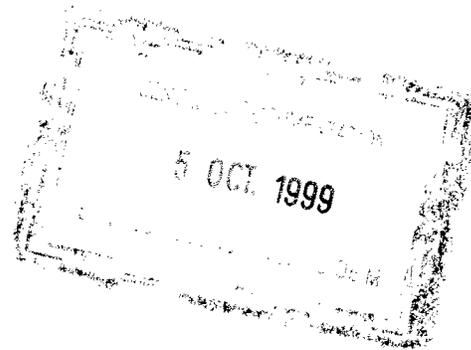


**Comparaison du traitement des plaintes de
discrimination en emploi par l'arbitre de
griefs et le Tribunal des droits de la
personne du Québec : une étude exploratoire**
par
Chantal Robert
Guylaine Vallée

AOÛT 1999

DOCUMENT 99-07



Guylaine Vallée est professeure agrégée à l'École de relations industrielles de l'Université de Montréal et Chantal Robert est étudiante au doctorat en relations industrielles à l'Université de Montréal.

Le texte produit dans ce document de recherche n'engage que la responsabilité des auteurs. La diffusion de ce document est rendue possible grâce à une subvention du Fonds de recherche de l'École de relations industrielles.

L'idée de confier la solution des litiges fondés sur la *Charte des droits et libertés de la personne* à des organismes spécialisés plutôt qu'aux seuls tribunaux de droit commun s'est graduellement imposée au cours des dernières années. Les questions relatives à la Charte relèvent depuis 1989 de la compétence d'un tribunal spécialisé, le Tribunal des droits de la personne du Québec. Concurrément, la compétence de l'arbitre de griefs d'appliquer ou d'interpréter des lois, même des lois de nature constitutionnelle ou quasi-constitutionnelle comme la Charte québécoise, a été graduellement reconnue par la Cour suprême du Canada et dans le *Code du travail*, ce qui permet à l'arbitre de traiter de la plupart des cas de discrimination qui surviennent dans une entreprise syndiquée. Le traitement que fait l'arbitre de griefs de la discrimination en emploi diffère-t-il de celui qui est fait par le Tribunal des droits de la personne? Cet article présente les résultats d'une analyse comparative de 78 décisions rendues entre 1992 et 1996 qui montre l'existence de différences dans le traitement des plaintes en matière de discrimination en emploi par les deux instances. Il souligne ensuite les implications de ces résultats pour les arbitres de griefs, dont le rôle excède de plus en plus le cadre strict de la convention collective pour embrasser l'application des droits fondamentaux dans l'entreprise syndiquée, ce qui transforme la mission initialement rattachée à cette institution des rapports collectifs du travail.

In Canada, the application of the principle of antidiscrimination in employment that is embodied in human rights legislation is not the exclusive jurisdiction of human rights tribunals. In unionized workplaces, grievance arbitrators can make decisions on employment discrimination problems. These circumstances have resulted in a duality of relevant jurisdictional forums. Both arbitral and specialized human rights tribunals can render decisions on employment discrimination problems. Is the principle of antidiscrimination applied or interpreted differently depending on the forum in which a victim of discrimination seeks redress? This paper presents the results of our research based on a comparative analysis of 78 decisions rendered by the *Tribunal des droits de la personne du Québec* and by labour arbitrators between 1992 and 1996. Our study tends to show that there are differences in the application of standards of equality. This paper underlines the study's practical implications for grievance arbitrators, whose role increasingly goes beyond the strict framework of the collective agreement to include the application of fundamental rights within unionized workplaces, thus transforming their mission, which was originally linked to institutions of collective labour relations.

Comparaison du traitement des plaintes de discrimination en emploi par l'arbitre de griefs et le Tribunal des droits de la personne du Québec: une étude exploratoire

Chantal ROBERT et Guylaine VALLÉE*
École de relations industrielles
Université de Montréal

L'idée de confier la solution des litiges fondés sur la *Charte des droits et libertés de la personne*¹ à des organes spécialisés plutôt qu'aux seuls tribunaux de droit commun s'est graduellement imposée au cours des dernières années. Les questions relatives à la Charte relèvent depuis 1989 de la compétence d'un tribunal spécialisé, le Tribunal des droits de la personne du Québec. Concurrément, la compétence de l'arbitre de griefs d'appliquer ou d'interpréter des lois, même des lois de nature constitutionnelle ou quasi-constitutionnelle comme la Charte québécoise, a été graduellement reconnue par la Cour suprême du Canada² et dans le *Code du travail*³, ce qui permet à l'arbitre de traiter de la plupart des cas de discrimination qui surviennent dans une entreprise syndiquée. Actuellement, le Tribunal des droits de la personne du Québec et les arbitres de griefs possèdent donc la compétence nécessaire pour entendre un litige relatif à la discrimination en emploi en milieu syndiqué.

* Me Chantal Robert, étudiante au doctorat en relations industrielles, Université de Montréal et Guylaine Vallée, professeure, École de relations industrielles, Université de Montréal. Cet article est basé sur les résultats du mémoire de maîtrise de Me Chantal Robert, Les plaintes de discrimination en contexte syndiqué: devant l'arbitre de griefs ou devant le Tribunal des droits de la personne?, École de relations industrielles, Université de Montréal, 1997, 177 pages. Les auteures désirent remercier Me Michel Coutu, conseiller juridique à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (CDPDJ) et chercheur associé au Centre de recherche en droit public (CRDP) de l'Université de Montréal pour ses judicieux commentaires. Les opinions exprimées dans le présent article ne lient que leurs auteures.

¹ L.R.Q., c. C-12, ci-après citée «Charte».

² Mc Leod c. Egan, [1975] 1 R.C.S. 517; Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College, [1990] 3 R.C.S. 570; Cuddy Chicks Ltd c Ontario (Commission des relations de travail), [1991] 2 R.C.S. 5; Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration), [1991] 2 R.C.S. 22; Weber c. Ontario Hydro, [1995] 2 R.C.S. 929. Sur les pouvoirs de réparation de l'arbitre de griefs lorsqu'une question relative à la Charte est soulevée devant lui: Fédération des employées et employés de services publics inc. (CSN) c. Béliveau St-Jacques, [1991] R.J.Q. 279, 284-285 (C.A.) (dommages moraux); Ndungidi c. Centre hospitalier Douglas, [1993] R.J.Q. 536 (C.S.) (dommages exemplaires).

³ L.R.Q., c. C-27.

La littérature abondante sur le sujet témoigne de l'importance des enjeux qui entourent cette coexistence juridictionnelle⁴: l'accessibilité aux recours disponibles pour un salarié victime de discrimination⁵, la norme de contrôle judiciaire qui doit prévaloir⁶ et l'exclusivité ou non de la compétence arbitrale⁷. Il semble toutefois que personne n'ait comparé comment les deux

⁴ Voir en particulier: K.E. SWINTON and K.P. SWAN, «The Interaction Between Human Rights Legislation and Labour Law», dans K.E. SWINTON and K.P. SWAN (dir.), Studies in Labour Law, Toronto, Butterworths, 1983, p.111; B. ADELL, «The Rights of Disabled Workers at Arbitration and under Human Rights Legislation», (1991) 1 Labour Arbitration Yearbook, p.167; B. ADELL, «The Rights of Disabled Workers Revisited», (1991) 2 Labour Arbitration Yearbook, p. 181.

⁵ R. BROWN and B. ETHERINGTON, «Weber c. Ontario Hydro: A Denial of Access to Justice for Organized Employee?», (1996) 4 C.L.E.L.J. 182; J.A. NADEAU, «Récents développements en matière de discrimination dans l'emploi», dans Développements récents en droit du travail (1998), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 187, 191-192.

⁶ Voir en particulier: D. NADEAU, «Arbitres de griefs, tribunaux des droits de la personne et normes de contrôle judiciaire: une critique des arrêts *Ross* et *Green Bay*», (1997) 28 R.G.D. 149-199; J.A. NADEAU, loc.cit., note 5, 193-194; K. TABBAKH, «The Standard of Review of Grievance Arbitrators When Deciding on Human Rights Issues: The «Magnificent Goal» vs. Industrial Peace», (1998) 43 R.D. McGill 261.

⁷ Trois tendances ont été examinées dans la doctrine au sujet de l'exclusivité de la compétence arbitrale lorsque des droits fondamentaux sont en jeu: la *non-exclusivité de la compétence de l'arbitre*, nettement dominante dans la doctrine québécoise même si elle repose sur des arguments différents (K. DELWAIDE, «Les articles 49 et 52 de la Charte québécoise des droits et libertés: recours et sanctions à l'encontre d'une violation des droits et libertés garantis par la Charte québécoise», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Application des Chartes des droits et libertés en matière civile, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, p. 95, 97-102; G. OTIS «Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise», (1991) 51 R. du B. 561, 564-569; M. DRAPEAU, «La responsabilité pour atteinte illicite aux droits et libertés de la personne», (1994) 28 R.J.T. 31, 42-43; D. MONET, «Qui a compétence sur le harcèlement au travail?», dans Développements récents en droit du travail (1995), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.1, 44; G. VALLÉE, «Les jugements récents du Tribunal des droits de la personne en matière de discrimination en emploi: nouvelles limitations à la compétence exclusive de l'arbitre de griefs?» dans Développements récents en droit du travail (1993), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1, 18-19; G. MARCEAU, «Le contrôle judiciaire des décisions des arbitres de griefs qui doivent interpréter et appliquer les chartes pour décider d'un grief», dans D. NADEAU et B. PELLETIER (dir.), Actes du colloque Relation d'emploi et droits de la personne, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, pp.169-179; J.A. NADEAU, loc.cit., note 5, 195-196.); dans la foulée de la réforme ontarienne, le *droit d'option* (B. ADELL, «Overlapping Forums in Collective Agreement Administration», dans G. TRUDEAU, G. VALLÉE et D. VEILLEUX (dir.), Études en droit du travail, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, pp.20-22; K. TABBAKH, loc.cit., note 6, 272); et

instances exercent effectivement la compétence qui leur est reconnue en matière de discrimination⁸. Le traitement que fait l'arbitre de griefs de la discrimination en emploi diffère-t-il de celui qui est fait par le Tribunal des droits de la personne? C'est la question à laquelle nous tenterons de répondre dans cet article, à partir d'un échantillon de décisions rendues entre 1992 et 1996 par les deux instances.

Nous faisons l'hypothèse que des différences dans le traitement des plaintes de discrimination seront observées. En effet, l'arbitre et le Tribunal sont des tribunaux spécialisés qui ont développé, au fil du temps, des pratiques, des manières de procéder et de raisonner propres à la mission particulière qui leur a été confiée par le législateur. Ainsi, on attend de l'arbitre de griefs, devant veiller à l'application et à l'interprétation de règles émanant des parties à la convention collective, qu'il possède une connaissance particulière des milieux de travail et des règles qui s'y élaborent. Cela n'est pas le cas du Tribunal des droits de la personne qui se voit confier l'application de règles législatives prééminentes d'application générale et dont les membres doivent justifier d'une sensibilité particulière à l'égard des droits de la personne. On peut aussi penser que les parties qui s'adressent au Tribunal ou à l'arbitre ne sont pas les mêmes, qu'elles ont par rapport à ceux-ci des attentes faisant en sorte qu'elles ne formuleront pas leurs demandes de la même façon selon qu'elles s'adressent à l'une ou l'autre des instances, que les moyens relatifs à la discrimination ne seront pas amenés ni appuyés de la même manière ou encore qu'il existe une tendance à se présenter devant une instance plutôt que l'autre en fonction des motifs invoqués au soutien des demandes ou de l'étape de la relation d'emploi où le litige

dans la foulée de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Weber c. Ontario Hydro, précitée, note 2, *l'exclusivité de la compétence de l'arbitre de griefs* (J.-P. VILLAGGI, Bulletin d'information Travail actualité, CCH, n° 140, mars 1996, pp.5-6. J. PAQUETTE, «La compétence de l'arbitre de griefs pour interpréter et appliquer une loi: synthèse et récents développements», dans Développements récents en droit du travail (1996), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 89, 98 et suiv.).

⁸ R.H. ABRAMSKY, «Grievance Arbitration, External Law and the Problem of Multiple Forums», (1994-1995) Labour Arbitration Yearbook, p. 41, 78. Voir, sur l'arbitrage de griefs: M. COUTU, «L'application des chartes à l'arbitrage de griefs», dans M. BROSSARD, Le point sur l'arbitrage des griefs, Vingt et unième colloque de l'École de relations industrielles, Université de Montréal, 1990, pp. 74-116.

survient puisque le syndicat ne peut représenter que les salariés syndiqués donc, déjà embauchés et ayant terminé leur période probatoire, le cas échéant.

L'objectif premier de notre étude n'est pas de «juger» qui, du Tribunal ou de l'arbitre, rend les «meilleures» décisions en matière de discrimination, ni de déterminer qui rend les décisions les plus conformes à l'état du droit positif en la matière. Il ne s'agit pas non plus de voir si, dans des circonstances de faits identiques, le Tribunal et l'arbitre rendent des décisions similaires⁹. Nous nous demanderons plutôt si le portrait global des cas alléguant discrimination soumis aux deux instances en contexte syndiqué est comparable, si les demandes des parties plaignantes sont les mêmes, si les sources de droit utiles pour trancher le litige, en particulier les précédents établis par la Cour suprême, sont utilisées de la même façon. En abordant l'étude des deux instances sous l'angle de leurs pratiques, nous verrons en quoi des règles de droit similaires comme celles prohibant la discrimination peuvent être «mobilisées» de manière différente en fonction des acteurs impliqués et du forum chargé de les appliquer ou de les interpréter¹⁰. Notre étude porte donc moins sur le résultat de l'application des règles relatives à la discrimination que sur la manière de les mettre en oeuvre. Il s'agit d'une étude exploratoire dans la mesure où notre objectif principal est de vérifier l'existence d'une différence dans le traitement des litiges en matière de discrimination en contexte syndiqué entre deux instances plutôt que d'en identifier les causes. La contribution de notre étude est donc, au premier titre, d'établir l'existence d'un phénomène plutôt que de tenter de l'expliquer¹¹.

⁹ Pour réaliser une telle étude, il faudrait idéalement disposer de cas qui ont donné lieu à des décisions du Tribunal et de l'arbitre, ce qui est rare compte tenu du principe de la litispendance ou de la chose jugée. Une telle étude a cependant été réalisée aux États-Unis à partir de 484 plaintes de discrimination soumises à l'arbitre de griefs et à un organisme spécialisé en matière de droits de la personne et a conclu qu'il n'y avait pas de différence importante dans le résultat des procédures: dans 77 cas seulement, soit 15,9%, la décision de l'organisme spécialisé différait de celle de l'arbitre. Voir: M. HOYMAN and L.E. STALLWORTH, «The Arbitration of Discrimination Grievances in the Aftermath of Gander-Denver», (1984) 39 *Arb. J.* 49, cité par R.H. ABRAMSKY, *loc. cit.*, note 8, p.78.

¹⁰ Voir en ce sens: P. LASCOUMES et É. SERVERIN, «Le droit comme activité sociale: pour une approche wébérienne des activités juridiques», dans P. LASCOUMES (dir.), *Actualités de Max Weber pour la sociologie du droit*, Paris: L.G.D.J., 1995, pp.155-177; A. JEAMMAUD et É. SERVERIN, «Évaluer le droit», (1992) *Dalloz Chron.* 263.

¹¹ Une équipe composée notamment du professeur Guy Rocher du Centre de recherche en droit public (CRDP) de l'Université de Montréal, de Me Michel Coutu, conseiller juridique à la Commission

Précisions méthodologiques

Pour étudier les différences dans le traitement des questions reliées à la discrimination entre le Tribunal et l'arbitre de griefs, nous procéderons à partir de l'analyse de décisions rendues par l'arbitre et le Tribunal dans lesquelles un problème de discrimination en vertu de la Charte québécoise est soulevé.¹² Nous avons retenu un échantillon de sentences arbitrales constitué des sentences, publiées et non-publiées, telles que recensées par la Société Québécoise d'Informations Juridiques (SOQUIJ) de 1992 à 1996 ainsi que l'ensemble des décisions rendues par le Tribunal des droits de la personne durant cette même période¹³. La période retenue pour analyse débute donc avec celle à compter de laquelle le Tribunal a effectivement commencé à rendre des décisions¹⁴.

des droits de la personne et des droits de la jeunesse (CDPDJ) et chercheur associé au CRDP, de Me Jean-Marcel Lapiere, conseiller juridique à la Centrale de l'enseignement du Québec (CEQ) et de Guylaine Vallée de l'École de relations industrielles de l'Université de Montréal traite actuellement, avec une perspective méthodologique élargie, des dimensions descriptives et explicatives de cette question de recherche. Les opinions exprimées dans le présent article ne lient cependant que leurs auteurs.

¹² Nous avons choisi de nous concentrer sur la Charte québécoise parce que son champ d'application n'est pas limité aux seules activités impliquant l'État. En effet, contrairement à la *Charte canadienne*, la *Charte québécoise* s'applique également au niveau des activités courantes n'impliquant que des personnes juridiques privées.

¹³ Nous avons travaillé avec l'ensemble des décisions du Tribunal, plutôt qu'avec un échantillon de celles-ci, étant donné le peu de décisions émanant de cette instance relativement nouvelle dans le système juridique québécois et leur disponibilité. Considérant l'accès difficile à l'ensemble des sentences arbitrales rendues au Québec, nous avons choisi de constituer un échantillon à partir des décisions colligées par SOQUIJ, organisme spécialisé dans la diffusion des décisions rendues par les différentes instances administratives et judiciaires du Québec. Les critères utilisés par SOQUIJ pour diffuser une décision, parmi lesquels on retrouve «l'interprétation d'une convention collective ou d'une loi, un point de droit intéressant, une nouvelle tendance jurisprudentielle, une illustration d'un fort courant jurisprudentiel et un intérêt en fonction du contexte socio-économique» (SOQUIJ, Droit du travail express, notes explicatives-critères de sélection) nous permettent de penser que notre échantillon reflète l'état de la pratique en la matière. Par ailleurs, les décisions diffusées par SOQUIJ sont celles qui sont le plus fréquemment citées dans les affaires subséquentes.

¹⁴ Nous n'avons pas utilisé les sentences arbitrales rendues avant 1992 non pas qu'elles ne présentent aucun intérêt mais bien parce que les décisions du Tribunal n'apparaissent qu'en 1992. Or, puisque nous nous proposons de faire une analyse comparative non seulement du portrait global des plaintes de discrimination soumises à deux instances spécialisées mais aussi du traitement qui en est fait par chacune d'elles, nous ne pouvions que comparer des décisions issues d'un même environnement légal, notamment

Le tableau I nous permet de voir la distribution des décisions que nous avons retenues pour analyse et comparaison.

Tableau I
Classification des décisions analysées

Année	T.D.P.Q. (C.N.S.)*	T.D.P.Q. (C.S.)**	Arbitres
1992	6	4	5
1993	5	5	8
1994	5	9	5
1995	4	10	5
1996	5	4	1
Total	25	32	24

* Décisions rendues par le Tribunal en contexte non-syndiqué.

** Décisions rendues par le Tribunal en contexte syndiqué.

Pour la période retenue, nous disposons de 24 sentences arbitrales et de 57 décisions du Tribunal des droits de la personne. Dans 56% des décisions du Tribunal (soit 32 sur 57), la plaignante ou le plaignant provenait d'un milieu de travail syndiqué¹⁵. Nous avons choisi de répartir les décisions du Tribunal suivant qu'elles aient été rendues en contexte syndiqué ou non syndiqué afin de contrôler l'effet de la présence d'un syndicat sur les caractéristiques et le contexte des décisions rendues par le Tribunal.

quant à l'existence des arrêts de principe de la Cour suprême du Canada concernant les droits et libertés de la personne. Les sujets de la comparaison doivent pouvoir supporter l'analyse. La discrimination étant une notion évolutive, les sentences arbitrales rendues avant 1992 ne l'ont pas été dans un contexte comparable à celui qui prévaut depuis 1992.

¹⁵ Pour en arriver à ce résultat, nous avons retenu les décisions où il apparaissait clairement qu'un syndicat existait et où une administration municipale, un centre hospitalier, un centre d'accueil, un corps policier ou une commission scolaire était mis en cause puisqu'il s'agit d'organismes publics ou para-publics où le personnel est habituellement syndiqué.

Pour vérifier l'existence d'une différence dans le traitement des plaintes de discrimination selon qu'elles relèvent du Tribunal ou de l'arbitre, nous aurons recours à deux types d'analyse différentes mais complémentaires. D'une part, à partir d'indicateurs globaux¹⁶, nous comparerons le profil des plaintes relatives à la discrimination présentées devant les deux instances (I). Dans une deuxième étape, nous procéderons à une analyse des décisions comprises dans notre échantillon. Les critères ici retenus seront différents. Il s'agira de voir quelles sont les sources de droit considérées et quelle est la structure de la décision et ses motivations (II). Nous conclurons ensuite sur les implications de nos résultats, en particulier en ce qui a trait à la mission de l'arbitre de griefs (III).

Notre étude veut cerner les pratiques juridictionnelles entourant l'application d'un corps de règles commun à deux instances. Du point de vue méthodologique, la difficulté réside dans le fait que les données dont nous disposons ne découlent pas de l'observation du processus de prise de décision par le Tribunal ou l'arbitre (assistance aux audiences, analyse des pièces déposées par les parties, entrevues) mais uniquement de l'analyse des décisions qui ont été rendues. Celles-ci contiennent des données relatives aux parties, aux questions qu'elles ont formulées, aux réponses apportées par l'arbitre ou le Tribunal et surtout aux arguments permettant d'en arriver à ces réponses. Ce sont ces éléments qui seront étudiés dans les prochaines sections.

I. LE PROFIL DES PLAINTES DE DISCRIMINATION DEVANT LES DEUX INSTANCES

La première analyse présente la répartition des décisions comprises dans notre échantillon autour de grands indicateurs. À l'occasion de cette analyse d'ensemble, nous voulons en particulier esquisser le contexte dans lequel le Tribunal et l'arbitre sont amenés à trancher des litiges fondés sur la discrimination: le Tribunal et l'arbitre interviennent-ils pour les mêmes motifs de discrimination? Interviennent-ils à la même étape de la relation d'emploi? Est-ce le syndicat, demandeur devant l'arbitre, qui est aussi demandeur devant le Tribunal lorsque les plaintes proviennent d'un contexte syndiqué? Globalement, le taux de succès des plaintes de discrimination est-il comparable ou constate-t-on une différence qui pourrait témoigner d'une

¹⁶ Ces indicateurs seront exposés dans la partie I.

sensibilité particulière de l'une des instances à l'égard des questions de discrimination? Nous pensons que les solutions apportées par les deux instances sont en partie prédéterminées par les cadres du litige tel qu'il est révélé par ces grands indicateurs.

Nous présenterons donc ici six tableaux autour des indicateurs suivants: le résultat des demandes, le résultat des demandes selon la partie plaignante, les motifs invoqués au soutien des demandes, l'étape de la relation d'emploi, les problèmes juridiques soulevés et les différentes réparations recherchées et accordées¹⁷.

A. Résultat des demandes

À l'aide d'un indicateur très général, c'est-à-dire le sort des plaintes soumises, nous voulons vérifier si l'idée commune à l'effet que le Tribunal est mieux placé et plus sensible que l'arbitre pour traiter des plaintes de discrimination en emploi est fondée sur des données objectives.

¹⁷ Par rapport à l'échantillon initial présenté au tableau 1, le nombre total des sentences arbitrales est diminué de deux et le nombre total des décisions du Tribunal diminué de un parce que certaines décisions repérées se sont avérées non pertinentes en ce qu'elles ne se prononçaient pas directement sur la question de discrimination.

Tableau II
Résultat des demandes

	T.D.P.Q. (C.N.S.)	T.D.P.Q. (C.S.)	Arbitres	Total
Accueillies	18 (72 %)	13 (42 %)	10 (45 %)	41 (53 %)
Rejetées	7 (28 %)	18 (58 %)	12 (55 %)	37 (47 %)
Total	25 (100 %)	31 (100 %)	22 (100 %)	78 (100 %)

Dans cette rubrique, nous avons considéré les demandes accueillies telles que présentées ainsi que celles qui ont été accueillies partiellement.

À la lecture de ce tableau, nous constatons une grande différence de résultat devant le Tribunal selon qu'on se trouve ou non en contexte syndiqué. En effet, 72% des demandes sont accueillies lorsque le plaignant ne provient pas d'un milieu de travail syndiqué alors que lorsqu'il provient d'un milieu syndiqué seulement 42% des demandes qui lui sont adressées sont accueillies.

Quant aux arbitres, ils font droit à 45% des demandes qui leurs sont adressées. Il est intéressant de noter que la proportion des demandes accueillies ici est sensiblement la même que celle du Tribunal lorsqu'il est appelé à se prononcer sur une demande provenant d'un contexte syndiqué. Il semble donc que la distinction quant au taux de succès des plaintes soit interne au Tribunal. Par ailleurs, compte tenu du peu de cas sous étude, nous ne pensons pas pouvoir inférer quoi que ce soit de cette similitude statistique. Il nous faut aller davantage en profondeur, à l'aide d'indicateurs plus spécifiques pour pouvoir tirer des conclusions de quelque nature qu'elles soient.

B. Résultat des demandes selon la partie plaignante

C'est le syndicat qui est toujours l'auteur de la plainte de discrimination déposée devant l'arbitre de griefs. La situation est cependant plus complexe devant le Tribunal des droits de la

personne. En principe c'est la Commission qui, après enquête, décide de poursuivre ou non devant le Tribunal¹⁸. Conformément à l'état du droit alors applicable, ce n'est que lorsque la Commission refuse de déposer une plainte devant le Tribunal que la partie plaignante peut le faire personnellement¹⁹. Il est donc intéressant de voir en contexte syndiqué qui est la partie privée qui s'adresse à la Commission ou, le cas échéant, directement au Tribunal: le syndicat ou le salarié.

Dans le tableau qui suit, nous avons d'abord voulu mettre en relief le rôle que joue la Commission dans le processus du traitement des plaintes de discrimination au travail. Cette démarche nous apparaît importante vu notre hypothèse mais aussi vu les nombreuses critiques qui ont été adressées à la Commission notamment qu'elle ait développé une «approche timide de la définition de la discrimination»²⁰.

¹⁸ Charte, art.71, 78, 79, 80 et 111.

¹⁹ Id., art. 84 et 111. Dans la décision Ménard c. Rivest, [1997] R.J.Q. 2108 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada), la Cour d'appel vient toutefois limiter l'accès du plaignant au Tribunal des droits de la personne lors du refus de la Commission de poursuivre la plainte devant le tribunal en vertu des articles 77 ou 78 de la Charte. Voir: F. POIRIER et L. LAMARCHE, «L'accès du Tribunal des droits de la personne du Québec: une fréquence modulée», (1997) 57 R. du B. 785.

²⁰ A. CÔTÉ et L. LEMONDE, Discrimination et Commission des droits de la personne, Montréal, Éditions Saint-Martin, 1988, p.29.

Tableau III
Résultat des demandes selon la partie plaignante

	Accueillies		Rejetées		Total	
	C.N.S.	C.S.	C.N.S.	C.S.	C.N.S.	C.S.
C.D.P.Q.	15 (83 %)	15 (85 %)	6 (86 %)	6 (33 %)	21 (84 %)	17 (55 %)
Partie privée	3 (17 %)	2 (15 %)	1 (14 %)	12 (67 %)	4 (16 %)	14 (45 %)
Total	18 (100 %)	13 (100 %)	7 (100 %)	18 (100 %)	25 (100 %)	31 (100 %)

On peut constater que lorsque la Commission décide de déferer la plainte qui lui est soumise devant le Tribunal, qu'on soit en contexte syndiqué ou non, la proportion des plaintes accueillies est sensiblement la même soit 83% en contexte non syndiqué et 85% en contexte syndiqué. De même, lorsque c'est le plaignant qui porte personnellement sa plainte devant le Tribunal, qu'on soit en contexte syndiqué ou non, moins de 20% des plaintes sont accueillies soit 17% lorsque nous sommes en contexte non syndiqué et 15% lorsque nous sommes en contexte syndiqué. Ces dernières données nous amènent à croire que la Commission joue assez bien son rôle de «filtreur» des plaintes de discrimination en emploi si on considère que moins de deux fois sur dix, lorsqu'elle décide de ne pas mener d'enquête ou lorsqu'elle cesse d'agir au nom du plaignant après enquête, le Tribunal donne raison à la partie plaignante qui a poursuivi personnellement.

Par contre, on voit qu'il existe une différence importante dans la proportion des plaintes qui sont rejetées par le Tribunal selon qu'on soit en contexte syndiqué ou non et selon la partie qui a déposé la plainte. En contexte non syndiqué, 86% des plaintes rejetées ont été présentées par la Commission alors que cette proportion n'est que de 14% lorsque c'est le plaignant lui-même qui a déposé sa plainte. À l'inverse, en contexte syndiqué, les plaintes rejetées alors qu'elles ont été présentées par la Commission ne représentent que 33% des cas alors que le plaignant qui dépose sa plainte lui-même la verra rejetée dans 67% des cas. Nous pensons que la différence

de traitement de la demande selon qu'on soit en contexte syndiqué ou non syndiqué est en partie attribuable, comme nous le verrons, au fait que les plaintes surviennent à des étapes différentes de la relation d'emploi selon qu'on soit en contexte syndiqué ou non syndiqué. Par ailleurs, il est intéressant de noter que la Commission prend fait et cause pour le plaignant dans plus de 84% des cas lorsque nous sommes en contexte non syndiqué alors que cette proportion n'est que de 55% lorsque nous sommes en contexte syndiqué.

Quant à savoir qui est la partie plaignante en contexte syndiqué, il nous faut souligner que malgré le fait qu'un syndicat puisse déposer une plainte auprès de la Commission ou devant le Tribunal²¹, la demande introductive d'instance en contexte syndiqué origine toujours du travailleur personnellement, tant devant la Commission que devant le Tribunal. En d'autres termes, le syndicat ne s'implique pas, du moins formellement, au-delà des recours traditionnels prévus à la convention collective et au *Code du travail*.

C. Motifs invoqués au soutien des demandes soumises

Dans le prochain tableau, nos indicateurs sont tout simplement les différents motifs pouvant être invoqués devant chacune des instances. Nous avons cru bon de distinguer les demandes selon qu'il s'agisse d'une demande alléguant la discrimination ou le harcèlement afin de vérifier sommairement s'il existe à ce niveau particulier une différence possible dans les plaintes soumises à chacune des instances. D'une part, ces indicateurs nous permettent d'établir des bases de comparaison possibles entre le Tribunal et l'arbitre de griefs. Il va de soi que pour pouvoir conclure à une différence de traitement des plaintes de discrimination en emploi entre les deux instances, il nous faut comparer des problèmes similaires c'est-à-dire des problèmes dont la solution requiert l'appréciation de règles communes. D'autre part, ces mêmes indicateurs rendent possible la mise en évidence d'une éventuelle spécialisation des instances en fonction des motifs de discrimination invoqués au soutien des plaintes. Il est possible en effet que les parties aient développé des pratiques judiciaires différentes selon les motifs qui sont au centre du problème de discrimination qui les occupent.

²¹ Charte, art. 74 et 84.

Tableau IV
Motifs invoqués au soutien des demandes

Motifs invoqués	T.D.P.Q. (C.N.S.)		T.D.P.Q. (C.S.)		Arbitres	
	Discrimi- nation	Harcèle- ment	Discrimi- nation	Harcèle- ment	Discrimi- nation	Harcèle- ment
Sexe	4 (16 %)	8 (32 %)	2 (7 %)	2 (6 %)	5 (23 %)	2 (9 %)
Race / Couleur / Origine ethnique	2 (8 %)		3 (10 %)	1 (3 %)		1 (4,5 %)
Âge	3 (12 %)		6 (19 %)		2 (9 %)	
Religion	2 (8 %)		2 (7 %)	1 (3 %)	1 (4,5 %)	
Grossesse	3 (12 %)		1 (3 %)		1 (4,5 %)	
Handicap	2 (8 %)		12 (39 %)		2 (9 %)	
Langue	1 (4 %)					
État civil	3 (12 %)		4 (12 %)		1 (4,5 %)	
Orientation sexuelle				1 (3 %)		
Conviction politique			1 (3 %)	1 (3 %)	1 (4,5 %)	
Condition sociale					1 (4,5 %)	
Exercice d'un droit prévu à la convention collective					1 (4,5 %)	1 (4,5 %)
Droit d'association					1 (4,5 %)	
Antécédents judiciaires					2 (9 %)	
Total	20 (80 %)	8 (32 %)	31 (100 %)	6 (19 %)	18 (82 %)	4 (18 %)
Nombre de demandes	25 (100 %)		31 (100 %)		22 (100 %)	

À la lecture de ce troisième tableau, on remarque qu'il y a plus de motifs invoqués au soutien des demandes que de demandes adressées aux instances. Cela s'explique par le fait que bien souvent, le plaignant invoque plus d'un motif de discrimination au soutien de sa demande. Par exemple, dans une affaire le plaignant réclamait de la partie défenderesse une somme de 45 000\$ en dommages matériels, moraux et exemplaires ainsi que des mesures de redressement *en raison de divers gestes discriminatoires et de harcèlement fondés sur sa religion et ses convictions politiques*²².

Ceci étant dit, on remarque également que la diversité des motifs invoqués est plus grande devant les arbitres. En effet, contrairement à ce qui se passe devant le Tribunal, il n'y a pas de concentration au niveau d'un ou de deux motifs. Par exemple, 9% des demandes soumises à l'arbitre invoquent la discrimination fondée sur l'âge, 4,5% la discrimination fondée sur la grossesse, 4,5% le harcèlement en raison de la race, la couleur ou l'origine ethnique. Le motif le plus souvent invoqué est celui de la discrimination fondée sur le sexe et ne représente que 23% des cas. Quant à la situation devant le Tribunal, il est intéressant de voir que lorsque nous sommes en contexte syndiqué dans plus de 39% des cas il s'agit d'une demande fondée, en tout ou en partie, sur la discrimination en raison d'un handicap alors que dans le contexte non syndiqué 32% des demandes sont fondées sur du harcèlement sexuel.

Ce tableau ne met pas non plus en évidence une quelconque spécialisation des instances en fonction des motifs possibles de discrimination interdit par la Charte. Par conséquent, force est de constater que le motif invoqué au soutien d'une plainte n'intervient pas pour détecter une différence de traitement des plaintes de discrimination.

D. Étape de la relation d'emploi

Les indicateurs reliés à l'étape de la relation d'emploi ont été retenus parce qu'ils nous permettront peut-être d'expliquer la concentration de certains motifs invoqués au soutien des demandes devant le Tribunal. De plus, au même titre que les motifs invoqués, ces indicateurs

²² Rondeau c. Syndicat des employé(e)s du centre de services sociaux du Montréal métropolitain, T.D.P. Montréal, n° 500-53-000019-941, 29 mars 1995, j.Brossard (nos italiques).

nous fourniront peut-être une base de comparaison possible entre les deux instances. L'expertise de l'arbitre de griefs s'exerce lorsque le lien d'emploi est déjà constitué, il semble donc logique qu'il soit davantage interpellé durant la relation d'emploi et moins au moment de la création du lien d'emploi. Par conséquent, le Tribunal, en contexte syndiqué, interviendra plutôt au niveau de l'embauche puisqu'en principe, le plaignant une fois syndiqué, aura tendance à procéder en la manière prescrite par la convention collective et ainsi à s'adresser, par le biais du syndicat, à l'arbitre de griefs spécialiste des rapports collectifs de travail.

Tableau V
Étape de la relation d'emploi

	T.D.P.Q. (C.N.S.)	T.D.P.Q. (C.S.)	Arbitres	Total
Embauche	4 (16 %)	14 (45 %)	0	18 (23 %)
Promotion / mutation ou attribution de poste	0	6 (20 %)	8 (36 %)	14 (18 %)
En cours d'emploi	6 (24 %)	3 (10 %)	9 (40 %)	18 (23 %)
Mise à pied	0	1 (3 %)	2 (9 %)	3 (4 %)
Congédiement	10 (40 %)	5 (16 %)	3 (14 %)	18 (23 %)
Démission	5 (20 %)	1 (35 %)	0	6 (8 %)
Autres	0	1 (3 %)	0	1 (1 %)
Total	25 (100 %)	31 (100 %)	22 (100 %)	78 (100 %)

Ce tableau est un des plus intéressants parce qu'il nous permet de tirer plusieurs conclusions. Il reflète bien la présence syndicale au cours des différentes étapes d'une relation d'emploi. Chacune des instances semble intervenir à un moment bien précis de la relation d'emploi. On peut voir que la majorité des demandes adressées au Tribunal se situent au niveau

de la création du lien d'emploi²³ lorsque nous sommes en contexte syndiqué, à la fin du lien d'emploi²⁴ lorsque nous sommes en contexte non syndiqué alors que les demandes adressées aux arbitres se retrouvent davantage en cours d'emploi²⁵.

En effet, 60% des demandes adressées au Tribunal en milieu non syndiqué sont faites dans un contexte de rupture du lien d'emploi alors que cette proportion n'est que de 19% lorsque la demande est adressée au Tribunal en contexte syndiqué et de 14% lorsqu'elle est adressée à un arbitre de griefs. De même, plus de 45% des demandes adressées au Tribunal lorsque nous sommes en contexte syndiqué concernent la création du lien d'emploi alors que cette proportion n'est que de 16% lorsque nous sommes en contexte non syndiqué. Il est évident qu'aucune demande n'est adressée aux arbitres au niveau de l'embauche puisque lors de la création du lien d'emploi le postulant n'est pas encore syndiqué. D'ailleurs c'est ce qui pourrait expliquer, du moins en partie, le fait que cette proportion soit si élevée devant le Tribunal lorsque nous sommes en contexte syndiqué. Par ailleurs, plus de 87% des demandes qui sont faites aux arbitres le sont en cours d'emploi par rapport à 33% pour le Tribunal lorsque nous sommes en contexte syndiqué et à 24% en contexte non syndiqué.

À la lecture de ce tableau, nous pouvons avancer certaines tendances relativement à la concentration des motifs invoqués au soutien des demandes devant le Tribunal. Nous avons vu qu'en contexte non syndiqué, 32% des demandes sont fondées, en tout ou en partie, sur le harcèlement sexuel. Or, il est assez fréquent que ce genre de situation conduise à la rupture du lien d'emploi, étape où le Tribunal intervient le plus souvent, soit dans 60% des cas sous étude, en contexte non syndiqué. De même, en contexte syndiqué, on retrouve une forte concentration soit 39% des demandes qui allèguent la discrimination fondée sur le handicap. Une des pratiques de gestion consiste à exiger du travailleur qu'il se soumette à un examen médical comme condition d'embauche. Or, il appert que le Tribunal, en contexte syndiqué, intervient lors de la création du lien d'emploi dans une proportion de 45% des cas sous étude. Pure coïncidence?

²³ Nous avons considéré uniquement la rubrique *embauche*.

²⁴ Nous avons considéré que les rubriques *congédiement* et *démission* entraînent dans cette catégorie.

²⁵ Nous avons considéré que les rubriques *promotion/mutation ou attribution, en cours d'emploi* ainsi que *mise à pied* entraînent dans cette catégorie.

Nous ne le croyons pas, nous sommes plutôt d'avis que cela reflète une réalité institutionnelle. Il n'existe pas de spécialisation des instances reliées aux motifs invoqués par les parties mais la spécialisation de ces deux tribunaux semble structurer et orienter le portrait global du cheminement des plaintes de discrimination en emploi au Québec autour de l'étape de la relation d'emploi.

E. Problèmes juridiques soulevés par la demande

Il nous est également apparu essentiel de nous pencher sur les problèmes juridiques soulevés par la demande adressée à l'une ou l'autre des instances. Nous avons regroupé les différents problèmes juridiques relevant de la discrimination en emploi sous trois indicateurs différents selon les règles de droit qu'ils impliquent.

Le cheminement habituel de l'analyse d'une plainte de discrimination ressemble à ceci. Dans un premier temps, il faut décider s'il y a eu ou non discrimination au sens de la Charte. Dans un deuxième temps, s'il y a effectivement discrimination, la partie défenderesse peut soulever l'exception prévue à l'article 20 de la Charte en vertu de laquelle une distinction, une exclusion ou une préférence basée sur un critère discriminatoire est réputée non discriminatoire si elle constitue une exigence professionnelle normale ou soulever la défense de la contrainte excessive reliée à l'obligation d'accommodement raisonnable.

Le tableau qui suit présente la répartition des décisions suivant ces trois problèmes juridiques: l'existence de la discrimination, l'exigence professionnelle normale, l'accommodement raisonnable²⁶.

²⁶ Nous avons classé chacune des décisions selon l'endroit où s'arrête l'analyse faite par l'instance de la plainte qui lui a été soumise. Par exemple, si on a répondu par la négative à la question de savoir s'il y a ou non discrimination, la décision a été classée comme soulevant le problème de savoir s'il y a eu discrimination ou harcèlement au sens de la Charte. Il en va de même si on a jugé qu'il y avait discrimination mais que l'employeur n'a pas soulevé la défense de l'exigence professionnelle normale. Par contre, si l'employeur a soulevé cette défense, nous avons classé la décision comme soulevant le problème de l'exigence professionnelle normale.

Tableau VI
Problèmes juridiques soulevés

	T.D.P.Q. (C.N.S.)		T.D.P.Q. (C.S.)		Arbitres		Total
	Discrimi- nation	Harcèle- ment	Discrimi- nation	Harcèle- ment	Discrimi- nation	Harcèle- ment	
Y a-t-il ?	12 (48 %)	7 (28 %)	14 (45 %)	4 (13 %)	14 (64 %)	4 (18 %)	55 (71 %)
Exigence profes- sionnelle normale	4 (16 %)		11 (36 %)		2 (9 %)		17 (22 %)
Accom- modement raison- nable	2 (8 %)		2 (6 %)		2 (9 %)		6 (7 %)
Total	25 (100 %)		31 (100 %)		22 (100 %)		78 (100 %)

La nature des problèmes juridiques soulevés au niveau de chacune des instances est sensiblement la même si ce n'est que l'exigence professionnelle normale est plus représentée devant le Tribunal lorsqu'il entend un litige provenant d'un contexte syndiqué. Cette différence est probablement attribuable au fait que la question de l'exigence professionnelle normale est habituellement soulevée lors de l'embauche puisqu'elle implique les aptitudes et qualités requises pour occuper un emploi et que lors de l'embauche, le postulant n'est pas encore syndiqué.

Par ailleurs, on remarque que le problème juridique le plus souvent soulevé demeure à savoir s'il y a ou non discrimination ou harcèlement. Cela peut s'expliquer par le rôle que les parties jouent dans une plainte de discrimination. Dans les décisions que nous avons considérées pour notre analyse, il appert que très souvent l'employeur n'a pas présenté de défense reliée à l'exigence professionnelle normale et que les plaignants ont rarement fait des plaintes de discrimination indirecte soulevant l'obligation d'accommodement raisonnable qui incombe à l'employeur dans la recherche du respect au droit à l'égalité promu par la Charte.

F. Réparations recherchées et accordées

Le débat juridictionnel n'a de sens pour le justiciable que dans la mesure où il existe une différence de traitement des plaintes de discrimination en emploi pouvant altérer la sauvegarde des droits protégés par la Charte. Nous avons donc jugé qu'il était plus que pertinent de vérifier si le type de réparation qu'un justiciable peut s'attendre à recevoir en raison du préjudice subi par l'acte discriminatoire dont il a été victime est semblable d'une instance à l'autre.

Tableau VII
Types de réparations

Réparations	T.D.P.Q. (C.N.S.)		T.D.P.Q. (C.S.)		Arbitres	
	Recher- chées	Accor- dées	Recher- chées	Accor- dées	Recher- chées	Accor- dées
Réintégration / Attribution de poste	2 (8 %)	2 (8 %)	9 (29 %)	3 (10 %)	12 (55 %)	7 (32 %)
Dommages matériels	19 (76 %)	13 (52 %)	20 (65 %)	6 (19 %)	14 (64 %)	8 (36 %)
Dommages moraux	22 (88 %)	15 (60 %)	26 (84 %)	13 (42 %)	3 (14 %)	1 (5 %)
Dommages exemplaires	9 (36 %)	4 (16 %)	9 (29 %)	0	1 (5 %)	0
Total des décisions	25		31		22	

Ce tableau vient renforcer l'idée que la différence dans le traitement de la discrimination résulte notamment des pratiques judiciaires de ceux qui estent en justice. Les arbitres imposent moins souvent des dommages exemplaires que le Tribunal parce que moins réclamés devant eux: le tableau est on ne peut plus clair à ce chapitre, un seul plaignant ayant réclamé des dommages exemplaires à un arbitre. Le Tribunal rend moins de décisions comportant l'attribution ou la réintégration d'un poste que les arbitres: l'arbitre ordonne la réintégration ou l'attribution d'un

poste dans plus de 58% des cas où cette demande lui est faite alors que le Tribunal, en contexte syndiqué, ne l'ordonne que dans un peu plus de 33% des cas.

Pour l'instant, on peut constater qu'il existe un écart assez important entre les types de dommages réclamés devant chacune des instances et même devant le Tribunal selon que la demande soit issue d'un contexte syndiqué ou non syndiqué. Bien sûr, une partie de ces différences est due au fait que la demande est faite à des moments différents de la relation d'emploi. Par exemple, nous l'avons vu, beaucoup de décisions rendues par le Tribunal, en contexte syndiqué, résultent d'une demande invoquant la discrimination fondée sur un handicap lors de l'embauche et où la défense de l'exigence professionnelle normale est soulevée alors que lorsqu'il se prononce sur une demande qui provient d'un contexte non syndiqué, le Tribunal se penche plus souvent sur des cas de harcèlement sexuel qui ont débouché sur une rupture du lien d'emploi. Il n'est donc pas surprenant que dans ce dernier cas il soit appelé à ordonner plus souvent le versement de dommages compensatoires et exemplaires que dans les cas où il agit dans un contexte syndiqué. En effet, puisque le harcèlement sexuel au travail débouche assez souvent sur la rupture du lien d'emploi, ne peut-on pas penser que le plaignant sera davantage porté à demander des dommages matériels (perte de salaire) moraux et exemplaires? Quant à l'arbitre, puisqu'il se prononce plus souvent sur des litiges qui surviennent en cours d'emploi, il nous apparaît normal qu'il soit davantage sollicité et enclin à ordonner l'attribution ou la réintégration d'un poste.

Le tableau concernant les types de réparations illustre bien que le rôle des parties n'est pas étranger aux différences qui peuvent survenir dans l'analyse qui est faite de la discrimination par chacune des instances²⁷.

G. Une spécialisation institutionnelle?

²⁷ Plus concrètement on peut citer, à titre d'exemple, l'affaire Poliquin c. Collège de Victoriaville, [1993] R.J.Q. 350 (T.D.P.), où la demande au Tribunal portait sur l'obtention d'une compensation pour pertes futures de même que sur l'obtention de dommages pour atteinte à la réputation advenant la non-réintégration alors que le grief visait l'obtention de la réintégration de la salariée et des dommages compensatoires matériels représentant la perte de salaire et autres avantages perdus à la suite du congédiement illégal dont a été victime la salariée.

L'examen des indicateurs globaux que nous venons de compléter nous indique que le portrait global des plaintes relatives à la discrimination entre les deux instances est fortement différent. À cet égard, quatre grandes caractéristiques méritent en particulier d'être relevées.

Tout d'abord, il importe de rappeler que les deux instances n'interviennent pas aux mêmes étapes de la relation d'emploi. C'est d'ailleurs ce qui expliquerait, du moins en partie, la concentration de certains motifs de discrimination invoqués devant le Tribunal selon que la plainte soit issue d'un milieu syndiqué ou non syndiqué mais encore plus important, cela met en évidence l'importance de la mission dévolue à chacune des instances. Nous croyons que cette «division du travail» entre le Tribunal et l'arbitre est une des conséquences de la spécificité institutionnelle de l'arbitrage de griefs. En effet, l'arbitre de griefs, tirant sa juridiction de la convention collective, n'est accessible que dans la mesure où le travailleur victime de discrimination est protégé par les termes de la convention collective applicable²⁸.

Ensuite, il semble que les attentes mêmes des parties qui se présentent devant les deux instances soient fortement différentes. D'une part, les demandes de réparation ne sont pas les mêmes et d'autre part, les moyens de défenses soulevés par les employeurs sont également différents. Il s'agit ici aussi d'une conséquence de la spécificité institutionnelle de l'arbitrage de griefs. Non seulement l'arbitre de griefs est-il lié par les termes de la convention collective mais nos résultats montrent que les parties ont développé des pratiques particulières face à ce tribunal.

Par ailleurs, il nous faut noter qu'il existe des différences internes au Tribunal des droits de la personne selon qu'on soit en contexte syndiqué ou non syndiqué. Ces différences concernent la concentration des motifs invoqués, l'étape de la relation d'emploi et le sort de la plainte. Nous avons constaté qu'en contexte syndiqué, le Tribunal est davantage appelé à

²⁸ À cet effet, voir: Union des employés du transport local et industries diverses c. Laboratoires Atlas, D.T.E. 92T-125, T.A. 91-09395, 19 novembre 1991, p. 30 où l'arbitre rejette le grief en écrivant: «[L]a distinction entre le droit de déposer un grief et le droit à l'égalité est subtile mais non moins réelle. **N'étant pas assujetti à la protection de la convention collective en matière de discrimination** pour des événements survenus postérieurement à sa mise à pied, Mme Dextras détient(*sic*) néanmoins les mêmes droits à l'égalité que tout autre citoyen tel qu'établi à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne. **C'est donc à la Commission des droits de la personne qu'elle doit adresser sa plainte.**» (nous avons utilisé le caractère gras)

intervenir lors de la création du lien d'emploi et qu'il existe une concentration au niveau du handicap alors qu'en contexte non syndiqué, cette concentration se situe au niveau de la discrimination/harcèlement fondé sur le sexe et le Tribunal intervient de façon plus importante lors de la rupture du lien d'emploi. Quant au sort de la plainte, il est ressorti de l'analyse que le Tribunal rejette moins souvent les plaintes issues d'un milieu de travail non syndiqué que d'un milieu de travail syndiqué.

Finalement, rappelons que les parties au litige sont différentes. Le syndicat toujours auteur des plaintes de discrimination devant l'arbitre de griefs brille par son absence, du moins formellement, devant le Tribunal en contexte syndiqué.

En résumé, disons que ce n'est pas tant le taux de succès des plaintes de discrimination que certaines caractéristiques relatives au contexte de ces plaintes qui illustrent le mieux les distinctions générales que nous avons établies entre les plaintes entendues par les deux niveaux.

II. ANALYSE QUALITATIVE DES DÉCISIONS

Le profil des plaintes alléguant discrimination devant le Tribunal et l'arbitre présente des caractéristiques différentes. Cependant, les deux instances doivent pour les trancher appliquer des règles de droit équivalentes, tirées de la *Charte des droits et libertés de la personne* applicables à titre de règles impératives. Il importe maintenant de voir comment le Tribunal et les arbitres procèdent dans l'application de principes qui leur sont communs. De quelle façon appliquent-ils les règles relatives à la discrimination quant aux cas qui leur sont soumis?

Les tribunaux canadiens disposent d'une grande liberté de forme. Ils ont certes l'obligation de motiver leur décision mais celle-ci se présente de manière différente. Or, cette liberté de forme est bien présente dans l'activité des arbitres mais aussi dans l'activité des différents juges qui siègent au Tribunal des droits de la personne. Ce ne sont toutefois pas ces différences personnelles que nous voulons mettre ici en évidence mais bien les différences relatives à la manière de rendre jugement qui se rattache à la juridiction en cause. Nous sommes d'avis que l'appréciation que feront l'arbitre de griefs et le Tribunal de la teneur des règles communes sera différente puisque les gens qui y exercent leurs fonctions sont issus de milieux où les traditions

sont fort différentes. En effet, les juges qui siègent au Tribunal des droits de la personne sont désignés parmi les juges de la Cour du Québec en fonction de leur expertise et de leur intérêt en matière de droits et libertés de la personne alors que l'arbitre de griefs est nommé par les parties, ou par le ministre, en fonction de son expertise en matière de relations de travail. On peut penser que les sources de droit utilisées par le Tribunal et par l'arbitre seront probablement différentes, que les deux instances n'utiliseront pas les mêmes précédents c'est-à-dire que pour l'essentiel, elles auront tendance à citer la jurisprudence qui relève de leur juridiction, ce qui peut paraître normal puisqu'il s'agit de deux instances spécialisées. De même, il est à prévoir que l'arbitre, contrairement au Tribunal, n'utilisera que très peu la doctrine puisque sa mission vise d'abord à interpréter l'intention des parties et non celle du législateur. Nous pensons également qu'il y aura des différences au niveau de l'appréciation de la preuve puisque l'arbitre, contrairement au Tribunal, est tenu par les règles émanant de la convention collective. Par ailleurs, nous pensons que le traitement des plaintes de discrimination par les arbitres de griefs pourra varier en fonction de la perception qu'ont ces derniers de leur compétence à trancher un litige relevant de la Charte. Les arbitres connaissent la polémique entourant la concurrence de juridictions qui existe avec le Tribunal au sujet de la discrimination en emploi et ne sont certes pas sans opinion sur le sujet. Par conséquent, nous sommes d'avis que cela pourrait conduire à une différence dans le traitement des questions de discrimination au sein même de la juridiction arbitrale.

Afin d'évaluer la mise en oeuvre des règles de droit relatives à la discrimination, nous avons confectionné des grilles d'analyse à partir des articles pertinents de la Charte et des décisions de la Cour suprême. Notre comparaison a été faite en deux temps: l'analyse de la

notion de discrimination en tant que telle²⁹ (A) puis l'analyse qui est faite des différents types de réparations³⁰ (B).

²⁹ Du point de vue juridique, la première question concerne la qualification même de ce qu'est la discrimination. C'est dans cette optique que nous avons bâti la grille d'analyse de la notion de discrimination. Tout d'abord, nous avons réservé une partie de la grille au harcèlement parce que pour être défendu par la Charte, le harcèlement doit reposer sur un des motifs de discrimination prohibés par celle-ci ce qui implique un certain nombre de commentaires quant au motif du harcèlement. Dans la seconde partie de notre grille, nous avons traité du motif de discrimination soulevé dans la plainte. Dans un premier temps, nous avons cherché la définition proposée, le cas échéant, par l'instance à qui était adressée la plainte. Par la suite, nous avons commenté cette définition: était-elle timide ou libérale? était-elle tirée de la jurisprudence? si oui, de quelle(s) décision(s)? était-elle tirée ou appuyée par la doctrine? si oui, de quel texte? Dans un deuxième temps, nous avons formulé nos impressions générales à la suite de la lecture de la décision à l'aide d'une liste des points de référence suivants:

- Évaluation des trois éléments de preuve nécessaires pour conclure à la discrimination;
- Logique de la rédaction de la décision, compréhensibilité du raisonnement de l'adjudicateur;
- Citation des précédents;
- Citation de l'autre instance;
- Conformité de l'analyse dans son ensemble avec les paramètres proposés par la Cour suprême;
- Qualification des dommages matériels/ moraux/ exemplaires;
- Évaluation des dommages subis;
- Prise en considération du contexte particulier des rapports collectifs de travail;

Pour les sentences arbitrales s'ajoutaient quelques points de référence supplémentaires:

- Place occupée par la question de Charte par rapport au reste de la sentence;
- Malaise ressenti par l'arbitre quant à sa compétence pour trancher une question relevant de la Charte (question juridictionnelle);
- L'analyse de la discrimination occupe-t-elle une place particulière?;
- Évitement de la question de Charte par des arguments fondés sur la convention collective permettant la même conclusion;
- L'arbitre est-il avocat?

³⁰ Lorsqu'une instance arrive à la conclusion qu'il y a bel et bien eu discrimination au sens de la Charte, elle doit voir à ce que la victime soit compensée pour les dommages subis en raison de l'acte discriminatoire. Il faut mentionner que pour obtenir réparation, la victime doit en faire la demande puisqu'une instance ne peut ordonner plus que ce qu'il lui est réclamé. Nous avons donc voulu vérifier la nature des dommages réclamés devant chacune des instances mais aussi, le cas échéant, évaluer l'écart entre ce qui était demandé par une victime et ce qui a été octroyé par l'instance saisie du litige. Pour ce faire, nous avons construit la grille d'analyse des réparations recherchées et accordées.

Cette grille est scindée en deux parties. D'un côté, nous avons fait état des différentes réparations recherchées sous quatre postes. Le premier poste concerne la réintégration ou l'attribution d'un poste. Le deuxième porte sur les dommages matériels: réclame-t-on un montant à titre de perte de salaire et/ou à titre de perte d'avantages sociaux? Si oui, quel est ce montant? Le troisième poste s'intéresse quant à lui aux dommages moraux: quelle somme réclame-t-on et surtout sur quelle base? Le quatrième et dernier poste relève des dommages exemplaires: en réclame-t-on et quelle preuve est présentée pour justifier leur attribution?

De l'autre côté de la grille, nous avons vérifié les réparations accordées en reprenant chacun de ces

A. La discrimination

D'emblée, nous pouvons affirmer que le traitement des plaintes de discrimination est différent selon qu'elles soient présentées devant l'arbitre de griefs ou le Tribunal des droits de la personne.

Le Tribunal des droits de la personne adopte une démarche sensiblement uniforme quant au traitement des plaintes de discrimination qui lui sont soumises et ce, que la plainte provienne d'un milieu syndiqué ou non. Dans la majorité des décisions que nous avons consultées, le Tribunal fait état de la plainte et des compensations réclamées, il identifie clairement les questions auxquelles il devra répondre, il rapporte les faits qui ont donné lieu à la plainte, il explique les règles de droit applicables à l'espèce pour terminer en appliquant ces règles de droit aux faits. Notons que l'uniformité de la démarche est probablement facilitée par l'uniformité dans la formulation des plaintes que le Tribunal reçoit. En effet, c'est la Commission des droits de la personne qui dépose la plupart des plaintes devant le Tribunal, que celles-ci soient issues d'un contexte syndiqué ou non. Il appert donc que la Commission systématise la présentation des plaintes d'une façon très linéaire. Ces constatations semblent anodines mais nous permettent tout de même de faire quelques commentaires.

D'une part, cette approche qui s'inscrit dans la plus pure tradition judiciaire permet au Tribunal d'évaluer la preuve qui lui est soumise conformément aux prescriptions du plus haut tribunal du pays. De cette façon, on couvre systématiquement les éléments de preuve requis pour établir la discrimination soit le fait qu'il y a eu une distinction, exclusion ou préférence, que cette distinction, exclusion ou préférence est fondée sur un des motifs protégés par la Charte et qu'elle a pour conséquence de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne.

D'autre part, le Tribunal explique les règles de droit, il ne se contente pas de les reproduire comme c'est souvent le cas devant un arbitre. Pour ce faire, il utilise les précédents de la Cour

postes. Nous avons également cherché à voir la justification de l'instance lorsque le montant accordé était différent de celui qui était réclamé de même que la qualification proposée par l'instance par rapport à ces différents types de dommages.

suprême du Canada, bon nombre de décisions émanant des tribunaux de droit commun tels que la Cour d'appel du Québec et la Cour supérieure de même que ses propres décisions. Par ailleurs, lorsque la plainte de discrimination relève du contexte syndiqué, il arrive que le Tribunal tienne compte des termes de la convention collective dans l'appréciation des faits et ce, malgré qu'il ne soit pas lié par les termes de celle-ci³¹. De même, il utilise à l'occasion des sentences arbitrales pour étayer sa décision. Il est également intéressant de noter que très souvent le Tribunal importe de la jurisprudence et de la doctrine des autres provinces canadiennes et même d'autres pays pour appuyer son interprétation des règles de droit dégagées par la Charte³². Par exemple, dans l'affaire Dufour c. Centre hospitalier St-Joseph-de-la-Malbaie³³, le Tribunal explique la portée des droits protégés par la Charte en faisant appel notamment à la *Convention (n°111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*, au *Protocole additionnel à la Charte sociale européenne* et au *Civil Rights Act of 1964*. Le Tribunal est d'avis que le recours à ces instruments internationaux aux fins d'interprétation des dispositions de la Charte tire sa pertinence de la similarité de langage entre ces documents³⁴. On peut noter également que dans cette même décision, le Tribunal tient compte des termes de la convention collective dans l'évaluation des dommages subis par les victimes³⁵. Finalement, il faut souligner qu'au chapitre des sources de droit utilisées, le Tribunal réfère abondamment à la doctrine pour expliquer et nuancer l'application des règles contenues dans la Charte aux faits qui ont donné lieu au litige. Dans la perspective du plaignant, cette seule différence de traitement est majeure, il s'agit de sa compréhension du raisonnement de l'adjudicateur en regard de ce qu'il considère être une injustice commise à son endroit.

³¹ À titre d'exemple, voir: Di Giovanni c. Commission des droits de la personne, T.D.P. Montréal, n° 500-53-000008-928, 9 décembre 1993, j. Sheehan; Commission des droits de la personne c. Centre d'accueil Villa Plaisance, [1995] R.J.Q. 511 (T.D.P.).

³² Voir à cet effet: Commission des droits de la personne c. La Commission scolaire Deux-Montagnes, [1993] R.J.Q. 1297 (T.D.P.); Commission des droits de la personne c. Lessard, Beaucage, Lemieux inc., T.D.P. Montréal, n° 500-53-000017-929, 15 décembre 1992, j. Sheehan.

³³ [1992] R.J.Q. 825 (T.D.P.).

³⁴ Id., 835.

³⁵ Id., 850.

Nous ne retrouvons pas ce genre d'uniformité dans la démarche des arbitres de griefs par rapport aux questions de discrimination. La démarche des arbitres n'est pas aussi linéaire et structurée que celle du Tribunal. Certes, l'arbitre fait état de la nature du grief, mais il n'identifie pas systématiquement les questions auxquelles il devra répondre, du moins en ce qui a trait à la discrimination. Il rapporte les faits qui ont donné lieu au litige mais n'explique pas nécessairement les règles de droit applicables à l'espèce. Comme nous le verrons dans les lignes qui suivent, cette différence de traitement des plaintes selon qu'on se présente devant le Tribunal ou devant l'arbitre est attribuable, en partie, à quatre facteurs: la convention collective, la plainte elle-même, la preuve et les arguments soumis à son soutien ainsi que les sources de droit considérées.

Le premier facteur qui permet d'expliquer cette différence réside dans le fait que l'arbitre de griefs, contrairement au Tribunal des droits de la personne, est lié par les termes de la convention collective. D'ailleurs, le rôle de l'arbitre de griefs consiste essentiellement à interpréter et à appliquer les termes de la convention collective. Il ne peut ajouter, soustraire ou modifier les règles de droit qui y sont contenues sauf dans la mesure où la convention collective ou la loi le prévoit³⁶.

Dans cette optique, il n'est pas surprenant de constater que l'analyse d'une problématique concernant la discrimination soit inextricablement liée à celle de la convention collective. À cet égard, il est intéressant de noter que plus de 60% des sentences arbitrales de notre échantillon portent sur des conventions collectives qui incorporent, soit par des clauses soit dans un préambule, des normes anti-discriminatoires se rapprochant la plupart du temps des termes utilisés par la Charte³⁷. Le fait que l'analyse d'une plainte de discrimination soit faite en regard de

³⁶ R. BLOUIN, La juridiciarisation de l'arbitrage de griefs, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p.52. Voir également: Syndicat des employés d'hôpitaux d'Arthabaska c. Hôtel-Dieu d'Arthabaska, D.T.E. 93T-836, T.A. 93-02601, 31 mars 1993, p. 36.

³⁷ Voir à titre d'exemples: Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec c. Gouvernement du Québec (Ministère de la main-d'oeuvre et de la sécurité du revenu), [1995] T.A. 797, 806; Syndicat des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Les Supermarchés G.P. Inc. - Établissement de Neufchâtel, [1995] T.A. 706, 708; Lithonia Lighting Canada c. Syndicat des travailleuses et travailleurs de Lithonia, [1994] T.A. 480, 483; Fédération des infirmières et infirmiers du Québec c. Hôpital Royal-Victoria, [1993] T.A. 983, 1009; Syndicat des Métallos, Section Locale 4796 c. Minerais Lac (Complexe Bousquet), [1993] T.A. 329, 338.

la convention collective et de la loi a pour principale conséquence de diluer et même, dans certain cas, d'éliminer la discussion portant sur la discrimination.

Par exemple, dans l'affaire Syndicat des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Les Supermarchés G.P. Inc.-Établissement de Neufchâtel, le syndicat soumet dans son grief que l'employeur n'a pas respecté les termes de la convention collective et qu'il utilise ses droits de gérance de façon arbitraire et discriminatoire en limitant l'accès au poste de caissier(ère) à du personnel féminin. C'est en se servant d'une clause de la convention se rapportant à une période de formation que l'arbitre conclut que l'employeur a utilisé ses droits de gérance de façon arbitraire. L'arbitre fait donc droit au grief mais ne traite pas du tout de la question de la discrimination. Tout au plus, il affirme que lorsque l'employeur refuse de donner la période de formation à un salarié ayant de l'ancienneté alors qu'il l'offre à une salariée nouvellement embauchée, l'employeur le fait pour une raison de toute évidence arbitraire, sinon discriminatoire³⁸.

Il est clair qu'un arbitre, tirant sa juridiction de la convention collective, ne peut que très rarement traiter de la seule question de discrimination. La plupart du temps, son analyse est parsemée de discussions reliées à d'autres clauses de la convention notamment parce que les parties invoquent et traitent de plusieurs clauses à l'occasion du grief. C'est le cas notamment dans l'affaire Sécurité Sélect inc.³⁹, où la discussion a porté principalement sur deux clauses de la convention collective concernant les mesures disciplinaires et l'affectation du personnel alors que le grief soulevait aussi une plainte de discrimination fondée sur l'âge. Ce n'est qu'à la toute fin de sa sentence que l'arbitre traite de la question de discrimination et ce, de façon très

³⁸ Précité, note 37, 714.

³⁹ Sécurité Sélect inc. c. Union des agents de sécurité du Québec, métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8922, D.T.E. 93T-558, T.A. 93-02192, 12 mars 1993. Voir également au même effet: Fraternité des policiers de Val-D'Or inc. c. Val-D'Or (Ville de), D.T.E. 94T-1442, T.A. 94-06981, 4 novembre 1994; Commission des droits de la personne du Québec c. Syndicat des employé-e-s de la Commission des droits de la personne (FPPSO-CSN), [1994] T.A. 511; Dorval (Cité de) c. Syndicat canadien de la fonction publique, D.T.E. 92T-281, T.A. 92-00860, 30 janvier 1992; Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec c. Gouvernement du Québec (Ministère de la main-d'oeuvre et de la sécurité du revenu), précité, note 37.

succincte bien que ce soit sur cette base qu'il accueille le grief. C'est d'ailleurs ce qui nous amène à discuter d'un deuxième facteur.

Le deuxième facteur déterminant dans l'explication de la différence de traitement des plaintes par chacune des instances réside dans le contenu même de la plainte de discrimination qui est déposée par les parties. Nous avons constaté à la lecture des sentences arbitrales que bien souvent, les parties ne formulent pas clairement le grief en ce qui a trait à la discrimination. Bien plus, nous avons remarqué qu'elles ont tendance à invoquer la discrimination de façon subsidiaire et même de façon frivole. À titre d'exemple, citons l'affaire Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, local 500 c. Délicana nord-ouest inc.⁴⁰. Il s'agit d'un cas où un salarié fut rétrogradé à son ancien poste après une période d'essai d'environ deux semaines parce qu'il ne possédait pas les aptitudes requises pour faire ce travail. Le grief logé par la partie syndicale se lit comme suit :

« NATURE DU GRIEF: Violation de la convention collective, entre autres, une rétrogradation injustifiée, abusive, discriminatoire et non conforme »

Un grief libellé en ces termes nous amène à croire que la rétrogradation du salarié fait suite à une distinction fondée sur un des motifs protégés par la Charte. Or, le syndicat n'a pas présenté de preuve à l'effet qu'il y aurait eu une telle distinction. On a soulevé la question de discrimination de façon subsidiaire comme s'il s'agissait d'une question de style ou de dernier ressort.

Dans une autre affaire, un syndicat a logé un grief suite au congédiement d'un salarié en période de probation. Dans son grief, il allègue que la clause concernant la computation des délais de probation est discriminatoire en ce qu'elle considère que la journée de travail est de 8 heures pendant la semaine et de 12 heures la fin de semaine. Le syndicat estime que cette clause a pour effet de créer une distinction entre les salariés qui font leur période de probation sur des horaires de semaine et ceux qui la font sur des horaires de fin de semaine. À cela l'arbitre répond, à bon droit, que pour conclure qu'il y a discrimination, il ne suffit pas d'établir qu'il y a une distinction car la Charte n'empêche pas toute forme de distinction, elle ne prohibe que celles qui

⁴⁰ D.T.E. 92T-35, T.A. 91-08552, 3 octobre 1991, p.3.

ont pour effet de compromettre le droit à l'égalité pour un des motifs énoncés à son article 10⁴¹. S'il ne s'agit pas de frivolité, on peut à tout le moins supposer qu'il existe une profonde méconnaissance des objectifs promus par la Charte.

Bien que plusieurs conventions collectives aient des clauses anti-discriminatoires, les parties ne fondent que très rarement un grief uniquement sur ce type de clauses. Par conséquent, il est évident que l'analyse faite de la discrimination par l'arbitre de griefs n'est pas aussi étoffée et linéaire que l'analyse d'une plainte qui ne porte que sur la discrimination et qui est formulée en des termes clairs comme c'est le cas devant le Tribunal des droits de la personne.

Un troisième facteur permettant d'expliquer cette différence de traitement découle du deuxième: non seulement le contenu de la plainte est différent mais la qualité de la preuve et des arguments soumis par les parties pour soutenir cette plainte ne sont pas les mêmes. Il n'est pas rare de voir une partie soulever une question de discrimination sans étayer son argumentation à l'aide de jurisprudence ou de doctrine qui vont dans le sens de ses arguments. À cet effet, citons l'affaire Lithonia Lighting Canada c. Syndicat des travailleuses et travailleurs de Lithonia, où le syndicat a soulevé la question de discrimination, affirmant que le plaignant a été déplacé en raison de son handicap. Cependant, le syndicat n'a présenté aucune décision provenant de la Cour suprême ni sentence arbitrale ou décision d'une autre instance pour appuyer ses prétentions. Aucune preuve médicale n'est présentée, ni aucune preuve pouvant faire ressortir le caractère discriminatoire des agissements de l'employeur. Pourtant, le handicap est un des motifs protégés par la Charte les plus complexes⁴². En bref, on se contente d'affirmer qu'il y a eu discrimination comme s'il suffisait de l'invoquer pour la prouver.

⁴¹ Produits Johnson & Johnson Inc. c. Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, section locale 115, D.T.E. 95T-479, T.A. 95-01291, 21 février 1995, p.9. Voir également: Fraternité des policiers de Val-D'Or inc. c. Val-D'Or (Ville de), précité, note 39.

⁴² Précité, note 37. Voir au même effet: Union des employées et employés de service, section local 298 c. Centre Hospitalier Douglas, D.T.E. 93T-760, T.A. 93-02707, 7 avril 1993; Dorval(Cité de) c. Syndicat canadien de la fonction publique, précité, note 39; Sécurité Sélect inc. c. Union des agents de sécurité du Québec, métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8922, précité, note 39.

Relativement aux deux derniers facteurs mentionnés soit celui concernant la rédaction de la plainte et celui concernant la qualité de la preuve et des arguments soumis à son soutien, nous sommes d'avis que cette différence est attribuable, du moins en partie, aux champs d'expertise des différents acteurs interpellés par une plainte de discrimination selon l'instance à laquelle l'on s'adresse. Nous l'avons dit, c'est la Commission des droits et libertés qui défère, règle générale, les plaintes au Tribunal. Or, en tant qu'organisme voué à la promotion et à la défense des droits et libertés de la personne, il y a tout lieu de croire que la Commission dispose de plus de moyens et d'une expertise constante au niveau de la rédaction de plainte et de la représentation en matière de droits et libertés ce qui n'est pas nécessairement le cas des syndicats. Par conséquent, la plainte déposée devant l'arbitre, la preuve de même que les arguments ne sont pas aussi bien organisés qu'ils auraient pu l'être.

Le dernier facteur illustrant la différence de traitement des plaintes de discrimination selon la juridiction saisie du litige tient aux différentes sources de droit utilisées. L'arbitre doit rendre une décision écrite et motivée, fondée sur la preuve qui lui est soumise. Rien ne s'oppose à ce que l'arbitre fasse des recherches jurisprudentielles et doctrinales pour appuyer sa décision⁴³. Cette démarche est non seulement permise mais nous apparaît souhaitable dans le cas particulier des questions se rapportant à la Charte. Lors de la lecture de nos décisions, il nous est toutefois apparu que l'arbitre de griefs ne considère pas systématiquement les précédents établis par le plus haut tribunal du pays pour qualifier les différentes règles de droit relatives à la Charte et susceptibles d'application dans le cas qui lui est soumis. Bien que quelques sentences soient des plus étoffées, force est de constater que la majorité de celles-ci ne comporte que très peu de références. Certaines sentences, notamment celle de Sécurité Sélect inc., ne font tout simplement aucune référence que ce soit aux précédents de la Cour suprême ou même à une autre sentence arbitrale et encore moins à la doctrine⁴⁴. D'autres ne font référence qu'à des sentences arbitrales

⁴³ R. BLOUIN, op. cit., note 36, p.63.

⁴⁴ Sécurité Sélect inc. c. Union des agents de sécurité du Québec, métallurgistes unis d'Amérique, section locale 8922, précité, note 39. Au même effet, voir: Le syndicat national du transport écolier Saguenay Lac St-Jean c. Les transports spécialisés du Saguenay, [1995] T.A. 540; Commission des droits de la personne du Québec c. Syndicat des employé-e-s de la Commission des droits de la personne (FPPSO-CSN), précité, note 39; Dorval (Cité de) c. Syndicat canadien de la fonction publique, précité, note 39.

sans se préoccuper du reste de l'environnement légal. Par exemple, dans l'affaire Union des employées et employés de service, section local 298 c. Centre Hospitalier Douglas⁴⁵, l'arbitre ne réfère qu'à deux sentences arbitrales pour trancher le grief qui lui est soumis alors que le syndicat soulève la très complexe question de l'exigence professionnelle normale à l'occasion d'une plainte de discrimination fondée sur le sexe. Pour appuyer ses positions et évaluer les faits en litige, l'arbitre réfère presque exclusivement à d'autres sentences arbitrales. Le Tribunal a également recours à cette pratique quoique la référence à ses propres précédents pour qualifier les faits n'exclut pas le recours aux autorités des tribunaux de droit commun.

Au chapitre des sources de droit, on peut également affirmer que les références à la littérature sont assez rares. Il semble qu'il n'existe pas de pratique courante chez les arbitres à utiliser de la doctrine pour étayer une décision. À cet égard, il nous faut toutefois mentionner un fait important. L'arbitre, contrairement au Tribunal, n'est pas assisté d'assesseurs lors de l'audience et ne peut réclamer plus de dix (10) heures pour le délibéré et pour rédiger sa sentence et ce, en vertu de l'article 2 du *Règlement sur la rémunération des arbitres*⁴⁶. À cela, il faut ajouter que l'arbitre de griefs, spécialiste des relations de travail, n'est pas obligatoirement un juriste et encore moins un juriste spécialisé en matière de discrimination. Dans ces conditions, il est aisé de comprendre que la recherche doctrinale et jurisprudentielle est plutôt limitée. En résumé, on peut dire que l'arbitre de griefs ne se sert des précédents que pour dégager les grands principes relatifs à la discrimination, lorsqu'il le fait, et qu'il utilise une jurisprudence «périphérique» pour voir de quelle manière ces principes s'articulent compte tenu des faits à l'origine du litige qu'il doit trancher⁴⁷.

⁴⁵ Précité, note 42. Voir également: Syndicat des employés d'hôpitaux d'Arthabaska c. Hôtel-Dieu d'Arthabaska, précité, note 36, où l'arbitre ne réfère qu'à des sentences arbitrales tout en utilisant cependant un article de doctrine.

⁴⁶ R.R.Q., 1981, c. C-27, r. 4.2, art.2; (1996) 128 G.O.II, 6725.

⁴⁷ À cet effet, voir entre autres: St-Laurent (Ville de) c. Syndicat des fonctionnaires municipaux de St-Laurent, D.T.E. 92T-453, T.A. 92-01316, 13 février 1992, où l'arbitre rend une sentence, par ailleurs très étoffée, dans laquelle il cite des décisions de la Cour suprême pour établir les principes applicables au litige qui lui est soumis et cite ensuite des sentences arbitrales pour qualifier les faits de l'affaire qui lui est soumise; Le syndicat des employés de magasins et de bureaux de la S.A.A.Q. c. La société des alcools du Québec, [1993] T.A. 869.

Avant de poursuivre, nous tenons à souligner que tous les facteurs n'interviennent pas dans chacune des sentences arbitrales et lorsqu'ils interviennent, ce n'est pas toujours avec la même intensité. En conséquence, non seulement il existe une différence de traitement des plaintes de discrimination entre le Tribunal des droits de la personne et l'arbitre de griefs mais en plus, le traitement des plaintes de discrimination n'est pas le même devant chacun des arbitres. La perception de ce dernier quant à son rôle et à sa compétence en la matière interviendra aussi dans le traitement d'une plainte de discrimination⁴⁸.

Globalement, en dépit des règles qui sont communes, il semble donc que les arbitres de griefs et le Tribunal des droits de la personne n'usent pas systématiquement des mêmes sources en matière de discrimination. Il semble également qu'en dépit du pouvoir qui leur est reconnu d'appliquer et d'interpréter la loi, les arbitres raisonnent souvent en vase clos en s'appuyant essentiellement sur les clauses de la convention collective et qu'ils ne font pas toujours usage des précédents importants établis en cette matière.

B. Les différents types de réparation

La Charte énumère non seulement un certain nombre de droits et de libertés protégés mais elle prévoit également, à l'article 49, des mesures de redressement de deux ordres: des dommages de nature compensatoire⁴⁹ et des dommages de nature exemplaire⁵⁰.

⁴⁸ Nous discuterons de la perception qu'ont les arbitres de griefs de leur compétence à entendre une plainte de discrimination fondée sur la Charte dans la partie III du texte portant sur la mission des arbitres de griefs.

⁴⁹ Le premier alinéa de l'article 49 de la Charte prévoit que la victime d'une atteinte illicite à un droit ou une liberté protégé a le droit d'obtenir «... la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte». Il s'agit de dommages de nature compensatoire assimilables en tout point aux dommages que l'on peut obtenir par le biais de l'action en responsabilité civile sous l'article 1457 du *Code civil du Québec* (Fédération des employées et employés de services publics inc.(CSN) c. Béliveau St-Jacques, précité, note 2). Par conséquent, certaines règles de base trouvent application lors d'une réclamation faite en vertu de l'article 49 de la Charte. Par exemple, pour réclamer des dommages, la victime d'un acte discriminatoire devra prouver que le préjudice subi est directement causé par ledit acte discriminatoire et que le préjudice est réel et certain. De même, la victime a l'obligation de mitiger ses dommages. Ce type de dommages a, comme sa qualification l'indique, une fonction purement compensatoire c'est-à-dire que l'indemnité versée sera calculée en tenant compte de la perte effectivement subie et/ou du gain manqué sans égard au caractère volontaire ou involontaire de l'acte reproché. Le dommage matériel est évidemment facile à

La question des dommages revêt une importance particulière pour le plaignant en ce qu'elle concerne la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi. Il est important qu'il puisse, quel que soit le forum choisi, bénéficier de l'éventail des remèdes disponibles lors d'une violation de la Charte. Il nous sera toutefois impossible de présenter une analyse approfondie de l'application de l'article 49 de la Charte par le Tribunal et l'arbitre de griefs comme nous l'avons fait en ce qui a trait à la notion de discrimination et ce, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, comme nous l'avons vu lors de l'analyse globale des décisions, les résultats concernant les différentes réparations recherchées et accordées⁵¹ nous démontrent que les parties ne réclament que très rarement, en matière de discrimination en emploi, des dommages moraux et des dommages exemplaires devant l'arbitre de griefs. Par conséquent, il est rare qu'il soit appelé à cerner et à évaluer ces deux types de dommages. Cette situation est peut-être liée

quantifier et peut même, dans certains cas, donner lieu à une réparation en nature. Dans le domaine du travail, l'indemnité réclamée sera, la plupart du temps, équivalente à la perte du salaire et des avantages sociaux. La réparation en nature, lorsqu'elle est possible, peut prendre la forme d'une réintégration ou d'une attribution de poste. Le dommage moral est plus souvent problématique quant à son évaluation et ce, même s'il est direct, certain et réel. En effet, combien vaut la réputation d'une personne diffamée? À combien peut-on chiffrer l'humiliation de la victime d'un acte de discrimination raciale? Cette difficulté fait que parfois le tribunal accorde une indemnité forfaitaire sous le nom de dommage nominal (Voir J.-L. BAUDOIN, La responsabilité civile délictuelle, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, pp. 97-109; M. CARON, Le recours au Tribunal des droits de la personne, Commission des droits de la personne, novembre 1995, pp. 18-19).

⁵⁰ Le deuxième alinéa de l'article 49 de la Charte a introduit une nouveauté en droit québécois: la victime d'un acte discriminatoire peut obtenir des dommages exemplaires lorsque l'atteinte illicite à un droit ou une liberté protégé par la Charte est *intentionnelle*. Contrairement aux dommages compensatoires, le caractère volontaire ou involontaire de l'acte reproché prend toute son importance. Pour être qualifiée d'intentionnelle, l'atteinte doit être commise dans des circonstances qui indiquent une volonté de causer le dommage résultant de la violation. La faute est intentionnelle si elle provient d'une insouciance téméraire du respect du droit d'autrui, commise en parfaite connaissance des conséquences hautement probables que le geste va causer à la victime (M. CARON, *op. cit.*, note 49, pp.18-19). Bien que la formulation de l'article exige une faute intentionnelle de la part du défendeur pour qu'il soit condamné à des dommages exemplaires, la condamnation à de tels dommages ne devrait pas avoir une fonction punitive mais plutôt une fonction dissuasive. Ils doivent viser à dissuader le responsable de l'acte discriminatoire et les autres personnes susceptibles d'adopter un tel comportement dans l'avenir (P. ROY, Les dommages exemplaires en droit québécois: instrument de revalorisation de la responsabilité civile, Tome 1, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1996, p.222).

⁵¹ *Supra*, partie I, section F.

aux incertitudes entourant l'état du droit alors applicable quant au pouvoir de l'arbitre d'imposer des dommages moraux et des dommages exemplaires⁵².

Par ailleurs, bien qu'on réclame fréquemment des dommages matériels aux arbitres, ces derniers ne définissent pas cette notion. Les arbitres, n'étant pas tenus de liquider les sommes d'argent dues dans la sentence dans laquelle ils disposent du fond du grief⁵³, n'établissent pas non plus le quantum des dommages. Il semble exister une pratique voulant que l'arbitre renvoie les parties pour qu'elles s'entendent sur le montant des dommages et réserve sa compétence à

⁵² Si l'arbitre constate l'existence d'une atteinte illicite et/ou intentionnelle à un droit protégé par la Charte, peut-il attribuer des dommages moraux et exemplaires ou doit-il se contenter d'octroyer des dommages matériels? Les cours supérieures se sont penchées sur l'opportunité pour l'arbitre de griefs d'octroyer de tels dommages. La Cour suprême du Canada dans l'affaire St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. Ltd c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219 ([1986] 1 R.C.S. 704) a clairement reconnu aux arbitres de griefs le droit exclusif d'octroyer les dommages qui découlent du non-respect des droits créés par la convention collective, que cette dernière prévoit ou non une procédure et une juridiction pour son application. Cependant, dans cet arrêt, il était question uniquement d'une réclamation en dommages matériels, en l'occurrence une perte de profits. Dans l'affaire Béliveau St-Jacques (Fédération des employées et employés de services publics inc.(CSN) c. Béliveau St-Jacques, précitée, note 2, 284-285 (C.A.), la juge Mailhot a considéré que même si sa juridiction n'est pas exclusive, l'arbitre a le pouvoir d'octroyer des dommages moraux suite à une atteinte à un droit protégé par la Charte et ce, indépendamment du fait que la convention collective prévoit ou non une procédure à cet effet. Quant aux dommages exemplaires, la Cour supérieure dans l'affaire Ndungidi c. Centre hospitalier Douglas (précitée, note 2) a été la première à se prononcer clairement à l'égard du pouvoir de l'arbitre d'accorder ce type de dommages. Dans ses motifs, la juge Grenier affirme que non seulement l'arbitre a compétence pour octroyer des dommages exemplaires mais aussi que, suivant les termes de la convention collective, cette compétence peut lui être exclusive. La juge Grenier estime que l'arbitrage de griefs peut être le forum approprié pour réclamer des dommages, même moraux et exemplaires, dans la mesure où le préjudice subi par le salarié découle d'un manquement à une obligation explicite ou implicite de la convention collective (Id., 545). Elle souligne également que bien que l'attribution de dommages moraux ou exemplaires n'entre pas dans la compétence principale de l'arbitre, il faut reconnaître aux organismes administratifs les pouvoirs accessoires nécessaires à l'exercice complet de leur compétence principale (Id., 544). Cette position est aussi retenue par la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, dans l'arrêt Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc., [1996] 2 R.C.S. 345, qui affirme qu'une disposition générale autorisant l'arbitre à disposer des conflits relatifs aux conditions de travail suffit pour que l'arbitre de griefs ait compétence à l'égard de l'objet du litige et de l'ordonnance recherchée. Compte tenu de tout ce qui précède, on peut penser que l'arbitre a compétence pour octroyer des dommages matériels, moraux et exemplaires. Toutefois, il a déjà été noté que les arbitres de griefs démontrent une réserve en matière d'attribution de dommages autres que matériels, et ce malgré la grande latitude qui leur est laissée par les tribunaux supérieurs (G. VALLÉE, loc.cit., note 7, p. 19).

⁵³ R. BLOUIN, op. cit., note 36, p.64; Code du travail, art. 100.12 (d).

ce titre pour le seul cas où les parties n'arriveraient pas à une entente de telle sorte qu'on ne peut comparer l'écart, le cas échéant, entre les dommages réclamés et les dommages octroyés. Par exemple, dans l'affaire Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, local 500 c. Supermarché Ste-Julie inc., l'arbitre ordonne à l'employeur de rembourser le salaire perdu et les autres avantages, et en plus, de payer trois jours de salaire. Cependant, il n'établit pas le montant de cette indemnité, il termine son dispositif en déclarant:

«Conserve compétence au cas où les parties ne s'entendent pas sur le quantum»⁵⁴.

Finalement, nous avons également constaté que le Tribunal des droits de la personne, bien qu'accordant régulièrement des dommages matériels, moraux et exemplaires, ne définit que très rarement les différents types de dommages qui lui sont réclamés.

Les décisions rendues tant par le Tribunal que par les arbitres n'étant toutefois pas complètement muettes sur les différents types de réparations, nous pouvons tout de même formuler quelques commentaires à ce niveau. La qualification des dommages matériels ne pose habituellement pas de problème majeur c'est la raison pour laquelle nous ne nous attarderons qu'à la qualification des dommages moraux et exemplaires.

Le Tribunal des droits de la personne a eu à se prononcer sur l'opportunité d'ordonner des dommages moraux dans plusieurs décisions notamment dans l'affaire Dufour c. Centre Hospitalier St-Joseph-de-la-Malbaie⁵⁵. En décidant que l'employeur n'était pas justifié d'adopter une politique de sexualisation des postes, le Tribunal a eu à évaluer les dommages subis par les plaignantes en raison de la discrimination dont elles avaient été l'objet. Les plaignantes demandaient qu'il soit ordonné au Centre hospitalier de leur verser une somme de 25 000\$ pour les atteintes commises à leurs droits par discrimination fondée sur le sexe. Pour sa part, l'employeur soumet que les

⁵⁴ [1994] T.A. 390, 422. Au même effet, voir: Fraternité des policiers de Val-D'Or inc. c. Val-D'Or (Ville de), précité, note 39; Syndicat des métallos, S.L. 4796 c. Minerais Lac (Complexe Bousquet), précité, note 37; Sécurité Sélect c. Union des agents de sécurité du Québec, Métallurgistes Unis d'Amérique, section locale 8922, précité, note 39; Ville de Boucherville c. Syndicat Canadien de la fonction publique, S.L. 1640, [1993] T.A. 237.

⁵⁵ Précité, note 33.

plaignantes ont travaillé le maximum d'heures prévues à leur titre d'emploi et que de ce fait, elles n'ont subi ni perte de salaire ni perte d'ancienneté suite à la mise en place de la politique de sexualisation des postes. À cet égard, le Tribunal souligne que cela ne signifie pas pour autant que les plaignantes n'ont rien perdu en raison de la politique discriminatoire, au contraire, elles auraient eu des postes permanents qui confèrent des avantages supérieurs aux postes à temps partiel occasionnels qu'elles occupent encore. Parmi ces avantages se trouvent un nombre d'heures garanti, un revenu stable, des possibilités de perfectionnement, divers régimes d'assurance, des jours fériés et des primes d'heures supplémentaires. Pour évaluer l'étendue du préjudice subi, le Tribunal décide de se servir de certaines dispositions de la convention collective parce que celles-ci, bien que réservées aux employés permanents, indiquent un certain ordre de grandeur. C'est ainsi que le Tribunal accorde une somme de 10 000\$ à chacune des plaignantes à titre de dommages moraux. De plus, le Tribunal accorde une somme supplémentaire de 5000\$ à deux d'entre elles parce que l'employeur avait mis fin, à deux jours de préavis, à un long remplacement qu'elles effectuaient en raison de la politique de sexualisation des postes⁵⁶.

Cependant, il arrive que le Tribunal octroie un montant à titre de dommages moraux mais sans expliquer la raison pour laquelle il ordonne le paiement de cette somme précise. Par exemple, dans l'affaire Commission des droits de la personne c. Lessard, Beaucage, Lemieux Inc.⁵⁷ le juge Sheehan décide d'accorder un montant de 2000\$ pour la compensation des dommages moraux subis par le plaignant alors que le plaignant réclamait à ce titre une somme

⁵⁶ Id., 850-852; Cette décision est reprise par le Tribunal dans l'affaire Commission des droits de la personne c. Ville de Montréal (T.D.P. Montréal, n° 500-53-000015-931, 7 avril 1994, j. Rivet). Dans ce cas, le plaignant a vu sa demande d'emploi pour un poste de pompier refusée par la Ville en raison d'une anomalie à la colonne vertébrale. Il réclame, entre autres, une somme de 5000\$ à titre de dommages moraux pour atteinte à la reconnaissance et à l'exercice de ses droits en pleine égalité, sans discrimination et pour les inconvénients qui en ont découlé, et pour atteinte discriminatoire à son droit à l'intégrité et à son droit à la sauvegarde de sa dignité (Id., 3). Ayant conclu que l'exclusion de M. Poirier au poste de pompier ne peut être réputée non discriminatoire au sens de l'article 20 de la Charte, le Tribunal est d'avis que la somme de 5000\$ peut compenser le préjudice moral subi par M. Poirier. Le refus de la Ville d'accorder un emploi au plaignant à cause de son handicap emporte des conséquences quant à son droit de travailler dans un poste régulier avec des conditions de travail stables. Il a été établi en preuve que le plaignant avait dû offrir ses services sur la base d'une disponibilité de 24 heures par jour et 7 jours par semaine au cours des années 1991 et 1992 pour pouvoir gagner sa vie et exercer sa profession de pompier ce qui aurait été différent si la Ville n'avait pas exclu sa candidature (Id., pp.21-22).

⁵⁷ Précité, note 32.

de 5000\$. Pour appuyer sa décision, le juge se contente de citer une décision de la Cour supérieure où on avait alloué une somme de 2000\$ à titre de dommages moraux à une personne qui avait été exclue d'un emploi d'été en raison d'une discrimination fondée sur un handicap physique au dos tout comme le plaignant dans cette affaire⁵⁸. Dans un autre cas, le Tribunal règle la question des dommages moraux en ces termes:

«La C.S.D.M. doit donc réparer le préjudice moral subi par M.Kafé en 1988. Si difficile que puisse être l'évaluation de ce préjudice, nous pensons qu'une somme de 10 000\$ est appropriée, si tant est qu'une somme d'argent puisse compenser un affront à la dignité de la personne, d'autant plus grave ici que M.Kafé était d'une grande sensibilité»⁵⁹

Dans cette affaire, le plaignant réclamait pourtant 25 000\$ à titre de dommages moraux et un autre montant de 25 000\$ à titre de dommages exemplaires en raison des agissements et de la négligence de la commission scolaire à prendre les moyens appropriés pour faire cesser les manifestations de harcèlement racial dans ses établissements d'enseignement qui ont eu pour effet de lui imposer des conditions de travail qui ont porté atteinte à son droit à la reconnaissance et à l'exercice, en toute égalité, des droits et libertés de la personne sans distinction fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique⁶⁰.

Le Tribunal ne lui a pas accordé de dommages exemplaires parce qu'il n'a pas été mis en preuve que c'est de manière intentionnelle et délibérée que la commission scolaire a contrevenu aux prescriptions de la Charte⁶¹.

⁵⁸ Id., 16. Voir également: Di Giovanni c. Commission des droits de la personne, précité, note 31, 18, où le Tribunal décide pour les dommages moraux que le plaignant a subis pour atteinte à son droit à l'égalité, sans discrimination fondée sur son handicap, de même que pour atteinte à son droit à l'intégrité et au respect de sa dignité.

⁵⁹ Commission des droits de la personne c. La Commission scolaire Deux-Montagnes, précité, note 32, 1318.

⁶⁰ Id., 1298-1299.

⁶¹ Id., 1318. Voir également l'affaire Di Giovanni c. Commission des droits de la personne, précité, note 31, 20, où le Tribunal décide de ne pas accorder les dommages exemplaires réclamés par le plaignant parce que bien que sa candidature ait été écartée pour des motifs peu crédibles, déraisonnables et inacceptables, la preuve ne permet pas de conclure à une atteinte intentionnelle au droit à l'égalité du

Quant à l'arbitre de griefs, peu de demandes lui sont adressées aux fins d'obtenir des dommages moraux et exemplaires dans un contexte de discrimination en emploi. Notre échantillon comporte seulement trois sentences où une demande de dommages moraux a été faite. De ces trois demandes, une a été accueillie et il s'agit de l'affaire Fédération des infirmières et infirmiers du Québec c. Hôpital Royal-Victoria⁶². La plaignante réclamait 20 000\$ au chapitre des dommages moraux pour atteinte à sa dignité et pour angoisse morale et mentale. L'arbitre accueille en partie sa demande et ordonne à l'employeur de verser à la plaignante la somme de 3000\$ à titre de dommages moraux. Pour fixer l'indemnité, l'arbitre a tenu compte d'une part, du fait que l'employeur a élaboré une politique contre la discrimination raciale en réaction aux problèmes de la plaignante et du fait qu'il est intervenu directement auprès des salariés et d'autre part, du fait que la plaignante n'a pas rempli son obligation de mitiger ses dommages⁶³.

Il est intéressant de noter que l'arbitre a pris soin de souligner qu'il avait la compétence, en vertu de la clause anti-discriminatoire de la convention collective, d'ordonner le paiement de tels dommages, ainsi que de citer la Cour d'appel dans l'affaire Béliveau St-Jacques⁶⁴ pour appuyer sa position⁶⁵.

Dans une autre de ces trois sentences, le plaignant réclame un montant de 5000\$ à titre de dommages moraux et inconvénients en raison du caractère discriminatoire de la décision de l'employeur de mettre fin à sa période d'essai⁶⁶. L'arbitre constate qu'il y a eu discrimination et fait droit au grief, ordonne la réintégration du plaignant au poste régulier de concierge de même que le remboursement du salaire et des autres avantages perdus. La décision de l'arbitre ne fait toutefois nulle mention des dommages moraux réclamés.

plaignant.

⁶² Précitée, note 37.

⁶³ Id., 1014-1015.

⁶⁴ Précitée, note 2.

⁶⁵ Fédération des infirmières et infirmiers du Québec c. Hôpital Royal-Victoria, précitée, note 37, 1014-1015.

⁶⁶ Syndicat des employés municipaux de la Ville de Kirkland c. Ville de Kirkland, [1996] T.A. 727.

Pour conclure, disons simplement que l'attribution d'une somme à titre de dommages moraux tant devant le Tribunal que devant l'arbitre ne fait pas toujours l'objet d'explications claires. Par contre, la décision du Tribunal d'attribuer ou non des dommages exemplaires est toujours motivée et bien fondée. Le Tribunal exige une preuve de l'intention de celui qui a contrevenu aux règles édictées par la Charte ce qui est conforme, nous semble-t-il, à l'esprit et à la lettre de l'article 49 de la Charte. Nous ne pouvons malheureusement pas faire un tel constat pour l'arbitre de griefs puisque ce dernier n'a pas eu à se prononcer sur cette question dans les sentences qui nous intéressaient.

III. PORTÉE DES RÉSULTATS: IMPLICATIONS POUR L'ARBITRE DE GRIEFS

Les résultats précédents tendent à faire ressortir deux modes différents de mise en oeuvre des règles relatives à la discrimination en emploi en milieu syndiqué selon que l'on s'adresse au Tribunal ou à l'arbitre, tenant tant aux attentes et aux pratiques des parties qui s'adressent aux deux instances qu'aux manières dont ces deux instances traitent des questions qui leur sont soumises.

Nous avons vu que les deux instances interviennent à des moments différents de la relation d'emploi, ce qui reflète le champ d'expertise de l'arbitre de griefs qui intervient davantage en cours d'emploi, que les problèmes juridiques soulevés par la plainte de discrimination sont différents et que les dommages recherchés ne sont pas les mêmes selon qu'on s'adresse à l'une ou l'autre des deux instances. Cela reflète les pratiques développées par les différents acteurs évoluant dans les milieux de travail face à la particularité des modes de règlement instaurés par le *Code du travail* et par la *Charte des droits et libertés de la personne*. Par exemple, le syndicat toujours auteur du grief, est complètement absent, du moins formellement, devant le Tribunal. Son premier réflexe lorsqu'un problème de discrimination existe est donc de s'adresser à l'arbitre de griefs tout comme il le fait à l'occasion des autres problèmes de relation de travail.

Ainsi, peut-on avancer qu'il existe une certaine spécialisation institutionnelle dans le traitement des plaintes pour discrimination en milieu syndiqué. Ces différences ne s'expliquent pas par la compétence des individus qui exercent les fonctions juridictionnelles au sein des

instances étudiées, mais bien par les attentes des parties et par les pratiques juridictionnelles propres à la mission initiale des deux tribunaux spécialisés.

Ces pratiques et ces contextes déterminent grandement les cadres dans lesquels interviennent l'arbitre et le Tribunal. Cependant, des différences sont aussi observables dans la façon dont les deux instances se servent des règles communes pour trancher les cas de discrimination: l'utilisation plus ou moins importante qui est faite des sources de droit pertinentes au litige, l'évaluation plus ou moins complète de la preuve présentée, l'interprétation large ou étroite des règles sous étude, l'importance relative des dispositions de la convention collective dans la solution du litige par rapport aux dispositions de la Charte. Certaines de ces différences relèvent du raisonnement de l'arbitre bien qu'elles découlent aussi des pratiques propres aux parties.

Ces différences n'ont rien d'étonnant lorsqu'on considère la mission initiale confiée au Tribunal et à l'arbitre par leurs lois constitutives. Les deux instances étudiées sont des tribunaux spécialisés, dont la mission particulière a été définie par opposition à celle des tribunaux de droit commun: non seulement les tribunaux spécialisés se voient-ils reconnaître un domaine d'expertise particulier, mais ils sont guidés, dans leur mode de fonctionnement, par des impératifs forts différents de ceux qui régissent les tribunaux de droit commun.

Pour mener à bien la mission qui leur a été confiée, le Tribunal et l'arbitre, en tant que tribunaux spécialisés, doivent être guidés par les quatre grands principes que sont l'accessibilité, la souplesse, la sensibilité et la célérité⁶⁷. Ces quatre grands principes directeurs sont en fait les principes qui sous-tendent la philosophie de l'ensemble de la justice administrative. En effet, la justice administrative se veut accessible de façon directe et immédiate pour les citoyens. Ces

⁶⁷ M. RIVET, Le Tribunal des droits de la personne du Québec: An 1, 1991, Commission des droits de la personne, p.19. Voir également: P. VERGE et G. VALLÉE, Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, pp. 145-170; R. BLOUIN et F. MORIN, Droit de l'arbitrage de grief, 4^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, pp. 56-59; R. BLOUIN, «Nouvelles modalités de règlement de grief», dans J. BÉLANGER, C. BERNIER, J. BOIVIN, L. CHRÉTIEN et J. SEXTON (dir.), Innover pour gérer les conflits, Sainte-Foy, P.U.L., 1996, p.121; F. MORIN, «L'arbitrage de griefs au Québec: pratiques et paradoxes», dans M. BROSSARD (dir.), op.cit., note 8, p.11.

derniers doivent pouvoir s'adresser directement et s'exprimer librement devant un tribunal administratif ou spécialisé. De même, la création de ce genre de tribunal vise, entre autres, à assouplir les règles de procédure qui prévalent devant les tribunaux judiciaires. Les tribunaux spécialisés sont aussi créés afin de permettre le règlement d'un litige dans des délais plus courts que ceux qui existent devant les tribunaux de droit commun, c'est ce qui est recherché par l'objectif de célérité. Finalement, le principe de sensibilité est, pour le Tribunal des droits de la personne et l'arbitre de griefs lorsqu'il a à décider d'un grief relevant de la Charte, peut-être plus important que pour d'autres tribunaux spécialisés ou administratifs parce qu'en matière de discrimination, les questions abordées sont larges, complexes et souvent difficiles à cerner⁶⁸.

Malgré ces impératifs communs, il demeure que chacune des deux instances sous étude possède une mission particulière à l'égard de matières fort différentes sinon opposées: le Tribunal sur les questions relevant de la Charte, donc sur les droits individuels et l'arbitre sur les questions relevant de la convention collective, donc sur les droits collectifs. La teneur de la mission de chacune de ces deux instances et les impératifs qui ont conduit à leur création permettent d'expliquer les différences constatées dans le traitement de la question de discrimination.

A. Le Tribunal des droits de la personne

Le Tribunal des droits de la personne est né, en grande partie, d'un malaise ressenti par différents organismes à l'endroit du processus d'enquête alors en vigueur à la Commission des droits de la personne. Pour bien cerner la mission du Tribunal des droits de la personne, il nous faut d'abord faire un bref résumé des critiques retenues par la Commission des institutions, tenue de juin 1986 à juin 1988⁶⁹, qui ont mené à la création du Tribunal.

La principale source de critique retenue par la Commission des institutions réside dans les conflits de rôle qui existent à la Commission des droits de la personne⁷⁰. Ces conflits de rôle sont

⁶⁸ M. RIVET, *op. cit.*, note 67, pp.19-20.

⁶⁹ *Id.*, p.2.

⁷⁰ *Id.*, pp.2-5; H. TESSIER, Étude sur la proposition de créer au Québec un Tribunal des droits de la personne, Décembre 1988, Commission des droits de la personne, pp.13-33; L. LAMARCHE,

de trois ordres: conflit entre l'enquête et la médiation, conflit entre la promotion des droits et libertés et le jugement du bien fondé d'une plainte et conflit entre le rôle de consultant et celui de médiateur⁷¹. Cependant, le conflit de rôle qui nous intéresse plus particulièrement, et qui a davantage retenu l'attention de la Commission des institutions, concerne la double mission qui avait été confiée à la Commission des droits de la personne lors de la promulgation de la Charte en juin 1976, soit celle de promouvoir et d'assurer le respect des principes contenus dans la Charte et celle de juger en toute impartialité du bien-fondé des plaintes de discrimination.

Cette double mission n'est pas en soi conflictuelle, cependant, elle le devient si, comme c'est le cas pour la Commission, le mandat d'enquête est assorti d'un pouvoir de recommandation finale. En effet, comme le fait remarquer la Commission des institutions, le pouvoir de recommandation «finale» implique pour la Commission des droits de la personne l'obligation de déclarer qu'il y a eu ou non violation de la Charte avant de recommander, s'il y a lieu, la cessation de la violation et/ou la réparation du préjudice subi⁷². Bien que cette recommandation ne revêt pas le caractère final et exécutoire de la décision rendue par un tribunal civil, il n'en demeure pas moins que les parties intéressées par cette recommandation perçoivent la Commission comme un tribunal puisqu'en bout de ligne elle détermine le bien-fondé d'une plainte en évaluant la preuve qui lui est présentée et en portant un jugement sur la valeur probante des faits allégués⁷³.

Par ailleurs, nous le savons, c'est la Commission qui décide de porter ou non un litige devant les tribunaux civils, par conséquent il est évident que les positions adoptées par ces derniers sur les questions de discrimination influencent de façon déterminante la manière dont la Commission considère les dossiers d'enquête puisque lorsqu'elle se présente devant un tribunal, la Commission lui présente une preuve qu'elle a déjà jugée recevable et concluante selon les

Le régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, pp.55 et suiv.

⁷¹ H. TESSIER, op. cit., note 70, p.14: M. RIVET, op. cit., note 67, p.3.

⁷² H. TESSIER, op. cit., note 70, pp.16-17.

⁷³ Id.

règles de droit en vigueur⁷⁴. Or, les tribunaux ont démontré une très grande exigence en ce qui a trait à la qualité de la preuve requise pour établir la discrimination ce qui a conduit la Commission à adopter une attitude de trop grande prudence en regard du mandat de promotion des droits dont elle était chargée⁷⁵.

En bref, c'est pour l'ensemble de ces raisons que la «Commission des institutions a conclu qu'il y avait lieu de décharger la Commission d'un de ses rôles, en l'occurrence du rôle de *juge*, pour le confier à un autre organisme doté d'un pouvoir décisionnel exécutoire»⁷⁶. On peut aussi penser que la création du Tribunal a été motivée par l'idée qu'un tribunal spécialisé serait plus apte que les tribunaux de droit commun à interpréter la Charte de manière large et libérale.

L'adoption de la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne concernant la Commission et instituant le Tribunal des droits de la personne*⁷⁷ faisait suite aux recommandations de la Commission des institutions. Dorénavant, il est clair que la Commission des droits de la personne est un organisme administratif d'enquête et non un tribunal. D'ailleurs, le premier paragraphe du nouvel article 71 indique clairement que la Commission doit assurer, par toutes les mesures appropriées, *la promotion et le respect* des principes contenus dans la Charte(nos italiques). Comme le souligne Lachapelle:

«Cet énoncé devrait donc mettre fin à l'interminable discussion entre le rôle de promotion et celui de défense des droits. L'un étant entendu comme le rôle éducatif et l'autre le rôle d'enquête pour défendre des droits individuels. Ces rôles maintenant se confondent et se marient, l'objectif étant que même en disposant d'une plainte, la Commission assume son rôle de promotion»⁷⁸.

⁷⁴ *Id.*, pp.24-26.

⁷⁵ *Id.*, p. 27.

⁷⁶ *Id.*, p.16.

⁷⁷ L.Q. 1989, c. 51.

⁷⁸ J. LACHAPELLE, Des recours plus efficaces pour la lutte à la discrimination. La mission de la Commission et ses nouvelles orientations suite à la création du Tribunal des droits de la personne, Avril 1990, Commission des droits de la personne du Québec, p.5.

Dès lors, on peut affirmer sans trop se tromper que la principale mission dévolue au Tribunal des droits de la personne en est une d'adjudication c'est-à-dire de juger du bien-fondé d'une plainte de discrimination en vertu de la Charte. Cela peut d'ailleurs expliquer nos résultats. Dans le but de décharger la Commission des droits de la personne de son rôle de *juge* qui entrerait en conflit avec la teneur de ses autres rôles, le législateur a institué le Tribunal des droits de la personne. On a volontairement «judiciarisé» le rôle que jouait auparavant la Commission.

Le Tribunal est un tribunal judiciaire, par opposition à administratif, les juges qui y siègent sont nommés parmi les juges de la Cour du Québec. Il n'est donc pas surprenant que le mode de raisonnement du Tribunal soit davantage conforme aux prescriptions de la Cour suprême. Issus de la magistrature, les juges qui siègent au Tribunal sont initiés aux pratiques d'utilisation des différentes sources du droit, bien plus, c'est intrinsèque à leur culture. Par ailleurs, il faut noter l'important rôle que joue la Commission. En effet, c'est presque toujours la Commission qui dépose, au nom de la victime, la plainte devant le Tribunal. Ce dernier se penche donc sur des plaintes qui ont déjà été évaluées comme potentiellement discriminatoires, formulées de façon assez uniforme et où la preuve est organisée essentiellement autour des dispositions de la Charte. Par conséquent, il est plus aisé de systématiser les décisions.

B. L'arbitre de griefs

La mission initiale de l'arbitre de griefs est aussi déterminante de sa manière de traiter aujourd'hui des questions de discrimination. L'arbitrage de griefs, dans sa forme actuelle est le résultat de plus de cent années d'histoire. Au fil des années, les objectifs visés par ce régime d'administration de justice se sont certes précisés mais ils se sont aussi diversifiés. Le régime d'arbitrage de griefs est né d'une volonté de créer un mode de justice plus adapté aux réalités du monde du travail que le droit et les tribunaux civils. Il a été, lui aussi, modelé au gré des critiques formulées envers ce système propre aux rapports collectifs de travail.

La mission de l'arbitre de griefs a été élaborée autour de l'idée que l'intervention d'un tiers, choisi par les parties, favoriserait l'émergence de règles et l'application adaptée de celles-ci aux milieux de travail. La transformation du rôle de l'arbitre - de la médiation à l'adjudication - s'est faite, comme nous le verrons, sans que cette préoccupation ne soit altérée.

Ainsi, au tout début, le rôle des conseils d'arbitrage est plutôt limité: le conseil n'intervient que sur demande d'une des parties qui ne sont par ailleurs pas tenues d'accepter sa sentence⁷⁹. Son mandat est de rapprocher les parties lors de conflits de travail. Il s'agit donc d'un processus volontaire et non exécutoire⁸⁰. Ce n'est que quelques années plus tard que le conseil pourra rendre une sentence bien que celle-ci doive être sanctionnée par les tribunaux civils pour contraindre une partie qui ne s'y conforme pas à respecter ses obligations. Nous pouvons donc qualifier le rôle des arbitres, à ce stade, de médiateur⁸¹.

En 1944 le gouvernement fédéral adopta le CP 1003. Ce dernier imposait le règlement des griefs par voie d'arbitrage parce que la situation l'exigeait: la production de guerre ne pouvait être interrompue par des arrêts de travail. Au Québec, le législateur attendra jusqu'en 1961 pour retirer le droit de grève pendant la durée de la convention collective et le remplacer par l'arbitrage obligatoire et exécutoire pour tout grief non réglé par voie de discussions internes⁸². Dorénavant, les parties sont liées par la sentence arbitrale sans besoin pour elles de recourir aux tribunaux pour la faire respecter⁸³.

⁷⁹ Loi des différends ouvriers de Québec, 1 Édouard VII (1901), c.31.

⁸⁰ J.-P. LALANCETTE et R. AUCLAIR, «L'arbitrage de griefs conserve-t-il toujours un intérêt?» dans R. BLOUIN (dir.), Vingt cinq ans de pratique en relations industrielles au Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p.543.

⁸¹ Dans le modèle de l'arbitre médiateur défini par Weiler (P. C. WEILER, «The Role of the Labour Arbitrator: Alternative Versions», (1969) 19 U. of T.L.J. 16), la mission de l'arbitre consiste à aider les parties à comprendre objectivement la question litigieuse, ainsi qu'à trouver des solutions et des compromis acceptables pour régler les mécontentes générées par l'application ou l'interprétation de la convention collective. Afin de favoriser le rapprochement des parties, l'arbitre *peut utiliser toutes les sources d'information* qui lui permettront de comprendre la vraie nature du problème qui affecte les relations de travail d'une organisation. Ce n'est que lorsque les parties ne parviennent pas à un accord que l'arbitre rend une décision au sens légaliste du terme. Cependant, celle-ci doit tendre à protéger les principaux intérêts de la «partie perdante» (Id., pp.19-21).

⁸² Pour une revue historique de l'arbitrage de griefs voir: R. BLOUIN et F. MORIN, op.cit., note 67, pp.3-27 et G. HÉBERT, Traité de négociation collective, Boucherville, Gaëtan Morin Éditeur, 1992, pp.173-174.

⁸³ Selon Blouin, le choix du législateur d'octroyer la juridiction du grief à l'arbitre plutôt qu'à la Cour provinciale reposait principalement sur cinq postulats:
1- La meilleure solution à un grief demeure celle convenue par les parties parce que ce sont ces dernières

Le législateur a donc transformé volontairement la nature du rôle de l'arbitre: il doit maintenant agir comme un adjudicateur⁸⁴. Ce changement de position à l'égard du rôle de l'arbitre a d'ailleurs suscité à cette époque plusieurs discussions sans que celles-ci ne remettent en cause la validité de l'institution en tant que telle⁸⁵.

Contrairement au Tribunal des droits de la personne qui s'est vu confier l'application et l'interprétation d'un corps de règles uniforme et bien délimité, l'arbitre doit veiller à l'application d'un corps de règles susceptible de varier d'un milieu à un autre, suivant le contenu de la

qui ont négocié la convention collective et qui doivent travailler ensemble au quotidien. Dès lors, il n'est pas approprié de se présenter devant le juge pour lui demander de régler les problèmes qui peuvent découler de cette entente;

2- Le milieu d'intervention le plus approprié pour trancher un grief est celui du travail. L'intervenant doit avoir une connaissance du milieu des relations industrielles et de la dynamique des relations patronales-syndicales. Au surplus, il est important que les parties puissent choisir l'intervenant afin de favoriser une justice qui reflète davantage les réalités propres à chaque entreprise;

3- L'objet de la décision rendue par l'intervenant doit être limité. Le rôle qu'on lui confie doit s'arrêter à préciser la portée des droits et obligations qui découlent de la convention collective. Il doit expliquer la règle de droit qui est au centre du litige;

4- Les conflits résultant de l'interprétation et de l'application de la convention collective doivent être réglés par un processus adapté au milieu de travail. On recherche un mode de fonctionnement accessible, rapide et réaliste. Le processus doit s'éloigner des procédures interminables généralement associées aux tribunaux civils;

5- La décision de l'intervenant doit refléter les attentes du milieu, elle doit être accessible c'est-à-dire compréhensible pour les premiers intéressés et elle doit s'attacher à comprendre les faits litigieux dans le contexte particulier du travail où ils ont pris naissance (R. BLOUIN, *op.cit.*, note 36, pp.35-37).

⁸⁴ Dans ce modèle, l'arbitre est nommé de façon ponctuelle lorsqu'un conflit ou une mésentente survient. Il possède une très bonne connaissance du milieu des relations industrielles mais, contrairement à l'arbitre médiateur, il n'a pas à avoir une connaissance particulière des parties et de l'organisation où il est appelé à exercer ses fonctions. Il possède une expertise particulière en regard des relations de travail. Idéalement, il est nommé à la suite d'une entente entre les parties à cet effet. Le défaut d'entente à ce niveau n'est cependant pas fatal à l'efficacité du processus. L'environnement légal est très important dans ce modèle puisque l'arbitre, pour trancher le litige, ne doit se servir que des règles qui découlent de la convention (P. C. WEILER, *loc. cit.*, note 81, 28-34). Voir également: H.W. ARTHURS, «Developing Industrial Citizenship: a Challenge for Canada's Second Century», (1967) *R. du B. can.* 786, 815-818.

⁸⁵ À cet effet voir: G. W. ADAMS, «Grievance Arbitration and Judicial Review in North America», (1971) 9 *Osgoode Hall L.J.* 443; A. COX, «Reflections upon Labor Arbitration», (1959) 72 *Harvard Law Review* 1482; P. C. WEILER, *loc. cit.*, note 81 et plus récemment D. M. BEATTY, «The Role of the Arbitrator: A Liberal Version», (1984) 34 *U. of T.L.J.* 136.

convention collective. On n'attend donc pas de lui qu'il possède une expertise sur un thème particulier mais bien qu'il puisse traduire correctement l'intention des parties qu'il a devant lui par sa connaissance des milieux de travail et, ce faisant, contribuer à maintenir un état de paix industrielle⁸⁶. C'est la raison pour laquelle la démarche de l'arbitre est reliée à l'intention et aux pratiques des parties privées et non à l'interprétation de l'intention du législateur.

Le législateur avait postulé au départ que le rôle de l'arbitre devait se limiter à préciser la portée des termes de la convention collective. Implicitement, ce dernier présumait donc que la convention collective pouvait exister en vase clos. Or, depuis 1961 le droit a connu une évolution rapide, les lois se sont multipliées et les chartes ont fait leur apparition. Dès lors, on s'est aperçu qu'il était difficile pour un arbitre d'appliquer et d'interpréter la convention collective en faisant abstraction du reste de l'environnement légal dans lequel elle avait été négociée⁸⁷. Le législateur a donc modifié le *Code du travail* et donné à l'arbitre le pouvoir d'interpréter et d'appliquer une loi, même de nature constitutionnelle, élargissant ainsi son domaine réservé.

Nos résultats montrent cependant que les arbitres ne semblent pas avoir toujours adapté les bases de raisonnement, qui s'imposaient dans le cadre de leur mission initiale, à ce domaine nouveau qui exige de lui d'interpréter l'intention du législateur. Nous avons en effet constaté que l'arbitre de griefs ne fait pas systématiquement référence aux précédents établis par la Cour suprême, aux ouvrages de doctrine ni même aux dispositions de la Charte qui sont pourtant au coeur des plaintes de discrimination. Il n'est donc pas surprenant qu'en matière de preuve l'arbitre ne se conforme pas toujours aux prescriptions du plus haut tribunal du pays. Par ailleurs, le rôle des parties au grief n'est pas étranger au fait que les bases de raisonnement de l'arbitre soient demeurées inchangées. Le syndicat, qui a comme réflexe de s'adresser d'abord à l'arbitre, ne présente pas un grief portant exclusivement sur la discrimination mais plutôt un grief soulevant plusieurs clauses de la convention collective. De même, la preuve soumise au chapitre de la discrimination est souvent limitée et plus ou moins bien structurée. Par conséquent, l'arbitre ne

⁸⁶ À cet égard, il est intéressant de noter la critique de Stone qui relève les paradoxes du paradigme classique de l'arbitrage de griefs: K. VAN WEZEL STONE, «The post-War Paradigm in American Labor Law», (1981) 90, The Yale Law Journal 1509, 1559-1565.

⁸⁷ McLeod c. Egan, précité, note 2.

peut pas rédiger une sentence aussi organisée et linéaire que la décision du Tribunal. Puisque le grief soulève à la fois des questions qui relèvent de l'intention des parties (celles qui portent sur les dispositions de la convention collective à proprement dit) et des questions qui relèvent de l'intention du législateur (celles qui portent sur la Charte), il est difficile pour l'arbitre d'adopter un mode de raisonnement pour passer à un autre selon la question étudiée dans une même sentence.

Pourtant, en vertu des pouvoirs que possède maintenant l'arbitre, celui-ci est devenu un gardien de l'application de droits fondamentaux dans l'entreprise syndiquée. Le rôle initialement prévu de l'arbitre en faisait un tribunal d'exception qui au fil des années a acquis une autorité accrue. Les tribunaux supérieurs se sont d'abord montrés réticents à ce que le domaine de compétence de l'arbitre soit élargi, et sont intervenus fréquemment par le biais de leur pouvoir de surveillance et de contrôle. Au gré des ces interventions les tribunaux supérieurs ont précisé les pouvoirs de l'arbitre, le cadre de sa compétence et les règles qu'il doit respecter dans son exercice⁸⁸. Graduellement, les tribunaux supérieurs ont reconnu la juridiction arbitrale et affirment maintenant que l'arbitre, en plus de détenir une compétence exclusive à l'égard des griefs qui portent sur des sujets dont traite la convention collective en termes exprès, détient une compétence qui peut être implicite⁸⁹. On peut donc affirmer que les tribunaux supérieurs ont non seulement reconnu cette transformation du rôle initial de l'arbitre de griefs mais qu'ils l'ont cautionnée.

Cependant, il demeure une question pour le moins importante, celle à savoir si les arbitres veulent ou acceptent cet élargissement de leur compétence. Et plus particulièrement en regard du sujet qui nous occupe, nous pouvons nous demander si les arbitres sont prêts à assumer un rôle non plus de nature privée mais bien de nature publique. En d'autres termes, bien que le législateur ait octroyé aux arbitres le pouvoir d'interpréter et d'appliquer une loi dans la mesure où cela est nécessaire à la solution d'un litige qui lui est soumis et que les tribunaux supérieurs acceptent cette transformation du rôle de l'arbitre dans le système judiciaire, les arbitres se

⁸⁸ J.-D. GAGNON, «La compétence de l'arbitre de griefs en droit du travail. Accroissement d'un domaine réservé», (1997) R. du B. 173, 208.

⁸⁹ Id., 209.

sentent-ils vraiment investis du pouvoir d'interpréter et d'appliquer la Charte? À la lumière de notre analyse, nous sommes tentées de répondre par la négative.

À tout le moins, nous pouvons certainement affirmer que la question juridictionnelle est loin de faire l'unanimité chez les arbitres. Tout d'abord, certains estiment avoir compétence pour interpréter et appliquer la Charte dans la mesure où la convention collective inclut une disposition référant aux dispositions de la Charte. Par exemple dans l'affaire Produits Johnson & Johnson Inc. c. Syndicat des travailleurs de l'énergie et de la chimie, Section locale 115⁹⁰, l'arbitre mentionne à ce sujet:

«[...] il est loin d'être évident que l'arbitre ait juridiction pour interpréter et appliquer la Charte dans le problème sous étude. Si le tribunal d'arbitrage possède juridiction en vertu de l'article 110.12(*sic*) du Code du Travail pour interpréter ou appliquer une loi dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour décider d'un grief, il est douteux qu'il ait la compétence de le faire pour décider que les dispositions conventionnelles sont nulles et ne doivent pas recevoir application[...]

Une réserve s'impose cependant lorsque la convention collective elle-même incorpore par référence ou autrement une disposition législative. Dans un tel cas, un arbitre peut considérer que la loi fait partie intégrante de la convention collective et en appliquer les dispositions.»

De même, dans l'affaire Ville de Kirkland⁹¹ l'arbitre affirme que son rôle consiste à interpréter et appliquer l'article 2.07 de la convention collective c'est-à-dire la disposition anti-discriminatoire, et non celui d'interpréter et d'appliquer l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne. Dans le même ordre d'idées, l'arbitre, dans l'affaire Commission des droits de la personne c. Syndicat des employé(e)s de la Commission des droits de la personne⁹², a cru bon de souligner que les parties, en adoptant une clause anti-discriminatoire, entendaient confier formellement à un arbitre de griefs la juridiction pour vérifier si l'employeur a fait preuve de discrimination envers une salariée.

⁹⁰ Précitée, note 41, 7-8.

⁹¹ Précitée, note 66, 738.

⁹² Précité, note 39, 524.

Ces quelques passages nous montrent bien que les arbitres ne se sentent autorisés d'interpréter et d'appliquer la Charte que dans la mesure où les parties leur ont confié ce rôle. Le besoin de clarifier leur compétence et surtout les termes utilisés à cette fin laissent voir que les arbitres ont un doute quant à l'étendue du pouvoir que leur confère l'article 100.12(a) du *Code du travail*.

Ce n'est qu'une minorité d'arbitres qui semblent se sentir réellement investi du pouvoir d'interpréter et d'appliquer la Charte même si la convention collective n'incorpore ou ne réfère pas aux dispositions de cette dernière. À cet égard, soulignons les propos de l'arbitre dans l'affaire Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, local 500 c. Supermarché Ste-Julie inc.:

«S'agissant d'une loi d'ordre public, cette disposition est impérative et n'a pas besoin d'être reproduite dans une convention collective pour recevoir application en matière de relations de travail.»⁹³

Il arrive même que les parties invoquent exclusivement des articles de la Charte au soutien de leur grief sans que la convention collective réfère d'une manière ou d'une autre aux dispositions de la Charte et que l'arbitre ne sente même pas le besoin de mentionner qu'il a compétence pour interpréter et appliquer la Charte en vertu de l'article 100.12(a) du *Code du travail*⁹⁴.

En bref, il n'existe pas de consensus à l'heure actuelle, dans la pratique arbitrale, face au pouvoir que détiennent les arbitres en regard de la Charte. Tout au plus, les arbitres semblent d'accord sur le fait qu'ils peuvent appliquer et interpréter la Charte si les parties ont formulé clairement cette intention dans la convention collective puisque techniquement ils ne font qu'exercer leur rôle traditionnel c'est-à-dire de nature privée soit celui de préciser la portée des droits et obligations qui découlent de la convention collective.

⁹³ Précitée, note 54, 415. Au même effet, voir: Union des employés du transport local et industries diverses c. Laboratoires Atlas, précité, note 28, 22 où l'arbitre affirme qu'il va de soi que l'arbitre peut invoquer les normes des chartes sous l'égide de l'article 100.12 du *Code du travail*.

⁹⁴ Syndicat des employés d'hôpitaux d'Arthabaska c. Hôtel-Dieu d'Arthabaska, précité, note 36.

Par ailleurs, il faut se demander si cette tendance arbitrale de se conformer au rôle plus traditionnel de l'arbitre, à savoir de traduire correctement l'intention des parties, a encore sa place lorsque l'arbitre interprète des dispositions de la Charte, fussent-elles incorporées d'une manière ou d'une autre à la convention collective puisque dans ce cas, l'arbitre joue un rôle qui relève davantage du domaine public que du domaine privé⁹⁵. À partir du moment où l'arbitre s'est vu conférer une mission d'interprétation et d'application de la loi dans la mesure où cela est nécessaire pour disposer du grief, la question qui se pose est de savoir si la nature de ce qui lui est demandé n'est pas transformée radicalement. L'arbitre, garant de l'application et de l'interprétation de la convention collective, est devenu le garant de l'application et de l'interprétation de droits, au sens traditionnel du terme, en contexte syndiqué. Sa mission, de purement privée, déborde sur le domaine public. N'est-ce pas là imposer à l'arbitrage des façons de faire qui ne conviennent pas à sa mission principale et que son mandat avait pour objectif d'éviter? N'y a-t-il pas un risque d'accentuer la judiciarisation de la pratique arbitrale déjà dénoncée par certains⁹⁶?

L'arbitre devant jouer son rôle d'adjudicateur dans un contexte où ses responsabilités se sont accrues, n'aura d'autre choix que de se conformer à des pratiques plus strictes et moins empreintes de la spécificité des relations de travail. Par ailleurs, si les arbitres «judicialisent» leur pratique eu égard aux questions de droit relevant du domaine public, cela aura inévitablement pour conséquence, à plus ou moins long terme, de judiciariser l'ensemble de leur pratique et celle des parties. Or, il s'agit de l'un des reproches les plus importants fait au système d'arbitrage. En

⁹⁵ D. D. CARTER, «The Duty to Accommodate, Its Growing Impact on the Grievance Arbitration Process», (1997) 52 Rel. Ind. 186-188.

⁹⁶ La principale critique adressée à l'arbitrage de griefs en ce moment concerne sa judiciarisation. Ce phénomène est attribuable, semble-t-il, au formalisme grandissant du processus en tant que tel, aux délais qu'il occasionne, à l'utilisation croissante de la jurisprudence pour solutionner un litige et à la présence de plus en plus importante des juristes dans le processus de l'arbitrage que ce soit comme représentants des parties ou en tant qu'arbitres. À cet effet, voir entre autres: R. BLOUIN, op. cit., note 36, pp.78-88; J.-P. LALANCETTE et R. AUCLAIR, loc. cit., note 80, 548; F. MORIN, loc. cit., note 67, pp. 31-37. Ce phénomène de judiciarisation heurte la plupart des prémisses qui fondent le paradigme classique de l'arbitrage de griefs et des principes qui doivent guider l'arbitre de griefs en tant que tribunal administratif. En fait, on reproche à l'arbitre de griefs d'assumer le rôle d'adjudicateur qu'on lui a confié en calquant de trop près le modèle judiciaire traditionnel alors qu'on attendait de lui une originalité et une spécificité propre aux réalités et aux besoins des milieux de travail.

confiant à l'arbitre le pouvoir et le devoir d'interpréter et d'appliquer la Charte dans la mesure où la solution du litige le nécessite, est-ce-qu'on attendait de lui qu'il n'agisse pas avec toute la diligence qu'appelle la nature de cette loi? Nous ne le croyons pas. Dans cette optique, il y a lieu de s'interroger sur le paradoxe auquel l'arbitre de griefs est confronté: d'un côté, on lui confie un nouveau rôle comportant des responsabilités majeures si on considère qu'en interprétant la Charte, que ce soit directement ou par voie d'incorporation de la convention collective, l'arbitre interprète l'intention du législateur, mais de l'autre, on espère qu'il continue à agir comme s'il n'interprétait que l'intention des parties. Est-il possible d'exiger d'un arbitre qu'il en revienne à une pratique moins judiciaire tout en étendant son rôle d'adjudicateur?

CONCLUSION

L'analyse de nos résultats nous a permis de conclure à l'existence de différences dans le traitement des plaintes en matière de discrimination en emploi par le Tribunal des droits de la personne et l'arbitre de griefs. Ces différences peuvent mettre en cause la cohérence d'application et d'interprétation de la norme d'égalité contenue dans la Charte québécoise dans les milieux de travail. Peut-on accepter que des différences justifiées par la mission de tribunaux spécialisés et la perception qu'en ont les parties qui se présentent devant eux entraînent une application non uniforme de droits fondamentaux comme ceux qui sont reconnus dans la Charte?

Cette question est au coeur des préoccupations relatives à la norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions des instances spécialisées dans le domaine des droits de la personne et aux sentences arbitrales⁹⁷. Actuellement, l'intervention des tribunaux supérieurs à l'égard des décisions rendues par ces deux instances n'est pas guidée par des normes uniformes. La juridiction du Tribunal des droits de la personne est protégée par une clause privative⁹⁸, mais ses décisions ne sont pas finales puisque l'article 132 de la Charte prévoit qu'il est possible d'en appeler à la Cour d'appel du Québec sur permission de l'un de ses juges. A l'instar des autres tribunaux ou organismes spécialisés en matière de droits de la personne au Canada, la norme

⁹⁷ D. NADEAU, *loc.cit.*, note 6; J.A. NADEAU, *loc.cit.*, note 5; K. TABBAKH, *loc.cit.*, note 6.

⁹⁸ Charte, art. 109.

de contrôle judiciaire qui lui est applicable en est une de justesse⁹⁹. Quant à l'arbitre de grief, il est protégé par une clause privative et ses décisions ne sont pas susceptibles d'appel¹⁰⁰. Lorsque la Cour supérieure exerce son pouvoir de contrôle et de surveillance à l'égard d'une sentence arbitrale, elle fait preuve de déférence ou de retenue judiciaire à l'égard des questions qui relèvent directement de la compétence de l'arbitre, soit l'application et l'interprétation de la convention collective, parce qu'il s'agit de sa compétence intrajuridictionnelle, et qu'à l'intérieur de celle-ci l'arbitre peut commettre une simple erreur de droit. Elle n'intervient que dans la mesure où il y a une erreur de droit manifestement déraisonnable ou sur une erreur attributive de compétence, ces deux erreurs pouvant être qualifiées de juridictionnelles¹⁰¹. Cependant, lorsque dans sa sentence l'arbitre interprète et applique la Charte, la Cour supérieure ne fait pas preuve de cette même retenue judiciaire parce que l'arbitre n'exerce plus sa compétence principale; la règle de contrôle judiciaire applicable à l'interprétation d'une loi extérieure par un arbitre de griefs est alors basée sur l'interprétation correcte¹⁰².

Cette double norme de contrôle judiciaire applicable à l'arbitre de griefs pose certaines difficultés. Nous avons vu que bon nombre de conventions collectives comportaient des normes anti-discriminatoires. Dans ce dernier cas, l'arbitre agit-il dans le cadre de sa compétence d'attribution ou de sa compétence accessoire? En principe, nous devons répondre que l'arbitre interprète une clause de la convention collective et donc agit dans le cadre de sa compétence d'attribution et que, par conséquent, la Cour supérieure devrait s'en tenir à la norme de l'erreur

⁹⁹ D. NADEAU, *loc.cit.*, note 6, 151-167.

¹⁰⁰ C.t., art. 101 et 139 à 140.

¹⁰¹ Voir: H. TRUDEAU et D. VEILLEUX, «L'erreur juridictionnelle en arbitrage de grief: les arrêts récents de la Cour d'appel et de la Cour suprême», dans G. TRUDEAU, G. VALLÉE et D. VEILLEUX (dir.), *op.cit.*, note 7, p. 255.

¹⁰² Mc Leod c. Egan, précitée, note 2; Lagacé c. Union des employés de commerce, local 504 (T.U.A.C., F.T.O.), [1988] R.J.Q. 1791, 1794 (C.A.); N.A.P.E. c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre), [1996] 2 R.C.S. 3, 12. Voir l'analyse critique de cette décision dans D. NADEAU, *loc.cit.*, note 6, 171-179. Voir aussi: H. TRUDEAU et D. VEILLEUX, Juridiction et redéfinition du rôle de l'arbitre à la lumière des décisions récentes de la Cour suprême du Canada, Notes pour présentation à l'Association du Barreau canadien, 11 décembre 1996, pp.15-16.

de droit manifestement déraisonnable¹⁰³. Cependant, il est intéressant de voir les commentaires du juge Lévesque de la Cour supérieure dans l'affaire Kirkland (Ville de) c. Syndicat des employés municipaux de Kirkland¹⁰⁴, qui a décidé d'appliquer la norme de l'erreur simple malgré le fait que la convention collective contenait une disposition anti-discriminatoire en se justifiant ainsi:

«À défaut d'autres autorités, je crois que dans le cas présent la Cour supérieure doit faire montre de déférence à l'endroit de l'arbitre, d'une part, et que la norme d'examen est celle de l'erreur déraisonnable ou irrationnelle, d'autre part, lorsqu'elle interprète la convention collective qui incorpore le droit québécois.

Toutefois, à cause de l'importance des questions soulevées et de la rareté des indices, j'analyserai la décision de l'arbitre dans la perspective de l'existence ou non d'une erreur dans la justesse de la décision.»¹⁰⁵

Cette approche illustre le malaise engendré par la solution consistant à faire varier la norme de contrôle judiciaire applicable à une sentence arbitrale en fonction de la source, législative ou conventionnelle, de la disposition relative à la discrimination. Même lorsqu'il applique une norme anti-discriminatoire intégrée à la convention collective, l'arbitre analyse «par le biais de la convention collective, des aspects significatifs des droits et libertés transcendant clairement le domaine «fort restreint» [l'auteur reprenant les termes de la Cour suprême dans l'affaire Mossop] d'une convention collective»¹⁰⁶ pour traiter des valeurs fondamentales de la société, ce qui commanderait, à tout le moins, la création d'une norme de contrôle uniforme à l'égard des tribunaux traitant des questions de discrimination¹⁰⁷. Cette solution, conduisant à un resserrement du contrôle judiciaire des sentences arbitrales lorsque la Charte est en cause, contredit toutefois

¹⁰³ Même si la Cour suprême n'a pas clairement disposé de cette question dans les arrêts C.S.R. de Chambly c. Bergevin ([1994] 2 R.C.S. 525, 554 (opinion de la juge L'Heureux-Dubé) et N.A.P.E. c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre), précitée, note 102, 19. Voir l'analyse de ces décisions dans D. NADEAU, loc. cit., note 6, 179-183; K. TABBAKH, loc. cit., note 6, 261, 266-270; 281-284.

¹⁰⁴ [1997] R.J.Q. 534 (C.S.).

¹⁰⁵ Id., 542.

¹⁰⁶ D. NADEAU, loc. cit., note 6, 191 alors même que la Cour suprême laisse peu d'autonomie aux tribunaux spécialisés dans le domaine de droits de la personne: Id., 149-167.

¹⁰⁷ Id., 190-199.

les objectifs visés par le législateur lorsqu'il a créé l'arbitrage de griefs¹⁰⁸, notamment quant à la célérité¹⁰⁹ et à la souplesse¹¹⁰ du processus.

C'est pourquoi il convient de s'interroger sur la meilleure structure juridictionnelle pour assurer l'application uniforme de droits fondamentaux en milieu syndiqué: compétence exclusive de l'arbitre de griefs, maintien avec ou sans amendements de la coexistence juridictionnelle actuelle, définition de domaines de compétence limités et mutuellement exclusifs, voire même compétence exclusive des instances spécialisées dans le domaine des droits de la personne¹¹¹? Toutes ces hypothèses supposent que la réflexion sur la mission de l'arbitre de griefs se poursuive puisque l'élargissement graduel - et à notre avis largement «accidentel», au fil des décisions rendues sur le sujet - de sa compétence en matière d'application des lois a nécessairement des effets sur la pratique arbitrale. On ne peut demander à l'arbitre des pratiques moins empreintes de formalisme tout en élargissant sa compétence à l'application ou à l'interprétation de droits fondamentaux! Le débat sur la judiciarisation de l'arbitrage de griefs doit s'accompagner de préoccupations relatives à son domaine.

Ces différentes hypothèses doivent aussi être évaluées en considérant le rôle que peuvent jouer les syndicats dans la mise en oeuvre de la norme d'égalité dans les milieux de travail syndiqués. Il ressort en effet de nos données, exposées dans la première partie, que la mise en oeuvre de la norme d'égalité en milieu syndiqué obéit à une certaine spécialisation institutionnelle,

¹⁰⁸ Voir dans le même sens: K. TABBAKH, *loc.cit.*, note 6, 284-286.

¹⁰⁹ Si une des parties décide d'exercer un recours en évocation d'une sentence arbitrale qui traite d'une question de discrimination, les délais d'attente pour connaître les droits et obligations des parties face au litige qui les oppose s'en trouvent passablement augmentés. Rappelons que l'arbitrage de griefs se voulait un mode de justice simple et accessible. L'obligation d'exercer un recours en évocation pour faire casser une sentence qui ne serait pas conforme à l'état du droit nous semble aller à l'encontre de cet objectif. Par ailleurs, l'application uniforme de la règle de droit n'est assurée que dans la mesure où une des parties demande effectivement aux cours supérieures de contrôler la légalité de la sentence arbitrale. Il n'est pas certain que les parties exercent un recours en évocation même si elles sont en désaccord avec la sentence à cause notamment des délais et des coûts qu'engendre un tel recours.

¹¹⁰ Sachant que les parties peuvent exercer un recours en évocation à l'encontre de sa décision, on peut présumer que l'arbitre aura davantage tendance à opter pour un raisonnement plus judiciaire.

¹¹¹ *Supra*, note 7.

que les deux instances interviennent à des moments différents de la relation d'emploi et que le premier réflexe du syndicat, lorsqu'un problème de discrimination se manifeste, est de s'adresser à l'arbitre de griefs tout comme il le fait à l'occasion d'autres problèmes de relations du travail. L'amélioration de la protection des salariés victimes de discrimination pourrait être assurée par le renforcement, et non le démantèlement, de cette spécialisation institutionnelle. Une affirmation claire de la compétence étendue que détiennent les arbitres en matière de discrimination en emploi et de la nature duale, à la fois privée et publique, de la fonction qu'ils exercent pourrait suffire à modifier la perception qu'ont les syndicats de la mission de l'arbitre et de leur propre rôle et modifier leurs pratiques quant à la formulation des plaintes, à la preuve présentée et aux remèdes demandés. Le syndicat, déjà bien implanté dans ces milieux de travail, pourrait ainsi devenir un acteur important, et non un frein¹¹², de la mise en oeuvre de la norme d'égalité.

Même si le caractère exploratoire de notre étude ne nous permet pas de formuler des conclusions affirmées sur les causes des différences constatées quant au traitement des plaintes de discrimination par le Tribunal des droits de la personne et l'arbitre de griefs, il nous semble qu'elles présentent un caractère «systémique». Ce ne seraient pas la compétence, la capacité, l'expertise ou la volonté des individus qui exercent des fonctions d'adjudication au sein du Tribunal ou comme arbitres mais bien les attentes et les pratiques des parties qui s'adressent à l'une ou l'autre des instances, le mode de raisonnement propre à ces instances lequel est largement relié à la mission initiale qui leur a été confiée et les ressources dont elles disposent qui seraient les causes des différences constatées. Le débat entourant une éventuelle réforme de la situation de coexistence juridictionnelle actuelle devrait à notre avis reposer sur une meilleure connaissance de ces facteurs systémiques.

¹¹² K. TABBAKH, *loc.cit.*, note 6, 273-274; R. BROWN and B. ETHERINGTON, *loc.cit.*, note 5.