

# *Légitimités et légitimations de l'arbitrage de griefs et la discrimination dans les milieux de travail syndiqués*

Présentation dans le cadre du Colloque international *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Université de Montréal, le 16 avril 2003

Jean Marcel LAPIERRE  
Guy ROCHER  
Guylaine VALLÉE<sup>1</sup>

---

## Introduction

L'arbitre de griefs constitue le tribunal spécialisé qui dispose, à l'exclusion de tout autre tribunal, des litiges relatifs à l'application et à l'interprétation de la convention collective<sup>2</sup>. Dans l'exercice de cette compétence, le *Code du travail* lui reconnaît le pouvoir d'interpréter la loi dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour disposer d'un grief<sup>3</sup>. Lorsqu'un arbitre est saisi d'un grief portant sur la discrimination dans le domaine de l'emploi, il peut en disposer en mobilisant les clauses de la convention collective mais aussi la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>4</sup>, pièce législative prééminente protégeant depuis 1976 les droits et libertés fondamentaux ainsi que le droit à l'égalité de toute personne<sup>5</sup>. L'arbitre de griefs est alors appelé à combiner des règles relevant du droit interne (la convention collective de l'établissement) et externe (le droit étatique) ou, pour reprendre les termes de Hugo Sinzheimer présentés par le Professeur Zachert<sup>6</sup>, des règles issues d'un droit collectif autonome et des règles de droit étatique. Il peut aussi aborder le problème qui lui est soumis en se fondant sur les règles étatiques et conventionnelles

---

1 Ce texte a été réalisé dans le cadre d'un projet de recherche financé par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH) intitulé *Mise en oeuvre de la norme d'égalité en milieu de travail, droits de la personne et rapports collectifs de travail*. Il a aussi bénéficié de l'appui du *Centre de recherche en droit public (CRDP)* et du *Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT)*.

2 *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27 (ci-après cité : «C.t.»), art. 100 et art. 1, par. f).

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

4 L.R.Q., c. C-12 (ci-après citée : «C.d.l.p.»).

5 *Id.*, art. 10 à 20.1

6 Ulrich ZACHERT, «La légitimité des rapports juridiques de travail. À propos de la conception de la légitimité chez Max Weber et Hugo Sinzheimer», Communication présentée au Colloque international *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Université de Montréal, le 16 avril 2003.

protégeant les droits de la personne du salarié (par exemple, le droit de ne pas être traité différemment pour un motif tenant à une caractéristique personnelle) ou en se reportant aux règles étatiques et conventionnelles du droit du travail qui encadrent notamment les droits de direction de l'employeur (par exemple, les limites au droit de l'employeur d'imposer des mesures disciplinaires ou non disciplinaires ou le droit d'un salarié de ne pas être congédié sans une cause juste et suffisante)<sup>7</sup>.

Comment les arbitres de griefs conçoivent-ils le rapport entre ces sources provenant d'univers juridiques différents lorsqu'ils doivent disposer d'un grief soulevant un problème de discrimination dans le domaine de l'emploi ? Une analyse du contenu de 137 sentences arbitrales rendues entre 1992 à 1999, fournit quelques éléments de réponse à cette question<sup>8</sup>. Elle révèle que la convention collective, la jurisprudence arbitrale et la *Charte des droits et libertés de la personne* constituaient, dans l'ordre, les sources les plus fréquemment utilisées par les arbitres pour trancher des griefs de cette nature pendant cette période<sup>9</sup>. En 1999, toutefois, une certaine transformation était perceptible dans la jurisprudence arbitrale quant à la manière de combiner ces différentes sources. Le recours à la *Charte des droits et libertés de la personne* dans les sentences arbitrales était devenu systématique (100% des décisions rendues en 1999) et l'utilisation des décisions de la Cour suprême du Canada sur la notion de discrimination était

---

7 Par exemple, appelé à interpréter un congédiement fondé sur l'incapacité physique d'un salarié, l'arbitre traite-t-il du litige en s'appuyant sur les règles relatives aux mesures non disciplinaires qui existent dans la convention collective, sur la clause de la convention collective prohibant la discrimination fondée sur le handicap ou sur la prohibition de la discrimination dans la *Charte*? Le résultat de la décision pourra être le même —par exemple une ordonnance de réintégration du salarié— mais le raisonnement qui conduit à une telle ordonnance pourra varier suivant la manière de combiner ces différentes règles.

8 Cette étude s'inscrivait dans la première phase du projet de recherche précité, note 1 : Guylaine VALLEE, Michel COUTU et Marie-Christine HÉBERT, «La norme d'égalité en milieu de travail : étude empirique de la mise en œuvre de la norme d'égalité par le Tribunal des droits de la personne et les tribunaux d'arbitrage», dans G. VALLEE, M. COUTU, J. D. GAGNON, J.M. LAPIERRE ET G. ROCHER, *Le droit à l'égalité : les tribunaux d'arbitrage et le Tribunal des droits de la personne*, Montréal, éd. Thémis, 2001, pp. 19-94.

9 L'étude mentionne que 72,3% des sentences de l'échantillon étudié se reportaient à la convention collective, 65,7% à la jurisprudence arbitrale et 61,3% à la *Charte des droits et libertés de la personne*. Les arrêts de la Cour suprême du Canada qui ont établi les grands principes applicables en matière de discrimination et de harcèlement représentaient la quatrième source la plus utilisée par les arbitres, mais leur usage était nettement moins étendu puisqu'ils n'apparaissaient que dans 32,8% des décisions (*Id.*, pp. 43-45).

plus étendue (10 décisions sur 16)<sup>10</sup>. Par ailleurs, les arbitres de griefs faisaient davantage appel à des arguments relevant des droits de la personne comme motifs déterminants de leurs décisions en s'appuyant sur la *Charte des droits et libertés de la personne* ou sur des clauses des conventions collectives prohibant la discrimination dans les milieux de travail. Ainsi, 81,3% des sentences arbitrales rendues en 1999 sur des problèmes de discrimination dans le domaine de l'emploi se fondaient sur des arguments relevant des droits de la personne, comparativement à 31,8%, 62,5% et 42,9% des sentences rendues en 1992, 1993 et 1998<sup>11</sup>. Ces transformations étaient particulièrement manifestes dans les décisions portant sur la discrimination fondée sur le handicap<sup>12</sup>. La tendance amorcée en 1999 semble se maintenir dans la jurisprudence arbitrale et serait reliée au fait que les syndicats soulèvent de manière quasi-systématique et documentée des arguments relevant des droits de la personne au soutien des griefs<sup>13</sup>.

Comment expliquer ces transformations? Pour tenter de répondre à cette question, nous avons voulu aller vers les arbitres eux-mêmes et les interroger **sur la recherche et la réflexion qu'ils disent mener** pour prendre leurs décisions arbitrales et les fondements sur lesquels ils disent établir leurs décisions. Neuf entretiens réalisés avec des arbitres de griefs nous ont apporté des données empiriques nouvelles. À partir de l'analyse des dossiers, **complétée par l'information recueillie au cours des entrevues**, quelques hypothèses ont germé.

Tout d'abord, nous inspirant de Niklas Luhmann, nous pouvons faire l'hypothèse que la transformation observée est le produit d'un apprentissage observable chez les différents acteurs impliqués dans les cas de griefs touchant la discrimination. Il s'agit d'une hypothèse de nature psychosociologique. Dans la suite des analyses de Max Weber sur la légitimité, Luhmann a en particulier mis l'accent sur le processus de l'apprentissage dans tout changement qu'implique le droit qui se fait et le droit qui s'applique. Il s'agit d'un apprentissage du droit lui-même et des

---

10 *Id.*, p. 44.

11 *Id.*, pp. pp. 47-52. Voir aussi : note 13.

12 *Id.*, pp. pp. 49-50; 64-75. Voir aussi : Marie-Christine HÉBERT, *Les recours d'un salarié victime de discrimination fondée sur le handicap: grief et/ou plainte de discrimination*, travail dirigé réalisé dans le cadre de la maîtrise en relations industrielles, Université de Montréal, 2000-2001.

13 La mise à jour des données d'analyse de contenu des sentences arbitrales est en cours pour les décisions rendues entre 2000 et 2003. Elle est réalisée par Marie-Christine Hébert et Philippe Richy.

conséquences qu'il entraîne pour les professionnels du droit, arbitres et procureurs, et de ses effets sur les justiciables, en l'occurrence les parties impliquées dans un grief de discrimination. La tendance observée dans les décisions arbitrales de 1992 à 1999 suppose en effet qu'elle n'a pu se produire qu'à travers diverses modalités d'apprentissage, inégales dans le temps et en contenu, chez les acteurs engagés dans le processus.

Cette perspective dynamique nous amène à **formuler deux hypothèses. Selon la première, une hypothèse simple**, les transformations observées dans les décisions arbitrales depuis 1999 tiendraient au fait que les arbitres et les parties (en particulier les syndicats) qui plaident devant eux ont progressivement appris à reconnaître la légitimité, pour leurs fins particulières, de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Suivant cette hypothèse, les acteurs des rapports collectifs de travail auraient d'abord manifesté une certaine réserve à l'égard de la *Charte*, jugeant que celle-ci protégeait des droits individuels peu compatibles avec la logique et l'esprit du droit des rapports collectifs du travail axé sur la recherche d'un équilibre entre les parties syndicales et patronales. Si les arbitres se réfèrent aujourd'hui davantage à la *Charte* pour disposer des griefs, c'est qu'ils en accepteraient davantage les valeurs, c'est-à-dire la protection des droits de la personne du salarié.

Une hypothèse plus complexe peut aussi être formulée. L'utilisation de la *Charte* par les arbitres pourrait être reliée à la manière dont ils ont progressivement appris à concevoir les rapports entre le droit collectif autonome incarné dans la convention collective et le droit externe auquel appartient la *Charte*. L'institution de l'arbitrage de griefs s'est développée à partir des années 40 au Canada dans un contexte marqué par une conception pluraliste de la régulation du travail. En vertu de cette conception, l'État n'était pas perçu comme le meilleur garant de conditions de travail justes et équitables. Il devait se limiter à fixer les règles permettant d'atteindre un meilleur équilibre des pouvoirs entre les associations de salariés et les employeurs dans les milieux de travail en leur laissant le soin de définir eux-mêmes les conditions de travail adaptées à leurs

milieux et en confiant à l'arbitre le soin d'interpréter ces règles du droit collectif autonome<sup>14</sup>. Dans cette perspective, le droit autonome de la négociation et de la convention collectives jouit d'une légitimité particulière puisqu'il s'agit du meilleur moyen d'établir des règles adaptées aux milieux de travail et ainsi, de promouvoir et d'atteindre la justice et l'équité dans ces milieux de travail<sup>15</sup>; il pourra même justifier l'effacement du droit étatique<sup>16</sup>. Cette conception de l'articulation entre le droit collectif autonome et le droit externe est intimement liée au contexte qui a vu naître et se développer l'institution de l'arbitrage de griefs. Elle caractérise toujours son fonctionnement. Elle peut expliquer la manière dont les arbitres de griefs intègrent aujourd'hui les règles provenant de la *Charte* dans le traitement des griefs soulevant un problème de discrimination dans les milieux de travail.

L'objectif de notre article est d'examiner ces hypothèses. Nous le ferons en trois temps. Nous mettrons d'abord en place un cadre théorique, avec l'intention de l'utiliser pour éclairer les données empiriques recueillies au cours de notre recherche. La théorie se fondera sur l'apport de Max Weber à l'analyse de la légitimité et celui de Niklas Luhmann sur les différents apprentissages faits par les acteurs dans le procès de légitimation (I). L'analyse empirique inspirée de ces perspectives révélera la diversité des logiques qui président chez les arbitres à la combinaison des différentes sources dont ils tiennent compte et dont ils ont eu à apprendre à tenir

---

14 Cette conception est bien traduite dans la notion de «citoyenneté industrielle» développée dans le texte de Harry ARTHURS, «Developing Industrial Citizenship: A Challenge for Canada's Second Century», [1967] XLV *The Canadian Bar Review* 786-830.

15 Le préambule de la Partie I du *Code canadien du travail* portant sur les rapports collectifs du travail reflète cette conception : «Attendu [...] que les travailleurs, syndicats et employeurs du Canada reconnaissent et soutiennent que la liberté syndicale et la pratique des libres négociations collectives sont les fondements de relations du travail fructueuses permettant d'établir de bonnes conditions de travail et de saines relations entre travailleurs et employeurs» (*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), c. L-2, Partie I, Préambule, al. 2)

16 Depuis 1959, de nombreuses décisions de la Cour suprême du Canada ont consacré le principe d'un effacement du droit commun relatif au contrat individuel de travail lorsqu'il existe des rapports collectifs de travail au sein d'un établissement (Gérard HÉBERT, Reynald BOURQUE, Anthony GILES, Michel GRANT, Patrice JALETTE, Gilles TRUDEAU et Guylaine VALLÉE, *La convention collective au Québec*, Boucherville, Gaëtan Morin éditeur, 2003, pp. 33-35; 41-43). Il en est ainsi parce que «...le droit des rapports collectifs du travail est venu corriger les effets du droit civil en proposant une lecture radicalement différente des rapports sociaux de travail. Il reconnaît les milieux de travail comme des systèmes autonomes dotés d'instances conjointes d'élaboration, d'application et d'interprétation des règles (Arthurs, 1967). [...] En ce sens, le droit du travail n'est pas complémentaire au droit commun : il le remplace. Il y substitue d'autres principes et d'autres logiques.» (*Id.*, p. 33).

compte pour décider d'un grief (II). Des deux premières parties nous dégagerons des éléments de théorisation du statut et de la démarche décisionnelle des tribunaux d'arbitrage des griefs en matière de discrimination dans le milieu de travail québécois (III).

- I -

### **Les légitimités et les légitimations, à la lumière de Weber et Luhmann**

La sociologie politique et juridique de Max Weber offre, pour reprendre les mots de la problématique de ce colloque, un point de départ tout à fait incontournable pour l'analyse des légitimités en œuvre dans le droit des rapports collectifs du travail, en particulier à cause des importantes et fructueuses possibilités qu'apportent les concepts et les méthodes de cette sociologie à une démarche scientifique à ce sujet.

Les concepts fondamentaux exposés au chapitre 1 de son oeuvre principale *Économie et société*<sup>17</sup> nous permettront d'abord d'éclairer l'action juridique de cette importante sphère du droit **qu'est le droit du travail** et ses rapports avec le droit à l'égalité, un des aspects les plus importants de cette sphère que sont les droits de la personne.

#### **A. Concepts fondamentaux de la sociologie wébérienne et rapports collectifs du travail.**

Les concepts fondamentaux de la sociologie wébérienne nous aideront à comprendre l'action de l'arbitre de griefs dans les rapports collectifs de travail et ses liens avec les autres acteurs.

Rappelons d'abord que, dans les rapports primitifs du travail de la période capitaliste, n'existaient que les ordres patronaux, la *domination* et la *puissance* patronale; l'État n'intervenait pas dans l'exercice de cette puissance à l'égard des travailleuses et travailleurs employés. **À la fin du 19<sup>e</sup> siècle et au début du 20<sup>e</sup>**, les syndicats ont réuni suffisamment de travailleuses et de travailleurs pour établir une *domination* syndicale matériellement acceptée et se sont ainsi, par

---

<sup>17</sup> Max WEBER, *Économie et société*, t.1, Paris, Librairie Plon, 1971 (Pocket 1995), p. 27-101.

cette union dans leurs *luttés*, opposés à la volonté patronale. Ainsi se sont développés des ordres syndicaux, une domination et une *puissance* syndicale. L'État, après une période d'interdiction de l'action syndicale, en ayant recours à la loi, l'instrument spécifique de ses ordres, l'a reconnue et a même légiféré pour permettre un exercice efficace jugé légitime de la *puissance* syndicale.

L'approche wébérienne de la *domination*<sup>18</sup> et du *droit*<sup>19</sup> est particulièrement féconde **pour une sociologie juridique** des rapports collectifs du travail. La domination peut être légitime et, dans le cas qui nous intéresse ici, la «validité de cette légitimité peut principalement revêtir... (u)n caractère rationnel reposant sur la croyance en la légalité des règlements et du droit de donner des directives qu'ont ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens (domination légale)»<sup>20</sup> La domination légitime et la production d'un droit légitime ne sont pas le fait de la seule puissance étatique. L'entreprise patronale et le syndicat, comme d'ailleurs beaucoup d'autres groupements de la société, peuvent être considérés comme des constructeurs de droit en vertu des concepts fondamentaux de la sociologie wébérienne.

Cette approche pluraliste est particulièrement utile pour éclairer l'instrument juridique qui s'est développé et qui permet de régir les conditions de travail en recourant à un «droit... établi rationnellement par le pacte...»<sup>21</sup> qui émerge de la négociation des parties patronales et syndicales: la convention collective. Mais les enjeux importants de ces pactes collectifs font souvent l'objet de luttés relatives à leur adoption, leur interprétation ou leur application.

Pour régler ces conflits d'une manière indépendante, la pratique de l'arbitrage est devenue de plus en plus courante et a été adoptée par le droit étatique du travail. En droit québécois, contrairement à l'arbitre de différend qui intervient au cours d'une négociation, l'arbitre de griefs est saisi de conflits d'interprétation et d'application d'un pacte conclu. Il a un rôle indispensable pour la mise en oeuvre de ce droit pluraliste qui a souvent émergé de la confrontation de la *puissance* patronale et de la *puissance* syndicale. La convention collective ne peut être

---

<sup>18</sup> *Id.*, p. 95-96.

<sup>19</sup> *Id.*, p. 68-72.

<sup>20</sup> *Id.*, p. 289.

<sup>21</sup> *Id.*, p. 291.

évidemment un vase clos et les arbitres de griefs sont souvent obligés d'interpréter et d'appliquer l'une ou l'autre règle de droit étatique («établie rationnellement par...l'octroi»<sup>22</sup>); il s'agit fréquemment d'aspects de la *Charte des droits et liberté de la personne*<sup>23</sup> et même parfois de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>24</sup>.

La reconnaissance de la légitimité de la convention collective comme de la *Charte des droits et libertés de la personne* par les arbitres de griefs peut revêtir un même caractère rationnel fondé sur la légalité de ces instruments juridiques en vertu d'un droit étatique légitime. Le fondement légal-rationnel de cette légitimité peut aussi revêtir un caractère différent puisque la légitimité de la convention collective repose également sur la légitimité des parties syndicale et patronale; par exemple, pour le syndicat, cette légitimité est fondée sur son accréditation grâce à l'obtention de l'adhésion d'une majorité du groupe de personnel salarié qu'il a cherché à représenter.

Les réponses aux entrevues nous permettent d'affirmer que les arbitres de griefs interrogés reconnaissent spontanément la légitimité de la convention collective et de leur mission; en ce qui a trait à la *Charte*, cette légitimité est également reconnue de manière significative; elle apparaît en particulier dans les réponses au sujet de l'utilisation des décisions des tribunaux de droit commun en matière de discrimination; le respect de ces décisions est clairement affirmé par la quasi-totalité des arbitres interrogés. Même s'il peut y avoir des variations, si le degré d'intensité peut varier, on trouve dans ces entrevues des éléments qui permettent de construire un type idéal de reconnaissance de la légitimité de la convention collective, de la mission de l'arbitre de griefs et également de la *Charte*.

À ce caractère rationnel légal s'ajoutent, tant pour la convention collective que pour la *Charte*, des rationalités en valeur. Les arbitres de griefs du Québec oeuvrent dans une société où la négociation collective et l'arbitrage ont connu un important processus de légitimation que nous ne pouvons ici retracer dans tous ses développements. Il faudrait bien sûr remonter à la

---

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> Précitée, note 4.

<sup>24</sup> L.R.C. (1985), App. II, no 44.

décriminalisation de l'action syndicale. Au niveau canadien, le célèbre *Rapport de l'Équipe spécialisée en relations du travail* (Rapport Wood) mettait en lumière que la négociation collective était parvenue à instaurer la démocratie sur les lieux de travail et que la primauté du droit était assurée par un système judiciaire indépendant: la procédure de règlement des griefs et l'arbitrage<sup>25</sup>. On introduisait en 1972 dans le *Code canadien du travail*<sup>26</sup> un préambule comprenant un constat clair que les parties *travailleurs, syndicats et employeurs du Canada reconnaissent que la liberté syndicale et la pratique des libres négociations collectives sont les fondements de relations de travail fructueuses*. Ce préambule ouvre la partie I intitulée *Relations du travail*. Les lois adoptées, au delà de leurs dispositifs normatifs, sont, comme l'a mis en lumière Jacques Chevallier, un *discours, imprégné des valeurs fondamentales*<sup>27</sup>. Ce discours a, depuis la *Loi des différends ouvriers de Québec*<sup>28</sup> adoptée en 1901 qui reconnaissait l'action syndicale jusqu'à la dernière réforme du *Code du travail*<sup>29</sup>, de plus en plus affirmé la volonté de protéger la négociation collective et ses valeurs de justice sociale comme il a de plus en plus affirmé l'importance d'un arbitrage des griefs efficace; signalons que l'arbitrage des griefs est d'ailleurs devenu obligatoire en 1961 et qu'il s'est ainsi substitué au recours à la grève en cours de convention collective. Signalons enfin que la Commission consultative sur le travail et la révision du *Code du travail*, qui a conduit une importante consultation dans le monde du travail, a dans son rapport déposé en 1985 fait le constat *qu'il existe un profond consensus au sujet de l'importance de la négociation collective et libre*<sup>30</sup>. Les arbitres de griefs agissent dans ce

---

<sup>25</sup> L'ÉQUIPE SPÉCIALISÉE EN RELATIONS DU TRAVAIL, *Les relations du travail au Canada*, Bureau du Conseil privé, décembre 1968, par. 296-297.

<sup>26</sup> L.R.C. (1985), ch. L-2.

<sup>27</sup> Jacques CHEVALIER, «Droit, ordre, institution», (1989) 10 *Droits*, p. 19. Evelyne Serverin et Antoine Jeammaud parlent quant à eux de *modèle idéal...érigé en référence obligatoire dans une sphère particulière de régulation sociale*...Évelyne SERVERIN et Antoine JEAMMAUD, «Évaluer le droit», (1992) *Recueil Dalloz Sirey*, Chr. LII 263, p. 266.

<sup>28</sup> L.R.Q., 1909, vol. 1 p. 770, Section XIV.

<sup>29</sup> Précité, note 2

<sup>30</sup> COMMISSION CONSULTATIVE SUR LE TRAVAIL ET LA REVISION DU CODE DU TRAVAIL, *Le Travail une responsabilité collective*, Gouvernement du Québec, 1985, p. 177.

contexte de légitimation qui informe leur action et ils sont également des acteurs qui agissent sur le développement de ce processus<sup>31</sup>.

Le processus de légitimation des droits de la personne est plus récent au Québec. Il se développe de manière significative à partir de l'adoption en 1964, par l'Assemblée de l'Organisation internationale du travail (OIT), d'une convention relative à la discrimination dans l'emploi et, par la législature québécoise, de la première loi relative à cette question, la *Loi sur la discrimination dans l'emploi*<sup>32</sup>. La pratique d'introduire des clauses contre la discrimination dans les conventions collectives se développera; la *Charte des droits et libertés de la personne* sera adoptée en 1975. Le seul titre de «*Charte*» pour cette loi est une prise de position rationnelle en valeur de l'État québécois; elle énonce également dans son préambule que ces droits sont considérés comme *le fondement de la justice et de la paix*. En 1977, la législature québécoise confirme et assure la compétence de l'arbitre de griefs d'interpréter et appliquer toute loi lorsque c'est nécessaire pour décider d'un grief; la compétence de l'arbitre de griefs pour interpréter la *Charte des droits et libertés* est donc garantie. Le travail de la Commission des droits de la personne, l'avènement de la *Charte canadienne* et les importantes décisions de la Cour suprême en matière de discrimination dans les années qui suivront poursuivront cet important processus de légitimation largement répandu dans la société québécoise et dans ses relations du travail.

Les légitimités de la convention collective et des droits à l'égalité sont relativement bien établies et reposent entre autres sur des valeurs fondamentales de justice et de paix sociales. La légitimité de la mission de l'arbitre est liée à la convention collective et fondée aussi sur des valeurs d'indépendance, d'expertise en relations du travail permettant une bonne évaluation des faits, de proximité des parties. L'action des arbitres baigne dans ces processus de légitimation sur lesquels elle agit. **Les décisions prises par les arbitres de griefs et leur justification ne**

---

<sup>31</sup> Tout en reconnaissant la réussite de ce processus de légitimation, il faut souligner que ses développements s'accomplissent dans un contexte de luttes sociales et que les acteurs ne manquent pas pour remettre en question la légitimité de l'action syndicale.

<sup>32</sup> L.R.Q. 1964, c. 46.

peuvent donc être vues comme ne reposant que sur une rationalité légale; **elles font également appel** à des rationalités en valeur.

Quant à leur mission en matière de discrimination, les arbitres sont en processus d'établissement de leur légitimité; ils en sont encore là les sujets et les acteurs. Cette légitimité a un solide fondement dans la disposition du *Code du travail*<sup>33</sup> qui leur donne le pouvoir d'interpréter et d'appliquer la *Charte des droits et libertés de la personne*. Le type idéal de l'arbitre de griefs qui semble s'en dégager cherche les meilleurs modes d'intégration des ordres juridiques externes, en l'occurrence des droits à l'égalité énoncés dans la *Charte*, aux ordres juridiques de la convention collective; il a vécu et il vit à ce sujet son propre processus d'apprentissage. Les acteurs syndicaux et patronaux sont également en apprentissage en ce qui a trait à l'intégration du droit à l'égalité de la *Charte* aux relations du travail et les développements de tous ces processus sont, dans une certaine mesure, reliés.

## **B. Processus de légitimation et apprentissage au sens de Luhmann**

Ces dernières considérations nous conduisent à traiter du processus de légitimation. Si la sociologie politique et la sociologie du droit s'intéressent à la légitimité, elles s'intéressent aussi —mais peut-être insuffisamment— aux diverses voies par lesquelles la légitimité se construit, se maintient et se modifie. Parce que la légitimité est de l'ordre de la croyance, on ne peut ignorer les démarches psychologiques et les contextes sociologiques à travers lesquels s'édifie la reconnaissance de la légitimité et se réalise son acceptation effective dans les conduites des individus et dans les structures sociales. Max Weber a ouvert la voie à l'analyse des fondements de la légitimité. Mais certains commentateurs de Weber ont pu regretter qu'il n'ait pas poussé plus avant l'analyse du processus de légitimation. C'est le cas du juriste-sociologue allemand Niklas Luhmann, dans son ouvrage *La légitimation par la procédure*<sup>34</sup>. Dans une note infrapaginale, Luhmann écrivait :

---

33 C.t., art. 100.12, par. a).

34 Ouvrage paru en 1969 et dont nous devons une traduction française à Lukas Sosoe et Stéphane Bouchard (P.U.L. et Cerf, 2001).

*Bien que ce concept (de légitimité rationnelle) soit central dans l'oeuvre de Weber, il est, sociologiquement parlant, le plus faible et il explique encore moins que les concepts de légitimité traditionnelle et charismatique la manière dont une telle croyance peut être produite. D'une manière tout à fait générale, on doit dire que Weber n'a pas suffisamment élaboré son concept de légitimité en regard des processus sociaux qui produisent la légitimité et les conditions sociostructurelles qui la rendent possible.*<sup>35</sup>

Luhmann explique lui-même cette lacune en ajoutant que : «La sociologie et la psychologie sociale de son époque n'offraient à cet égard aucune base suffisante».<sup>36</sup>

C'est dans l'intention de combler, à tout le moins partiellement, cette lacune que Luhmann a entrepris son ouvrage *La légitimation par la procédure*, auquel il donne un double but : mettre en lumière la fonction de la procédure dans la légitimation des tribunaux, des parlements et des administrations publiques; entreprendre en second lieu une critique de la conception classique de la procédure à laquelle il reproche de croire ou de laisser croire que la procédure a vraiment comme but la recherche de la vérité. Il propose de la remplacer par une théorisation plus sociologique et plus critique que normative. Cette théorisation, il la trouve dans le théorème qui veut que la procédure soit analysée en tant que système social, ayant sa fonctionnalité et son autonomie propres. C'est sur cette base que Luhmann s'affiche comme un positiviste du droit.

Nous n'avons pas l'intention de suivre Luhmann sur cette voie. Cela nous mènerait beaucoup trop loin. Nous nous contenterons, pour les fins de notre objet, l'arbitrage de griefs, de recourir à Luhmann, lorsqu'il introduit l'apprentissage dans le processus de légitimation et dans les fondements de la légitimité.

Luhmann aborde le droit sous l'angle des décisions : «Le droit, dit-il, dans son ensemble est le résultat de décisions», ce qui inclut, se hâte-t-il d'ajouter, «la reconnaissance des prémisses des décisions»<sup>37</sup>. Or, toute décision juridique impose un apprentissage de la part des acteurs en cause, parce qu'un acte juridique vient toujours modifier une situation antérieure : il en va ainsi d'une nouvelle loi, d'un nouveau règlement, d'un contrat, d'une décision judiciaire. Et cet

---

35 *Id.*, p. 21, note 5.

36 *Id.*, p. 23.

37 *Id.*, p. 24.

apprentissage se produit tant chez le législateur qui doit lui-même apprendre pour changer la loi que chez les justiciables et les citoyens, tant chez le juge qui opère un changement dans une situation concrète ou dans l'interprétation de la loi que chez les parties impliquées dans un procès et leurs procureurs. Du même coup, cet apprentissage est la voie dynamique par laquelle s'engage le processus d'acceptation des décisions juridiques, judiciaires ou réglementaires et l'acceptation des conséquences contraignantes qui en découleront pour eux-mêmes et pour d'autres.

Luhmann insiste pour dire que «un tel apprentissage ne peut être le seul fait de l'individu ni se produire sans un soutien social... [sans] un climat social qui institutionnalise la reconnaissance de décisions contraignantes comme une évidence»<sup>38</sup>. Empiriquement, le processus d'apprentissage est plus ou moins rapide selon les individus, les groupes, les sociétés; il peut aussi engendrer des comportements variés, allant de l'acceptation de la décision et de ses prémisses à un rejet partiel ou global de la décision et de ses prémisses. La légitimité d'une décision juridique tient donc à l'efficacité du processus d'apprentissage dans le sens d'une reconnaissance de la force contraignante de cette décision et, si possible, de la reconnaissance des prémisses de cette décision.

Soulignons ici au passage que c'est l'accent mis par Luhmann lui-même sur ce qu'il appelle «les prémisses» des décisions juridiques qui compromettent le positivisme radical de Luhmann —ou peut-être celui qu'on lui attribue— parce que ces prémisses, si on en fait l'énumération, nous entraînent rapidement hors du système juridique autoréférentiel, tel que l'entend Luhmann.

L'on peut en effet soutenir que les rationalités en valeur, évoquées plus haut, notamment celles de justice et de paix sociales, tout comme les valeurs d'indépendance de l'arbitre et de sa compétence en matière de relation de travail, appartiennent aux prémisses des décisions des arbitres de griefs. Et cela, d'une manière toute particulière en matière de discrimination. Ces prémisses s'inscrivent dans le «soutien social» et dans le «climat social» qui, selon Luhmann, accompagnent l'apprentissage que font les professionnels du droit et les justiciables, en même

---

38 *Id.*, p. 26.

temps que les acteurs impliqués peuvent contribuer, à travers leur apprentissage, soit à l'évolution, soit au blocage du «climat social».

L'analyse empirique qui suit va nous apporter quelques voies de réflexion pour mieux comprendre et expliquer la conception professionnelle et juridique que les arbitres de grief se font de leur procédé décisionnel, par lesquelles nous pourrons, dans la section III, engager une théorisation fondée sur la conceptualisation wéberienne et luhmanienne.

- II -

## **Les procédés décisionnels des arbitres de griefs**

Cette seconde partie de notre travail consiste maintenant à retourner à notre matériel de recherche, pour en dégager des éléments plus particulièrement pertinents à la problématique des légitimités et des voies de légitimation que l'on peut extraire d'entrevues avec des arbitres de grief.

### **A. La méthodologie de la recherche**

Rappelons que, pour poursuivre plus avant notre compréhension des décisions des arbitres analysées, nous avons voulu interviewer certains arbitres auteurs de ces décisions.

Neuf entretiens ont été réalisés<sup>39</sup> avec des arbitres de griefs en 2001 et 2002<sup>40</sup>. Les arbitres sollicités ont été choisis en fonction de critères susceptibles de refléter la diversité des parcours des arbitres de griefs en ce qui a trait à la formation (l'arbitre est-il avocat ou non?), au milieu d'exercice (arbitre provenant du milieu universitaire ou du milieu professionnel de l'arbitrage), à l'expérience, au nombre de décisions en carrière, au sexe, à la répartition régionale (Montréal ou hors-Montréal) et à la réputation des arbitres (reconnaissance dans le milieu). Il s'agit d'un

---

39 Ces neuf entretiens ont été réalisés par des chercheurs collaborant à la réalisation du projet précité (note 1), soit M. Yvan Perrier, accompagné de Me Marie-Christine Hébert ou de Me Jean Marcel Lapierre.

40 Par souci de confidentialité, les transcriptions des entrevues ont été dépersonnalisées et identifiées par un code, de AG1 à AG9. C'est ce code qui permettra de référer aux différents extraits des entrevues dans les pages qui suivent.

échantillon raisonné, puisque le choix des arbitres sollicités découle de critères pré-identifiés et reliés à la problématique de la recherche. Il ne s'agit pas d'un échantillon statistiquement représentatif, compte tenu du nombre d'entrevues réalisées.

Tous les arbitres de griefs interviewés à une exception près sont venus à la pratique de l'arbitrage par un cheminement dans le domaine des relations du travail ou, au moins, qui comprend un passage substantiel dans ce domaine. Les parcours à l'intérieur de ce domaine sont variés et comprennent entre autres le travail à titre de procureur patronal ou syndical, d'arbitre patronal, de conseiller syndical ou d'enseignant universitaire. Un seul des répondants n'est pas avocat, ce qui constitue une proportion moins grande que celle qui existe dans le groupe complet des arbitres de griefs au Québec<sup>41</sup>. Deux des arbitres interviewés sont des professeurs d'université dans un domaine relatif au travail. L'un d'eux souligne qu'il est d'abord un universitaire et que l'arbitrage lui permet entre autres choses de pratiquer ce qu'il enseigne.

Si la cause principale de la pratique de l'arbitrage est pour certains leur enseignement universitaire (ce qui n'écarte pas qu'un intérêt poussé était présent), pour trois des interviewés<sup>42</sup>, cette cause semble être un concours de circonstances et le besoin impérieux d'arbitres qui s'est manifesté à une certaine période. Pour d'autres toutefois, leurs réponses révèlent la naissance à un moment de leur évolution d'une motivation profonde sinon d'une passion<sup>43</sup>.

La grille d'entrevue semi-dirigée, qui a été envoyée au préalable aux personnes interviewées, portait d'abord sur le cheminement professionnel les ayant conduits à l'arbitrage, puis sur trois thèmes : leur expérience en matière de discrimination; la pertinence de la *Charte* et de la

---

41 67,9% des candidatures à la fonction d'arbitre de griefs pour la période de 1970 à 1994 proviennent de juristes (Rodrigue BLOUIN, *La juridiciarisation de l'arbitrage de grief*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 299). Par ailleurs, nous avons noté que 81 des 109 arbitres apparaissant sur la liste annotée des arbitres de griefs en vigueur du 1<sup>e</sup> juillet 2001 au 30 juin 2002 sont des juristes. (*Liste annotée d'arbitres de griefs en vigueur du 1<sup>e</sup> juillet 2001 au 30 juin 2002*, présentée par le Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre (CCTM), Montréal.) Précisons qu'il n'est pas nécessaire d'apparaître sur cette liste pour être nommé arbitre de griefs. Les arbitres sont choisis par l'association accréditée et l'employeur, par entente ou par un processus défini dans la convention collective. À défaut d'accord, le Ministre du travail nommera un arbitre choisi sur la liste annotée (C.t., art. 100, al. 1 et 2).

42 Les entrevues AG1, AG4 et AG8.

43 AG2 et AG7

convention collective; la compétence juridictionnelle. Les questions se rattachant à chaque thème sont reproduites dans l'encadré suivant.

**Question introductive**

\* Comment en êtes-vous venu à l'arbitrage?

**1. Premier thème - Expérience en matière de discrimination**

- 1.1 Avez-vous l'impression que la question de la discrimination est plus importante qu'avant dans les milieux de travail?
- 1.2 Selon vous, le traitement d'une question de discrimination implique-t-il une plus grande judiciarisation du processus arbitral?

**2. Deuxième thème - La pertinence de la Charte**

- 2.1 Dans les rapports collectifs du travail, le meilleur moyen de promouvoir le droit à l'égalité passe-t-il par la négociation collective ou par la référence à la Charte?
- 2.2 Lorsque vous devez traiter d'une question de discrimination, les décisions des tribunaux de droit commun sont-elles une source utile de référence?

**3. Troisième thème - Compétence juridictionnelle**

- 3.1 Appliqueriez-vous les dispositions de la Charte à une question de discrimination que vous avez à trancher si les parties n'ont pas soulevé un argument fondé sur la Charte?
- 3.2 En prenant pour acquis que la compétence vous est reconnue, auriez-vous des réticences à imposer des dommages moraux et exemplaires (punitifs) à un employeur qui a fait preuve de discrimination ?

**B. Les logiques identifiées**

Les entrevues présentent, à certains égards, une remarquable homogénéité. En réponse à la question 2.1, la presque totalité des répondants (huit sur neuf) jugent que la *Charte* et la convention collective sont des moyens importants de promouvoir le droit à l'égalité. À la question 2.2, les mêmes arbitres reconnaissent l'utilité des décisions émanant des tribunaux de droit commun en mettant nettement l'accent sur les décisions de la Cour suprême du Canada. Sur ces deux questions, un seul arbitre se distingue: l'approche individualiste de la *Charte* lui apparaît en opposition avec la négociation collective et menaçante pour les rapports collectifs; il exprime aussi des réticences à référer aux décisions des tribunaux de droit commun.

La légitimité de la *Charte* ne semble donc pas mise en cause par la grande majorité des arbitres de griefs. Des différences sont toutefois perceptibles quant à la manière dont les préoccupations relatives à la *Charte* pénètrent la pratique de l'arbitrage de griefs. Et ce sont ces différences qui sont significatives et que nous voulons analyser. Nous avons en effet pu observer que, des réponses aux différentes questions posées aux arbitres se dégagent ce que nous avons appelé trois logiques qui guident le travail de combinaison des sources qui s'opère au sein de la jurisprudence

arbitrale. En identifiant et explicitant chacune de ces logiques, nous croyons pouvoir retracer comment les arbitres de griefs perçoivent les fondements de leur travail, le sens de leur intervention, l'usage qu'ils font des sources et les types d'apprentissage du travail d'arbitre auxquels ces logiques nous paraissent correspondre.

**Ces trois logiques doivent être considérées comme des types idéaux, selon la méthodologie wébérienne. Ces types idéaux ne se retrouvent pas tels quels dans la réalité à l'état pur; ils coexistent, chez la plupart des arbitres interviewés, dans des combinaisons diverses.**

### *1. Une logique relationnelle*

Pour la grande majorité des arbitres, le recours à la *Charte*, en dépit de son statut hiérarchique fondamental, doit passer par les parties à la convention collective. La *Charte* sera utilisée par l'arbitre si, implicitement ou explicitement, les parties y consentent. Elle ne s'applique pas exclusivement en fonction de son statut hiérarchique dans l'ordre juridique étatique mais bien aussi en fonction de son acceptabilité pour les parties, lorsqu'elle est plaidée ou lorsqu'on y trouve des références dans la convention collective. Cette logique forte ressort des réponses à plusieurs questions différentes des entrevues.

Les réponses à la question 2.1 qui portait sur le meilleur moyen de promouvoir l'égalité dans les milieux de travail (la *Charte*, la convention collective ou les deux) sont des plus significatives à cet égard. Ainsi, un arbitre note qu'il est plus facile de travailler dans un cas où une convention collective reprend le texte de la *Charte* : non seulement parce que cela démontre que les parties sont habituées de travailler avec la *Charte*, mais aussi parce que cela indique à l'arbitre que les parties sont d'accord avec l'application de la *Charte* : «Déterminez clairement ce que vous voulez, comment vous voulez encadrer ça, de manière à ce que l'on sache à quoi s'en tenir pour ne pas faire d'importation induite» (AG2). Ce même arbitre se sentira par ailleurs à l'aise de soulever la *Charte* même si elle ne lui a pas été plaidée dans le grief (question 3.1) pourvu que la convention collective comporte une clause de cette nature, témoignant du fait que les parties consentent en quelque sorte à l'application de la règle.

Ce même respect de ce que souhaitent ou acceptent les parties prévaut en ce qui concerne l'usage que fait l'arbitre de la jurisprudence des tribunaux de droit commun et du Tribunal des droits de la personne. Cela ressort des réponses à la question 2.2. Un arbitre qui démontre par ailleurs une pleine reconnaissance de la légitimité de la *Charte*, s'exprime ainsi :

*[...] c'est sûr que les jugements de madame Rivet [la présidente du Tribunal des droits de la personne], je les lis de A à Z, mais ça ne nous était pas invoqué dans le passé et pour un arbitre, bon on va faire une certaine recherche parce qu'on veut pas se mettre les pieds dans les plats puis on veut voir où on se situe mais je veux dire il y a quand même des limites. Alors quand ça vous est plaidé sur le bout des lèvres [...] il y a des limites à ce qu'on va faire comme recherche. (AG7)*

Cette logique ressort également des réponses d'arbitres à qui il était demandé (question 3.1) s'ils se sentiraient à l'aise pour soulever d'office l'application de la *Charte* lorsqu'elle n'est pas plaidée par les parties. Il ressort des entrevues que plusieurs seraient très prudents dans un tel contexte ou ne le feraient pas, par égard pour le choix des parties. Le même arbitre ajoute :

*Non je ne le ferais pas. C'est possible que je demande au procureur dans le corridor, comment ça se fait que vous n'abordez pas ça, tout ça. Mais c'est la même retenue judiciaire que j'ai par rapport à d'autres éléments et ça n'a rien à voir finalement avec la discrimination. C'est parce que les parties sont maîtres de présenter leur dossier comme elles l'entendent à l'arbitre. On est bien conscient qu'on voit la pointe de l'iceberg des problèmes qui nous sont soumis et c'est le choix des parties, c'est l'entente. Elles vont revivre ensemble après, alors des fois, comme tiers intervenant on veut pas détériorer la situation davantage. Alors c'est un peu cette philosophie-là qui fait que ce soient des questions de discrimination ou des questions autres en matière de travail, on a un aspect de retenue (AG7).*

Cet arbitre n'est pas le seul à manifester que cette retenue prévaut, que le problème soulevé fasse référence à la *Charte* ou à toute autre loi. Un autre arbitre ajoute :

*C'est le devoir des procureurs que de soulever leurs arguments et je n'interviendrai pas. [...] À moins, évidemment, qu'il m'apparaisse évident qu'on a oublié un aspect de la Charte puis ça ne pourrait se produire que s'il y a eu collusion entre les deux procureurs et que ça m'apparaisse évident. Là je pourrai peut-être y aller... peut-être les amener à s'expliquer pourquoi ils ont omis de soulever ça ou de se défendre là-dessus, mais il faut que ce soit évident. (AG8)*

Un autre arbitre dit conduire les auditions en étant le plus possible à la remorque des procureurs. Si l'oubli est manifeste, il aurait tendance «à suspendre l'audition, à amener mes procureurs dans

le corridor pour voir l'impact parce que lancer la chose, ils en ont peut-être discuté et ils ont peut-être choisi tous les deux de ne pas en parler » (AG2).

Plusieurs disent ne pas avoir d'objection à convoquer de nouveau les parties au besoin si, au délibéré, ils constatent qu'une question importante n'a pas été abordée. Toutefois, la plupart n'ont jamais eu à le faire. Un des arbitres raconte qu'au sujet d'une obligation d'accommodement, il s'est posé sérieusement la question. Il siégeait avec des assesseurs et après les avoir consultés, il a jugé qu'il n'avait pas besoin de preuve complémentaire. Au sujet de l'initiative qu'il aurait pu prendre de reconvoquer les parties, il ajoute :

*Dans une situation où tu es nommé par les parties, tu es contrôlé par les parties et, disons-le tu es payé par les parties, c'est moins confortable que si tu es le Tribunal des droits de la personne et ça c'est une réalité de l'arbitrage. (AG9)*

Le même type de logique relationnelle se manifeste dans les réponses à la question 3.2 relative à l'imposition, comme le prévoit l'article 49 de la *Charte*, de dommages punitifs ou de dommages moraux à un employeur qui fait preuve de discrimination.

La plupart des arbitres justifient l'octroi des dommages par leur caractère compensatoire, ce qui d'emblée pose problème dans le cas des dommages punitifs. Plusieurs arbitres affirment avoir des réticences à imposer ce type de dommages. Si certains estiment ne pas avoir compétence pour en attribuer, d'autres soulèvent plutôt la compatibilité de ces dommages avec la mission de la juridiction arbitrale :

*On n'est pas dans la même position que le Tribunal des droits de la personne, eux autres c'est des juges nommés à vie, ils ont une sécurité. Nous autres on est nommé par les parties alors on a pas un aspect punitif des parties, on vient les aider à solutionner un problème et non à leur taper dessus. Alors, je ne suis pas sûr que l'octroi de dommages exemplaires est la solution appropriée. (AG7)*

Le même arbitre dénonce la retenue que démontre le Tribunal des droits de la personne dans l'octroi de ces dommages, si on considère les montants consentis, précisant que c'est à lui de tracer le chemin en cette matière. Un autre arbitre invoque la continuité de la relation des parties: «...dans le domaine des relations de travail où la relation est continue, avant d'ordonner des dommages punitifs...et non pas compensatoires, c'est une autre question. C'est un contexte qui

s'y prête moins facilement que dans d'autres contextes où la punition est peut-être plus de mise » (AG9).

Un autre arbitre explique enfin que ces dommages sont rarement demandés ou octroyés tout simplement parce que les conditions requises pour les attribuer sont rarement réunies en milieu syndiqué. En milieu syndiqué, il est rare que l'employeur puisse manifester une mauvaise foi constitutive d'un dommage punitif, considérant la force de frappe syndicale. Le rapport de force a, pour cet arbitre, un effet préventif. Il élimine à la source les problèmes de discrimination qui autrement pourraient se développer et fournit le cadre institutionnel requis pour traiter de ceux qui se manifestent : «...la force de frappe ou la capacité de résistance d'un syndicat fait en sorte que [...] c'est rare [...] qu'on puisse faire la preuve qu'un employeur a délibérément contrevenu à la loi par malice ou par une négligence grossière sur une question importante.» (AG5). Le même arbitre ajoute :

*[...] en droit du travail, il y a deux interlocuteurs qui sont institutionnels, donc c'est pas un individu contre un autre. [...] il y a une institution en arrière qui n'est pas intéressée à des dérapages individuels et il y a une contrepartie très puissante de l'autre côté qui est pas intéressée. Alors il y a des débats puis il y a un prix énorme à payer pour une entreprise qui a agi de mauvaise foi clairement.» (AG5)*

Des réserves ont aussi été exprimées par les arbitres quant à l'attribution de dommages moraux . Même si leur caractère compensatoire ne fait pas de doute, plusieurs arbitres avouent n'avoir pas eu souvent l'occasion d'en imposer. Soit que les parties n'en demandent pas parce qu'il s'agit d'une question marginale par rapport aux enjeux d'un grief, soit encore que les arbitres n'ont pas à intervenir pour déterminer le quantum de l'indemnité. Par ailleurs, certains semblent apprécier l'opportunité d'octroyer des dommages moraux ou encore leur montant en tenant compte de facteurs qui ne tiennent pas, au sens strict, à l'étendue du préjudice subi par le salarié. Ainsi, seront pris en compte le contexte des relations du travail, la proximité des parties, les éléments qui proviennent du milieu de travail, la situation financière de l'entreprise ou l'effet que peut avoir l'attribution de ces dommages ou leur montant sur la qualité des relations continues entre les parties.

Bref, la logique relationnelle est celle qui ressort le plus nettement des entrevues, dans les réponses à plusieurs questions. L'arbitre conçoit la nature de son intervention, sa compétence, ses pouvoirs, ainsi que les effets de sa décision sous l'angle de l'insertion **dans un ensemble complexe de relations vivantes et diverses**. Nous avons en réalité pu distinguer deux sous-types de logique relationnelle. L'arbitre se perçoit, à certains moments, comme l'interprète de la volonté des parties. Il est donc à l'écoute de leurs attentes, tant en ce qu'elles ont souhaité établir dans la convention collective que quant à la manière dont elles se conduisent devant lui (arguments présentés, remèdes demandés). C'est ce que nous pourrions appeler la *logique relationnelle conventionnelle*. Par ailleurs, l'arbitre existe parce qu'on lui reconnaît une expertise propre, qui va bien au-delà de sa capacité de traduire la volonté des parties. Il s'agit de l'expertise qu'il détient à l'égard des milieux de travail, à cause des rapports de proximité qui l'unissent au monde du travail. Cette proximité se manifeste principalement par l'analyse que font plusieurs arbitres de l'opportunité de leurs interventions dans des relations du travail caractérisées par la continuité des rapports entre les parties. Cette lecture du contexte spécifique des rapports du travail, au-delà même de ce qui est exprimé par les parties, les conduit à introduire une seconde logique relationnelle : nous la qualifierons de *logique relationnelle juridictionnelle*.

## **2. Une logique de la situation**

L'idée que les arbitres raisonnent en fonction de la logique propre à une situation donnée par opposition aux lois «externes» est aussi présente dans les entrevues. Ces arbitres attirent l'attention sur ce que véhiculent de systématisation complexe (textes de loi, dépôt de décisions des tribunaux de droit commun, courants jurisprudentiels) les questions de discrimination et d'autres questions d'application de règles externes. La «logique de la règle» se trouve alors opposée à la «logique de la situation», pour reprendre les termes employés par l'un d'eux (AG1), chaque fois que la résolution du grief impose l'application d'une loi. Pour ces arbitres, la combinaison des sources internes et externes n'est pas impossible, **elle peut même être jugée nécessaire**, mais elle peut conduire à «donner une interprétation la plus restrictive possible pratiquement au texte conventionnel» (AG1).

C'est ce recours à des règles externes, bien plus qu'à la *Charte* en tant que telle, qui change le mode de fonctionnement de l'arbitre de griefs. Ainsi, un arbitre fait une distinction entre les griefs qui portent sur la discrimination ou sur la protection des renseignements personnels, qui réfèrent à la loi, et les griefs qui portent sur une mesure disciplinaire ou sur une réclamation de temps supplémentaire, dans lesquels on réfère à une situation, ajoutant que ce ne sont pas «des éléments de comparaison valables parce qu'on n'a pas les mêmes bases de vérification» (AG6). Un autre arbitre ajoute :

*Le fait de dire écoutez, c'est la règle, il faut appliquer la règle, voilà dans quel sens il faut l'entendre, plutôt que...[...] Il y a une vingtaine d'années [...] je me demande si on ne faisait pas plus appel à la logique de la situation comme telle pour essayer de régler les problèmes, alors que maintenant l'arbitre a vraiment peu de place à... je dirais quasiment à manoeuvrer. Il est pris dans deux courants, on lui impose quasiment une façon de raisonner qui est souvent d'ordre juridique. (AG1)*

Pour ces arbitres, les fondements d'une décision sont dans le milieu de travail; le recours aux sources externes, qu'il s'agisse de la *Charte* ou de la jurisprudence des tribunaux de droit commun, semble intervenir davantage pour conforter, valider une décision dont les ressorts se trouvent dans le milieu lui-même. La décision fondée d'abord sur une justification interne issue du milieu est ensuite confortée par une justification externe (le rapport aux règles). Cette justification externe est un travail différent, «qui implique des heures et des heures de travail, soit pour adhérer au courant jurisprudentiel, soit pour s'en écarter en disant qu'il y a des différences. Donc les choses se compliquent.» (AG8). Un autre ajoute: «...pour essayer de gagner des causes, on va s'en référer beaucoup aux Chartes pour essayer de porter le débat sur un autre terrain, ce qui évite souvent d'aller au fond des choses» (AG1)

### ***3. Une logique de la règle législative***

Les deux premières logiques permettent de comprendre comment les arbitres conçoivent l'articulation entre le droit étatique, qu'il s'agisse de la *Charte* ou d'une autre loi, et le droit collectif autonome. Une troisième logique — qui peut être complémentaire aux deux premières— conduit certains arbitres à reconnaître à la *Charte* une autorité particulière par rapport aux autres sources du droit étatique et par rapport à la convention collective elle-même.

Ces arbitres semblent défendre une vision plus hiérarchique de la *Charte*, vision que nous retrouverons probablement dans les entrevues avec les membres du Tribunal des droits de la personne, dans une phase ultérieure de notre recherche. Ils prennent en compte le statut prééminent de la *Charte* pour en justifier l'utilisation dans la jurisprudence arbitrale. Ainsi, à la question de savoir s'il appliquerait la *Charte* alors que les parties ne l'ont pas soulevée, un arbitre répond :

*«Absolument, absolument. Comme n'importe quelle loi. Sauf que si c'est une loi que je ne connais pas [...], je ne ferai pas exprès pour fouiller relativement à une loi ordinaire, que les parties n'ont pas regardée et qui ne m'apparaît pas une loi d'ordre public. Mais une loi d'ordre public importante —Charte, droit constitutionnel [...] droit de santé et sécurité, lois des normes— s'ils ne la plaident pas et que [...] la loi est d'ordre public et connue, [...] assurément (AG#5).*

Un autre arbitre répond dans le même sens :

*«Ah oui. C'est certain. Si des faits me démontrent qu'il y a une question de discrimination, qu'on le soulève ou pas, à mon avis ça fait partie du devoir de n'importe quel adjudicateur» (AG#4).*

Les réponses à une autre question —le meilleur moyen de promouvoir le droit à l'égalité (la *Charte*, la convention ou les deux?)— apportent d'autres illustrations de cette logique. Un arbitre affirme ainsi :

*«la Charte est incluse, qu'on le veuille ou non, dans les conventions collectives. Même si elle ne l'est pas nommément, elle l'est de façon juridique. Alors si une disposition d'une convention collective contrevient à la Charte, la disposition est nulle. [...] Une Charte [...], c'est une loi qui prime sur les autres lois. Puis tout le monde est présumé la connaître, la Charte. [Q]ue les dispositions soient incluses dans la convention collective ou pas, [elles] y sont par force de loi alors moi ça ne me dérange pas parce que je vais l'appliquer, la Charte [...] Souvent, c'est reproduit dans certaines conventions collectives. Mais que ça y soit ou pas, en fait, qu'on le veuille ou pas, pour moi ça ne me dérange pas.» (AG#4).*

Un autre arbitre, estimant que «la question de la discrimination, la première des choses, c'est une matière qui est d'ordre public qui, avant d'être encadrée par la convention collective, est encadrée par la *Charte*» (AG#9) traduit aussi cette idée.

Tout en étant conscients du statut prééminent de la *Charte* dans l'ordre juridique, ces arbitres mettent en évidence la nécessaire complémentarité de la *Charte* et des rapports collectifs du travail pour assurer l'atteinte des objectifs de la *Charte* dans les milieux de travail :

*«Seulement la Charte, à mon avis, c'est pas assez fort parce que lorsqu'une personne est victime de discrimination, si elle n'est pas aidée par une structure portante, efficace, experte, alors la négociation collective implique les syndicats très puissants [...] en équilibre relatif ou en rapport de force avec l'employeur [...] capable de soutenir les recours judiciaires [...]. Seulement la négociation collective sans la Charte est beaucoup plus difficile, mais la Charte dans la négociation collective, [...] je pense pas que ça puisse avoir [...] autant d'impact.» (AG#5)*

Pour ces arbitres, la mise en oeuvre de la *Charte* dans les milieux de travail n'est pas garantie simplement par la reconnaissance de son statut prééminent dans l'ordre juridique. Elle doit reposer sur une prise en charge au sein de l'entreprise, être relayée par les acteurs et institutions proches des milieux de travail. C'est dans ce cadre qu'ils conçoivent leur rôle ainsi que celui des parties des rapports collectifs du travail en ce qui concerne la discrimination dans le domaine du travail. Sur cet aspect précis relié à la mise en oeuvre de la *Charte* dans les milieux de travail, on peut penser que des variations existeront entre la logique de la règle législative exprimée par les arbitres et celle qui se dégagera des entretiens avec les membres du Tribunal des droits de la personne.

- III -

### **Éléments de théorisation du statut et de la démarche décisionnelle de l'arbitrage**

Les entrevues illustrent par quelles logiques les arbitres de griefs combinent le droit interne (celui émanant des parties, de la convention collective) et le droit externe (celui qui découle de la loi ou des juges) lorsqu'ils doivent disposer d'un grief soulevant un problème de discrimination dans le domaine de l'emploi. Les deux premières logiques que nous avons pu détecter —la logique relationnelle et la logique de la situation— s'appliquent à l'égard de la *Charte* comme de toute autre loi dite «externe». Seule la dernière logique —la logique de la règle législative— tient compte de la spécificité de la *Charte* dans l'ensemble juridique.

De cette coexistence des logiques se dégage un premier constat : on ne peut comprendre comment les arbitres de griefs intègrent les préoccupations relatives à la *Charte* dans leurs décisions uniquement en tenant compte de leur perception de la *Charte*. C'est plutôt leur manière de concevoir leur propre rôle, la spécificité de la mission arbitrale et l'autonomie dont ils disposent dans l'ordre juridique qui détermine les modes d'insertion de la *Charte* dans le raisonnement des arbitres de griefs. Au-delà de la légitimité de la *Charte*, ce sont les principes constitutifs de la légitimité de l'institution arbitrale qui expliquent la manière dont la *Charte* sera intégrée dans les sentences arbitrales. Il est donc nécessaire de relier les logiques mises en œuvre dans des situations particulières (le traitement des griefs soulevant un problème de discrimination) aux légitimités, c'est-à-dire aux valeurs et principes qui fondent l'existence de l'institution arbitrale, ainsi que le propose le tableau suivant :

**Logiques de la pratique arbitrale en matière de  
discrimination dans le domaine de l'emploi**

	<b>Légitimités</b>
<b>Relationnelle conventionnelle</b> : l'arbitre est l'interprète de la volonté des <b>parties</b> telle qu'elle s'exprime dans la convention collective.	Légitimité de la convention collective
<b>Relationnelle juridictionnelle</b> : l'arbitre est sensible aux effets de son intervention – qu'il s'agisse de la conduite de l'audition ou des remèdes qu'il pourrait imposer– sur les rapports continus entre les <b>parties</b> . Il a sa propre lecture du contexte des relations du travail, reliée à son expertise particulière, à son rapport de proximité avec les <b>milieux</b> de travail.	Légitimité de la mission propre de l'arbitre
<b>De la situation</b> : l'arbitre raisonne en fonction de la logique propre à une situation donnée, aux caractéristiques d'une situation précise, <b>prioritairement</b> aux lois «externes». Ici aussi, l'arbitre fait valoir l'expertise que lui confère sa connaissance des <b>milieux</b> de travail pour traiter des problèmes particuliers qui en émergent.	
<b>De la règle législative</b> : l'arbitre est sensible à l' <b>environnement juridique</b> de la convention collective et aux rapports entre la convention collective et les règles législatives.	Légitimité de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i>

Ces premiers résultats suggèrent que l'hypothèse simple que nous avons formulée en introduction ne se confirme pas. Ce n'est pas par un déficit de légitimité de la *Charte* que l'on peut comprendre son insertion graduelle —trop lente, diront certains— dans le raisonnement des arbitres de griefs. C'est bien plutôt parce que la *Charte*, même perçue comme étant légitime, coexiste avec d'autres sources tout aussi légitimes aux yeux des arbitres. L'hypothèse complexe que nous avons formulée en introduction semble avoir une portée explicative plus intéressante. Son examen exige cependant que nous dépassions la seule analyse du contenu des entrevues.

Dans une perspective wébérienne, les logiques qui se dégagent des entrevues réalisées avec les arbitres s'appuient en effet sur des types de légitimités dont l'émergence est reliée à l'histoire de la régulation des rapports collectifs de travail. Pour comprendre le travail arbitral dans la situation particulière que nous avons étudiée, il faut donc retracer les fondements historiques des légitimités sur lesquelles les arbitres se fondent.

**Dans cette perspective historique, nous verrons que** ces trois logiques peuvent aussi être interprétées comme trois types d'apprentissage fait par les arbitres et les procureurs du poids et de la place des droits de la personne, c'est-à-dire concrètement des Chartes, dans leur démarche décisionnelle. Ces types différents d'apprentissage peuvent se retrouver à la fois dans le procès de légitimation progressive du statut d'arbitre et dans le procès de légitimation des arbitres quand ils en sont venus à traiter des griefs de discrimination. Car une double évolution se superpose l'une à l'autre : l'évolution de la légitimité de l'arbitre de griefs dans le monde judiciaire **et dans celui des relations de travail au Québec**; l'évolution de la légitimité de l'arbitre de griefs lorsqu'il est amené à traiter des cas de discrimination. Voyons les successivement.

#### **A. La légitimation du tribunal d'arbitrage**

La fonction d'arbitre en est une que des hommes et des femmes exercent lorsqu'ils sont invités à le faire. Il s'agit donc d'une sorte de quasi-profession, c'est-à-dire d'une profession incomplète, qui a eu besoin et qui a sans cesse besoin de légitimer son autorité.

Cette légitimité a cependant acquis une certaine stabilité. Elle prend en effet appui sur le fait que la fonction d'arbitre est exercée au Québec et au Canada depuis plus d'un demi-siècle et qu'après une période où elle s'exerça d'une manière informelle elle fut officiellement reconnue par le droit étatique canadien et québécois. **Cette reconnaissance par l'État québécois a pris à l'époque appui sur des «rationalités en valeur» ou des «valeurs fondamentales» que nous avons évoquées plus haut, notamment celles de justice et de justice sociale. Du fait de son évolution du privé vers le public, par suite de l'intervention législative, la fonction d'arbitre de griefs s'est acquise par là même une légitimité qui repose sur la rationalité légale. Mais on doit encore ajouter que la légitimité de l'arbitre de griefs se renforce également par**

**l'apport d'un fondement traditionnel ancien et renouvelé, toujours actif.** Dans un commentaire sur *Économie et société* de Weber, Talcott Parsons rappelle comment il existe, selon Max Weber, une tendance de l'autorité rationnelle légale à se faire reconnaître et accepter sur le mode traditionnel qui est plus «stable» que l'autorité rationnelle-légale<sup>44</sup>. C'est, nous semble-t-il, ce que l'on peut observer dans l'évolution de la légitimation de la fonction d'arbitre de griefs au cours des décennies.

En effet, l'arbitre n'est plus le juge privé qu'il fut autrefois. Sa reconnaissance progressive du statut d'arbitre de griefs par le législateur, dans le droit du travail, a transformé l'arbitrage en un processus de décision obligatoire et l'a doté de tous les attributs de la contrainte étatique. On assiste ici à un processus graduel de juridiciarisation, où la position de l'arbitre devient de plus en plus sujette aux pressions de son environnement juridique. Ce processus culmine avec l'irruption toujours plus prégnante des Chartes dans la démarche arbitrale.

La juridiciarisation du statut de l'arbitre, gage d'un renforcement de sa position, de ses décisions et de tout le système de la négociation collective, engendre du même coup un conflit potentiel permanent de légitimités : légitimité traditionnelle de l'arbitre issue de son ancien statut privé; légitimité rationnelle légale née du droit étatique. En même temps, l'arbitre est au premier chef préoccupé par la légitimité et la légitimation de l'institution arbitrale. Dans ce contexte qui s'avère assez complexe, les tribunaux d'arbitrage font face à un dilemme central : leur légitimité rationnelle légale comme tribunal spécialisé dépend d'une ouverture continue au processus d'apprentissage qui leur est imposé par l'environnement juridique, qui a été de plus en plus présent et exigeant pour les procureurs et les arbitres; par ailleurs, ce processus d'apprentissage est en quelque sorte infléchi pour correspondre au fondement historique de la légitimité traditionnelle de l'institution, c'est-à-dire aux attentes des parties et aux conditions et exigences du milieu de travail. Pour assurer cette double légitimité, un procès d'apprentissage a été engagé et se poursuit, tant chez les arbitres que les parties à l'arbitrage, procureurs et travailleurs, pour

---

44 Talcott PARSONS, *Introduction à Max Weber : The Theory of Social and Economic Organization*, traduction de A.M. Henderson et Talcott Parsons, The Free Press of Glencoe, Collier-Macmillan Limited, London, (1947) 1964, p. 68.

concilier les exigences d'un droit «interne» au milieu, par la convention collective, et d'un droit «externe», **notamment** par les Chartes.

## **B. La légitimation de l'arbitre dans les cas de discrimination**

Ce dilemme n'est pas simple. Il s'est radicalisé encore davantage depuis qu'au cours des dernières années, une nouvelle catégorie de griefs se sont présentés devant les tribunaux d'arbitrage, des griefs ayant comme motif différentes formes de discrimination et de harcèlement. Dans l'ensemble des griefs plaidés devant les arbitres, cette nouvelle catégorie ne représente qu'une minorité. Ce sont ces griefs touchant la discrimination dont nous avons analysé les décisions et ce sont les arbitres ayant eu à traiter ces griefs que nous avons interviewés.

Pénétrant dans ce nouveau champ juridictionnel, les arbitres avaient à faire reconnaître leur légitimité, qui leur était moins assurée par l'autorité à la fois traditionnelle et rationnelle-légale auparavant acquise. Il en allait de même des procureurs appelés à plaider ces griefs. Le besoin d'assurer cette légitimité **s'est doublé, à partir des années 1990**, dans ce champ de la discrimination, **du fait que** le tribunal d'arbitrage se voit mis en concurrence avec le Tribunal des droits de la personne dont c'est aussi la juridiction. Ce tribunal est présidé par un membre de la magistrature. L'arbitre n'est pas reconnu comme un magistrat et n'occupe pas nécessairement sa fonction de manière exclusive et continue.

Ne pouvant dans ce nouveau champ fonder son autorité sur une légitimité traditionnelle, l'arbitre devait donc revenir à une légitimité rationnelle-légale plus accentuée. Une analyse plus sociologique que strictement juridique de l'introduction progressive de la *Charte des droits et libertés de la personne* dans les dossiers de discrimination montre que cette évolution a servi à compenser l'absence de légitimité traditionnelle dans ce domaine par une légitimité rationnelle-légale accentuée. Le recours accru à la *Charte* contribue à cette évolution, **d'autant que les Chartes se font l'expression juridique de «rationalités en valeurs»**. De surcroît, en invoquant les Chartes, procureurs et arbitres doivent prendre connaissance des interprétations que lui ont apportées les tribunaux. Selon le témoignage à peu près unanime des arbitres interviewés, l'étude des dossiers de discrimination a entraîné une juridicisation croissante dans le processus

arbitral. Arbitres et procureurs sont appelés à lire beaucoup plus de jurisprudence qu'auparavant. Un important processus d'adaptation, et par conséquent d'apprentissage, selon Luhmann, est ainsi engagé tant chez les procureurs que les arbitres, qui s'inscrit dans le processus de légitimation de l'autorité de l'arbitre de griefs en matière de discrimination.

Si l'on revient à Luhmann, on peut encore ajouter que l'introduction des *Chartes* dans la procédure des tribunaux d'arbitrage n'a pas comme fonction que la recherche de la vérité, **ni la seule invocation des rationalités en valeur**, mais elle a **aussi** comme fonction de contribuer à l'apprentissage par la partie perdante des conséquences pour elle de la décision de l'arbitre, un apprentissage menant à la reconnaissance et à l'acceptation de ces conséquences dans leur conduite. Luhmann insiste en effet sur cette fonction de la procédure judiciaire de faire accepter une décision défavorable. L'arbitre, comme le dit le tableau des logiques<sup>45</sup>, a un «rapport de proximité avec les milieux de travail». Il doit savoir utiliser ce rapport dans la marche de l'arbitrage et dans sa décision. Et il veut aussi garantir ce rapport de proximité avec les milieux de travail, dans son intérêt personnel : **il peut espérer** être encore choisi comme arbitre dans d'autres causes dans l'avenir. L'arbitre peut donc être particulièrement sensible à la frustration de la partie perdante, et à ses conséquences. L'accentuation de la juridicisation des procédures et de la décision peut contribuer à l'apparence d'objectivité et d'impartialité de l'arbitre. C'est ainsi que, paradoxalement, la juridicisation peut sauver la proximité de l'arbitre avec les milieux de travail. Elle vient de ce fait répondre au besoin de construction et de stabilisation de la légitimité du tribunal d'arbitrage et confirmer la validité contraignante de ses décisions, dans un champ relativement nouveau d'intervention, celui de la discrimination.

Nous pourrions ainsi faire une autre hypothèse, à savoir que l'apprentissage du recours à la *Charte* a apporté à la délibération et à la décision du tribunal d'arbitrage une dimension d'universalité qui rehausse le particularisme qui domine la prise de décision d'un tel tribunal. Le langage de la *Charte* est un langage qui fait référence à des valeurs que l'on croit ou que l'on veut croire universelles. La fonction de l'arbitre connaît de ce fait un élargissement, une

---

45 *Supra*, p. 15.

expansion à la fois juridique et morale, et par conséquent de nouveaux fondements de légitimité. Les *Chartes* ont juridicisé des valeurs morales et elles ont acquis chez les juristes notamment une position dominante dans la hiérarchie juridique canadienne et québécoise. La juridicisation des procédures arbitrales dans les dossiers de discrimination donne donc un coup de balancier du côté de la légitimité rationnelle légale, en attendant qu'elle se traditionnalise éventuellement à son tour.

L'évolution à venir se dessine peut-être à travers l'évolution des trois logiques que nous avons identifiées, et leur apprentissage par les arbitres et les procureurs. Pour l'heure, nous l'avons vu, les arbitres sont **presque tous** inspirés dans leur démarche décisionnelle par la logique relationnelle. **C'est celle qui s'appuie prioritairement sur la convention collective et tient compte des attentes des parties et de la continuité des rapports entre elles.**

Mais on observe aussi chez les arbitres le retrait sur une logique de la situation, c'est-à-dire une légitimation purement «interne» au milieu de travail et au statut qu'y occupe l'arbitre. Les sources de la décision se trouvent alors dans le milieu de travail; le recours au droit (la Charte, la jurisprudence), comme «source externe», **peut se limiter** à renforcer la décision. On peut dire, dans ce cas, que le travail d'apprentissage de la règle externe est infléchi : il sert essentiellement la justification de la décision. Il arrive enfin, peut-être occasionnellement ou minoritairement, que l'arbitre **soit à ce point inspiré par la logique de la règle législative qu'il fait du statut prééminent de la Charte la prémisses de sa décision. Dans les trois logiques, la Charte est prise en compte, mais de manière différente.**

L'on peut présumer que ces trois logiques **coexistent et représentent diverses voies empruntées par les arbitres selon les circonstances et les conditions de chaque arbitrage.** Pour l'avenir, la question se pose : suivant laquelle de ces logiques évoluera l'apprentissage des arbitres et des parties dans les tribunaux d'arbitrage? On peut croire que la pression de l'environnement juridique, en tant que «soutien social», avec un statut toujours plus éminent de la Charte, accentuera l'orientation vers la logique de la règle législative chez un nombre croissant d'arbitres. **La question se pose alors pour l'avenir : quels en seront les effets sur la logique**

**relationnelle, qui a été, en quelque sorte, le mode de rationalisation propre à la mission de l'arbitre de griefs?**

## **Conclusion**

La juridiction arbitrale a une histoire propre **et sa légitimité repose sur des fondements particuliers et spécifiques**; elle est un ordre légitime, dans la mesure où elle **s'appuie** sur la croyance des sujets de droit (acteurs) en sa validité. En ce sens, l'apparente transformation de la pratique arbitrale, telle que révélée par l'analyse du contenu des sentences arbitrales, est le fruit d'un **pluralisme** de légitimités en exercice.

Certaines de ces légitimités – la légitimité de la convention collective et celle de la mission propre de l'arbitre de griefs - fondent la juridiction arbitrale depuis ses débuts. Elles déterminent la conception que les arbitres de griefs ont de leur rôle, mais aussi la politique de déférence judiciaire que la Cour suprême du Canada a affirmée dans plusieurs décisions portant sur le contrôle judiciaire des sentences arbitrales de griefs. Elles sont à ce titre constitutives de l'autonomie de la juridiction arbitrale dans l'ordre judiciaire.

Ces légitimités coexistent maintenant, dans un équilibre peut-être encore instable, avec une nouvelle légitimité, celle de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Cette nouvelle légitimité peut être une occasion de renouveler les fondements de l'intervention de l'arbitre de griefs dans les milieux de travail. C'est à tout le moins le sens que l'on peut donner aux transformations que nous avons détectées dans la jurisprudence arbitrale **et à l'évolution à venir de cette institution que nous croyons entrevoir**. On peut aussi interpréter en ce sens la décision récente de la Cour suprême dans l'affaire *Parry Sound*, où la Cour reconnaît à l'arbitre de griefs la compétence d'interpréter les droits et obligations prévus dans le *Code des droits de la personne*<sup>46</sup> de l'Ontario en l'absence d'incorporation expresse dans la convention collective<sup>47</sup>. Après avoir rappelé les avantages en termes d'accessibilité et d'expertise qui ont justifié l'appui

---

46 L.R.O. 1990, c. H.19.

47 *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, précitée, note 39.

étatique à l'arbitrage de griefs comme instrument permettant d'atteindre la justice dans les milieux de travail, la Cour estime que ces avantages peuvent servir la mise en œuvre des droits de la personne :

*[1] 'attribution aux arbitres du pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi comporte en outre l'avantage de renforcer la protection des droits de la personne [...] ... le fait qu'il existe déjà un forum pour le règlement des conflits touchant les droits de la personne ne veut pas dire que l'attribution aux arbitres du pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par le Code des droits de la personne ne permet pas de renforcer davantage la protection des droits de la personne. Comme je l'ai dit précédemment, l'arbitrage a l'avantage d'offrir à la fois l'accessibilité et l'expertise. On peut raisonnablement supposer que l'existence d'une instance accessible et peu coûteuse pour le règlement des conflits en matière de droits de la personne augmentera la possibilité pour les employés lésés de faire valoir leur droit à un traitement égal, sans discrimination et, du même coup, encouragera l'observation du Code des droits de la personne.*

*Par contre, la Commission des droits de la personne possède vraisemblablement une plus grande expertise que les arbitres de griefs en matière de règlement des violations des droits de la personne. À mon sens, toutefois, les avantages considérables liés à l'existence d'une instance accessible et informelle permettant qu'une décision soit rapidement rendue sur des allégations de violation des droits de la personne au travail l'emportent sur toutes les inquiétudes qui peuvent exister à cet égard. Il est très important que de tels conflits soient réglés rapidement et d'une manière qui ne coupe pas les rapports entre les parties. De plus, cette expertise n'est pas statique mais au contraire, elle évolue au fur et à mesure que le tribunal est appelé à se prononcer sur des questions de façon répétée.<sup>48</sup>*

On peut voir là une nouvelle formulation de la légitimité de la mission propre de l'arbitre de griefs, qui intègre le rôle qu'il doit jouer dans la mise en œuvre des droits de la personne dans les milieux de travail. **L'arbitre est reconnu comme un forum légitime** en matière de discrimination. Mais dans les termes luhmanniens, par cette décision, la Cour suprême accroît sensiblement pour l'avenir la pression dans le sens de la logique de la règle législative, avec les possibles tensions que cela continuera à entretenir, ou peut-être même à accentuer, entre les

---

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

légitimités «interne» et «externe» et dans l'apprentissage perpétuellement en cours, chez les arbitres et les procureurs d'un équilibre toujours instable entre ces légitimités.