.Q., 1981, c. C-27.

Code de déontologie des dirigeants et administrateurs d'un office d'habitation R.R.Q., 1981, c. R-8, r. 2.

Code de déontologie des membres du Tribunal des droits de la personne, R.R.Q., 1981, c. C-12, r. 1.

Règlement sur la procédure de recrutement et de sélection des personnes aptes à être désignées à la fonction d'arbitre ou nommées à celle d'assesseur au Tribunal des droits de la personne, R.R.Q., 1981, c. C-12, r. 0.01.

Règlement sur la rémunération des arbitres, (2002) 134 G.O. II, 4860.

Règlement sur l'éthique et la déontologie des administrateurs publics, R.R.Q., 1981, c. M-30, r. 1

Règlement sur les programmes d'accès à l'égalité, R.R.Q., 1981, c. C-12, r. 0.1.

Règlement sur l'exercice du droit d'association conformément au Code du travail, R.R.Q., 1981, c. C-27, r. 3.

Législation canadienne

- **Lois du Canada**

Acte pour régler les obligations des Maîtres et des Serviteurs et pour d'autres fins y mentionnées, 10-11 Vict. (1847) c. XXXIII.

Acte des associations ouvrières (Trade Unions), S.C. 1872, c. 30.

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), c. L-2.

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, app. III.

Loi sur les syndicats ouvriers, L.R.C. 1985, c. T-14.

Loi sur la Cour suprême du Canada, L.R.C., c. S-26.

Loi de la sécurité des travailleurs dans les établissements industriels et de la salubrité de ces établissements industriels, S.R.Q. 1909, titre VII, ch II, sec. V.

Loi sur les mesures de guerre, S.R.C. 1927, c. 206.

Acte pour amender la loi criminelle relative à la violence, aux menaces et à la molestation, S.C. 1872, c. 31.

Acte des Associations ouvrières, S.C. 1872, c. 30.

- **Règlement canadien**

Règlements des relations ouvrières en temps de guerre, C.P. 1003, (1944) 44 G. du T. 146

Normes internationales

- **Nations Unies**

Déclaration universelle des droits de l'Homme, A.G. Rés. 217 A(III) (1948).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, (1976) 999 R.T.N.U. 187

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, (1976) 993 R.T.N.U. 13.

- **Organisation internationale du travail**

Déclaration de Philadelphie, Philadelphie, 10 mai 1944.

Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948.

Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 29 juin 1951.

Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 26 juin 1958.

Déclaration de l'Organisation internationale du travail relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, 1998.

Déclaration sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, 13 août 2008.

- **Royaume-Uni**

Bubble Act, 6 Geo.1, c. 18 (1720).

Combinations Act, 34 Vict. c. 30 (1799).

Colonial Law Validity Act, 1865 (R.-U.) 28 & 29 Vict., c. 63.

National Labor Relations Act, 49 Stat. 445 (1935).

- **États-Unis**

National Labor Relations Act, 49 Stat. 445 (1935).

Jurisprudence

- **Canadienne**

AFPC c. CANADA, (1987) 1 R.C.S. 424.

Agence métropolitaine de transport c. Syndicat du transport de Montréal, (2004) R.J.D.T. 169 (T.T.).

Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College, (2004) 1 R.C.S. 727.

Alliance de la fonction publique du Canada c. Procureur général du Manitoba, (1097) 1 R.C.S. 424.

Alliance des intervenantes en milieu familialde Montréal (CSQ) et Syndicat des éducatrices et éducateurs en milieu familial du Montréal-métropolitain-CSN c. Ministre de la Famille et BC CPE Le jardin des rêves inc., 2009 QCCRT 437 (CanLII).

Alliance internationale des employés de scène de théâtre et de cinéma des États-Unis et du Canada (IATSE), section locale 56 c. Commission des relations du travail, 2010 QCCS 110 (CanLII).

Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2011 QCCA 2041.

Association des pompiers de Montréal inc. (APM) c. Montréal (Ville de), 2011 QCCA.

Bakery and Confectionary Workers International Union of America Local no 468 c. White Lunch Ltd, (1966) R.C.S. 282.

Bell Canada c. Syndicat de l'énergie du papier, (1999) 1 C.F. 113.

Central Okanagan School District n° 23 c. Renaud, (1992) 2 R.C.S. 970.

Centre d'hébergement et de soins de longue durée Champlain - Manoir de Verdun c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, D.T.E. 99-53 (C.S.) ; REJB 1998-09161 (C.S.).

Chénard c. Centre de services sociaux Ville-Marie, (1989) C.T. 226 (Commissaire du travail Paul Dufault).

C.D.P.J. Rhéaume c. Université Laval, (2000) R.J.Q. 2156 (TDP).

Centre hospitalier Régina Ltée c. Québec (Tribunal du travail) (1990) 1 R.C.S. 1330.

Clavet c. Syndicat des métallos, section locale 2423, 2008 QCCRT 335.

CLSC-CHSLD Grande-Rivière c. Bard, D.T.E. 2006T- 1016 (C.A.), J.E. 2006-2264 (C.A.).

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relation Commission) c. BCGSEU, (1999) 3 R.C.S. 3.

Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal (Ville de), (1983) 4 C.H.R.R. D/1444 (C.S.).

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. (Québec) procureur général, (2000) R.J.Q. 3097 (TDP).

Commission des droits de la personne c. Québec (Procureur général), J.E. 2000-294 (C.A.).

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Québec (Procureur général), (2004) 2 R.C.S. 185.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Université Laval, (2000) R.J.Q. 2156, J.E. 2000-1572.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Syndicat du transport de Montréal, 2008 QCTDP 29.

Commission des écoles catholiques de Québec c. Gobeil, (1999) R.J.Q. 1883 (C.A.).

Commission des normes du travail c. Sherbrooke (Ville de), 2011 QCCA 325.

Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke, (1982) 1 R.C.S. 202.

Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears, (1985) 2 R.C.S. 536.

Commission scolaire des affluents c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, (2006) R.J.Q. 367 (C.A.).

Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin, (1994) 2 R.C.S. 525.

Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général), 2008 QCCS 5076 (CanLII), (2008) R.J.D.T. 1477 (C.S.).

Corbeil c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des épiciers unis Métro-Richelieu, (2004) RJQ 1623 (C.S.).

CN c. Canada (Commission des droits de la personne), (1987) 1 R.C.S. 1114.

Damico c. Syndicat des chargées et chargés de cours de l'Université du Québec en Abitibi-Témiscamingue-CSN et Université du Québec en Abitibi-Témiscamingue, 2010 QCCRT 0164.

De Montigny c. Brossard (succession), (2010) 3 R.C.S. 64.

Desbiens c. Compagnie Wal-Mart du Canada, (2009) 3 R.C.S. 540.

Drolet c. Alliance internationale des employés de scène de théâtre et de cinéma des États-Unis et du Canada (I.A.T.S.E.), section locale 56, 2008 QCCRT 404 (CanLII).

Dunmore c. Ontario (Procureur général), (2001) 3 R.C.S. 1016.

Dunswuir c. Nouveau-Brunswick, (2008) 1 R.C.S. 190.

Filion et Frères c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc., (2006) 1 R.C.S. 27.

Fraternité des policières et policiers de Gatineau c. Ville de Gatineau, 2010 QCCA 1503.

Gaudreau c. Association des juristes de l'État, (2005) QCCRT 0357.

Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2011 QCCA 1201.

Goudie c. Ottawa (Ville), (2003) 1 R.C.S. 141.

Health Services and Support-Facilities Subjector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique, (2007) 2 R.C.S. 391.

Heustis c. Commission d'énergie électrique du Nouveau Brunswick, (1979) 2 R.C.S. 768.

Hoogendorn c. Greening Metal Products and Screening Company, (1968) R.C.S. 30.

Hôpital général juif Sir Mortimer B. Davis c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2010 QCCA 172.

Isidore Garon Ltée c. Tremblay ; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garagedu Québec inc., (2006) 1 R.C.S. 27.

Ivanhoé inc. c. TUAC, section locale 500, (2001) 2 R.C.S. 565.

Lapointe c. Morin, (1991) R.D.J. 212 (C.A.).

Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, (1991) 2 R.C.S. 211.

Lebeau c. Syndicat des employés de Sintra Inc., 2008 QCCRT 0050.

Lussier c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP, 301), 2010 QCCRT 0462.

McLeod c. Egan, (1975) 1 R.C.S. 517.

Ménard c. Rivet, (1997) R.J.Q. 2108 (C.A.).

Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 9414 c. Castonguay, 2007 QCCA 1766.

Monarque c. Syndicat des éducateurs, professionnels, techniciennes et techniciens de l'Hôpital Rivière –des-Prairies-CSN (SEPT), D.T.E. 2008T-806 (C.R.T.).

Montreal Newspaper Guild, Local 111 et Gazette (the), D.T.E. 2005T-382 (arbitre Marc Gravel).

Noël c. Société d'énergie de la Baie James, (2001) 2 R.C.S. 207.

Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre), (1996) 2 R.C.S. 3.

Ontario (Procureur général) c. Fraser, (2011) 2 R.C.S. 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.

Perrault v. Gauthier, (1897) R.C.S. 241.

Progistix-Solutions Inc. c. Commission des normes du travail, 2009 QCCA 2054.

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général), (2004) 2 R.C.S. 185.

Québec (Procureur général) c. Bérubé, (2012) QCCA 1496.

Québec (Procureur général) c. Québec (Commission des droits de la personne), 2000 CanLII 11325 (QC CA).

Québec (Procureur général) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, (2002) R.J.Q. 588 (C.A.).

Québec (Ville de) c. C.D.P., (1989) R.J.Q. 83 (C.A.).

Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners, (2000) 1 R.C.S. 360.

Renvoi relatif à la Public Service Employees Relations Act, (1987) 1 R.C.S. 313.

S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du travail), (2003) 1 R.C.S. 539.

SDGMR c. Saskatchewan, (1987) 1 R.C.S. 460.

S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du travail), (2003) 1 R.C.S. 539.

S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd, (2002) 1 R.C.S. 156.

Singh c. Ministre de l'emploi et de l'immigration, (1985) 1 R.C.S. 177.

Slaight Communications Inc. c. Davidson, (1989) 1 R.C.S.1038.

St. Anne Nackawic Pulp and Paper Co Ltd c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier, (1986) 1 R.C.S. 971.

Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général), (2010) 2 R.C.S. 61.

Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons c. Saskatchewan, (1987) 1 R.C.S. 460.

Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Commission canadienne des droits de la personne, (1989) 2 R.C.S. 879.

Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP) c. Cinq-Mars, 2011 QCCA 606.

Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP) c. Gauvin, 2011 QCCA 605.

Syndicat du transport de Montréal-CSN c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2010 QCCA 165.

Syndicat national des employés de garage du Québec Inc (CSD). c. Association patronale des concessionnaires d'automobiles Inc., (2003) R.J.D.T. 280 (C.R.T.).

Thibault c. Corp, professionnelle des médecins du Québec, (1992) R.J.Q. 2029 (C.A.).

Tremblay c. Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57, (2002) 2 R.C.S. 627.

U.E.S., local 298 c. Bibeault, (1988) 2 R.C.S. 1048.

Union des employés de service, section locale 298 (F.T.Q.) et Armée du Salut, (1986) D.L.Q. 363 (T.A.).

Université Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2001 CanLII 19267 (QC CA).

Université Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2005 QCCA 27.

Weber c. Hydro Ontario, (1995) 2 R.C.S. 929.

- **Royaume-Uni**

David Taylor & Sons, Ltd c. Barnett, (1953) All.E.R. 843 (C.A.).

Toronto Electric Commissionners v. Snider, (1925) 2 D.L.R. 5 (P.C.).

- **États-Unis**

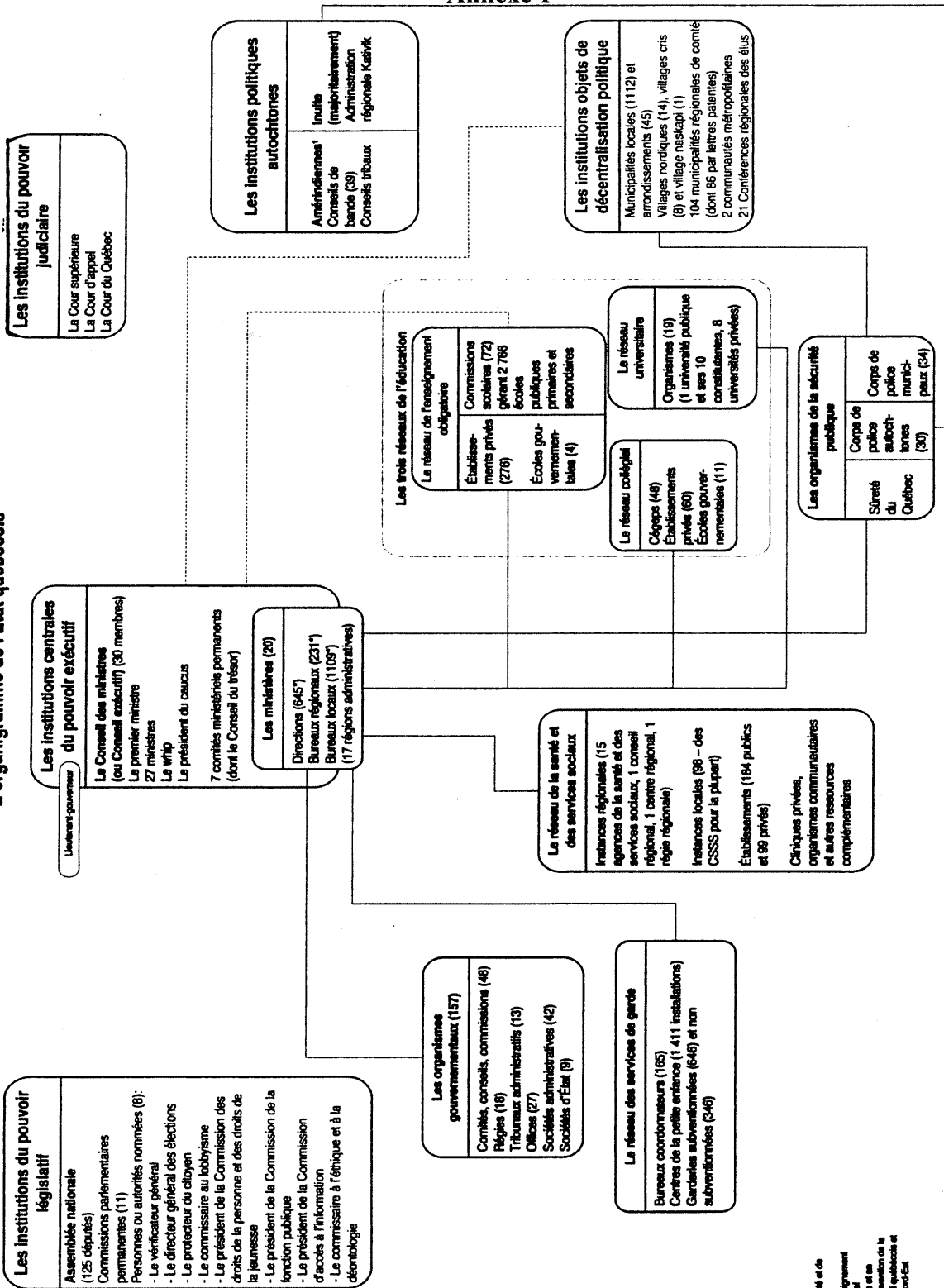
Steele v. Luiseville and Nashville Railroad Co., (1944) 323 U.S. 192 (U.S.S.C.).

Steel Company v. Citizens for a BetterEnvironment, 523 U.S. 83, 36 (1996).

Clinton v. Jones, (95-1853), 520 U.S. 681 (1997).

Annexe 1

L'organigramme de l'État québécois



⁷ Pour 1998
 CSSS: Centres de santé et de services sociaux
 Cégep: Collège d'enseignement général et professionnel
¹ Du judicium fédéral et en conformité avec la Convention de la Baie-James et du Nord québécois et de la Convention du Nord-Est québécois

Annexe 2



**COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE
ET DES DROITS DE LA JEUNESSE**
en faveur de

Nom du plaignant

-et-

**GOUVERNEMENT DU QUÉBEC
(MINISTÈRE DE L'ÉDUCATION)
et
CONSEIL DU TRÉSOR
et
COMITÉ PATRONAL DE NÉGOCIATION (CPNCC)
et
CENTRALE DE L'ENSEIGNEMENT DU QUÉBEC**

CONSENTEMENT

(Article 83 de la *Charte des droits et libertés de la personne*)

Je, soussigné(e), _____, autorise, par la présente, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse à s'adresser au tribunal en vue d'obtenir toute mesure appropriée et pour réclamer en ma faveur toute mesure de redressement qu'elle jugera adéquate.

ET J'AI SIGNÉ À _____
(Lieu de la signature)

(Signature du plaignant)

DATE : _____

Annexe 3

**RENSEIGNEMENTS À FOURNIR
À LA COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE
ET DES DROITS DE LA JEUNESSE**

au soutien du Consentement dans le dossier

**Commission des droits de la personne
et des droits de la jeunesse**

-et-

**Gouvernement du Québec
(Ministère de l'Éducation)
et
Conseil du trésor
et
Comité patronal de négociation (CPNCC)
et
Centrale de l'enseignement du Québec**

Commission scolaire (année 1999-2000) : _____

École (année 1999-2000) : _____

Prénom : _____

Nom : _____

Adresse : _____

N° de téléphone : _____

Adresse électronique (s'il y a lieu) : _____

Date de naissance (année / mois / jour) : _____

Âge au 1^{er} juillet 1997 : _____

Échelon au 30 juin 1997 : _____

Catégorie (scolarité) au 30 juin 1997 : _____

Je déclare que les renseignements fournis dans ce formulaire sont exacts au meilleur de ma connaissance.

(Signature)