

Les Cahiers de droit



La constitutionnalisation du droit du travail : une menace ou une opportunité pour les rapports collectifs de travail ?

Guylaine Vallée et Dalia Gesualdi-Fecteau

Volume 48, numéro 1-2, 2007

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043927ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043927ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Vallée, G. & Gesualdi-Fecteau, D. (2007). La constitutionnalisation du droit du travail : une menace ou une opportunité pour les rapports collectifs de travail ? *Les Cahiers de droit*, 48(1-2), 153–187. <https://doi.org/10.7202/043927ar>

Résumé de l'article

Le droit du travail se compose d'une pluralité de sources émanant du droit étatique et du milieu de travail. Sa spécificité tient à la manière de combiner ces sources en conférant une légitimité particulière aux sources issues de la négociation collective. Les auteures suggèrent que cette toile de fond permet de comprendre *comment* se manifeste empiriquement le processus de constitutionnalisation du droit des rapports collectifs du travail et d'anticiper ses *effets juridiques* sur le rapport qu'entretiennent les institutions des rapports collectifs du travail avec l'ensemble du droit instaurant des protections d'ordre public. Les tribunaux (notamment la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Parry Sound*) avaient graduellement reconnu le rôle important de ces institutions dans la mise en œuvre des droits de la personne et, plus généralement, d'autres normes issues du droit étatique. Bien que cette approche ne fasse pas l'unanimité — en témoignent l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Isidore Garon* et la jurisprudence des tribunaux inférieurs québécois, qui est analysée dans le présent article —, les auteures estiment que l'approche en question est porteuse d'un renouvellement des principes d'articulation des sources du droit du travail qui s'appuie toujours sur le rôle central des institutions collectives. C'est en ce sens que le processus de constitutionnalisation, loin d'être une menace, s'inscrirait dans la continuité de l'histoire du droit du travail.

La constitutionnalisation du droit du travail : une menace ou une opportunité pour les rapports collectifs de travail ?*

Guyline VALLÉE** et Dalia GESUALDI-FECTEAU***

Le droit du travail se compose d'une pluralité de sources émanant du droit étatique et du milieu de travail. Sa spécificité tient à la manière de combiner ces sources en conférant une légitimité particulière aux sources issues de la négociation collective. Les auteures suggèrent que cette toile de fond permet de comprendre comment se manifeste empiriquement le processus de constitutionnalisation du droit des rapports collectifs du travail et d'anticiper ses effets juridiques sur le rapport qu'entretiennent les institutions des rapports collectifs du travail avec l'ensemble du droit instaurant des protections d'ordre public. Les tribunaux (notamment la Cour suprême du Canada dans l'affaire Parry Sound) avaient graduellement reconnu le rôle important de ces institutions dans la mise en œuvre des droits de la personne et, plus généralement, d'autres normes issues du droit étatique. Bien que cette approche ne fasse pas l'unanimité — en témoignent l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire Isidore Garon et la jurisprudence des tribunaux inférieurs québécois, qui est analysée dans le présent article —, les auteures estiment que l'approche en question est porteuse d'un renouvellement des principes d'articulation des sources du droit du travail qui s'appuie toujours sur le rôle central des institutions collectives. C'est en ce sens que le processus de constitutionnalisation, loin d'être une menace, s'inscrirait dans la continuité de l'histoire du droit du travail.

* Les deux auteures sont rattachées au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT) et collaborent au projet de recherche « Travail vulnérable et nouveaux modes d'organisation des entreprises et de l'État : enjeux pour le droit du travail et de la sécurité sociale », subventionné par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH).

** Professeure titulaire, École de relations industrielles, Université de Montréal.

*** Avocate, Commission des normes du travail.

Labour and Employment Law is the product of multiple sources whose roots into the state law and into the law of the work place. The specific nature of this branch of the law originates in the way its sources combine and give specific legitimacy to ground rules that emerge from collective bargaining. The authors suggest that this background makes it possible to understand how the constitutionalization process of the law of collective labour relations empirically manifests itself, and to anticipate its legal effects upon the relationships between institutions of collective labour relations and the body of law forming the bedrock of public order. The courts (and most specifically the Supreme Court of Canada in the Parry Sound case) have gradually recognized the important role of these institutions in the implementation of human rights and, more generally, of other rules issuing from the state law. While this approach has not been unanimously recognized—consider the Supreme Court ruling in the case of Isidore Garon and other decisions emanating from lower Quebec courts analyzed in this paper—the authors consider that the approach portends a renewal of the interactions of Labour and Employment Law sources, which are always grounded upon the central role of collective institutions. It is in this sense that the constitutionalization process, far from being a threat to the unfolding history of Labour and Employment Law, is actually a part and parcel thereof.

Pages

1 Le processus de constitutionnalisation du droit des rapports collectifs du travail : une approche normative et empirique	160
1.1 La Charte des droits et libertés de la personne et l'arbitrage de griefs : une lente intégration	161
1.2 Une manifestation des principes classiques du droit des rapports collectifs du travail sur les rapports entre le droit étatique et le droit conventionnel.....	165
2 Les effets de la constitutionnalisation du droit du travail : vers une nouvelle articulation des sources du droit des rapports collectifs du travail ?.....	171
2.1 Le droit étatique, contenu implicite de la convention collective ?.....	171
2.2 Le droit étatique, compatible avec les rapports collectifs du travail ?.....	175
2.2.1 La Charte des droits et libertés de la personne	177
2.2.2 La Loi sur les normes du travail	178
2.2.3 Le Code civil du Québec.....	182
Conclusion.....	185

Le droit applicable au travail salarié se compose d'une pluralité de règles relevant de différentes sphères du droit étatique (qu'il s'agisse du droit civil, des lois concernant le travail, des instruments d'affirmation des droits fondamentaux de la personne ou du droit criminel) ou émanant des acteurs du milieu de travail (règles qui se trouvent dans les conventions collectives, les contrats individuels de travail, les politiques d'entreprise ou les usages)¹. La spécificité du droit du travail dans l'ensemble juridique tient largement à la manière de faire « cohabiter » ces sources diverses, de les combiner, en conférant une légitimité particulière aux sources émanant de la négociation collective².

Dans le présent article, nous voulons montrer que cette toile de fond est importante pour comprendre *comment* s'opère le processus de constitutionnalisation du droit des rapports collectifs de travail. Ce processus est intimement lié aux rapports existant entre le droit étatique, perçu comme étant externe au milieu de travail, et les règles émanant de la négociation collective (1). Cette toile de fond nous permettra ensuite de circonscrire les *effets* de ce processus de constitutionnalisation : au-delà d'une redéfinition de la hiérarchie des sources du droit du travail, il pourrait aussi être de nature, comme le suggère la jurisprudence récente, à redéfinir la mission des institutions des rapports collectifs du travail (2). Cependant, il convient, au préalable, de préciser le sens qui est ici donné au concept de constitutionnalisation, puisque ce sens délimite la portée de notre analyse.

Des multiples sens du concept de constitutionnalisation

Le concept de constitutionnalisation est intimement lié, du moins dans son acception traditionnelle³, à celui d'État-nation et à la centralité des règles du droit étatique dans la constitution d'un système juridique.

-
1. Sur les caractéristiques du droit du travail comme lieu de pluralisme juridique, voir G. VALLÉE, « Le droit du travail comme lieu de pluralisme juridique », dans C. SAINT-PIERRE et J.P. WARREN (dir.), *Sociologie et société québécoise : présences de Guy Rocher*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 241. Le présent article, notamment la première partie, reprend des extraits substantiels de cet article.
 2. P. VERGE et G. VALLÉE, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 123-131.
 3. Cette conception traditionnelle est par ailleurs remise en cause par Gunther Teubner qui propose de penser le phénomène de constitutionnalisation sans État (*constitutionalisation without the state*). Voir G. TEUBNER, « Societal Constitutionalism : Alternatives to State-Centred Constitutional Theory », dans C. JOERGES, I.-J. SAND et G. TEUBNER, *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford et Portland, Hart Publishing, 2004, p. 2. Voir aussi, dans le même ouvrage, une critique de cette approche : T. VESTING, « Constitutionalism or Legal Theory : Comments on Gunther Teubner », dans C. JOERGES, I.-J. SAND et G. TEUBNER, *id.*, p. 29.

Dans plusieurs pays, dont le Canada⁴, une constitution formelle consacre la supériorité des normes constitutionnelles par rapport aux normes dites ordinaires. La stabilité des premières est assurée du fait qu'elles ne peuvent être modifiées qu'en suivant une procédure spéciale⁵. Les normes constitutionnelles encadrent la production des normes ordinaires et sont un instrument de jugement de leur validité.

Dans cette perspective, étudier la constitutionnalisation d'une norme conduit à s'intéresser au processus par lequel cette norme acquiert la supériorité et la stabilité propre à une norme constitutionnelle dans l'ensemble juridique⁶. Étudier la constitutionnalisation du droit du travail consiste aussi à mettre au jour le processus par lequel des règles du droit du travail ont graduellement acquis une valeur constitutionnelle, c'est-à-dire une autorité particulière par rapport aux autres sources formelles du droit du travail⁷.

Il est clair, si nous nous en tenons à cette conception, qu'il y a eu, au cours des dernières années, un processus de constitutionnalisation, à tout le moins partiel, du droit du travail. L'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸ a permis de conférer une autorité particulière aux règles prohibant la discrimination dans le domaine de l'emploi, tout en élargissant leur champ d'application bien au-delà de la seule relation de travail, autorité et portée que ces règles n'avaient pas lorsqu'elles étaient affirmées dans des lois ordinaires sur le travail mettant en œuvre, au Québec, les engagements internationaux du Canada en matière de discrimination

4. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3; *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11) (ci-après citée: «Charte canadienne»).

5. J.-Y. MORIN, «La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne», (1987) 21 *R.J.T.* 25, 30-32.

6. C'est la démarche qu'a suivie Jacques-Yvan Morin dans un texte d'une très grande clarté sur la constitutionnalisation progressive, mais non encore aboutie, de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après citée: «Charte québécoise»): J.-Y. MORIN, *loc. cit.*, note 5.

7. Depuis une vingtaine d'années, ce processus de constitutionnalisation du droit du travail en France ferait en sorte que cette branche «du système juridique français a vu certaines de ses règles trouver place, par une sorte de promotion interne, dans le groupe réduit de règles occupant le sommet de la hiérarchie du droit de la République, que l'on appelle "le bloc de constitutionnalité"»: voir A. JEAMMAUD et C. VIGNEAU, *La perspective d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du point de vue du droit français (du travail)*, [En ligne], 2001, [web.unife.it/facolta/giurisprudenza/lavorodispari/Redazione/Jeammaud.htm] (20 février 2007), p. 5.

8. Charte québécoise, précitée, note 6.

dans le domaine de l'emploi⁹. La Charte québécoise comprend aussi des dispositions portant précisément sur le travail¹⁰ qui jouissent indéniablement d'une autorité particulière par rapport aux autres sources du droit¹¹. Par ailleurs, une étude récente soutient que le droit au travail fait partie du système juridique du Québec à titre de principe général du droit ayant une valeur constitutionnelle, et ce, bien que la jurisprudence ait toujours refusé de voir dans l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹² et dans l'article premier de la Charte québécoise l'assise juridique d'un tel statut¹³. Bref, il semble clair qu'il soit possible de trouver, au sein du droit relatif au travail salarié, des règles et des principes jouissant d'un statut prééminent. Le fait que la Charte québécoise reconnaît les droits économiques et sociaux, notamment le droit de toute personne qui travaille «à des conditions de travail justes et raisonnables et qui respectent sa santé, sa sécurité et son intégrité physique¹⁴», sans leur conférer un statut prépondérant représente cependant, à n'en pas douter, une limite importante à la constitutionnalisation du droit du travail dont l'émergence s'inscrit clairement, comme nous le verrons plus loin, dans le mouvement d'affirmation de ces droits.

Toutefois, nous ne saurions parler d'un mouvement aussi clair de constitutionnalisation du *droit des rapports collectifs du travail*, du moins

-
9. *Loi sur la discrimination en emploi*, S.Q. 1964, c. 46; C. DESÎLETS et D. LEDOUX, *Histoire des normes du travail au Québec de 1885 à 2005*, Québec, Les Publications du Québec, 2006, p. 179-180. Jean Denis Gagnon note d'ailleurs que «les diverses lois canadiennes traitant des droits et libertés sont apparues dans leurs formes premières à la suite de la ratification par le Canada, le 26 novembre 1964, de la *Convention internationale du travail (No 111) concernant la discrimination*»: J.D. GAGNON, «La compétence de l'arbitre de griefs en droit du travail. Accroissement d'un domaine réservé», (1997) 57 *R. du B.* 173, 194.
 10. Charte québécoise, précitée, note 6, art. 16-20.
 11. La constitutionnalisation du droit du travail est donc à la mesure de la constitutionnalisation de la Charte québécoise elle-même. Or, selon Jean-Yves Morin, «[l']extension progressive de la supériorité de la Charte ne suffit pas [...] à en faire une loi pleinement constitutionnelle», dans la mesure où la Charte québécoise n'est pas soumise à une procédure de modification différente de celle des lois ordinaires et qu'elle reste mal préservée «contre les fluctuations de la conjoncture politique»: J.-Y. MORIN, *loc. cit.*, note 5, 68.
 12. Charte canadienne, précitée, note 4.
 13. D. ROUX, *Le principe du droit au travail, juridicité, signification et normativité*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 387. Cette reconnaissance tient notamment, selon l'auteur, au fait que les tribunaux font de plus en plus appel au droit international des droits de la personne, où le principe du droit au travail est explicitement reconnu, pour déterminer les principes constitutionnels applicables à un litige donné en droit interne.
 14. Charte québécoise, précitée, note 6, art. 46 et 52.

si nous étudions la constitutionnalisation dans cette seule perspective¹⁵. Mentionnons simplement que la Cour suprême du Canada reste divisée sur le sens à donner à la liberté d'association dans le contexte du travail¹⁶ et ne retient pas la vision collective de la liberté d'association qui est au cœur du droit des rapports collectifs du travail. De plus, alors que la liberté syndicale consacrée dans les instruments internationaux et dans les lois concernant le travail au Canada comporte deux composantes¹⁷, soit la protection du droit de constituer un syndicat ou d'y appartenir et le droit du *groupement* ainsi constitué de disposer de moyens d'action qui lui permettent de réaliser ses finalités propres et de protéger l'intérêt collectif des travailleurs, la Cour suprême a considéré que le droit de négociation collective et le droit de grève ne font pas partie de la liberté d'association protégée constitutionnellement¹⁸. Ce n'est que plusieurs années plus tard que la Cour suprême a accepté d'y inclure certaines activités collectives, telles que les revendications collectives auprès de l'employeur, l'adoption d'une plate-forme politique majoritaire et le regroupement en fédérations

-
15. Voir le constat posé en ce sens par Paul Weiler au regard de la Charte canadienne : P. WEILER : « The Charter at Work: Reflections on the Constitutionalizing of Labour and Employment Law », (1990) 40 *University of Toronto Law Journal* 117, 152 et 186.
 16. Dans l'affaire *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, 1991 CanLII 68 (C.S.C.), consultable à l'adresse Web suivante : www.ijcan.ca/ca/jug/csc/1991/1991csc60.html, les juges majoritaires de la Cour concluaient à l'existence d'un droit de non-association, bien qu'ils aient aussi accepté l'imposition de limites raisonnables à ce droit. Voir aussi *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70 (IJCAn), consultable à l'adresse Web suivante : www.ijcan.ca/ca/jug/csc/2001/2001csc70.html. Dans cette affaire, huit des neuf juges reconnaissent l'existence d'un droit de non-association, bien que l'atteinte à ce droit soit justifiée au sens de l'article premier de la Charte canadienne pour quatre d'entre eux.
 17. L'interprétation par le Comité de la liberté syndicale de la *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 1948, ratifiée par le Canada en 1972, a permis de mettre en évidence ces deux dimensions constitutives de la liberté syndicale. Voir : P. VERGE et G. MURRAY, *Le droit et les syndicats*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1991, p. 27 et 33. Voir aussi : É. GRAVEL, I. DUPLESSIS et B. GERNIGON, *Le Comité de la liberté syndicale : quel impact depuis sa création ?*, Genève, Bureau international du travail, 2002 ; C. BRUNELLE et P. VERGE, « L'inclusion de la liberté syndicale dans la liberté générale d'association : un pari constitutionnel perdu ? », (2003) 82 *R. du B. can.* 711, consultable à l'adresse Web suivante : www.cba.org/cba_barreview/Recherche.aspx?VolDate=12/01/2003.
 18. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (droit de grève), consultable à l'adresse Web suivante : scc.lexum.umontreal.ca/fr/1987/1987rcs1-313/1987rcs1-313.html ; *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, (1990) 2 R.C.S. 367 (droit à la négociation collective), consultable à l'adresse Web suivante : scc.lexum.umontreal.ca/fr/1990/1990rcs2-367/1990rcs2-367.html.

syndicales¹⁹. Bref, la liberté syndicale n'a toujours pas reçu de consécration constitutionnelle. Elle conserve le statut d'une norme ordinaire, soumise à une norme supérieure porteuse d'une conception différente de la liberté d'association. Il ne saurait donc être question de constitutionnalisation du droit des rapports collectifs du travail si est entendu par là un processus par lequel des règles propres au droit du travail auraient acquis une valeur constitutionnelle prépondérante.

En même temps, ces exemples montrent que *les normes constitutionnelles ne sont pas sans effets sur le droit des rapports collectifs du travail*, ce qui invite à envisager le processus de constitutionnalisation dans une perspective moins formaliste. La constitutionnalisation du droit du travail peut en effet se manifester lorsque les règles qui composent le droit du travail, sans accéder à une valeur constitutionnelle ou quasi constitutionnelle sont «*plus clairement ou plus intensément soumis[es] à ce corps de normes de valeur constitutionnelle, en particulier à celles qui ont la portée la plus générale (comme le principe d'égalité devant la loi)*»²⁰. Suivant cette approche, ce sont les rapports entretenus entre des règles ayant valeur constitutionnelle ou quasi constitutionnelle—comprises dans la Charte canadienne et dans la Charte québécoise—et celles qui relèvent du droit des rapports collectifs du travail qui sont examinés. Le processus de constitutionnalisation pourra se manifester par le fait que les acteurs du domaine des rapports collectifs, que ce soit des tribunaux spécialisés du travail ou des parties qui agissent devant eux, mobilisent la règle constitutionnelle ou quasi constitutionnelle dans le traitement des litiges liés aux rapports collectifs du travail.

Pour étudier la constitutionnalisation du droit des rapports collectifs du travail sous cet angle, les liens entre la Charte québécoise et le droit des rapports collectifs de travail seront examinés. Il s'agira de voir si la Charte québécoise qui est, il faut le rappeler, applicable aux rapports entre particuliers, est effectivement mobilisée dans des litiges concernant les rapports collectifs du travail (1) et, si tel est le cas, quel est l'effet de ce

19. *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, par. 17, consultable à l'adresse Web suivante: www.lexum.umontreal.ca/csc-ccc/fr/pub/2001/vol3/html/2001rcs3_1016.html. Il faut noter, toutefois, que le piquetage et le boycott, moyens traditionnels d'action syndicale, jouissent d'une protection constitutionnelle sous l'angle de la liberté d'expression: *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, consultable à l'adresse Web suivante: www.canlii.org/ca/jug/csc/1999/1999csc46.html; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, consultable à l'adresse Web suivante: www.canlii.org/ca/jug/csc/2002/2002csc8.html.

20. A. JEAMMAUD et C. VIGNEAU, *loc. cit.*, note 7, 5; l'italique est de nous.

processus de constitutionnalisation sur les institutions clés du droit des rapports collectifs du travail (2). Faut-il y voir une perte ou un gain pour les institutions des rapports collectifs du travail ?

1 Le processus de constitutionnalisation du droit des rapports collectifs du travail : une approche normative et empirique

Bien que la Charte québécoise jouisse, du fait de son statut quasi constitutionnel, d'un statut juridique prééminent dans la hiérarchie des sources formelles du droit, plusieurs travaux ont souligné son intégration très graduelle—voire tardive—dans la jurisprudence des tribunaux spécialisés du travail et des tribunaux de droit commun²¹. Cette intégration graduelle a été observée, en particulier, dans une recherche empirique ayant analysé, sur une longue période, la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination dans le domaine de l'emploi par les tribunaux d'arbitrage de griefs (1.1)²². Ce constat ne pouvait qu'étonner : comment expliquer qu'un texte aussi important que la Charte québécoise ait été si tardivement mobilisé dans des litiges où il était potentiellement applicable ? La réponse se trouve, croyons-nous, dans les principes classiques qui régissent l'articulation entre les règles négociées collectivement et le droit « externe ». Ces principes sont porteurs d'une conception particulière des rapports entre le droit étatique et les rapports collectifs du travail et du rôle des syndicats, de la convention collective et de l'arbitrage de griefs dans cet ensemble. Ils ont structuré la manière dont les acteurs en sont venus à mobiliser la Charte québécoise (1.2). Au-delà d'un discours normatif sur ce que les arbitres *devraient* faire compte tenu de la hiérarchie des sources, ces principes

21. D. NADEAU, « L'arbitrage de griefs : vecteur d'intégration des droits de la personne dans les rapports collectifs du travail », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 153, 159-160 ; P.J. DALPHOND, « La Charte sera-t-elle la source de nouveaux défis pour les cours de justice ? », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC, *id.*, p. 207, 212. Par ailleurs, un travail de repérage préliminaire nous a permis de constater la même tendance en ce qui concerne cette fois la mobilisation de la Charte québécoise dans des litiges consécutifs au dépôt d'une plainte portant sur un congédiement fait sans cause juste et suffisante au sens de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1.

22. G. VALLÉE, M. COUTU et M.-C. HÉBERT, « La norme d'égalité en milieu de travail : étude empirique de la mise en œuvre de la norme d'égalité par le Tribunal des droits de la personne et les tribunaux d'arbitrage », dans G. VALLÉE et autres (dir.), *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 19. Cette étude s'inscrivait dans une étude plus vaste ayant pour thème la mise en œuvre de la norme d'égalité en milieu de travail, droits de la personne et rapports collectifs du travail (Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, 2000-2003, G. VALLÉE et autres).

permettent de comprendre, empiriquement, *comment* se fait le processus de constitutionnalisation des rapports collectifs du travail.

1.1 La Charte des droits et libertés de la personne et l'arbitrage de griefs : une lente intégration

L'arbitrage de griefs est une institution centrale du droit des rapports collectifs du travail. Il est, rappelons-le, le tribunal spécialisé qui dispose, à l'exclusion de tout autre tribunal, des litiges relatifs à l'application et à l'interprétation d'une convention collective. Sa décision est sans appel et elle lie les parties²³. Dans l'exercice de sa compétence, l'arbitre a le pouvoir d'appliquer ou d'interpréter une loi dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour disposer d'un grief²⁴. Ce pouvoir, consacré par le *Code du travail* en 1977 après avoir été reconnu par la Cour suprême²⁵, « marquait une rupture avec trente années d'un régime législatif reposant sur le principe quasi indélébile de l'autonomie contractuelle des parties²⁶ » aux rapports collectifs du travail parce qu'il autorisait clairement l'arbitre à rechercher la solution d'un grief non plus uniquement dans la convention collective mais aussi dans le droit étatique. Cette transformation était aussi « culturelle », car elle « remettait en cause la fibre foncièrement “conventionnelle” du monde des relations collectives du travail²⁷ ». Restait à voir comment les arbitres de griefs concevaient le rapport entre ces sources provenant d'univers juridiques différents — conventionnel et étatique — lorsqu'ils devaient disposer d'un grief. Pour ce faire, l'activité juridictionnelle des arbitres à l'occasion de griefs qui soulevaient un problème de discrimination dans le domaine de l'emploi a été examinée. Un arbitre saisi d'un grief de cette nature peut, en effet, en disposer en mobilisant la convention collective mais aussi la Charte québécoise qu'il a le pouvoir d'appliquer ou d'interpréter. Il s'agissait d'un cadre idéal pour observer la manière dont, empiriquement, les arbitres de griefs combinaient le droit étatique et la convention collective.

Une analyse du contenu de 137 sentences arbitrales rendues de 1992 à 1999 a révélé que la convention collective et les principes qu'elle comportait constituaient la source la plus fréquemment utilisée par les arbitres pour trancher des griefs en matière de discrimination pendant cette période²⁸.

23. *Code du travail*, L.R.Q. c. C-27, art. 101.

24. *Id.*, art. 100.12, par. a).

25. *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517.

26. D. NADEAU, *loc. cit.*, note 21, 157.

27. *Ibid.*

28. G. VALLÉE, M. COUTU et M.-C. HÉBERT, note 22, 43-45. Voir un constat semblable dans D. NADEAU, note 21, 161.

Une certaine transformation était toutefois perceptible dans la jurisprudence arbitrale à partir de 1999, le recours à la Charte québécoise et aux notions jurisprudentielles qui s'y rattachent étant plus important, à tout le moins pour certains motifs de discrimination²⁹. Comment expliquer que la Charte québécoise, qui jouit d'un statut juridique prééminent—quasi constitutionnel—dans la hiérarchie des sources formelles du droit, soit si peu utilisée dans des litiges où elle était potentiellement applicable, d'autant que le législateur avait clairement reconnu à l'arbitre le pouvoir de l'appliquer³⁰? Sur le plan théorique, ces résultats montraient, une fois de plus, que la règle de droit n'a pas d'effet du simple fait qu'elle existe, ni même du simple fait qu'un statut prééminent lui est reconnu en droit positif.

En dépit du fait que ces données se voulaient descriptives³¹, certains y ont décelé une indication de l'incapacité des arbitres d'appliquer une loi aussi importante que la Charte québécoise³². D'autres explications «contextuelles» sont venues depuis proposer d'autres facteurs explicatifs. Il a ainsi été avancé que l'incertitude quant au sens et à la portée des règles prohibant la discrimination dans le domaine de l'emploi pouvait expliquer la prudence manifestée par les arbitres de griefs à l'égard de la Charte québécoise³³. Des auteurs ont aussi rappelé que la Charte québécoise est restée longtemps mal connue de l'ensemble des tribunaux, et non

29. Cette évolution serait très variable suivant les motifs de discrimination invoqués. Voir : M.-C. HÉBERT, *Les recours d'un salarié victime de discrimination fondée sur le handicap : grief et/ou plainte de discrimination*, travail dirigé de maîtrise, Montréal, École de relations industrielles, Université de Montréal, 2001 ; A. PELLETIER, *La discrimination fondée sur les antécédents judiciaires : les tribunaux d'arbitrage, le Tribunal des droits de la personne du Québec et les tribunaux de droit commun*, mémoire de maîtrise, Montréal, École de relations industrielles, Université de Montréal, 2006 ; K. PELLETIER, *Le harcèlement sexuel et la discrimination fondée sur le sexe et la grossesse : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, mémoire de maîtrise, Montréal, École de relations industrielles, Université de Montréal, 2006 ; M. CHARRON, *La jurisprudence arbitrale en matière de manquement non disciplinaire pour des incapacités physiques et psychologiques s'est-elle transformée avec la reconnaissance graduelle du pouvoir de l'arbitre de griefs d'interpréter la Charte des droits et libertés de la personne ?*, mémoire de maîtrise, Montréal, École de relations industrielles, Université de Montréal, 2007.

30. Voir aussi en ce sens : D. NADEAU, *loc. cit.*, note 21, 158.

31. G. VALLÉE, M. COUTU et M.-C. HÉBERT, *loc. cit.*, note 22, 21-28.

32. Voir les réactions très contrastées suscitées par ces données dans les différents textes regroupées dans G. VALLÉE et autres (dir.), *op. cit.*, note 22.

33. D. VEILLEUX, «L'arbitre de grief face à une compétence renouvelée...», (2004) 64 *R. du B.* 217, 231-232.

seulement des arbitres de griefs, ce qui a pu retarder sa mise en œuvre³⁴. Une partie de l'explication pouvait aussi être recherchée dans la manière dont les acteurs, c'est-à-dire les syndicats, les employeurs et les arbitres eux-mêmes, concevaient leur propre rôle et celui de l'arbitre à l'égard de cette pluralité de règles.

Des entrevues menées avec les arbitres de griefs en 2001 et en 2002 ont révélé par quelles logiques ceux-ci combinaient le droit interne (celui qui émane des parties, de la convention collective) et le droit externe (celui qui découle de la loi ou des juges) lorsqu'ils devaient disposer d'un grief soulevant un problème de discrimination dans le domaine de l'emploi³⁵. Un premier constat s'en dégageait : il était impossible de comprendre comment les arbitres de griefs intégraient les préoccupations relatives à la Charte québécoise dans leurs décisions uniquement en tenant compte de leur perception de cette charte. Par exemple, la quasi-totalité des arbitres rencontrés n'adhéraient pas au discours voulant que les valeurs individuelles portées par la Charte québécoise sont inconciliables avec les valeurs incarnées par le droit des rapports collectifs du travail ; ce n'était donc pas par un déficit de légitimité de cette charte aux yeux des arbitres qu'il était possible de comprendre son insertion très graduelle dans leur raisonnement³⁶. Un second constat s'est aussi imposé : *la Charte québécoise, même perçue comme étant légitime, coexistait aux yeux des arbitres avec d'autres sources tout aussi légitimes*³⁷. La majorité des arbitres s'estimaient compétents pour appliquer la Charte québécoise lorsque, implicitement ou explicitement, les parties y consentaient en y faisant référence dans la convention collective ou lors de l'audition du grief (arguments présentés, remèdes demandés) ; dans un même esprit, ils étaient sensibles, notamment quant au choix des remèdes, à l'impact de leur intervention sur des parties qui auraient à continuer à vivre ensemble³⁸. D'autres arbitres disaient chercher le fondement de leur décision dans le milieu de travail,

34. D. NADEAU, *loc. cit.*, note 21, 159-160. Ce constat est corroboré par une étude ayant porté sur la mise en œuvre de l'article 18.2 de la Charte québécoise par les tribunaux de droit commun : A. PELLETIER, *op. cit.*, note 29.

35. J.M. LAPIERRE, G. ROCHER et G. VALLÉE, «Légitimités et légitimations de l'arbitrage de griefs et discrimination dans les milieux de travail syndiqués», dans M. COUTU et G. ROCHER (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, coll. «Pensée allemande et européenne», Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 355. Voir aussi : M. COUTU, «Le droit du travail comme ordre légitime», dans M. COUTU et G. ROCHER (dir.), *op. cit.*, note 35, p. 333.

36. J.M. LAPIERRE, G. ROCHER et G. VALLÉE, *loc. cit.*, note 35, 362-364, 369-370, 377. Voir aussi : D. NADEAU, *loc. cit.*, note 21, 159.

37. J.M. LAPIERRE, G. ROCHER et G. VALLÉE, *loc. cit.*, note 35, 378.

38. C'est ce que les auteurs ont appelé une «logique relationnelle» : *id.*, 370-374.

en faisant valoir leur expertise spécialisée dans ce domaine ; l'un d'eux ne recourait aux sources externes qu'après coup, pour valider sa décision³⁹. D'autres, enfin, se déclaraient compétents pour appliquer directement la Charte québécoise, même en l'absence d'assentiment implicite ou explicite de la part des parties à la convention collective, en prenant appui sur le statut hiérarchique de cette loi dans l'ordre juridique étatique⁴⁰.

De semblables observations ont été faites par un auteur, aussi arbitre de griefs, en ce qui concerne l'application du droit externe, c'est-à-dire des lois imposant des normes minimales de travail ou des lois qui protègent les droits de la personne, dans la jurisprudence arbitrale du reste du Canada⁴¹. S'appuyant sur l'arrêt *McLeod c. Egan*⁴², les arbitres ont eu recours au droit externe, à titre d'outil d'interprétation de la convention collective, lorsque la clause de cette dernière était contraire à la norme d'ordre public et, par conséquent, illégale ou lorsqu'ils estimaient que ce droit externe était implicitement ou explicitement incorporé dans la convention collective⁴³. Cette dernière manière de faire était aussi exprimée, comme nous venons de le voir, par une majorité d'arbitres québécois rencontrés en entrevue. Toutefois, la majorité des arbitres canadiens anglais se montraient réticents à appliquer le droit externe lorsque la convention collective était totalement silencieuse sur un sujet par ailleurs traité par la loi. Les extraits de sentences arbitrales reproduits par l'auteur illustrent les motifs d'une telle retenue : le souci de ne pas ajouter à la convention collective des clauses qu'elle ne comprenait pas et de respecter la volonté des parties ; le désir de rester dans les limites de leur expertise spécialisée dans le domaine des relations du travail et du langage de la convention collective ; leur volonté de ne pas alourdir indûment la procédure arbitrale en fait de temps, de coût et de complexité du litige⁴⁴. La jurisprudence arbitrale canadienne anglaise était par ailleurs divisée lorsqu'il était demandé à l'arbitre d'appliquer une loi prévoyant des avantages supérieurs à ceux qui étaient prévus par la convention collective, non seulement concernant les normes minimales de travail, mais aussi au sujet de l'obligation d'accommodement⁴⁵.

39. C'est ce que les auteurs ont appelé une « logique de la situation » : *id.*, 374-375.

40. C'est ce que les auteurs ont appelé une « logique de la règle législative » : *id.*, 375-376.

41. R.H. ABRAMSKY, « Grievance Arbitration, External Law and the Problem of Multiple Forums », dans W. KAPLAN, J. SACK et M. GUNDERSON, *Labour Arbitration Yearbook 1994-95*, Toronto, Lancaster House, 1995, p. 41.

42. *McLeod c. Egan*, précité, note 25.

43. R.H. ABRAMSKY, *loc. cit.*, note 41, 45-47.

44. *Id.*, 47-51.

45. *Id.*, 51-57.

Il ressort de ces travaux que les principes constitutifs de la légitimité de l'institution arbitrale dans l'ensemble juridique — respect de la volonté de parties relativement égales, caractère juste des règles émanant du milieu de travail, souci de maintenir des relations de travail moins conflictuelles, efficacité de la procédure arbitrale — guidaient la manière dont la majorité des arbitres conjuguait le droit conventionnel et le droit « externe » dont la Charte québécoise fait partie lorsqu'ils devaient décider d'un grief. Or, ces principes sont intimement liés à l'histoire du droit des rapports collectifs du travail. En se fondant sur eux pour appréhender un contexte changeant, les arbitres manifestaient, au-delà des différences individuelles, une remarquable cohérence institutionnelle.

1.2 Une manifestation des principes classiques du droit des rapports collectifs du travail sur les rapports entre le droit étatique et le droit conventionnel

Ces travaux suggèrent que l'intégration graduelle de la Charte québécoise dans le traitement de griefs où elle était potentiellement applicable s'explique en bonne partie par la manière dont ont été conçus, à l'origine, les rapports entre les règles émanant des rapports collectifs du travail et le droit « externe ».

Le droit des rapports collectifs du travail et l'institution de l'arbitrage de griefs sont apparus dans un contexte où l'intervention de l'État dans la détermination des conditions de travail était réduite et partielle. L'État intervenait, avec une intensité variable selon les juridictions, dans la détermination directe des conditions de travail des salariés, mais le niveau des normes définies, leur champ d'application réduit, la faiblesse des mécanismes devant en assurer le respect et leur dépendance à l'égard du pouvoir politique nourrissaient la conviction largement partagée alors que les seuls véritables gains pour les travailleurs ne pouvaient être obtenus que par l'action syndicale⁴⁶. Certains estimaient que c'était d'abord par la négociation collective que les travailleurs pouvaient accéder à des conditions de travail justes et raisonnables ainsi qu'à un traitement équitable et exempt de discrimination ou d'arbitraire de la part de l'employeur⁴⁷. C'était par elle, en quelque sorte, qu'ils pouvaient concrètement, en contexte cana-

46. C. DESILETS et D. LEDOUX, *op. cit.*, note 9.

47. Ainsi en est-il des clauses assujettissant le congédiement d'un travailleur à une cause juste et suffisante ou imposant la prise en considération de l'ancienneté du travailleur en matière de promotion, de mutation, de mise à pied ou de licenciement. Ces clauses limitent le pouvoir discrétionnaire de l'employeur en imposant des critères dont il doit tenir compte dans la gestion du personnel.

dien, accéder à des droits économiques et sociaux⁴⁸. Il est d'usage de rappeler les fondements pragmatiques du droit des rapports collectifs du travail—promotion de la paix industrielle, célérité dans le traitement des litiges entourant l'application ou l'interprétation de la convention collective. Il ne faut pas oublier que les institutions des rapports collectifs du travail étaient porteuses, sur le plan substantif, de valeurs radicalement différentes du droit externe alors applicable, c'est-à-dire du droit commun : rejet de l'égalité formelle, rétablissement d'une égalité substantive au moyen des rapports collectifs du travail, démocratisation des milieux de travail. Les rapports collectifs du travail, tout comme le droit du travail, s'inscrivaient dans le mouvement de fond de promotion, sur le plan national et international, des droits économiques et sociaux⁴⁹.

Ce modèle a donné naissance à la doctrine du «pluralisme industriel» dont l'un des principaux tenants dans le monde judiciaire est incontestablement le juge Bora Laskin⁵⁰. En vertu de cette doctrine, lorsque des

48. G. ROCHER, «Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes», dans R. BLOUIN et autres (dir.), *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1988, p. 7-8.

49. Ainsi que l'écrit le juge Dickson dans l'arrêt *Slaight Communication Inc.*, au sujet de l'article premier de la Charte canadienne, «[il] existe plusieurs valeurs différentes qui méritent d'être protégées dans une société libre et démocratique comme la société canadienne, et seules certaines d'entre elles sont expressément prévues dans la Charte. Les valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la Charte et, lorsque cela est indiqué, justifient la restriction de ces droits. Comme on l'a dit dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 136, parmi les valeurs fondamentales essentielles à notre société libre et démocratique figurent «la dignité inhérente de l'être humain» et «la promotion de la justice et de l'égalité sociales». Compte tenu particulièrement de la ratification par le Canada du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, A.G. Rés. 2200 A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 49, Doc. A/6316 N.U. (1966), et de l'engagement qu'on y trouve de protéger notamment le droit de travailler sous ses divers aspects figurant à l'article 6 de ce traité, on ne peut douter de l'importance très grande de l'objectif en l'espèce»: voir *Slaight Communication Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1989 CanLII 92 (C.S.C.), p. 14, sur 33, consultable à l'adresse Web suivante: www.ijcan.ca/ca/jug/csc/1989/1989csc42.html. Voir aussi: D. ROUX, *op. cit.*, note 13, p. 11 et 478: pour une abondante doctrine «travailleiste», c'est la réalité sociale et économique qui a justifié l'action normative dans le domaine du travail et de l'emploi, en conférant à ce droit un caractère pragmatique et instrumental. L'auteur suggère toutefois que cette action normative s'articule aussi autour de principes juridiques incarnant des valeurs fondamentales et universelles – dont le principe du droit au travail – faisant de cette branche du droit un instrument d'affirmation et de réalisation de droits fondamentaux. Voir aussi, dans le même sens, A. BLACKETT et C. SHEPPARD, «Négociation collective et égalité au travail», *Revue internationale du travail*, vol. 142, n° 4, 2003, p. 453, 467-468.

50. J. FUDGE et E. TUCKER, *Labour Before the Law: The Regulation of Workers's Collective Action in Canada, 1900-1948*, Toronto, Oxford University Press, 2001, p. 302-315.

rapports collectifs s'installent dans une entreprise, les milieux de travail ne sont plus régis uniquement par l'ordre juridique de l'entreprise⁵¹, le pouvoir de réglementation de l'employeur et la négociation individuelle : ils sont plutôt dotés d'instances paritaires d'élaboration, d'application et d'interprétation des règles constitutives d'une forme de « citoyenneté industrielle »⁵². La représentation syndicale devient dès lors un contre-pouvoir légitime dans l'entreprise ; la négociation d'une convention collective, un lieu privilégié d'élaboration de normes relatives au travail ; et l'arbitre de griefs, l'interprète de cette « charte » négociée du milieu de travail⁵³. En principe, l'organisation de rapports collectifs dans une entreprise en transformait radicalement la nature ainsi que les rapports avec le droit externe, c'est-à-dire le droit commun⁵⁴.

D'une part, cette doctrine faisait prévaloir les rapports collectifs du travail à l'encontre de la négociation individuelle d'un contrat de travail entre un travailleur et son employeur. De manière constante⁵⁵, la Cour

51. Sur l'entreprise comme ordre juridique, voir : G. ROCHER, « Les avenues de la déréglementation », dans M. BROSSARD (dir.), *La déréglementation des relations du travail : le pour et le contre*, Montréal, École de relations industrielles, Université de Montréal, 1987, p. 150 ; J.M. LAPIERRE, G. ROCHER et G. VALLÉE, *loc. cit.*, note 35, 360-361.
52. Voir les énoncés classiques de cette approche qui constituent des postulats fondateurs du champ d'étude des relations industrielles et du droit du travail : N.W. CHAMBERLAIN, *Collective Bargaining*, New York, McGraw-Hill Book Company, 1951, p. 125-139 ; A. FLANDERS, « Éléments pour une théorie de la négociation collective », *Sociologie du travail*, n° 1, 1968, p. 13 ; H.W. ARTHURS, « Developing Industrial Citizenship: A Challenge for Canada's Second Century », (1967) *Can. Bar Rev.* 786.
53. La convention collective est, dans cette approche, un instrument de gouvernance plutôt qu'un instrument d'échange et elle devient la « constitution industrielle » de l'entreprise : A. COX, « Reflections upon Labor Arbitration », (1959) 72 *Harvard Law Review* 1482, 1492.
54. Cette doctrine commandait une même réserve de la part des juges des tribunaux de droit commun à l'égard du droit des rapports collectifs du travail (*labour law*), lequel est « complex, specialized, and comparatively self-contained field produced by a partnership of legislators, administrators, and arbitrators » : P. WEILER, *loc. cit.*, note 15, 161.
55. *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. La Cie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206 ; *Mc Gavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718 ; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704 ; *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983 ; *Hémond c. Coopérative fédérée du Québec*, [1989] 2 R.C.S. 962 ; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207. Il faut noter que la doctrine en droit du travail au Québec est très divisée sur le caractère opportun de cette approche : G. HÉBERT et autres, *La convention collective au Québec*, Boucherville, Gaëtan Morin éditeur, 2003, p. 40-45 ; R. BLOUIN, « La convention collective de travail en tant qu'instrument juridique non contractuel et monopolisateur des conditions de travail, d'où la problématique particulière qui en découle dans le secteur de l'éducation », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit*

suprême du Canada a affirmé, conformément à cette doctrine, que le droit commun régissant l'ordre contractuel privé inspiré du libéralisme économique est inapplicable dès lors que s'instaurent des rapports collectifs dans l'entreprise. Elle a considéré que la *liberté individuelle de contracter* (que le droit commun reconnaît autrement à chaque salarié et à chaque employeur) disparaît lorsqu'il existe des rapports collectifs dans une entreprise, la liberté du salarié étant remplacée par une liberté collective appartenant au syndicat accrédité. De manière constante, elle a aussi rappelé que le *contrat individuel de travail* ne constitue pas une source *active* de détermination des conditions de travail lorsqu'il existe une convention collective, même s'il peut subsister à titre d'acte créateur du lien individuel d'emploi. Il en résulte qu'il n'y a aucune place pour la négociation individuelle entre un salarié et un employeur dès lors qu'une association accréditée existe dans une entreprise.

D'autre part, en vertu de cette doctrine, les rapports collectifs du travail devaient aussi prévaloir à l'encontre de la détermination unilatérale des conditions de travail par l'employeur sur les aspects sur lesquels la convention collective était silencieuse. L'arrivée d'un syndicat introduisait un ordre nouveau dans l'entreprise, un partage du pouvoir concernant le travail. Les droits de direction de l'employeur s'en trouvaient implicitement limités : l'employeur ne pouvait plus prendre de décisions majeures sans consulter le syndicat, voire sans obtenir son assentiment explicite. Cette dimension de la doctrine du pluralisme industriel est toutefois restée très largement minoritaire au Canada⁵⁶. Les tribunaux ont plutôt considéré

du travail dans le secteur de l'éducation 2005, vol. 235, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 51, 65 ; F. MORIN, « Être et ne pas être à la fois salarié ! ou Les arrêts Garon/ Fillion et le Code civil du Québec – Suites et poursuites », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit du travail*, vol. 245, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 19 ; R. GARDNER, « Les ententes et l'accréditation en vertu du Code du travail : le rôle exclusif du syndicat et l'incapacité d'agir de la personne salariée », dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit du travail*, vol. 245, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 293.

56. Voici des exemples de ce courant minoritaire : *United Electrical, Radio and Machine Workers of America, Local 527 in re Peterboro Lock Mfg. Co. Ltd.*, (1954) 4 L.A.C. 1499-1506, 27 février 1954 (arb. B. Laskin). Voir aussi l'opinion dissidente de la juge Wilson dans l'affaire *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, précitée, note 55, 1024, qui écrit ceci : « Faut-il conclure qu'en l'absence d'une disposition expresse du Code, l'employeur est libre de faire tout ce qui ne lui est pas interdit expressément de faire ? C'est là, semble-t-il, la prémisse qui sous-tend la position de l'appelante. Rien dans le Code, affirme-t-elle, n'empêche l'employeur d'imposer unilatéralement de nouvelles conditions. Faut-il plutôt, en comblant ce vide juridique, nous inspirer de l'économie de la loi ? Je crois que cette deuxième solution est celle qu'il nous faut adopter. »

que l'employeur, en tant que propriétaire, possédait tous les droits liés à la direction de l'entreprise, sous réserve seulement de ceux qu'il avait cédés dans la négociation collective et dont les limites étaient *expressément* consignées dans la convention collective en vigueur⁵⁷. Cette thèse dite des *droits résiduels*, toujours applicable, fait en sorte que, contrairement à la liberté contractuelle individuelle, les droits de direction de l'employeur subsistent lorsque des rapports collectifs du travail s'installent dans une entreprise. Ceux dont la convention collective ne traite pas relèvent de l'employeur seul, sous réserve des lois applicables; il n'est pas tenu d'en négocier l'exercice avec le syndicat accrédité même si les conditions de travail des travailleurs représentés par le syndicat s'en trouvent modifiées⁵⁸.

Ce contexte historique permet de comprendre pourquoi, aux yeux mêmes des acteurs du droit des rapports collectifs du travail, les règles émanant de la négociation collective sont dotées d'une légitimité particulière par rapport à un droit externe dont elles venaient réviser les fondements. Il permet aussi de comprendre les réserves que ces acteurs ont eues historiquement à l'égard du droit externe, alors constitué par le droit commun.

Or, ce contexte a changé. Prenant acte du fait que la majorité des travailleurs ne sont pas syndiqués, et donc laissés au seul jeu du droit commun applicable en matière contractuelle, l'État intervient maintenant directement pour établir des régimes universels—applicables aux salariés syndiqués comme non syndiqués—et des mécanismes indépendants devant veiller à leur respect. Plusieurs lois importantes témoignent de ce changement du rôle de l'État⁵⁹. Il en est ainsi de l'adoption de la Charte québécoise en 1975⁶⁰ mais aussi d'importantes lois concernant le travail: la *Loi sur les normes du travail*⁶¹ ainsi que la *Loi sur la santé et la sécurité*

57. Pour une présentation de ces deux approches, celle des *limitations implicites* et celle des *droits résiduels*, voir: G. HÉBERT et autres, *op. cit.*, note 55, p. 37-39. D'ailleurs, les conventions collectives contiennent fréquemment des clauses reconnaissant explicitement ce pouvoir de l'employeur (*id.*, p. 82).

58. C'est à cet égard en particulier que le projet de démocratisation de l'entreprise associé à la doctrine du pluralisme industriel n'est pas totalement réalisé. À ce titre, la convention collective représente pour certains «a miniature island of democracy in an otherwise autocratic ocean»: K.W. STONE, «The Post-War Paradigm in American Labor Law», (1981) 90(7) *The Yale Law Journal* 1509, 1557.

59. G. TRUDEAU, «L'arbitrage des griefs au Canada: plaidoyer pour une réforme devenue nécessaire», (2005) 84 *R. du B. can.* 249, 255-256; D. Veilleux, *loc. cit.*, note 33, 225-226.

60. Charte québécoise, précitée, note 6.

61. *Loi sur les normes du travail*, précitée, note 21.

du travail⁶² en 1979, et la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*⁶³ en 1985. Mentionnons aussi l'entrée en vigueur, en 1994, d'un chapitre entièrement consacré au contrat de travail dans le *Code civil du Québec*, chapitre comportant aussi des dispositions d'ordre public⁶⁴. Le régime des rapports collectifs du travail, qui établissait déjà que la convention collective peut contenir toute condition de travail «qui n'est pas contraire à l'ordre public ni prohibée par la loi⁶⁵», a été adapté en conséquence puisque dès 1977, l'arbitre de griefs se voit reconnaître le pouvoir d'appliquer ou d'interpréter une loi dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour disposer d'un grief⁶⁶.

Cette situation a complètement modifié la pluralité des droits régissant le milieu de travail et la composition du *droit externe* à l'encontre duquel le régime des rapports collectifs du travail s'était affirmé. À côté des «droits individuels d'intérêt privé», c'est-à-dire issu du pouvoir de réglementation de l'employeur ou d'une négociation individuelle encadrés par le droit commun et des «droits individuels d'intérêts collectifs» établis par la convention collective, se trouvent maintenant des «droits individuels d'intérêt général⁶⁷» et d'ordre public, dont l'arrimage avec les institutions des rapports collectifs du travail est loin d'être clairement établie. En dépit de ce changement majeur de l'environnement juridique, les acteurs et les institutions des rapports collectifs du travail ont continué d'appréhender avec beaucoup de prudence le droit externe⁶⁸. Bien que la Cour suprême⁶⁹ ait reconnu que l'arbitre de griefs détenait le pouvoir d'appliquer les normes étatiques d'ordre public⁷⁰, nous avons vu que ceux-ci demeuraient très prudents dans l'exercice de ce pouvoir lorsque la convention collective était totalement silencieuse sur l'objet de la norme en cause. Il en est ainsi parce que la compétence d'attribution de l'arbitre de griefs est délimitée par la définition même de ce qu'est un grief, c'est-à-dire une mésentente relative à l'interprétation ou à l'application de la convention collective. Il fallait donc, pour une majorité d'arbitres, rechercher un rattachement avec le

62. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1.

63. *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001.

64. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2085-2097.

65. C.t., art. 62.

66. *Id.*, art. 100.12, par. a).

67. Nous reprenons ici l'intéressante typologie employée par D. VEILLEUX, *loc. cit.*, note 33.

68. R.H. ABRAMSKY, *loc. cit.*, note 41.

69. *McLeod c. Egan*, précité, note 25.

70. Il en est ainsi en Ontario, en Colombie-Britannique, au Québec et dans le *Code canadien du travail*. Voir D. CARTER et autres, *Labour Law in Canada*, 5^e éd., La Haye, Kluwer Law International Butterworths, 2002, p. 375-376, par. 819.

contenu de la convention afin de fonder l'existence de leur compétence. Ce n'est qu'une fois ce rattachement établi qu'il leur était possible d'exercer ce pouvoir d'appliquer ou d'interpréter les lois en cause pour apporter une solution au grief. Cette manière de faire a inévitablement ralenti non seulement la prise en considération des normes d'ordre public en milieu syndiqué, mais le processus de constitutionnalisation du droit des rapports collectifs du travail lui-même.

2 Les effets de la constitutionnalisation du droit du travail : vers une nouvelle articulation des sources du droit des rapports collectifs du travail ?

Le principal effet du processus de constitutionnalisation du droit des rapports collectifs du travail pourrait justement être de changer la manière de concevoir le rapport des règles émanant de la convention collective avec la Charte québécoise mais aussi avec l'ensemble du droit externe instaurant des protections d'ordre public : c'est du moins l'enseignement qui se dégageait de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Parry Sound* rendue en 2003 (2.1). Au vu de la jurisprudence récente, cependant, cet effet est loin d'être totalement concrétisé (2.2).

2.1 Le droit étatique, contenu implicite de la convention collective ?

Dans l'affaire *Parry Sound*⁷¹, la Cour suprême devait déterminer si un conseil d'arbitrage de griefs constitué en vertu de la loi ontarienne régissant les rapports collectifs du travail⁷² pouvait appliquer une disposition existant dans une loi protégeant les droits de la personne. En l'espèce, une employée à l'essai, protégée par la convention collective, avait été congédiée avant la fin de sa période d'essai, quelques jours après son retour au travail après un congé de maternité. Le grief déposé alléguait que ce congédiement était discriminatoire, qu'il portait atteinte au *Code [ontarien] des droits de la personne*⁷³ et que le Conseil arbitral était compétent pour en disposer. L'employeur s'appuyait plutôt sur la convention collective qui comportait une clause lui accordant le droit de congédier, à son entière discrétion, un employé à l'essai pour tout motif qu'il jugeait acceptable et qui précisait qu'un tel congédiement ne pouvait faire l'objet d'un grief ni

71. *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42, consultable à l'adresse Web suivante : www.canlii.org/ca/jug/csc/2003/2003csc42.html.

72. *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, c. 1, ann. A.

73. *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H.19, art. 5 (1).

être soumis à l'arbitrage⁷⁴. Le Conseil arbitral, s'appuyant sur la loi qui lui reconnaît le pouvoir « d'interpréter et d'appliquer les lois ayant trait aux droits de la personne ainsi que les autres lois ayant trait à l'emploi, malgré toute incompatibilité entre ces lois et les conditions de la convention collective⁷⁵ », a estimé qu'il avait le pouvoir et la responsabilité d'entendre l'affaire. La Cour suprême a jugé que le Conseil arbitral n'avait commis aucune erreur en appréciant ainsi sa compétence. Elle a considéré en effet que la convention collective comporte, outre les dispositions explicitement négociées par les parties, un contenu implicite comprenant les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur l'emploi et les lois relatives aux droits de la personne⁷⁶. Un litige portant sur l'application ou l'interprétation de ces dispositions implicites constitue donc bel et bien un grief sur lequel le Conseil arbitral avait compétence.

À première vue, cette décision semble contraire aux fondements de la doctrine du pluralisme industriel, exposée plus haut, qui voient dans la négociation collective une manière de réguler le milieu de travail sans intervention de l'État. Cependant, en y regardant de plus près, l'élargissement de la portée de la convention collective et de l'arbitrage de griefs affirmé dans cette décision est tout à fait cohérent avec la légitimité qu'ont ces institutions dans cette doctrine si présente en droit du travail. En particulier, il est clair que la Cour suprême considère l'arbitrage de griefs comme un instrument privilégié pour garantir la justice en milieu de travail, assurer la paix dans les relations industrielles et protéger les employés contre un usage abusif du pouvoir de gestion⁷⁷. C'est pourquoi l'intégration des normes étatiques qui se trouvent au sommet de la pyramide de la hiérarchie de normes (telles que les droits de la personne) doit passer par l'institution des rapports collectifs là où elle existe (c'est-à-dire dans les milieux syndiqués). Comme le souligne la Cour suprême, « toute autre conclusion affaiblirait la protection des droits de la personne en milieu de travail syndiqué en permettant aux employeurs et aux syndicats de traiter cette protection

74. *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, précité, note 71, par. 3.

75. *Loi de 1995 sur les relations de travail*, précitée, note 72, art. 48 (12) j).

76. *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, précité, note 71.

77. *Id.*, par. 51. La Cour s'appuie d'ailleurs expressément sur les analyses de Paul Weiler, important juriste du travail incarnant cette perspective du pluralisme industriel au Canada et aux États-Unis.

comme si elle était optionnelle, ce qui ne laisserait comme seul recours qu'une action en matière de droits de la personne⁷⁸».

Cette décision a des effets importants sur la nature des institutions des rapports collectifs du travail. D'une part, elle confirme la nature mixte, privée et publique, de la convention collective. Les parties aux rapports collectifs du travail ne peuvent plus désormais considérer le droit étatique comme faisant simplement partie de l'environnement normatif général dans lequel évolue la convention collective; cette source de droit est incorporée implicitement dans toute convention collective. Cette dernière comprend des dispositions qui existent indépendamment des intentions subjectives des parties et ne peut donc être envisagée comme un acte purement privé⁷⁹.

D'autre part, l'étendue de la compétence de l'arbitre de griefs se trouve aussi clarifiée par cette décision : puisque les droits et obligations découlant des lois sont contenus implicitement dans la convention collective, tout litige portant sur leur application ou leur interprétation est un grief qui relève *directement* de la compétence de l'arbitre. Cette décision confirme aussi le fait que l'arbitre de griefs ne peut plus être considéré comme un juge purement privé⁸⁰.

Enfin, cette décision a aussi des conséquences sur l'étendue du devoir de représentation qui incombe au syndicat accrédité. Rappelons que, en vertu de l'article 47.2 du *Code du travail*, le syndicat ne doit pas agir « de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave⁸¹ » à l'endroit des salariés qu'il représente. Ce devoir s'impose tant lors de la négociation du contenu de la convention collective qu'en matière d'application de celle-ci. Or, qu'en est-il maintenant de l'étendue de ce devoir de représentation ? Lorsqu'un syndicat doit évaluer l'opportunité de porter le grief d'un salarié en arbitrage, doit-il analyser la

78. *Id.*, par. 36. Cette solution fait en sorte que les travailleurs syndiqués peuvent bénéficier des droits individuels étatiques qui ont émergé au cours des dernières années, contrairement à la situation qui existe en droit américain, solution fortement critiquée dans K.V.W. STONE, «The Legacy of Industrial Pluralism: The Tension Between Individual Employment Rights and the New Deal Collective Bargaining System», (1999) 59 *The University of Chicago Law Review* 575, 593-620.

79. *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, précité, note 71, par. 30 et 36.

80. Le recours à l'arbitrage est obligatoire au Canada, ce qui diffère de la situation régnant aux États-Unis où le recours à un tribunal d'arbitrage est volontaire et consensuel : R.H. ABRAMSKY, *loc. cit.*, note 41, 44. C'est pourquoi la nature mixte – privée et publique – de l'arbitrage de griefs au Canada est généralement affirmée. Toutefois, selon Gilles Trudeau, il faut reconnaître le caractère essentiellement privé du fonctionnement de l'institution : G. TRUDEAU, *loc. cit.*, note 59, 253 et 265-274.

81. C.t., art. 47.2.

situation du salarié uniquement en fonction de la violation des dispositions explicites de la convention collective? Doit-il aussi considérer aussi les possibles violations des lois incorporées à celle-ci? Cette question a été abordée par la Commission des relations de travail dans une affaire récente où un salarié contractuel, se fondant sur l'article 47.3 du *Code du travail*, reprochait au syndicat d'avoir fait preuve de négligence grave en n'ayant pas contesté en arbitrage le non-renouvellement de sa priorité d'appel. Tant l'employeur que le syndicat estimaient que, s'agissant d'un employé temporaire, cette décision devait reposer sur un motif raisonnable. Le salarié, pour sa part, prétendait que le syndicat aurait dû évaluer si le non-renouvellement de son contrat reposait sur une cause juste et suffisante, conformément à la norme du travail établie par l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail* et implicitement intégrée à la convention collective. La Commission des relations du travail n'a pas retenu l'argument du plaignant et a conclu qu'en l'état actuel de la jurisprudence⁸² le fardeau de preuve n'impose pas à l'employeur la démonstration d'une preuve de l'existence d'une cause juste et suffisante, mais simplement d'un motif raisonnable. « Dans un tel contexte, les chances du syndicat étaient très faibles, voire nulles », d'où le fait qu'il n'a commis aucun manquement à son devoir de représentation⁸³.

Bref, la « publicisation » de la nature des institutions des rapports collectifs permet de renforcer le devoir qui leur est fait d'appliquer le droit externe et de le combiner aux règles de la convention collective, devoir énoncé depuis longtemps mais resté longtemps marginal :

If the collective agreement and arbitration are viewed solely as a “ private ” contract, a private ordering and remedy, then arbitration should be limited to the “ four corners of the collective agreements ”: external law should be irrelevant. If the collective agreement and arbitration are viewed as having a dual private and public function [...] then external law cannot be ignored, for to do so would render the resulting award illegal and unenforceable. The award would then be “ merely ” an empty vehicle for the declaration of rights ” and the public policy behind binding arbitration would be frustrated⁸⁴.

82. Sur l'incorporation de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail* dans le contenu implicite des conventions collectives, la Commission des relations du travail écrit que, sur ce point, elle a relevé « huit décisions de tribunaux de droit commun et d'arbitrage qui portent sur le sujet entre le 28 novembre 2004 et le 4 avril 2006. La tendance lourde, même après la parution du jugement *Isidore Garon*, va dans le sens d'une non-intégration des articles 124 et suivants de la LNT aux conventions collectives »: *Sabourin c. Syndicat des professeurs du Collège d'enseignement général et professionnel du Vieux-Montréal*, 2006 QCCRT 0389, AZ-50386295, par. 80.

83. *Id.*, par. 81.

84. R.H. ABRAMSKY, *loc. cit.*, note 41, 45; citant *Re O.C.A.W. and Polymer Corp.*, (1959) 10 L.A.C. 51, rendue par Bora Laskin alors qu'il était professeur et arbitre de griefs.

Il paraît clair, au vu de l'affaire *Parry Sound*, que les institutions des rapports collectifs du travail ont la responsabilité de veiller au respect de l'« ordre public » au sein de l'entreprise⁸⁵. C'est en ce sens que cette affaire, qui s'inscrit clairement dans le processus de constitutionnalisation du droit du travail, est de nature à réaffirmer l'importance de la mission des institutions des rapports collectifs du travail. Les rapports collectifs du travail sont toujours, en dépit du contexte nouveau créé par le développement des droits individuels de nature étatique, au cœur du droit du travail puisque les défis que pose l'articulation entre ces normes de sources diverses en milieu syndiqué doivent se résoudre *au sein* des instances des rapports collectifs du travail *et non en dehors* d'elles. L'effet de cet arrêt va bien au-delà des normes ayant une valeur prééminente : il en appelle au rôle des institutions des rapports collectifs à l'égard de la mise en œuvre du droit dit externe et à l'égard de l'articulation du droit étatique et des rapports collectifs. En ce sens, le processus de constitutionnalisation du droit du travail, loin d'être une menace, pouvait être l'occasion d'un renouvellement des rapports collectifs du travail qui étaient au cœur des défis soulevés par l'application des normes étatiques d'ordre public en contexte syndiqué.

2.2 Le droit étatique, compatible avec les rapports collectifs du travail ?

Toutefois, une décision postérieure de la Cour suprême est venue remettre en cause une telle interprétation extensive de la portée de l'affaire *Parry Sound*. Dans l'affaire *Isidore Garon*⁸⁶, la Cour suprême a dû se prononcer sur la compétence des arbitres de griefs pour appliquer le délai de congé établi dans le *Code civil du Québec*⁸⁷. Dans deux affaires distinctes, des salariés avaient perdu leur emploi à la suite de la fermeture des entreprises pour lesquelles ils travaillaient. Les conventions collectives ne comportaient pas de clauses régissant la durée des préavis auxquels ils avaient droit en de telles circonstances⁸⁸. Les salariés avaient reçu un préavis conforme à la *Loi sur les normes du travail*⁸⁹ et ils réclamaient,

85. Il leur revient, en quelque sorte, de veiller concrètement au respect de l'article 62 du *Code du travail* qui établit que la convention collective peut contenir toute condition de travail « qui n'est pas contraire à l'ordre public ni prohibée par la loi ».

86. *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, [2006] 1 R.C.S. 27, 2006 CSC 2, consultable à l'adresse Web suivante : www.canlii.org/ca/jug/csc/2006/2006csc2.html.

87. C.c.Q., art. 2091 et 2092.

88. Dans une des deux affaires, la convention collective prévoyait simplement que la *Loi sur les normes du travail* s'appliquait en cas de mise à pied pour six mois consécutifs et plus : *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, précité, note 86, par. 67.

89. *Loi sur les normes du travail*, précitée, note 21, art. 82.

par voie de grief, le droit à un délai de congé raisonnable en vertu de l'article 2091 du *Code civil du Québec*. Les arbitres de griefs avaient estimé avoir la compétence juridictionnelle requise pour déterminer si des salariés syndiqués pouvaient bénéficier du délai de congé suffisant en vertu des dispositions du *Code civil du Québec*. La Cour suprême, dans une décision divisée (quatre juges contre trois) a annulé la décision de ces arbitres en jugeant qu'ils n'avaient pas compétence.

Formellement, cette décision s'inscrit dans la foulée de l'affaire *Parry Sound*: les juges de la majorité comme les juges de la minorité considèrent que les droits et obligations substantiels issus du droit étatique font partie du contenu implicite d'une convention collective et qu'ils relèvent de la compétence des arbitres de griefs⁹⁰. Il ne peut cependant en être ainsi lorsque ces droits étatiques sont incompatibles avec le régime des rapports collectifs du travail⁹¹. Or, c'est précisément sur le sens de cette notion d'incompatibilité que la Cour suprême est divisée⁹².

Deux interprétations peuvent être faites de ce nouveau corpus jurisprudentiel combinant désormais deux critères — ceux d'incorporation, issu de l'affaire *Parry Sound* et de compatibilité issu de l'affaire *Isidore Garon* — pour régir l'articulation entre le droit externe et les règles découlant de la convention collective. En vertu de la première approche, le test de l'incompatibilité ne serait applicable que lorsque le droit civil est en cause. En vertu de la seconde interprétation, cependant, le test de la compatibilité devrait être appliqué dès lors qu'il s'agit de se demander si une disposition du droit étatique fait partie ou non du contenu implicite de la convention collective. En effet, la méthode énoncée par les juges de la majorité dans l'affaire *Isidore Garon* ne semble pas se limiter au *Code civil du Québec*, même si, dans l'espèce, elle est appliquée à des dispositions de ce code⁹³.

90. *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, précité, note 86, par. 24 (pour les juges de la majorité) et par. 141-151 (pour les juges de la minorité).

91. *Id.*, par. 24-31 (pour les juges de la majorité) et par. 177-181 (pour les juges de la minorité).

92. G. VALLÉE, *loc. cit.*, note 1, 259-263.

93. Les arrêts qui servent de soutien à l'élaboration du test de la « compatibilité » ne concernent pas uniquement le droit civil. Ainsi, selon les juges de la majorité, « [l']arrêt *Parry Sound* n'a pas renversé *Paquet, McGavin, Hémond* ou *Noël*. Le principe qui se dégage est que si la règle est incompatible avec le régime collectif des relations de travail, elle ne peut être incorporée et elle doit être exclue, comme dans *McGavin, Hémond* et *Noël*. Si elle s'avère compatible et qu'il s'agit d'une norme supplétive ou impérative, comme dans *McLeod, Weber* et *Parry Sound*, l'arbitre aura compétence pour l'appliquer. Avant de déterminer si la norme est supplétive ou impérative, il faut vérifier sa compatibilité.

Afin de circonscrire la portée de ce nouveau corpus jurisprudentiel, nous avons examiné la jurisprudence récente qui soulevait un problème d'articulation entre le droit externe et la convention collective. Cela nous permettra de déterminer si l'affaire *Parry Sound* a véritablement permis, comme nous le supposons, de repenser l'articulation entre ces règles tout en réaffirmant le rôle central des institutions des rapports collectifs du travail. Ainsi, cette articulation se fait-elle avec la même aisance au regard de la Charte québécoise (2.2.1), de la *Loi sur les normes du travail* (2.2.2) et du *Code civil du Québec* (2.2.3)?

2.2.1 La Charte des droits et libertés de la personne

Depuis l'affaire *Parry Sound*, l'inclusion des dispositions de la Charte québécoise dans le contenu implicite de la convention collective ne semble plus faire de doute. Un examen des décisions rendues après l'affaire *Isidore Garon* confirme que le critère de compatibilité introduit par la Cour suprême n'intervient pas pour déterminer la compétence de l'arbitre de griefs au regard de la Charte québécoise ou d'une loi protégeant les droits de la personne⁹⁴. L'arbitre est donc pleinement compétent pour combiner les droits issus des clauses de la convention collective et des lois protégeant les droits de la personne.

La récente décision de la Cour suprême dans l'affaire *Brady*⁹⁵ illustre la démarche que doit suivre un arbitre lorsqu'il doit décider d'un grief en se fondant sur ces deux sources de normes. Dans cette affaire, la Cour

Comment, alors, détermine-t-on si une disposition ou une règle est compatible? Quels droits sont supplantés par le régime collectif? À la base du premier courant jurisprudentiel [exclusion du droit commun] réside la volonté de faire primer la négociation collective de toutes les conditions de travail. Si le droit revendiqué peut être qualifié de condition de travail, il ne peut dans un tel cas être négocié individuellement par l'employeur et l'employé. Seul le syndicat a cette mission et il doit l'accomplir pour les employés collectivement»: *Isidore Garon ltée c. Tremblay*; *Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, précité, note 86, par. 24 et 25.

94. Voir à titre d'exemple: *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 143 et Goodyear Canada inc.*, D.T.E. 2006T-538, AZ-50373127, 28 avril 2006 (T.A.); *Bell Canada et Association canadienne des employés en télécommunications (ACET)*, D.T.E. 2006T-344, AZ-50360631, 7 mars 2006 (T.A.). Voir en ce sens: C. BRUNELLE, «Le droit à l'accommodement raisonnable dans les milieux de travail syndiqués: une invasion barbare?», dans M. JEZEQUEL (dir.), *Les accommodements raisonnables: quoi? Comment? Jusqu'où? Des outils pour tous*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 31-35.
95. *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, consultable à l'adresse Web suivante: www.canlii.org/ca/jug/csc/2007/2007csc4.html.

suprême devait déterminer si l'arbitre avait correctement apprécié l'obligation d'accommodement à l'égard d'une salariée absente du travail pour cause de handicap alors qu'une clause de la convention prévoyait la rupture du lien d'emploi à l'expiration d'une période d'absence déterminée de 36 mois. La Cour suprême a estimé que «l'accommodement raisonnable est incompatible avec l'application mécanique d'une norme d'application générale⁹⁶» comme l'était, en l'espèce, la norme de la convention collective. Elle a souligné que «de telles clauses ne déterminent pas de façon définitive la mesure d'accommodement particulière à laquelle un employé a droit, car chaque cas doit être évalué selon les circonstances qui lui sont propres⁹⁷», ce que l'arbitre avait fait en l'espèce selon la Cour suprême. Il semble clair aussi, au vu de cette décision, que l'arbitre de griefs peut apprécier le «caractère individualisé du processus d'accommodement⁹⁸». Le raisonnement des juges de la majorité dans l'affaire *Isidore Garon* ne prévaut pas ici.

Cela dit, la question de l'incorporation des «autres normes en matière d'emploi» dans le contenu implicite des conventions collectives semble poser plus de difficultés d'interprétation tant au regard de la *Loi sur les normes du travail* qu'en ce qui a trait au *Code civil du Québec*. Cette question est au cœur de nombreuses décisions arbitrales contradictoires et de jugements des tribunaux supérieurs tout aussi contradictoires, parce qu'ils doivent composer avec un nouveau critère de compatibilité qui n'est défini nulle part.

2.2.2 La Loi sur les normes du travail

L'analyse des décisions rendues à la suite de l'affaire *Isidore Garon* portant sur l'inclusion des normes issues de la *Loi sur les normes du travail* dans le contenu implicite des conventions collectives confirme que le contrôle de la compatibilité dépasse les droits étatiques issus du *Code civil du Québec*. Un tribunal d'arbitrage a ainsi estimé que l'article 56 de la *Loi sur les normes du travail* établissant que les jours fériés, chômés et payés sont assimilés à des heures de travail est incompatible avec la convention collective⁹⁹, et ce, bien que la *Loi sur les normes du travail* soit une loi d'ordre public qui comprend des normes minimales auxquelles

96. *Id.*, par. 18.

97. *Id.*, par. 20.

98. *Id.*, par. 22.

99. *Métro Richelieu, division Distagro (entrepôt) et Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce*, D.T.E. 2006T-641, AZ-50378195, 9 mai 2006 (T.A.); requête en révision judiciaire le 9 juin 2006 (C.S.).

il est impossible de déroger par la convention¹⁰⁰. Pourtant, la jurisprudence précédant l'affaire *Isidore Garon* était claire : les normes du travail contenues dans cette loi sont partie intégrante de la convention collective¹⁰¹. Les tribunaux rappelaient alors que cette inclusion s'impose comme la *Loi sur les normes du travail* est d'ordre public et que les normes minimales qui y sont prévues sont moindres et incluses dans les conventions collectives. Force est de constater que les lois d'ordre public doivent elles aussi passer le test de la compatibilité pour déterminer si elles constituent ou non le contenu implicite de la convention collective.

Ce constat se révèle encore plus troublant dans l'analyse du volume impressionnant de décisions portant sur l'incorporation ou la compatibilité de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail* à la convention collective. Les litiges portant sur la compétence de l'arbitre au regard de cet article présentent plusieurs caractéristiques communes. Ils sont formulés dans la grande majorité des cas par des salariés temporaires, à l'essai ou sous contrat à durée déterminée que la convention collective exclut du droit de contester une mesure disciplinaire (en l'occurrence un congédiement) par voie de grief mais qui justifient de la durée de service requise pour se prévaloir de l'article 124. Les plaignants, dans ces affaires, prétendent que cet article est implicitement incorporé dans la convention collective de travail sur laquelle l'arbitre de griefs a aussi compétence, ce qui fait en sorte que leur grief est arbitral.

Certains arbitres et juges leur donnent raison. Ainsi en a-t-il été dans l'affaire *Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Ville de Terrebonne (CSN) c. Mallette*¹⁰², dans laquelle la Cour supérieure a considéré que l'arbitre avait commis une erreur en ne s'estimant pas compétent pour entendre le grief d'un salarié temporaire qui contestait son congédiement. En vertu de la convention collective, le salarié, qui travaillait de manière intermittente et saisonnière, n'avait pas cumulé un nombre d'heures suffisant pour être considéré comme un employé permanent ; à titre de salarié à l'essai, il ne pouvait se prévaloir de la procédure de grief. Pour sa part,

100. *Loi sur les normes du travail*, précitée, note 21, art. 93.

101. À ce sujet, voir *Manoir Richelieu et TUAC, section locale 503*, [2005] R.J.D.T. 1361, D.T.E. 2005T-716, AZ-50324969, 21 juillet 2005 (T.A.); requête en révision judiciaire accueillie mais pas sur ce point, 2006 QCCS 1191, D.T.E. 2006T-321, AZ-50359572, 23 février 2006; requête pour permission d'appeler accueillie, 2006 QCCA 575, D.T.E. 2006T-321, AZ-50370885, 28 avril 2006. Cette décision porte sur l'application de l'article 50 de la *Loi sur les normes du travail*.

102. *Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Ville de Terrebonne (CSN) c. Mallette*, 2006 QCCS 5391, D.T.E. 2007T-22, AZ-50400657, 15 novembre 2006 (C.S.); requête pour permission d'appeler accueillie, 21 décembre 2006.

la Cour supérieure a estimé que l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail* crée une norme substantielle d'ordre public et que cette norme est compatible et s'incorpore à toute convention collective. C'est la règle substantive qui se trouve ainsi incorporée, et non le recours qui obéit à des normes procédurales propres¹⁰³. La Cour supérieure est intervenue de semblable manière dans une autre affaire impliquant deux sentences arbitrales ayant des orientations contradictoires¹⁰⁴; elle a conclu que l'article 124 est une condition de travail impérative compatible avec la convention collective et relevant de la compétence de l'arbitre de griefs¹⁰⁵.

Toutefois, ce point de vue ne fait pas l'unanimité, comme le démontre une autre décision de la Cour supérieure dans l'affaire *Commission scolaire des Sommets c. Rondeau*¹⁰⁶. Dans cette affaire, une salariée temporaire contestait, par voie de grief, la décision de l'employeur de l'avoir suspendue et de l'avoir radiée de la liste de priorité d'embauche; en vertu d'une clause de la convention collective, elle n'avait toutefois pas droit à la procédure de grief en matière disciplinaire. L'arbitre a décliné compétence en ce qui concerne la suspension, étant donné la clause dans la convention collective. Il s'est estimé toutefois compétent au sujet du grief de radiation, associable à un congédiement, et ce, en vertu de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail* qui fait partie du contenu implicite de la convention collective. La Cour supérieure a accueilli la révision judiciaire; elle a estimé que la décision était manifestement déraisonnable étant donné que l'article 124 « crée un recours individuel qui est incompatible avec la convention collective qui exclut le droit au grief pour le salarié temporaire¹⁰⁷ » et « incompatible avec l'intention des parties de ne pas accorder de droit à la salariée temporaire pour contester une mesure disciplinaire devant l'arbitre de griefs¹⁰⁸ ». Un raisonnement similaire a aussi justifié certains arbitres d'accueillir des

103. *Id.*, par. 52 et 53.

104. *Québec (Procureur général) c. Flynn*, 2006 QCCS 5230, [2006] R.J.D.T. 1400, D.T.E. 2006T-1000, AZ-50397005, 30 août 2006 (C.S.); requête pour permission d'appeler accueillie, 24 octobre 2006.

105. *Id.*, par. 8. Voir la sentence arbitrale confirmée par cette décision maintenant en appel: *Syndicat de la fonction publique du Québec et Gouvernement du Québec*, [2006] R.J.D.T. 329, D.T.E. 2006T-228, AZ-50355222, 7 février 2006 (T.A.).

106. *Commission scolaire des Sommets c. Rondeau*, 2006 QCCS 1352, [2006] R.J.D.T. 543, D.T.E. 2006T-345, AZ-50362225, 15 mars 2006 (C.S.); requête pour permission d'appeler accueillie, 31 mai 2006.

107. *Id.*, par. 93.

108. *Id.*, par. 98; l'italique est de nous.

objections à l'arbitrabilité de griefs mettant en cause des salariés temporaires exclus de la procédure de griefs en matière de congédiement¹⁰⁹.

L'autorisation d'appel ayant été accordée dans les trois jugements de la Cour supérieure que nous venons de présenter, la Cour d'appel sera vraisemblablement amenée à trancher ce conflit jurisprudentiel. Soulignons que, pour ce faire, la Cour d'appel devra se pencher à nouveau sur la nature de la protection prévue à l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail* puisque cette question est au cœur du conflit jurisprudentiel. L'article 124 est-il une véritable norme d'ordre public ou un simple véhicule procédural ayant pour objet de déterminer la juridiction compétente? Pour les tenants de l'incorporation, la première avenue s'impose : l'article 124 établit une norme applicable au travail salarié, comme la norme sur le salaire minimum obligatoire¹¹⁰, d'où son incorporation à la convention collective. Pour d'autres, l'article 124 ne crée pas une norme minimale de travail incorporée à toute convention collective, comme le sont les normes relatives au salaire minimum ou à la durée de la semaine normale de travail, mais un recours¹¹¹ qui n'est pas incorporé et qui relève de procédures propres.

La Cour d'appel avait déjà considéré que l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail* instaurait une mesure de protection de l'emploi qui devait être considérée comme une véritable norme du travail¹¹², ce qui tendrait à accréditer la première thèse. S'agissant d'une norme du travail directement inspirée du contenu des conventions collectives, il serait étonnant que cette norme soit jugée incompatible avec celles-ci. Un constat clair de compatibilité permettrait à des salariés syndiqués, atypiques et souvent exclus de ce fait de la procédure de griefs prévue dans la convention collective, de

109. *Syndicat de l'enseignement des Vieilles-Forges et Commission scolaire du Chemin-du-Roy*, AZ-50413444, 24 janvier 2007 (T.A.); *Syndicat de la fonction publique du Québec et Ministère du Revenu du Québec*, AZ-50370564, 4 avril 2006 (T.A.); requête en révision judiciaire accueillie à l'égard de cette sentence dans : *Québec (Procureur général) c. Flynn*, précité, note 104. Voir aussi la décision arbitrale : *Ville de Terrebonne et Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Ville de Terrebonne (CSN)*, D.T.E. 2006T-278, AZ-55000087, 31 janvier 2006 (T.A.); requête en révision judiciaire accueillie, *Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Ville de Terrebonne (CSN) c. Mallette*, précité, note 102. Voir aussi : *Syndicat des professeuses et professeurs de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. Tremblay*, 2007 QCCS 569, AZ-50416104, 8 février 2007, où la Cour supérieure estime que l'arbitre a correctement apprécié sa compétence en concluant qu'il ne pouvait déterminer si le non-renouvellement du contrat d'un professeur contrevenait à l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail* en présence d'une autre procédure de réparation dans la convention collective.

110. *Syndicat des travailleuses et travailleurs de la Ville de Terrebonne (CSN) c. Mallette*, précité, note 102, par. 38.

111. *Commission scolaire des Sommets c. Rondeau*, précité, note 106, par. 89 et 90.

112. *Produits Petro-Canada Inc. c. Moalli*, [1987] R.J.Q. 261 (C.A.).

bénéficiaire de la représentation syndicale et de l'accessibilité de la procédure de griefs en ce qui concerne la protection de leur emploi.

2.2.3 Le Code civil du Québec

Dans plusieurs cas, les juges et les arbitres ont aussi eu à se prononcer sur la compatibilité de certaines dispositions du *Code civil du Québec* avec la convention collective. La jurisprudence est divisée, selon la norme examinée.

Ainsi, la totalité des décisions que nous avons repérées et qui ont été rendues après la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Isidore Garon* considèrent que les articles 6 et 7 du *Code civil du Québec* sont compatibles avec le contenu de la convention collective et font partie de son contenu implicite. Dans l'affaire *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Choquette*¹¹³, un salarié temporaire avait déposé un grief contestant son congédiement pour rendement insatisfaisant, alors que la convention collective ne lui conférait pas le droit à la procédure de grief. L'arbitre de griefs, considérant que l'article 2094 du *Code civil du Québec*, comme du reste les articles 2085 à 2097, font partie du contenu implicite de toute convention collective, s'était jugé compétent pour entendre le grief. La Cour supérieure, s'appuyant sur l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Isidore Garon*, a conclu que l'arbitre avait eu tort de considérer que l'article 2094 et tout le chapitre sur le contrat de travail étaient compatibles avec la convention collective. Toutefois, elle a estimé que l'arbitre était tout de même compétent pour entendre le grief puisque les articles 6 et 7, qui codifient les principes de la bonne foi et du rejet de l'abus de droit, sont compatibles et incorporés dans toute convention collective¹¹⁴. Cette analyse est partagée par plusieurs arbitres qui considèrent que ces articles sont parfaitement compatibles avec le contenu de la convention collective, ce qui leur permet d'entendre les griefs de salariés temporaires, occasionnels ou en stage probatoire qui n'ont pas accès, en vertu de leur

113. *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Choquette*, 2006 QCCS 3083, D.T.E. 2006T-611, AZ-50377140, 6 juin 2006. La Cour supérieure s'appuie sur une décision de la Cour d'appel rendue avant l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Isidore Garon: Syndicat de l'enseignement de la région de Québec et Lizette Legros c. Jean-Guy Ménard et Commission scolaire de la Capitale*, 2005 QCCA 440 (C.A.). Voir aussi: P. CHOQUETTE, «Commentaire sur la décision *Commission scolaire Marguerite Bourgeoys c. Choquette* – Après le contenu implicite de la convention collective, voici le “contenu implicite” du grief!», *Repères*, décembre 2006, EYB2006REP542.

114. Voir aussi, dans le même sens: *Université McGill c. Foisy*, 2006 QCCS 6603, D.T.E. 2007T-242, AZ-50410231, 19 décembre 2006.

convention collective, à la procédure de grief¹¹⁵ ou encore de contrôler l'exercice abusif par l'employeur de ses droits de direction¹¹⁶.

Toutefois, depuis que le critère de compatibilité s'ajoute à celui d'incorporation, le résultat est totalement différent en ce qui concerne les articles 2085 à 2097 du *Code civil du Québec* : la jurisprudence affirme unanimement que ces dispositions sont incompatibles avec la convention collective¹¹⁷. La Cour d'appel s'est clairement prononcée en ce sens dans l'affaire *Commission scolaire de la Seigneurie-des-Mille-Îles*¹¹⁸. Dans cette affaire, un employé temporaire avait accès à la procédure de grief et d'arbitrage prévue dans la convention collective uniquement pour les droits que cette dernière lui reconnaissait. Or, celle-ci ne lui octroyait qu'une liste limitative des droits, parmi lesquels ne figuraient pas les clauses en matière de mesure disciplinaire et de renvoi. L'arbitre de griefs s'est tout de même estimé compétent pour entendre le grief d'un salarié temporaire qui contestait son congédiement : s'appuyant sur l'affaire *Parry Sound*, il a considéré que l'article 2094 du *Code civil du Québec* est une disposition d'ordre public faisant partie implicitement de la convention collective. La demande de révision judiciaire sur cette question de compétence a été accueillie, la Cour supérieure estimant que l'article 2094 n'est pas d'ordre

-
115. *Syndicat de la fonction publique du Québec et Sûreté du Québec*, D.T.E. 2006T-756, AZ-50386037, 25 juillet 2006 (T.A.); *Union des employés de service, section locale 800 (FTQ)* et *McGill University*, D.T.E. 2006T-775, AZ-50387506, 12 juin 2006 (T.A.); requête en révision judiciaire rejetée : *Université McGill c. Foisly*, précité, note 114; *Laval et Syndicat des cols bleus de la Ville de Laval inc., section locale 4545 (SCFP)*, D.T.E. 2006T-735, AZ-50381725, 29 juin 2006 (T.A.); grief rejeté sur le fond : *Ville de Laval et Syndicat des cols bleus de la Ville de Laval inc., section locale 4545 (SCFP)*, AZ-50413669, 5 février 2007 (T.A.); *Syndicat des travailleuses et travailleurs en petite enfance de la Montérégie—CSN et Centre de la petite enfance Les Joyeux Calinours*, D.T.E. 2006T-183, AZ-50352934, 25 janvier 2006 (T.A.); *Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec et Québec (Ministère de la Sécurité publique)*, [2006] R.J.D.T. 1903, D.T.E. 2006T-941, AZ-55000193, 19 septembre 2006 (T.A.); *Commission scolaire du Fer et Syndicat de l'enseignement de la région du Fer*, D.T.E. 2006T-940, AZ-55000191, 12 septembre 2006 (T.A.); *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 308 et Ville de Saint-Jérôme*, D.T.E. 2007T-105, AZ-50401143, 13 décembre 2006 (T.A.); requête en révision judiciaire continuée *sine die*, 14 février 2007.
116. *Ville de Salaberry-de-Valleyfield et Syndicat des Cols bleus de la Ville de Salaberry-de-Valleyfield (CSN)*, [2006] R.J.D.T. 876, D.T.E. 2006T-371, AZ-50363569, 16 mars 2006 (T.A.).
117. À titre d'exemples : *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Choquette*, précité, note 113; *Payette-Bédard c. Grenico inc.*, 2006 QCCS 2551, D.T.E. 2006T-514, AZ-50373013, 10 mai 2006 (C.S.); inscription en appel, 9 juin 2006; *Syndicat de la fonction publique du Québec et Gouvernement du Québec*, précité, note 105.
118. *Syndicat canadien de la fonction publique (section locale 4296) SCFP-FTQ c. Commission scolaire de la Seigneurie-des-Milles-Îles*, 2006 QCCA 1646 (C.A.).

public. La Cour d'appel a rejeté l'appel en soulignant que la Cour suprême avait conclu, dans l'affaire *Isidore Garon*, que l'article 2091 était incompatible avec le régime des rapports collectifs du travail et qu'il devait en être de même de l'article 2094¹¹⁹. Ces décisions ont marqué une rupture certaine avec une pratique qui semblait se consolider après l'affaire *Parry Sound*, voulant que les arbitres considèrent les articles 2091 et 2092 du *Code civil du Québec*, voire l'ensemble du chapitre relatif au contrat de travail, comme parties du contenu implicite de la convention collective¹²⁰.

La Cour d'appel, par la même occasion, en a profité pour limiter la portée de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Isidore Garon* en suggérant que le critère de compatibilité qu'il énonçait ne s'appliquerait qu'aux seuls litiges invoquant l'incorporation, dans le contenu implicite de la convention collective, d'une disposition relevant du *Code civil du Québec*. En l'espèce, le plaignant n'avait jamais prétendu que son congédiement était fondé sur une violation des droits de la personne ou une atteinte à une norme minimale d'emploi, auquel cas la réponse de la Cour d'appel, pouvons-nous comprendre, aurait pu être différente¹²¹. Cette approche nous paraît malgré tout bien insatisfaisante parce qu'elle est fondée sur une lecture superficielle des raisons pour lesquelles, historiquement, les tribunaux ont considéré que le droit commun était inapplicable lorsque des rapports collectifs s'installent dans l'entreprise. S'il en est ainsi, c'est pour préserver, comme le suggère le juge LeBel dans sa dissidence dans l'affaire *Isidore Garon*, « l'intégrité du principe suivant lequel l'association accréditée est la seule représentante des salariés » devant des normes qui lui porteraient atteinte¹²². Tel n'est pas l'effet des dispositions en vertu desquelles, depuis 1994, le *Code civil du Québec* instaure une nouvelle

119. *Id.*, par. 31 et 32.

120. À ce sujet, voir : *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1208 et Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, D.T.E. 2005T-844 (T.A.); requête en révision judiciaire rejetée, mais pour un autre motif : *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Choquette*, précité, note 113; *Syndicat du personnel professionnel du Cégep régional de Lanaudière (S.P.G.Q.) et Collège régional de Lanaudière*, D.T.E. 2004T-1057, AZ-50276521; requête en révision judiciaire rejetée sur d'autres points : *Syndicat des professionnelles et professionnels du Gouvernement du Québec c. Tousignant et Cégep régional de Lanaudière*, AZ-50310179, 26 avril 2005. Voir aussi la décision de l'arbitre dans l'affaire de la Commission scolaire de la Seigneurie-des-Mille-Îles : *Commission scolaire de la Seigneurie-des-Mille-Îles et Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 4296* (F.T.Q.), [2004] R.J.D.T. 1410, D.T.E. 2004T-835, AZ-50266281, 17 juin 2004 (T.A.).

121. *Syndicat canadien de la fonction publique (section locale 4296) SCFP-FTQ c. Commission scolaire de la Seigneurie-des-Mille-Îles*, précitée, note 118, par. 34 et 35.

122. *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, précité, note 86, par. 181.

« moralité » dans les rapports contractuels en prohibant l'abus de droit ou en établissant des balises relatives aux rapports de travail. Dans leur substance et leurs objectifs, ces dispositions ne se distinguent pas de celles qui se trouvent dans les lois établissant des normes minimales du travail ou dans les conventions collectives. Rien ne s'oppose à ce que le syndicat puisse s'en prévaloir pour « négocier pour un salarié de façon individuelle¹²³ », comme il le fait, de toute façon, en vertu d'autres lois¹²⁴. C'est pourquoi aucune raison de fond ne justifie, selon nous, qu'elles ne soient pas incorporées dans le contenu implicite des conventions collectives.

Conclusion

Nous avons voulu étudier la constitutionnalisation du droit des rapports collectifs du travail en postulant que les principes d'articulation de la multiplicité des sources qui composent le droit du travail permettent d'en comprendre tant le processus que les effets. Il nous semble que les conclusions qui se dégagent de notre démarche vont, dans l'ensemble, dans le sens de nos intuitions de départ.

D'une part, il apparaît clair qu'il existe un processus de constitutionnalisation du droit des rapports collectifs du travail, de plus en plus amené à composer avec des règles ayant un statut prédominant, mobilisées par les acteurs à l'occasion de litiges concernant les rapports collectifs du travail. Ce processus de constitutionnalisation, qui a été examiné en ce qui concerne en particulier l'arbitrage de griefs, ne s'accomplit pas dans un vide normatif : ce qui explique, comme nous avons tenté de le montrer, qu'il s'est fait graduellement, mais qu'il a cours indéniablement.

D'autre part, nous pensons que ce processus de constitutionnalisation allait être l'occasion de réexaminer les principes qui régissaient jusqu'alors les rapports entre le droit externe et les règles issues de la convention collective. Les arrêts récents de la Cour suprême, tout comme la jurisprudence divisée qui a suivi, montrent que cet effet du processus de constitutionnalisation est réel : un tel examen a bel et bien lieu. Toutefois, les principes d'articulation qui s'en dégageront ne sont pas clairement établis. La thèse de l'incorporation des normes d'emploi et des lois régissant les droits de la personne dans le contenu implicite de la convention collective va-t-elle prévaloir ? La réponse à cette question, à notre avis, n'est pas sans conséquences sur le rôle des institutions des rapports collectifs du travail.

123. *Id.*, par. 180.

124. *Supra*, notes 97 et 98 et texte correspondant.

Pour certains, l'instauration de rapports collectifs dans une entreprise permet véritablement d'atteindre une égalité entre les salariés et les employeurs¹²⁵. C'est le point de vue retenu par les juges de la majorité de la Cour suprême dans l'affaire *Isidore Garon*. Ainsi, ils écrivent ceci : « Dire d'un salarié qu'il est isolé ou vulnérable alors qu'il est représenté par un syndicat serait faire affront au syndicalisme¹²⁶. » Ce constat leur suggère une grande prudence à l'égard de l'incorporation de normes du droit étatique dans le contenu implicite de la convention collective puisque le régime des rapports collectifs semble se suffire à lui-même. L'incorporation ne paraît pas requise dès lors que la norme en cause serait liée à la détermination d'avantages individuels pour le salarié¹²⁷. Pour les juges de la majorité, est incompatible avec la convention collective un « droit personnel dont la détermination dépend des circonstances individuelles de l'employé qui le réclame¹²⁸ ». Cette approche conduit à opposer artificiellement droits individuels et représentation collective, en suggérant que la représentation syndicale n'est pas un outil permettant à un salarié d'obtenir des conditions de travail adaptées à sa situation personnelle et professionnelle.

125. Ce constat ne résiste ni à une analyse sociologique – la vulnérabilité étant bel et bien présente dans les milieux syndiqués – ni à une analyse juridique : *supra*, notes 56 à 58 et texte correspondant.

126. *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, précité, note 86, par. 59.

127. Pour les juges de la majorité, sous la plume de la juge Deschamps, le délai-congé raisonnable prévu par le *Code civil du Québec* est incompatible avec le régime des rapports collectifs du travail, et ce pour trois raisons (*Isidore Garon Ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, précité, note 86, par. 9 et 32-61). D'une part, ce délai-congé est négocié au moment de la terminaison de l'emploi par le salarié lui-même en tenant compte de circonstances qui lui sont propres, ce qui serait incompatible avec le régime des rapports collectifs où « la condition de travail est négociée avec le syndicat, pas avec l'employé, elle est négociée pour tous les employés, ou par catégories, mais non de façon individuelle, et elle est convenue lors de la conclusion de la convention collective et non lors de la cessation d'emploi » (*id.*, par. 47). D'autre part, le délai-congé que prévoit le *Code civil du Québec* est la contrepartie du droit de l'employeur de résilier unilatéralement le contrat de travail, ce qui serait incompatible avec le régime collectif où le droit de congédier de l'employeur est substantiellement limité (*id.*, par. 51 et 53). Enfin, l'historique législatif de l'article 2091 montre qu'il est destiné « à protéger l'employé qui est dans une situation d'infériorité en matière de négociations » (*id.*, par. 58), ce qui ne serait pas le cas des travailleurs syndiqués qui ne seraient pas dans une telle situation de vulnérabilité (*id.*, par. 59). Qu'il nous soit permis de noter que tout, dans la situation factuelle à l'origine du litige, contredisait cette lecture : les travailleurs, quoique syndiqués, avaient bel et bien été victimes d'une résiliation unilatérale du lien d'emploi consécutive à une fermeture d'entreprise et ils se trouvaient dans une situation où les conventions collectives ne les protégeaient aucunement.

128. *Id.*, par. 36.

D'autres, partant aussi du constat que l'organisation collective en milieu de travail est mieux en mesure de transformer durablement les rapports de pouvoir dans l'entreprise, en dégagent d'autres conséquences. Ils voient dans les institutions des rapports collectifs du travail un meilleur moyen d'assurer la mise en œuvre des droits qui sont conférés aux salariés, que ces droits émanent de la convention collective ou du droit étatique¹²⁹. Cette lecture, aussi inspirée du pluralisme industriel, est porteuse de changements fondamentaux pour les institutions des rapports collectifs du travail. Elle conduit à considérer que les syndicats — de « colégislateurs » des conditions de travail qu'ils sont — doivent désormais veiller aussi au respect des droits que les conventions collectives *et* les lois, notamment les lois relatives aux droits de la personne, garantissent à chacun des salariés¹³⁰. Il reviendrait aussi aux arbitres de griefs — auparavant perçus comme les interprètes de la volonté des parties signataires d'une convention collective — d'être les garants de la mise en œuvre des droits des salariés en milieu de travail syndiqué, que ces droits émanent de la convention collective ou du droit légiféré. Ces changements pourraient même contribuer à réaliser le projet initial du pluralisme industriel en autorisant un certain contrôle arbitral de l'exercice des droits de direction de l'employeur qui ne sont pas explicitement limités par une convention collective¹³¹. Dans cette approche, droits individuels et représentation collective ne s'opposent pas : ils se complètent. Plutôt que d'être menacée, la légitimité particulière des institutions des rapports collectifs pourrait ainsi être réaffirmée dans toute sa plénitude¹³².

129. En ce sens, droits individuels et droits collectifs ne s'opposent pas. Si « la tendance à l'individualisation [...] peut être analysée comme la chance d'un desserrement des contraintes que le groupe exerce sur l'individu », elle peut aussi être vue comme « le risque d'une réduction de la protection de l'individu par le groupe » : A. SUPIOT, « Pourquoi un droit du travail ? », (1990) *Droit social* 485, 490.

130. S. DEAKIN, « L'évolution de la relation d'emploi », dans P. AUER et B. GAZIER (dir.), *L'avenir du travail, de l'emploi et de la protection sociale : dynamique du changement et protection des travailleurs*, Genève, Institut international d'études sociales (BIT), 2002, p. 224.

131. Voir en ce sens : *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, précité, note 71, par. 23 et 36.

132. J.M. LAPIERRE, G. ROCHER et G. VALLÉE, *loc. cit.*, note 35, 379-382. Plus généralement, sur l'effet paradoxal de la constitutionnalisation sur l'autonomie du droit du travail, voir : M. COUTU, *loc. cit.*, note 35, 353.