

RÉFLEXIONS SUR L'ARBITRAGE DES DIFFÉRENDS*

par Claude D'AOUST**

SOMMAIRE

INTRODUCTION	626
SECTION I: LA SPÉCIFICITÉ DE L'ARBITRAGE DES DIFFÉRENDS	628
SECTION II: L'OBJET DE LA PREUVE EN MATIÈRE DE DIFFÉRENDS	635
SECTION III: LES GRANDS PRINCIPES DE PROCÉDURE APPLICABLES À L'ARBITRAGE DES DIFFÉRENDS	639
SECTION IV: L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE	648
CONCLUSION	656

* Cette étude a été rendue possible par une subvention du Prêt d'Honneur Inc., en vertu d'un programme administré par l'Université de Montréal.

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

INTRODUCTION

L'arbitrage des différends¹ concerne la détermination des conditions de travail, dans une entreprise, par un arbitre assisté facultativement d'asseurs désignés par les parties. Du point de vue de l'analyse économique, le processus s'apparente au contrôle des prix et autres conditions prévalant dans le marché d'un bien ou d'un service quelconque; dans la même optique, le "conseil" d'arbitrage est essentiellement une régie ou commission de contrôle².

L'arbitrage des différends, tout comme la négociation collective, participe de la philosophie économique suivant laquelle il ne convient pas de laisser la détermination des conditions de travail au libre jeu des forces économiques, c'est-à-dire de la négociation individuelle comme c'est le cas quand toute forme d'activité collective est prohibée, qu'il s'agisse de la formation de groupements stables ou de coalitions sporadiques et éphémères³. Dans cet état du droit, seul le contrat individuel de travail est admis. Telle était la situation juridique en France, au lendemain de la Révolution de 1789; telle fut la règle au Canada jusqu'en 1872⁴.

-
1. Le terme "différend" sera défini plus loin.
 2. Contrairement à une régie, le conseil d'arbitrage n'a pas une juridiction générale dans l'ensemble d'un marché, à la différence par exemple de la Régie du logement. Cf. *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q., c. R-8.1. Sa juridiction est limitée à une entreprise et par conséquent, hors le cas particulier du monopole, celle-ci ne couvre qu'une partie du marché du travail (et même une infime partie de ce marché, s'il y a concurrence pure et parfaite).
 3. Il s'agit ici, respectivement, d'associations revendicatives permanentes et de mouvements à but limité (tels qu'une grève, la mise à l'index d'une entreprise, le boycottage d'un produit, le refus de travailler avec des non-syndiqués, etc.).
 4. Sur ce point, consulter Claude D'AOUST et François DELORME, "The Origin of the Freedom of Association and of the Right to Strike in Canada", (1981) 36 *Relations industrielles* 894-919. Dans une phase ultérieure, notre droit du travail s'est inspiré du *Wagner Act* américain, favorisant la négociation collective notamment par la création du régime d'accréditation et de l'obligation légale de négocier qui s'y rattache. Cette formule s'est répandue dans toute la législation canadienne du travail.

Rappelons que le *Wagner Act* était partie intégrante de la politique du *New Deal* de Roosevelt en réaction aux méfaits de la Grande Crise sur la classe ouvrière (avec comme corollaires les *industrial codes*, favorisant la réglementation de la concurrence par les patrons sur le marché du produit).

L'arbitrage de différend est un substitut à la négociation e.g. dans les cas où le législateur n'a pas jugé opportun d'accorder le droit de grève. Cf. les articles 94 et 105 du *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27.

On sait qu'au XIX^{ième} siècle, plus ou moins tardivement selon le cas, les législations du travail appartenant à la même famille que la nôtre⁵ ont adopté et privilégié le système de négociation collective comme mode de détermination des conditions de travail.

C'est dire qu'aux yeux de la loi, l'arbitrage des différends serait exceptionnel. C'est bien le cas en effet. Un différend est soumis à l'arbitrage dans trois types de situations: i) lorsque les parties décident que ce mode de détermination des conditions de travail est mieux adapté aux circonstances particulières dans lesquelles elles se trouvent⁶; ii) lorsque le législateur juge que le recours à la grève, ultime aboutissement de l'épreuve de forces, n'est pas acceptable⁷; ou iii) lorsqu'à la suite d'une accréditation, les parties ne parviennent pas à signer une première convention collective⁸.

Donc, l'arbitrage des différends est l'alternative de la négociation collective, tous deux s'opposant au régime de négociation individuelle des conditions de travail. Il s'ensuit logiquement que la négociation collective ayant été retenue comme moyen d'équilibrer les forces du marché en faveur des travailleurs, ce qui est historiquement indéniable, il devrait en aller de même de l'arbitrage. Il faut toutefois se garder de pousser trop loin les conséquences de ce raisonnement.

En un sens, l'arbitrage favorise en soi les travailleurs, car l'arbitre une fois désigné, le syndicat est pratiquement assuré de la protection d'une convention collective⁹, tandis que l'obligation légale de

5. Il s'agit essentiellement de la France, de l'Angleterre et des U.S.A.

6. Voir l'article 74 du *Code du travail*.

7. C'est le cas des policiers et pompiers municipaux (arts 94 et 105 *C.t.*). Les policiers de la Sûreté du Québec sont soumis au même régime, bien qu'une loi particulière l'établisse: *Loi sur le régime syndical applicable à la Sûreté du Québec*, L.R.Q., c. R-14, arts 6 et 13 *et seq.* Il en alla ainsi des salariés des services publics jusqu'en 1964. (Voir: *Loi des différends entre les services publics et leurs salariés*, S.R.Q. 1941, c. 169, arts 3 à 5, adoptée le 3 février 1944 et remplacée par le *Code du travail*, 12-13 Eliz. II, c. 141, art. 141, par. d). Quant aux enseignants des secteurs primaire et secondaire, cette situation se prolongea en vertu de l'article 143 du *Code du travail*, jusqu'en 1965, alors que le droit de grève leur fut accordé par la *Loi modifiant le Code du travail*, L.Q. 1965, c. 50.

8. On voit la préférence du législateur pour une solution négociée: l'article 93.1 du *Code du travail* exige que le litige ait été préalablement soumis à la conciliation — qui est volontaire, normalement — et le conseil d'arbitrage doit lui-même tenter d'amener les parties à une entente (art. 93.3 *C.t.*).

9. Il y aurait des réserves à faire sur ce point en ce qui a trait à la première convention collective. Nous y reviendrons.

négociateur n'oblige aucunement l'employeur à signer une convention collective. Mais, en un autre sens, l'arbitre doit être impartial, étant tenu de décider "selon l'équité et la bonne conscience"¹⁰. D'autre part, la pratique de l'arbitrage reconnaît une grande valeur aux comparaisons, salariales ou autres, et ces comparaisons sont faites, en règle générale, à partir de normes établies par convention collective¹¹. Le critère de décision fondamental est donc d'imposer les conditions de travail que la négociation collective aurait elle-même vraisemblablement établies si on l'avait laissée suivre son cours.

Il resterait à discuter le postulat selon lequel la libre négociation détermine de justes conditions de travail. *A priori*, cela n'est pas assuré: un syndicat faible n'obtiendra que de piètres conditions de travail, tandis qu'un syndicat fort peut abuser de sa force. Parler de justes conditions de travail, c'est placer le débat dans l'ordre moral, ce qui implique des jugements de valeur. Toutefois, retenons que le législateur a porté un jugement de valeur global; de là l'instauration de notre régime de détermination des conditions de travail par négociation collective, jugé *a priori* plus favorable aux salariés que celui de la négociation individuelle par contrat de travail.

SECTION I: LA SPÉCIFICITÉ DE L'ARBITRAGE DES DIFFÉRENDS

Le *Code du travail* énumère trois types de mécontentements, dont deux sont définies explicitement. Ce sont le grief, le différend et le mécontentement autre qu'un grief survenant pendant la durée de la convention collective.

Le grief est une mécontentement relative à l'interprétation, l'application, l'administration ou la prétendue violation de la convention collective, selon la loi et la jurisprudence¹².

10. Art. 79 C.t.

11. L'article 93.6 du *Code du travail*, maintenant abrogé, permettait au conseil de "tenir compte, entre autres, des conditions de travail qui prévalent dans des entreprises semblables ou dans des circonstances similaires". Tout en reconnaissant la valeur indicative de cette disposition, il faut signaler qu'en pratique le problème n'est pas celui de l'utilité, voire de la nécessité des comparaisons, mais de la pertinence des *points* de comparaison retenus.

12. Art. 1, par. f) C.t. et *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet et al.*, (1977) 2 R.C.S. 537, 550 et seq. Il est à noter que la Cour suprême emploie, à tort croyons-nous parce que le procédé est source de confusion, le terme "différend" comme terme générique, plutôt que *dispute*, litige, conflit, mécontentement, etc. (Voir, à titre d'exemple, p. 542, 3^e par., 8^e ligne; p. 544, 1^{er} par., 2^e ligne; p. 551, 1^{er} par., 6^e ligne).

Le différend est une mésentente relative à la négociation, au renouvellement ou à la modification d'une convention collective¹³.

Il y a enfin la mésentente de type intermédiaire entre le grief et le différend¹⁴. Cette catégorie a une caractéristique commune avec le grief; l'existence d'une convention collective. Il partage avec le différend la caractéristique d'être un conflit relatif au contenu souhaité de la convention, par ajout ou modification.

Ce type de mésentente pourrait donner lieu à un arbitrage, comme s'il s'agissait d'un différend. Il suffirait que les parties en aient décidé ainsi au moment de la négociation de la convention, ou qu'elles amendent la convention collective en ce sens au moment où le besoin s'en fait sentir¹⁵. Nous ne tiendrons pas davantage compte de ce troisième type de mésentente dans la présente étude. Remarquons simplement que le législateur fait preuve d'inconséquence: l'article 102 du *Code du travail* exclut au départ l'hypothèse du grief et déclare par la suite que si les parties choisissent la solution de l'arbitrage, celui-ci sera soumis aux règles relatives à l'arbitrage des griefs plutôt que des différends.

Revenant aux deux types principaux de mésententes — le grief et le différend — il peut être utile de leur appliquer la dénomination traditionnelle de conflit de droit et de conflit d'intérêts¹⁶. La différence entre eux est réelle, même si notre droit n'en a pas toujours tenu compte. La *Loi des différends ouvriers* de 1901¹⁷ ne connaissait que le "différend" qui comprenait, aux termes de l'article 3, aussi bien le grief que le différend tels que les définit le *Code du travail* actuel.

13. Art. 1, par. e) *C.t.* Le défaut de s'entendre sur une modification ne constitue un différend qu'à la condition que la convention comporte une clause de révision, communément appelée clause de réouverture: art 1, par. e) *in fine* et 107 *C.t.*

14. Art. 102 *C.t.*

15. En ce cas, il serait prudent de procéder au dépôt du texte d'amendement, conformément à l'article 72 du *Code du travail*. Autrement, la juridiction de l'arbitre serait viciée dans son fondement.

16. Cette distinction ne date pas d'hier et n'est pas propre au régime juridique québécois. Voir: *Le règlement des conflits d'intérêts en relations du travail dans la province de Québec*, Rapport du treizième Congrès des relations industrielles, Québec, P.U.L., 1958, 201 pp. Dans la préface, cette phrase du professeur Gérard Dion retient l'attention: "(La) distinction entre conflits de droit et conflits d'intérêts n'est pas arbitraire; elle repose sur des réalités qui amènent des modes de règlement différents".

17. S.R.Q. 1941, c. 167.

Aujourd'hui, la distinction apparaît nettement dans la loi. Il n'en reste pas moins nécessaire d'écarter au départ une équivoque possible. Un conflit de droit, par exemple un litige civil, se règle à l'amiable ou judiciairement. Entre temps, chaque partie met tout en oeuvre pour trouver une solution qui lui soit favorable parce qu'elle y a *intérêt*; les parties à un conflit de droit ont donc, elles aussi des intérêts opposés. La distinction, pour être claire, doit reposer sur autre chose.

Le conflit de droit suppose que les droits et obligations des parties sont prédéterminés par un acte juridique, un fait juridique, ou une loi. Le désaccord porte sur l'interprétation du droit ou des faits qui en sont la source. Au contraire, le conflit d'intérêts suppose que la naissance, la survivance ou l'étendue des droits et obligations sont en voie d'élaboration. Dans le monde des relations de travail, le conflit d'intérêts est un conflit de négociation, qui se résout à l'amiable (accord et signature de la convention collective), par recours au droit de guerre privée (grève et lock-out), ou par l'intervention d'un tiers (l'arbitrage).

L'arbitrage est un mode de solution des griefs aussi bien que des différends. Mais la nature du problème à régler étant essentiellement différente entre les deux types de conflits, il en ira de même du processus arbitral.

L'arbitre de grief¹⁸, *interprétant* la convention collective, *déclare* quels sont les droits et obligations de chaque partie. L'arbitre de différend, *décrétant* le contenu de la convention collective, *crée* des droits et impose des obligations. C'est ainsi qu'on a pu écrire que le premier exerce une fonction quasi judiciaire tandis que le second a des pouvoirs quasi législatifs¹⁹. Monsieur le juge Dorion avait alors parlé de pouvoir législatif délégué²⁰.

18. Jusqu'au 1^{er} septembre 1983, date d'entrée en vigueur de la *Loi modifiant le Code du travail et diverses dispositions législatives*, L.Q. 1983, c. 22, l'organe chargé de trancher les différends se nommait *conseil* d'arbitrage tandis que le Tribunal d'arbitrage avait compétence en matière de grief. Cf. arts 58 et 74 et seq., 93.1 et 100.1 C.t., ainsi que les intitulés des sections I et III du chapitre IV de la version précédente du *Code du travail*.

Désormais, le différend est du ressort d'un arbitre unique assisté de deux assesseurs. Il n'était toutefois pas indispensable, pour modifier la forme du conseil, d'en changer le nom, masquant ainsi une utile distinction.

19. Cette dernière expression est empruntée au juge en chef Tremblay dans l'arrêt *Munger c. Cité de Jonquière et al.*, (1962) B.R. 381, 389 et 390. Cette distinction n'a pas été retenue par la majorité de la Cour d'appel, ni par la Cour suprême du Canada, (1964) R.C.S. 45.

20. *Id.*, 390.

Plus tard, la Cour d'appel ayant à se prononcer sur la nature de la Commission Picard, monsieur le juge Rivard décida que cette dernière ayant reçu du Parlement une autorité législative, elle n'était pas sujette à évocation²¹. Il écrit:

"Il (est) indiscutable que cette commission n'a pas de pouvoirs judiciaires ou quasi judiciaires.

Le pouvoir judiciaire ne crée pas la loi; il l'interprète et l'applique.

(...)

En donnant aux conclusions de la Commission force de loi, le bill 215 n'a pas investi la Commission de pouvoirs judiciaires ou quasi judiciaires. Cette législation fédérale lui a donné une autorité législative. Par les conclusions qu'elle tirera de son enquête, la Commission n'appliquera pas la loi qui doit départager les parties; elle la créera...²².

M. le juge Hyde, appuyé par M. le juge Rinfret, refusa toutefois de suivre son collègue sur ce terrain²³.

21. *International Longshoremen's Association, Local 275 c. Picard et al.*, (1968) B.R. 301, 307-310.

Le commissaire Picard, chargé d'enquêter sur les conditions de travail dans les ports du St-Laurent, devait après étude faire un rapport dont les conclusions, sous forme appropriée, seraient incluses dans les conventions collectives. Pour l'essentiel, un tel mandat est celui d'un conseil d'arbitrage de différend.

22. *Id.*, 307 et 308.

23. *Id.*, 311 et 315.

M. le juge Hyde écrit (p.311):

"While I share the view of my colleague that the Commission is not a "court" and accordingly subject to the special proceedings envisaged by article 846 and foll. C.P., I am not prepared to conclude that the Superior Court has lost a superintending and reforming power over such a body if, for one reason or another, it should unlawfully be usurping or exceeding its jurisdiction. Until the amendment of article 50 of the old Code of Civil Procedure in 1957 (12), the law was substantially the same as that set out in the pre-Confederation statute (13), giving the Superior Court (then the Court of Queen's Bench) jurisdiction over "all courts, judges (other than the Court of King's Bench) and magistrates and all other persons and bodies politic or corporate, within the Province... This could well be the subject of interesting research but with the view I take of the merits of plaintiff's petition, I do not propose to pursue it in this case".

Quant à M. le juge Rinfret, ses remarques se bornent au simple avis suivant (p.315):

"Je partage l'opinion de mon collègue, M. le juge Hyde; comme lui et comme M. le juge Rivard, je rejetterais l'appel avec dépens".

Mais d'autres juges ont reconnu l'inapplicabilité du recours en évocation contre un conseil d'arbitrage. Ainsi dans la *Cité de Verdun c. Lachapelle et al.*²⁴, Monsieur le juge McCarthy écrit:

"...le pouvoir (que le conseil d'arbitrage) exerce semble beaucoup plus de nature administrative, même législative, que judiciaire ou quasi judiciaire"²⁵.

L'honorable juge ferait toutefois exception en ce qui a trait aux "attributs ancillaires" d'un conseil d'arbitrage²⁶ ou au respect des principes de justice naturelle²⁷. En cas de manquement, le contrôle de la Cour supérieure s'exercerait alors au moyen de l'action directe en nullité. Il n'est donc pas question de concéder à l'arbitre de différend une complète immunité contre le droit de regard des tribunaux supérieurs.

L'arrêt *Cité de Verdun*²⁸ fut suivi par l'honorable juge Provost dans l'affaire *Société d'électrolyse et de chimie Alcan c. Tremblay et al.*²⁹. S'agissant de la détermination du contenu d'une première convention collective³⁰, la Cour déclare:

"Il s'agissait d'une démarche créatrice de droits plutôt que déclaratoire et en ce faisant le conseil d'arbitrage exerçait non pas un pouvoir judiciaire ou quasi judiciaire mais plutôt administratif ou quasi administratif"³¹.

24. C.S. Montréal, no 500-05-07961-788, le 2 novembre 1978, l'honorable Gérard McCarthy (J.E. no 78-909; texte intégral).

25. *Id.*, 3. (Les italiques sont de nous). M. le juge McCarthy cite à l'appui de son argumentation l'opinion souvent reprise de M. le juge Pratte dans *Giroux c. Maheux*, (1947) B.R. 163, 168:

"...La décision judiciaire, quel que soit le tribunal qui la rende, ne crée pas de droits; elle ne fait que déclarer ceux dont le tribunal constate l'existence ... Cette décision résulte uniquement de l'examen des faits à la lumière de la loi. (...) Le pouvoir de décider autrement n'est point le pouvoir judiciaire..."

26. Il s'agit sans doute de pouvoirs tel celui d'ordonner le huis clos (art. 82 C.t.), ou encore du pouvoir général de diriger la conduite des séances (art. 83 C.t.), etc.

27. Par exemple, l'obligation de respecter la règle *audi alteram partem*.

28. *Cité de Verdun c. Lachapelle et al.*, C.S. Montréal, no 500-05-07961-788, le 2 novembre 1978, l'honorable Gérard McCarthy (J.E. no 78-909; texte intégral), p. 5.

29. (1979) C.S. 460.

30. Ce facteur n'est pas déterminant, vu que le rôle de l'arbitre ne change pas de nature, selon qu'il s'agit d'une première convention ou d'un renouvellement.

31. *Société d'électrolyse et de chimie Alcan c. Tremblay et al.*, (1979) C.S. 460, 461.

Sont ensuite citées à l'appui de cette thèse, entre autres, les décisions *Munger* et *Cité de Verdun*. Cependant, le juge fait une réserve: quand l'arbitre de différend interprète une loi, en l'occurrence le *Code du travail*, pour déterminer l'étendue de ses pouvoirs, ici celui de donner un effet rétroactif à sa sentence, cette interprétation est elle-même sujette à évocation, car il exerce alors une fonction judiciaire.

Cette décision fut cassée en appel³², mais sur un autre point. Dans ses notes, l'honorable juge Montgomery écrit³³:

"...Je doute que le conseil d'arbitrage soit un tribunal au sens de l'article 846 C.p.c. Il exerce une fonction administrative ou quasi législative plutôt que judiciaire et je ne suis pas d'avis qu'à chaque fois qu'un organisme administratif tranche une question de droit il devient un tribunal *ipso facto*. Je n'ai pas l'intention, toutefois, d'exprimer une opinion ferme sur ce point. Si effectivement la décision du conseil est *ultra vires*, il importe peu que la décision soit cassée par voie d'action directe en vertu de l'article 33 C.p.c. ou par la procédure spéciale des articles 846 *et seq.* Une subtilité de procédure ne devrait pas nous empêcher d'exprimer notre opinion sur le pouvoir du conseil de donner un effet rétroactif à une décision ayant l'effet d'une convention collective...".
(Traduction de l'auteur)

Il est donc permis de conclure que le processus d'arbitrage des différends n'est pas à l'abri du contrôle de la Cour supérieure³⁴, en dépit du fait qu'il joue un rôle partiellement législatif. Naturellement, ce contrôle se limite à la compétence de l'arbitre³⁵. Le choix des

32. (1979) C.A. 382.

33. L'honorable juge Bernier "partage l'opinion exprimée par messieurs les juges Monet et Montgomery", sans autre explication. *Id.* 386.

D'autre part, l'honorable juge Montgomery appuie son collègue Monet qui ne s'est pas prononcé sur l'ouverture à évocation (p.386):

"...I question whether the council of arbitration (*i.e.* the *mis en cause*) was a court within the meaning of article 846 C.P. Its function was administrative or quasi-legislative rather than judicial, and I do not consider that whenever an administrative body decides a question of law it *ipso facto* becomes a court. I do not, however, propose to express a firm opinion on this point. If the decision of the council is indeed *ultra vires*, it matters little whether this decision be set aside by direct action under article 33 C.P. or by the special procedure of articles 846 *et seq.* We should not, in my opinion, allow a nicety of procedure to restrain us from expressing an opinion as to the council's power to give a retroactive effect to the award having the effect of a collective agreement...".

34. Voir par exemple: *Ville de Candiac c. Guilbert et al.*, C.S. Montréal, no 500-05-006569-832, le 8 novembre 1983, M. le juge Belleville.

35. Voir par exemple *C.A.E. Electronics Ltd. c. L'Association des ingénieurs et scientifiques du C.A.E. et al.*, (1982) C.A. 87, permission d'appeler refusée par

moyens pour mettre en oeuvre ce contrôle ne ferait pas problème³⁶.

Dans cette mesure, l'arbitrage des différends et des griefs ne diffèrent pas sensiblement. Certes, on ne peut fonder la requête en évocation sur une interprétation déraisonnable de la convention collective puisque, par définition, elle n'existe pas. Mais, l'excès de juridiction peut également résulter de l'interprétation déraisonnable de la preuve, donc des faits³⁷, et l'on peut se demander si une interprétation arbitraire ou fantaisiste de la preuve par l'arbitre de différend, notamment quant aux critères énumérés à l'article 79 du *Code du travail*, ne donnerait pas lieu à évocation.

En conclusion à cette section, il paraît juste d'énoncer que bien qu'une jurisprudence minoritaire ait insisté fortement sur la distinction à faire entre les rôles de l'arbitre agissant en matière de différend plutôt que de grief, la latitude qui lui est conférée dans sa fonction créatrice de droit n'est pas aussi large qu'on pourrait l'imaginer au premier abord et ne se compare en rien, par exemple, à la "souveraineté du Parlement" légiférant dans sa sphère de compétence.

L'arbitre de différend est sujet au contrôle de juridiction par la Cour supérieure. En pratique, cela signifie que la jurisprudence relative à la juridiction de l'article de grief est, dans une large mesure, également pertinente en matière de différend. En somme, les deux types d'arbitrage sont similaires quant aux sujets qui donnent ouver-

la Cour suprême du Canada le 18 octobre 1982. Le lecteur trouvera une discussion élaborée de la question de compétence appliquée aux régimes d'assurances collectives et de retraite dans: Michel DUPUY, "Conflits de juridiction en matière d'arbitrage de différends", (1981) *R. du B.* 735, 749.

36. Dans une décision récente, l'honorable juge J.-Robert Beaudoin, s'appuyant sur une décision de la Cour suprême du Canada, décide que la juridiction du conseil peut être attaquée, au choix du justiciable, par action directe en nullité (art. 33 *C.p.c.*) ou par requête en évocation (art. 846 *C.p.c.*). Voir: *Soeurs Franciscaines missionnaires de Marie c. Fortier et al.*, C.S. Québec, no 200-05-000064-837, le 1^{er} mars 1983, 10-11. L'arrêt de la Cour suprême invoqué, dans une affaire relative à l'aide sociale est: *Vachon c. Le procureur général de la province de Québec*, (1979) 1 R.C.S. 555. Voir aussi l'opinion de M. le juge Montgomery dans (1979) C.A. 382, 386.

37. Voir par exemple *Control Data Canada Limitée c. Lalancette et al.*, (1983) C.A. 129, notamment à la page 134, où l'interprétation des faits, jugée abusive, sert de fondement à l'évocation.

La sentence arbitrale avait été rendue sous l'empire de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, mais le principe est valable pour l'arbitrage de grief proprement dit. Il pourrait, par extension s'appliquer en matière de différend.

ture à ce contrôle; il reste à voir s'ils diffèrent par ceux qui y échappent.

SECTION II: L'OBJET DE LA PREUVE EN MATIÈRE DE DIFFÉRENDS

L'article 1203 du *Code civil* édicte, au premier alinéa: "Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver". De là on tire la règle que le demandeur a le fardeau de la preuve, dans un procès civil.

Cette règle ne manque pas d'être invoquée en matière de différend. Logiquement, cela n'est pas acceptable en raison du fait que les obligations des parties n'étant pas prédéterminées, par la définition même du différend, nulle partie n'en saurait réclamer l'exécution.

Une variante de ce raisonnement consiste à dire que le syndicat étant (généralement) "en demande" — entendons: dans la position d'un demandeur — c'est à lui de prouver la justesse de ses prétentions. Mais, techniquement, aucune des parties n'est demanderesse non plus que défenderesse. Certes, l'une ou l'autre a des revendications à faire valoir et à ce titre "demande" des changements au régime du travail établi par la convention collective précédente ou en vertu du droit commun (contrats individuels de travail, usages d'entreprises, règlement d'atelier, droits de gestion, *etc.*).

Si l'on y regarde de plus près, la loi place les parties sur un pied d'égalité, à la phase préarbitrale. Toutes deux ont l'obligation de négocier avec diligence et bonne foi³⁸. Elles se trouvent ainsi placées au même niveau. De même, dans les cas ordinaires, le différend n'est soumis à l'arbitrage qu'à la requête des deux parties³⁹. Or, par cette démarche les parties s'obligent à être régies par une convention collective, ce qui n'était pas le cas jusque-là⁴⁰. Dans ces conditions dire que le fardeau de la preuve repose sur les épaules d'une seule partie n'est guère significatif.

38. Art. 52, 53, 2^o al. et 56 *C.t.*; ces obligations sont sanctionnées pénalement par les articles 141 et 146.

39. Art. 74 *C.t.*; les exceptions se trouvent aux articles 93.1 et 94 du *Code du travail*.

40. Telle est l'issue de l'arbitrage, suivant les articles 90 et 93 du *Code du travail*. Les parties pourraient également s'entendre en cours d'arbitrage, s'il s'agit d'une première convention collective (art. 93.7 *C.t.*), et peut être même dans tous les cas (art. 92 *C.t.* — "qui peut le plus, peut le moins").

Rappelons que l'obligation de négocier n'est pas l'obligation de conclure une convention. À cet effet, voir: Robert GAGNON, Louis LeBEL, et Pierre VERGE, *Droit du travail en vigueur au Québec*, Québec. P.U.L., 1971, p. 186.

Pour conférer une portée réelle à l'expression "fardeau de la preuve", en l'espèce⁴¹, il faut considérer qu'elle a trait non seulement à l'ordre de présentation des preuves mais qu'elle a aussi le sens d'obligation de convaincre. C'est dans ce second sens qu'on a pu parler du "risque de la preuve"⁴².

Il convient de rappeler ici l'objet de la preuve en arbitrage de différend: la détermination de conditions de travail appropriées. L'arbitre juge dans l'ordre normatif, c'est-à-dire qu'il pose des jugements de valeur, qu'il décide de ce qui est opportun dans les circonstances. Cela conditionne singulièrement l'objet de la preuve. Certes, quelques éléments seront-ils prouvables objectivement *e.g.* l'existence et le contenu de telle convention collective, tandis que d'autres feront appel à un pur jugement de valeur *e.g.* les conditions de travail contenues dans cette convention collective, doivent-ils entrer en ligne de compte dans la décision arbitrale? Mais, même dans le deuxième cas, le jugement de valeur repose sur une situation de fait.

Il résulte de ce qui précède qu'il y a pratiquement toujours moyen d'invoquer des faits à l'appui de la position que l'on défend⁴³. La limite posée à l'allégation et à la preuve de faits est leur pertinence, c'est-à-dire le lien entre ces faits et la conclusion recherchée. Les critères de pertinence, toutefois, diffèrent de ceux applicables au procès civil.

En ce dernier cas, le jugement est un syllogisme dont la majeure est la règle de droit, dont la mineure comprend les faits et dont la conclusion est le dispositif. Il s'agit de vérifier si le fait invoqué peut donner prise à la règle de droit de manière à lui faire produire l'effet recherché⁴⁴.

41. La remarque a pratiquement la même valeur dans le cas d'un litige judiciaire. Voir: Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEUX, *Traité de droit civil*, Tome I, 2^e édition, Paris, L.G.D.J., 1983, no 580, p. 485.

42. *Id.*, 487.

43. La seule exception à cette proposition serait qu'une partie réclame l'instauration d'une condition de travail qui n'existerait nulle part ailleurs. Mais encore là, l'argumentation *a priori* ne serait pas écartée. La "formule Rand" est un exemple de création originale par un arbitre (Cf. Gérard DION, "L'origine de la formule Rand", (1975) 30 *Relations industrielles* 747-760), encore que l'essentiel *i.e.* la distinction entre les cotisations volontaires et les cotisations de soutien (*representation fees*) soit apparue préalablement aux U.S.A. (Cf. *In re Southern Colorado Power Co.*, 18 War Labor Reports, August 23, 1944).

44. GHESTIN et GOUBEUX, *op. cit.*, note 41, 483.

Mais en matière d'arbitrage de différend, il n'y a pas de règle de droit établie devant mener à une conclusion. Les faits pertinents sont ceux que l'arbitre juge utiles pour éclairer son jugement dans l'élaboration de la règle de droit c'est-à-dire la détermination des droits et obligations respectifs des parties.

Certes, l'équité et la bonne conscience servent de guides dans la décision et donc dans le choix des éléments de preuve à considérer⁴⁵. L'arbitre peut également se servir de points de comparaison⁴⁶. Mais qu'est-ce que l'équité et comment déterminer quelles conditions de travail sont comparables, dans un contexte donné? Qui plus est, les deux critères semblent parfois difficilement conciliables.

Ainsi, en matière salariale, l'équité commanderait l'uniformisation des salaires, pour une même catégorie de travailleurs, sur l'ensemble du territoire national⁴⁷. C'est une variante de la maxime: "À travail égal, salaire égal". Mais si l'on raisonne plutôt en termes économiques, c'est le fonctionnement du marché du travail qui dictera les choix: seront jugés comparables les salaires payés dans les entités géographiques entre lesquelles il y a mobilité de main-d'oeuvre. Comme il n'y a pas nécessairement identité des territoires politiques et économiques, les points de comparaison changeront selon le point de vue auquel on se placera.

De l'indétermination de la pertinence des éléments de preuve, il résulte que ceux-ci seront largement choisis en fonction du but recherché. Si tel est le cas, le raisonnement allant des faits à la conclusion est inversé. Il ne faut donc pas s'étonner qu'en arbitrage de différend l'administration de la preuve soit inextricablement liée à l'argumentation.

De là aussi le rôle important des témoins-experts, économistes la plupart du temps, venant exposer les conclusions dérivées de leur discipline, sur la nécessité d'accorder telle augmentation de salaires plutôt que telle autre, apporter telle ou telle modification à la structure interne de l'échelle de salaires⁴⁸, etc. La difficulté première de ces témoignages est d'abord que la discipline sur laquelle ils reposent est inexacte et par conséquent la possibilité de témoignages contradic-

45. Art. 79, 1^{er} al. *C.t.*

46. *Id.*, 2^o al.

47. Déjà, il y a difficulté à définir le territoire politique pertinent. Est-ce le territoire municipal, régional, provincial, national, nord-américain, etc.?

48. Par structure interne des salaires on entend les disparités salariales entre les classes d'emploi ou les occupations, chez un même employeur.

toires en est accrue d'autant. Bien plus, l'économie politique étant la science des choix, elle suppose qu'un jugement de valeur sera porté et qu'un choix sera fait entre plusieurs objectifs. Ainsi, à supposer qu'il soit démontré que tel taux de salaire est requis pour assurer telle qualité de service, mais que d'autre part la capacité de payer de l'employeur oblige à opter entre la qualité et la quantité, l'arbitre du différend sera en dernière analyse forcé de choisir entre l'emploi (c'est-à-dire le nombre de salariés) et le niveau des salaires (un salaire plus élevé étant par hypothèse nécessaire au maintien de la qualité de la main-d'oeuvre).

D'autre part, si on considère le domaine des clauses dites normatives, on conçoit mal l'apport des sciences et donc des témoins-experts dans la décision. Y a-t-il lieu d'accorder la sécurité syndicale et à quel degré? Quelle clause d'ancienneté convient au type d'entreprise concerné? Comment aménager la procédure interne de règlement des griefs?

Ici encore, on peut suggérer la méthode comparative, comme le *Code du travail* lui-même nous y invite⁴⁹. Mais, il est à signaler que les points de comparaison ne seront pas nécessairement les mêmes que pour les clauses pécuniaires (ou "économiques"), parce que les critères de comparaison ne sont pas les mêmes. Les règles de fonctionnement du marché du travail sont peu utiles pour répondre à une question du type: l'ancienneté d'un salarié doit-elle entrer en ligne de compte dans le choix des candidats à une promotion⁵⁰? C'est là une question d'ordre moral dans la mesure où l'employeur n'a qu'une obligation morale (ou naturelle) de tenir compte des états de service des salariés dans ses décisions entraînant un mouvement du personnel. La comparaison en ce cas vise à persuader l'arbitre du fait que les clauses

49. Art. 79 2^o alinéa.

50. Notons qu'à l'inverse les droits d'ancienneté ont une valeur économique pouvant "compenser" une disparité salariale négative par rapport à des emplois ne comportant pas ces droits.

Sur la notion de différences compensatrices consulter: Adam SMITH, *An Inquiry with the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, New York, The Modern Library, 1937 (édition originale en 1776), pp. 99 *et seq.*; voir aussi l'exposition néo-classique par Simon ROTTENBERG, "On Choice in Labor Markets", (1956) 9 *Industrial and Labor Relations Review* 183-199, ainsi que la discussion, p. 629 *et seq.*

D'autre part, les droits d'ancienneté s'apparentent, conceptuellement, au droit de propriété sur un poste et se prêtent, comme tels, à l'analyse économique. En ce sens, voir: Simon ROTTENBERG, "Property in Work", (1965) 15 *Industrial and Labor Relations Review* 402 *et seq.*

d'ancienneté sont communément répandues, il est désirable de les incorporer aux nouvelles conventions collectives ou sentences en tenant lieu. Une telle proposition est indémontrable; aucune preuve ne peut en établir la validité ou la fausseté, car elle relève strictement d'un jugement de valeur. Le seul terrain de la preuve est celui de la reconnaissance des droits d'ancienneté dans certaines conventions collectives et de leur relation avec diverses variables de temps, de lieu, de circonstances⁵¹.

SECTION III: LES GRANDS PRINCIPES DE PROCÉDURE APPLICABLES À L'ARBITRAGE DES DIFFÉRENDS

La règle de l'*ultra petita*, est une règle de justice fondamentale ou à tout le moins un dérivé de la règle d'impartialité découlant de la maxime *Nemo judex in sua causa*. Comment croire, en effet, à l'impartialité du "juge" qui accorde plus que ce qu'il lui est demandé? Il serait donc périlleux d'affirmer que la règle ne s'impose pas à l'arbitre de différend. Encore faut-il en préciser la portée, compte tenu de l'objet de la décision.

Il convient de distinguer entre la fin recherchée par les parties et le moyen d'y parvenir, si tant est que l'arbitre juge opportun de se rendre à cette demande.

Le but à atteindre est parfois vague, imprécis, très généralement défini. Ainsi, un syndicat recherche une augmentation générale des salaires. Il invoque, entre autres raisons, l'augmentation des prix à la consommation qui a grugé la valeur du salaire réel; il demande non seulement compensation pour le passé mais aussi des augmentations préventives pour le futur. Si l'arbitre est convaincu du bien-fondé de cette demande, il peut y accéder par le truchement d'une clause d'indexation, un *moyen* parmi d'autres de maintenir le niveau réel des salaires, même si les parties n'ont pas suggéré d'adopter une telle méthode⁵².

De la même façon, dans le domaine des clauses non pécuniaires, l'arbitre n'est pas obligé de choisir entre les deux propositions des

51. Par exemple, dans l'industrie de la région Y, tel pourcentage des salariés sont, d'après les données les plus récentes pour l'année Z, couverts par une clause d'ancienneté de type A, tel pourcentage par une clause de type B, etc.

52. En ce sens: *Ville de Dorion c. D'Aoust et al.*, C.S. Montréal, no 500-05-02600-777, le 15 février 1978, l'honorable juge Charles D. Gonthier, p. 12.

parties, le cas échéant; en effet, l'arbitrage selon la formule de la *final offer selection* est un cas particulier qui requiert l'assentiment préalable des parties. L'arbitre pourrait donc choisir une clause différente de celle proposée, avec les aménagements qu'il juge appropriés. Il ne pourrait cependant, sans risque d'annulation par voie d'évocation, retenir une clause plus favorable que celle demandée, et il ne pourrait sans doute pas davantage retenir une clause moins favorable que celle consentie par l'autre partie⁵³. En effet, l'arbitre de différend n'a pas une marge de manoeuvre illimitée ou, en d'autres termes, sa discrétion quasi judiciaire n'est pas absolue. L'arbitrage a pour objet de trancher un différend et le différend se mesure à la distance qui sépare les parties; il ne dépasse ni l'une, ni l'autre frontière⁵⁴.

Quoi qu'il en soit, l'arbitre ne peut modifier une clause sur laquelle les parties se sont entendues, que ce soit avant ou pendant l'arbitrage, y compris durant le délibéré⁵⁵. Dans le même esprit, il nous semble que toute entente entre les parties définissant les limites de la mésestente devrait également lier l'arbitre du différend.

D'autre part, la compétence de l'arbitre se limite aux demandes et donc au champ de la preuve offerte par les parties. Le contenu d'une convention collective, et donc d'une sentence arbitrale en tenant lieu, est indéfini, dans les limites de l'ordre public et des bonnes moeurs⁵⁶. Or, lorsque les parties délimitent le champ de la mésestente, elles excluent du même coup tout ce qui n'y est pas compris⁵⁷. La non-inclusion d'une condition de travail dans la liste des objets de la mésestente équivaut logiquement à une entente sur son exclusion de la convention collective et cette entente, comme toute autre portant sur l'objet du différend, lie l'arbitre.

53. "Consentie" correspond ici à l'"offre" faite en négociation et qui serait reprise dans le document constituant le "compromis d'arbitrage" ou qui serait réitérée verbalement devant l'arbitre.

54. La même conclusion découle du raisonnement suivant lequel aucune partie à l'arbitrage n'est demanderesse *stricto sensu*. Selon cette logique, une offre équivaut à une clause que l'on demande d'inclure dans la sentence, à titre de compromis. Accorder une clause inférieure serait en quelque sorte aller au-delà de cette "demande" ou suggestion.

55. Art. 93.7 C.t. Cette règle ne s'applique strictement qu'à l'arbitrage d'une première convention collective; nous la croyons compatible avec l'économie générale du régime d'arbitrage des différends.

56. Art. 93, 1^{er} al. C.t. et art. 62, 1^{er} al.

57. En ce sens: *Ville de Dorion c. D'Aoust et al.*, C.S. Montréal, no 500-05-02600-777, le 15 février 1978, p. 9 et seq.

Enfin, l'arbitre ne peut adjuger *infra petita*, c'est-à-dire omettre de se prononcer sur une question faisant l'objet d'une demande. Cela ne signifie pas que toute demande doit donner naissance à une clause dans la sentence⁵⁸. Mais si l'arbitre refuse d'y donner suite, il doit s'en expliquer. C'est une conséquence de l'obligation de motiver qu'impose le *Code du travail*⁵⁹.

L'impartialité est un autre principe général qui s'impose à l'arbitre. L'article 76 du *Code du travail* pose à cet effet une double règle: l'arbitre ne doit pas avoir d'intérêt pécuniaire dans l'issue du litige ni y avoir agi à des titres spécifiquement désignés.

Ces règles ne doivent pas être interprétées trop rigideusement. Ainsi, l'intérêt dans l'issue du litige doit être personnel, individuel et direct. Autrement, tous les arbitres seraient, à la limite, disqualifiés pour certains différends dans les secteurs public, péripublic ou parapublic, à titre de contribuables, d'usagers, etc.

Pour la même raison, les activités antérieures d'un arbitre ne sont un motif de récusation que dans des situations précises⁶⁰. À cet égard, les amendements récents du *Code du travail*⁶¹ ont harmonisé les principes et la pratique. Désormais, le rôle de représentation des arbitres désignés par les parties est clairement reconnu; ils deviennent des assesseurs. Autrefois, la fiction juridique voulait que, bien que désignés et souvent rémunérés par une partie, ces arbitres aient conservé leur impartialité. La pratique de l'arbitrage, surtout à l'étape du délibéré, démentait cette fiction. Avec les nouvelles dispositions, il ne sera donc plus possible de retarder l'arbitrage d'un différend en attaquant par voie d'évocation l'impartialité d'un arbitre désigné par une partie⁶².

58. Sauf peut-être si les deux parties se sont prononcées positivement à son sujet.

59. Art. 88 C.t.

60. À ce sujet, voir *International Longshoremen's Association, Local 275 c. Picard et al.*, (1968) B.R. 301.

61. *Loi modifiant le Code du travail et diverses dispositions législatives*, L.Q. 1983, c. 22.

62. Par exemple, voir: *Durand Pontiac Buick Ltée c. D'Aoust et al.*, C.S. Montréal, no 05-0002171-799, le 9 mars 1979, l'honorable juge Yves Forest, inscrite en appel, C.A., no 09-000386-797. L'arbitre syndical était un dirigeant élu de la centrale syndicale à laquelle le syndicat requérant était affilié. Pour une interprétation beaucoup plus permissive, voir: *Béland c. Lavery*, C.S. Montréal, no 500-05-002358-792, le 14 février 1983, l'honorable juge Kenneth C. Mackay (cas d'un avocat engagé comme arbitre par un employeur).

En dernier lieu, on peut se demander si la règle *audi alteram partem* s'applique à l'arbitrage de différend. La réponse à une question aussi générale, compte tenu de la nature de l'organisme arbitral, ne peut être qu'affirmative⁶³. Mais il reste à savoir dans quelles circonstances concrètes le principe trouverait application.

Il faut d'abord déterminer qui est partie à l'arbitrage. Il est couramment reconnu que le grief "appartient" au syndicat, quitte à ce qu'il réponde de l'"usage" qu'il fait de son droit de le porter à l'arbitrage, que ce soit par la voie d'une action en dommages-intérêts ou par le contrôle du Tribunal du travail⁶⁴. Toutefois, la jurisprudence a reconnu le droit des individus à participer à l'arbitrage lorsqu'ils avaient un intérêt personnel dans le litige⁶⁵.

La même règle pourrait s'appliquer au nom des mêmes principes, à l'arbitrage de différend. Une modification à la convention collective peut, en effet, avoir des répercussions individuelles nettement identifiables ou affecter un groupe particulier dans l'unité d'accréditation. Mais ce serait reconnaître au salarié plus de droits qu'il n'en a dans la négociation même; or, l'arbitrage du différend n'est

On a déjà décidé (en matière d'arbitrage de grief) qu'un employé d'une partie au litige devrait être considéré comme l'équivalent d'un consultant rémunéré: *Bushnell (A Division of Bausch & Lomb of Canada Inc.) c. Teamsters Local Union no.351*, 83 CLLC par. 16,032 (B.C. Labour Relations Board).

63. Sur la question du contrôle par les tribunaux supérieurs des organismes ayant des pouvoirs administratifs, tout en étant tenus d'agir judiciairement (et donc liés par la règle *audi alteram partem*), consulter: Robert F. REID et Hillel DAVID, *Administrative Law and Practice*, 2nd édition, Toronto, Butterworths, 1978, p. 22 et seq.; Patrice GARANT, *Droit administratif*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1981, p. 748 et seq.

En raison de la date de publication de l'ouvrage, il faut lire avec réserve les remarques sur la qualification des organismes administratifs in René DUS-SAULT, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, Tome II, Québec, P.U.L., 1974, p. 1234 et seq.

D'autre part, le rôle de médiation qu'impose l'article 93.3 du *Code du travail* dans le cas d'arbitrage de la première convention collective, n'altère pas l'impartialité de l'arbitre; à cet effet, voir *W.J. Lafave et Fils Ltée c. Ferland et autres*, C.S. Terrebonne, no 700-05-000698-831, le 15 juin 1983, l'honorable juge Lawrence Poitras.

64. Sur la "propriété" du grief, voir, entre autres: Fernand MORIN et Rodrigue BLOUIN, *Précis de l'arbitrage des griefs*, Québec, P.U.L., 1980, p. 121 et seq. Sur le contrôle du syndicat en la matière, voir: Jean Denis GAGNON, "Le devoir de représentation des associations de salariés en droit canadien et québécois", (1981) 41 *R. du B.* 639 et seq.

65. Cette règle a été codifiée à l'article 100.5 du *Code du travail*.

qu'un succédané de la négociation. D'autre part, le monopole de représentation ne laisse pas place à la dissidence⁶⁶. Voilà donc un domaine où l'application des règles de procédure judiciaire à l'arbitrage des différends est problématique.

Mais la règle *audi alteram partem* implique également l'obligation de tenir enquête et audition avant de rendre sentence ou de prendre une décision⁶⁷. Cette obligation étant inscrite dans la loi⁶⁸, il n'est pas nécessaire d'élaborer davantage. Toutefois, l'étendue et les implications de cette obligation appellent des commentaires. Plus précisément, l'enquête et l'audition doivent être tenues conformément aux règles de la justice naturelle⁶⁹. Quelles sont ces règles?

Elles ne signifient pas que la procédure d'arbitrage du différend doive se modeler étroitement sur celles du procès civil ou criminel, vu la nature de la fonction exercée⁷⁰. Par ailleurs, chaque partie doit avoir la possibilité de présenter la preuve et les arguments pertinents à sa cause et de contredire ceux de l'adversaire⁷¹.

Ainsi, les parties doivent être informées raisonnablement à l'avance de l'instruction et de son objet⁷². Cela implique également l'obligation d'ajourner l'enquête lorsque les circonstances le justifient⁷³. En matière de différend, l'arbitre n'est pas informé en détail des positions des parties; d'autre part, celles-ci ne sont liées que par les clauses sur lesquelles elles se sont mises d'accord et elles ont pu

66. L'article 17 de la *Loi des relations ouvrières*, S.R.Q. 1941, c. 162A, accordait un rôle à l'association minoritaire au niveau de l'arbitrage de griefs, mais non à celui de la négociation. Cependant, une interprétation libérale de l'article 47.2 du *Code du travail* permet d'étendre à la négociation et à l'arbitrage de différend l'"obligation de représentation équitable".

67. C'est ce défaut qui fut à l'origine de l'affaire de *L'Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. La Commission des relations ouvrières de la P.Q.*, (1952) 2 R.C.S. 140.

68. Art. 81 *C.t.*

69. Cf. David J. MULLAN, *Administrative Law*, 2nd édition, Agincourt, Ontario, The Carswell Co. Ltd., 1979:

"... Traditionally, where a duty to hold a hearing is specifically required of a decision-maker or where the courts are prepared to imply such an obligation, that hearing must be conducted in accordance with the rules of natural justice..." (p. 3-109).

70. *Id.*, 3-110.

71. *Id.*, 3-111.

72. GARANT, *op. cit.*, note 63, 238-239; MULLAN, *op. cit.*, note 69, 3-113, 3-114.

73. GARANT, *op. cit.*, note 63, 239; MULLAN, *op. cit.*, note 69, 3-114, 3-115.

modifier leurs positions sur les autres clauses entre la négociation et l'arbitrage. C'est pourquoi la preuve sera à l'occasion inattendue et l'autre partie demandera un délai pour y faire contrepoids. Ce délai ne pourra être refusé arbitrairement.

L'arbitre doit également permettre à chaque partie de faire valoir ses moyens⁷⁴. Cela comprend les faits et le droit, le fond et la forme. Elle peut présenter une requête en récusation de l'arbitre⁷⁵. Elle a le droit également de faire la preuve des faits pertinents à l'appui de ses prétentions. Elle a enfin le droit de plaider, c'est-à-dire d'argumenter, d'essayer de convaincre l'arbitre de la justesse de ses demandes.

Au droit d'une partie de présenter la preuve qui est la plus appropriée correspondent les pouvoirs de l'arbitre, nécessaires à la conduite des débats et notamment celui de contraindre des personnes à témoigner⁷⁶. Ce pouvoir doit être exercé judiciairement, sous peine de nullité de la décision de ne pas assigner un témoin; encore faut-il que le témoin soit contraignable et que le témoignage escompté soit pertinent.

Ainsi, certaines personnes sont, en raison de leurs fonctions, exemptées de témoigner. C'est le cas des conciliateurs qu'une partie désirerait assigner pour rapporter des faits relatifs à la phase de négociation et de conciliation, en vertu de l'article 308 du *Code de procédure civile*. Il a déjà été décidé qu'un conseil d'arbitrage — aujourd'hui l'arbitre agissant avec ou sans assesseurs — était un tribunal au sens de cet article et pouvait décider de ne pas assigner le conciliateur à témoigner⁷⁷.

74. GARANT, *op. cit.*, note 63, 240-242.

75. Arrêt *Durand Pontiac Buick*, précité, dans le cas d'un arbitre désigné par une partie, sous l'ancien régime arbitral, i.e. avant que les arbitres représentant les parties ne soient identifiés nommément comme assesseurs.

76. Arts. 84 et 85 C.t.

77. C'est ce qu'a décidé le tribunal dans *C.A.E. Electronics Ltd. et Claude D'Acoust vs qualité, et autres*, (1980) C.S. 1116. En l'espèce, l'honorable juge Dugas ne s'est pas prononcé sur le fond, la décision du conseil étant à son sens prématurée; les acteurs de la négociation n'ayant pas eux-mêmes témoigné, ce témoignage aurait pu rendre inutile l'assignation du conciliateur.

Cette règle a été codifiée à l'article 57.1 du *Code du travail*.

Notons cependant que le conseil avait estimé que la fonction de conciliateur était essentiellement confidentielle, indépendamment des circonstances particulières d'une affaire et donc du témoignage des représentants des parties en conciliation.

D'autre part, l'arbitre n'est pas tenu de recevoir une preuve s'il est d'avis que cette preuve n'est pas pertinente⁷⁸. Mais comment déterminer la pertinence d'une preuve ou d'une partie de preuve *e.g.* d'une question posée par un procureur.

Planiol et Ripert enseignent que la preuve admissible est celle "de nature à influencer d'une manière plus ou moins décisive sur la solution de la cause pour laquelle [les faits] sont allégués"⁷⁹. Il s'agit donc de prouver "un fait de nature à déclencher l'application d'une règle de droit"⁸⁰ de manière à obtenir les conclusions recherchées. La pertinence est donc la relation logique entre la mineure (les faits) et la majeure (le droit) menant à la conclusion du syllogisme juridique sous-tendant la décision judiciaire.

Compte tenu de l'objet spécifique de l'arbitrage de différend, la pertinence de la preuve ne saurait s'apprécier selon les critères qui viennent d'être énoncés. Ici, la preuve tend à éclairer et à convaincre l'arbitre sur le contenu de la convention collective qu'il doit édicter. Dans ces conditions, l'analogie avec la politique législative (c'est-à-dire le droit normatif ou *lex ferenda*) est beaucoup plus appropriée, s'agissant dans les deux cas d'un processus créateur de droit.

La loi et la pratique favorisent la comparaison des conditions de travail entre entreprises ou professions semblables⁸¹. Le problème principal, à l'arbitrage de différend, est celui de la comparabilité des données, surtout en matière de salaires et autres conditions pécuniaires.

78. Logiquement, il s'ensuit qu'il n'est pas tenu d'assigner le témoin devant faire cette preuve.

Dans le différend de la *C.A.E. Electronics*, le conseil a subséquentement décidé que la bonne ou mauvaise foi n'était pas un critère à retenir dans la décision d'imposer une première convention collective. Si l'on se reporte à la décision citée dans la note précédente, on doit conclure qu'en l'absence de l'article 308 du *Code de procédure civile*, l'arbitre n'aurait pas à convoquer le conciliateur duquel on voudrait obtenir la preuve de la mauvaise foi de l'autre partie. Cette décision fut approuvée par la Cour d'appel dans *C.A.E. Electronics Ltd. c. L'Association des ingénieurs et scientifiques du C.A.E. et al.*, (1982) C.A. 87. (On notera qu'il s'agissait d'une seconde requête en évocation et non de l'appel de la décision citée dans la note précédente).

La décision arbitrale a été codifiée à l'article 93.4 du *Code du travail* mais l'arrêt de la Cour d'appel conserve toute sa valeur.

79. Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome VII, Paris, L.G.D.J., 1954, p. 838.

80. GHESTIN et GOUBEUX, *op. cit.*, note 41, 483.

81. Art. 79 C.t.

Ainsi, il peut y avoir des "liens historiques" entre les salaires payés par différents employeurs, et l'évolution des salaires payés est susceptible de les mettre à jour. Une preuve à cet effet est recevable car elle vise à établir quels sont les points de comparaison à retenir dans la détermination des salaires et autres avantages. Cela est particulièrement vrai lorsque les liens historiques ont été établis ou confirmés antérieurement par décision arbitrale. L'arbitre de différend serait mal venu de les écarter⁸².

S'il n'y a pas de liens historiques, une preuve d'expert peut être offerte. En matière salariale, il s'agira d'une preuve dite économique. L'expert devra alors donner son opinion à la fois sur les méthodes de comparaison, leur opportunité et l'identité des points de comparaison à retenir. Ce type de preuve est non seulement recevable, mais l'arbitre est obligé d'en tenir compte.

S'il la refuse, sa décision est sujette à révision devant les tribunaux supérieurs⁸³. C'est pourquoi, il est plus prudent, en cas de doute, de recevoir la preuve sous réserve; encore l'arbitre doit-il se souvenir que ce procédé l'oblige à rendre ultérieurement une décision écrite sur le point.

L'obligation de motiver la décision⁸⁴ permet aux parties de vérifier si le tribunal a considéré leurs moyens de preuve et arguments. Cela ne signifie pas que l'arbitre doive répondre à tous les moyens et arguments de chaque partie⁸⁵. Certains arguments peuvent et doivent

82. Il pourrait sembler plus malin, au lieu de refuser une preuve à l'enquête, de pas n'en tenir compte au moment de la rédaction de la décision. Mais l'obligation de motiver fait échec à semblable procédé.

83. Voir GARANT, *op. cit.*, note 63, 760 et seq.; Gilles PEPIN et Yves OUELLETTE, *Précis de contentieux administratif*, 2^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1982, p. 241; MULLAN, *op. cit.*, note 69, 3-45; REID et DAVID, *op. cit.*, note 63, 225.

84. Art. 88 C.t. et *Control Data Canada Ltée c. Lalencette et al.*, (1983) C.A. 129. MM. les juges Turgeon, Malouf et Monet (diss.) (tribunal d'arbitrage de grief). La Cour est unanime quant à l'obligation de motiver mais non sur la qualité de la motivation de la décision évoquée. Noter cependant qu'il s'agit d'une obligation légale (art. 101.2 C.t.), mais nous croyons qu'elle s'applique tout autant en matière de différend.

85. *Contra*: P. GARANT, *op. cit.*, note 63, 764-765. Toutefois, il s'appuie sur l'arrêt *La Commission de l'industrie de la construction c. Ciment indépendant Inc. et al.*, (1975) C.A. 672, où le tribunal de première instance, statuant en matière pénale, avait condamné l'accusé sans se prononcer "sur les arguments de la Défense". Or, il y a une différence considérable entre omettre de se prononcer sur la totalité de l'argumentation d'une partie

même être écartés si l'arbitre les juge non pertinents⁸⁶. Il faut bien reconnaître cependant que la pertinence n'est pas aisée à déterminer, en arbitrage de différend, lors même que les arguments sont essentiellement d'ordre normatif, même s'ils s'appuient en partie sur des faits objectifs démontrables⁸⁷.

Il faut aussi mentionner la difficulté de définir la motivation, surtout dans sa dimension qualitative, et ses exigences⁸⁸.

En tout cas, il est clair que l'arbitre de différend doit motiver sa décision, vu l'article 88 du *Code du travail* à cet effet, et que le défaut de ce faire l'expose au contrôle judiciaire des tribunaux supérieurs⁸⁹. Cela n'est pas une mince tâche, car la décision arbitrale de différend ne

(singulièrement, celle de la partie qui succombe) et omettre de se prononcer sur tous et chacun des arguments et moyens du droit.

D'ailleurs les tribunaux de droit commun ne sont pas tenus de le faire: *The Citizens Insurance Company of Canada c. Parsons et al.*, (1881-82) 7 A.C. 96, 126; *A.-G. for Saskatchewan c. A.-G. for Canada et al.*, (1949) A.C. 110, 126; *The Provincial Secretary of P.E.I. c. Egan et al.*, (1941) R.C.S. 396, 411 (où l'on lit: "The reasons already stated are sufficient to dispose of the appeal; and following a wise and well defined tradition, the Court should, no doubt, refrain from expressing an opinion upon any other point not necessary for the decision of the case"). Exception est ensuite faite à la règle pour des motifs particuliers.); *Walter c. The A.-G. of the Province of Alberta et al.*, (1969) R.C.S. 383, 393. Un tribunal inférieur est régi par les mêmes règles. De plus, "il n'est pas tenu de conclure explicitement par écrit sur chaque élément constitutif, si subordonné soit-il, qui mène à sa décision finale" in *Union internationale des employés des services, local no 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association et al.*, (1975) 1 R.C.S. 382, 391.

86. Pour un exemple d'argument extra-juridique présenté devant un tribunal de droit commun, et que pour cette raison il aurait dû écarter: *Commission de transport de la C.U.M. de Montréal c. Syndicat du transport de Montréal et al.*, (1977) C.A. 476, 483.
87. Par exemple, les comparaisons de salaires après impôt sont-elles pertinentes, si l'on considère que la progressivité des impôts sur le revenu est fondée sur les considérations de justice distributive et donc est reliée à la *redistribution* des richesses, tandis que le salaire considéré comme le prix d'un service est essentiellement relié à la *répartition* des ressources. Or, ces deux questions sont d'ordre différent bien qu'il y ait interdépendance entre elles.
88. Voir par exemple (pour les décisions judiciaires) Adolphe TOUFFAIT et André TUNC, "Pour une motivation explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de Cassation", (1974) 2 *Revue trimestrielle de droit civil* 487-508; M.C. LEVESQUE-CREVIER, "La motivation en droit administratif", (1980) 40 *R. du B.* 535, citée in PEPIN et OUELETTE, *op. cit.*, note 83, 277.
89. PEPIN et OUELETTE, *op. cit.*, note 83, 277-278; MULLAN, *op. cit.*, note 69, 3-117, 3-118; REID et DAVID, *op. cit.*, note 63, 267-268.

forme par un ensemble homogène comme c'est (souvent) le cas en arbitrage de grief. Il n'est pas question ici d'un syllogisme juridique ou d'une chaîne de syllogismes. La notion de condition de travail est large et le tribunal se trouve confronté à une série de demandes de nature diverse telles les clauses salariales, d'ancienneté, de droits de gestion, etc.

C'est pourquoi, en pratique, il nous semble préférable de motiver chaque clause, au fur et à mesure de la rédaction, quitte à accorder moins d'attention aux clauses de moindre importance. De la sorte, on sauvegardera l'ensemble de la décision⁹⁰, si d'aventure une clause était déclarée nulle, faute de motivation⁹¹.

SECTION IV: L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE

Comme maints organismes quasi judiciaires, l'arbitre de différend est maître de sa procédure⁹². Cela signifie qu'il n'est pas lié par les règles de preuve édictées dans le *Code civil* ou le *Code de procédure civile*⁹³. Il peut les suivre ou les écarter, selon ce qui lui semble le plus approprié. Cette discrétion est tout à fait opportune, vu que les règles de la preuve civile sont particulièrement mal adaptées à l'arbitrage de différend, comme nous aurons l'occasion de le montrer.

Ainsi, l'arbitre de différend peut recevoir une preuve par ouï-dire⁹⁴. En la matière, la règle cardinale est de donner à la partie adverse la possibilité de vérifier la preuve ainsi offerte et de la contredire au besoin⁹⁵. Par exemple, un salarié pourra témoigner de la manière dont est appliquée concrètement telle clause, l'employeur pouvant prétendre le contraire, vérifier les faits auprès des cadres ou

90. Voir les articles 64 et 93, premier alinéa du *Code du travail; Building Service Employees' International Union, Local 298 c. Hôpital St-Luc et al.*, (1960) B.R. 875 (annulation d'une clause tout en préservant la validité de l'ensemble); *La Cité de Jonquière c. Munger et al.*, (1964) S.C.R. 45, 47-48.

91. Une motivation soignée pourra aussi à l'occasion préserver la sentence de l'annulation fondée sur l'*ultra petita*.

92. Art. 81 *C.t.*

93. MULLAN, *op. cit.*, note 69, 3-123.

94. GARANT, *op. cit.*, note 63, 763-764; REID et DAVID, *op. cit.*, note 63, 73-74. Voir aussi *Charron c. Madras*, (1981) R.L. 304, (C.S.) et C.A. Montréal, no 500-09-000271-817, le 7 novembre 1983; la règle appliquée ici à l'arbitrage de grief, s'applique sans aucun doute à l'arbitrage de différend.

95. Dans l'arrêt *Charron c. Madras*, un document, signé par des cosalariés et reprochant sa conduite à un salarié congédié a été jugé admissible, vu que les signataires auraient pu être astreints à témoigner, à la demande de la partie défendresse.

dans ses livres, et, au besoin, faire témoigner d'autres salariés, syndiqués ou non sur le fait débattu⁹⁶.

Cette question se pose en pratique sous la forme suivante. Les comparaisons de conditions de travail étant un mode privilégié de détermination du contenu d'une convention collective par arbitrage⁹⁷, il importe de se demander s'il convient de considérer les conditions réelles plutôt que celles qui sont formellement prévues dans les conventions collectives, lorsqu'il y a divergence entre les deux. Poser la question, selon nous, c'est y répondre, la comparaison ayant pour but d'assurer que la sentence sera réaliste pour être viable. Les considérations d'équité vont dans le même sens. Enfin — surtout en ce qui a trait aux clauses salariales — le marché du travail se comporte en fonction des données réelles (ou tenues pour réelles) plutôt que sur les données "officielles"⁹⁸, par conséquent, dans la mesure où une partie invoque une différence entre les données réelles et celles que révèlent les conventions collectives invoquées, l'arbitre doit lui permettre de tenter d'en faire la preuve pour pouvoir, le cas échéant, en tenir compte.

Par conséquent, la règle de l'article 1234 du *Code civil* qui empêche de contredire par témoignage la teneur d'un écrit n'a pas valeur absolue en arbitrage de différend. De plus, il ne s'agit pas de déterminer ici les droits et obligations convenus (entre des tiers) par convention collective, mais de savoir selon quels termes l'échange du travail se fait dans une entreprise que l'on a préalablement choisie comme point de comparaison; c'est une question de fait plutôt que de droit. Répétons-le, il faut dans tous les cas, laisser aux deux parties

96. De plus, même s'il s'agit de l'application de conditions de travail à d'autres que lui, le salarié a pu le constater directement; en ce cas, il n'y a tout simplement pas oui-dire. Plus vraisemblablement, certains faits auront été connus directement et d'autres lui auront été rapportés par des compagnons de travail.

97. Quant à la pratique, le lecteur est ici prié de s'en tenir aux observations de l'auteur, dont il témoigne ici; au niveau des principes, voir l'article 79 du *Code du travail*, 2^o alinéa.

98. Pour une analyse du fonctionnement d'un marché dans lequel le prix courant diffère du prix officiel, voir: Kenneth BOULDING, "A Note on the Theory of the Black Market", (1947) 13 *Canadian Journal of Economics and Political Science* 115-118.

D'autre part, en l'absence d'information parfaite sur les conditions d'un marché, les agents sont susceptibles de prendre leurs décisions en fonction de leur perception de l'état de ces conditions, plutôt que de s'abstenir de décider et d'agir; d'autre part, l'équilibre entre les coûts et avantages (marginaux) de l'acquisition de l'information en fixe la limite.

l'occasion de faire la preuve de la situation de fait alléguée par l'une ou l'autre⁹⁹.

La question de la pertinence de la preuve est intimement reliée à la question que nous venons de discuter. En arbitrage de différend, cette question a deux dimensions, l'une analytique, l'autre spatiale (cette dernière n'étant qu'un cas particulier de la première).

Au préalable, il convient de se demander si l'arbitre peut se prononcer sur-le-champ et même *motu proprio* sur la pertinence d'une preuve. Nous croyons qu'il le peut; quant à l'opportunité de le faire, c'est une autre affaire. Reid et David opinent que toute la preuve devrait être reçue avant que le tribunal ne se prononce, à moins d'impertinence manifeste (*patently irrelevant or improper*)¹⁰⁰. Nous ne pouvons qu'être d'accord avec cette suggestion sauf à remarquer que telle preuve qui paraîtrait manifestement irrecevable à un arbitre aura une validité douteuse aux yeux d'un autre et sera agréée par un troisième. D'autre part, il y a le danger, que signalent ces auteurs, qu'un tribunal soit influencé par une preuve d'abord reçue sous réserve et rejetée au moment de rédiger la décision, mais dont il a tout de même pris connaissance à l'enquête ou en cours de délibéré. Nous concluons donc que l'arbitre devrait refuser de recevoir une preuve dont il est persuadé qu'elle n'est pas pertinente; en d'autres termes, l'arbitre ne devrait pas céder à la tentation de recevoir une preuve sous réserve pour s'éviter la peine de trancher à l'audience une objection d'irrecevabilité.

Pour en revenir à la pertinence de la preuve, nous prendrons comme exemple les comparaisons salariales, en commençant par leur dimension spatiale. L'esprit répugne instinctivement à ce qu'il n'y ait pas de limites aux comparaisons de salaires payés à divers endroits de la province, du pays, du continent, voire du globe: les variables déterminant le niveau des salaires échappent à tout contrôle ou mesure si les points de comparaison sont trop disparates¹⁰¹. À force de disperser les points de comparaison, celle-ci perd toute valeur explicative, face au phénomène qu'elle est supposée éclairer.

99. En pratique, cela signifiera le plus souvent la prétention qu'un fait existe et la négation de ce fait. Sur la preuve d'un fait négatif, consulter: André NADEAU et Léo DUCHARME, *Traité de droit civil du Québec, La preuve*, tome IX, Montréal, Wilson et Lafleur, 1965, p. 82 et seq. Les auteurs soutiennent que le demandeur n'est pas libéré du fardeau de la preuve d'un fait négatif; *a fortiori*, un défendeur peut tenter de démontrer qu'un fait allégué ne s'est pas produit ou qu'une situation de fait n'existe pas.

100. REID and DAVID, *op. cit.*, note 63, 76-77.

101. Ne mentionnons que la capacité de payer, du côté de la demande, et les obstacles à la mobilité géographique, du côté de l'offre.

En plus de l'intuition, le raisonnement économique pose aussi des limites au-delà desquelles les comparaisons salariales perdent leur signification. En effet, les salaires payés ailleurs, s'ils sont plus alléchants, draineront la main-d'oeuvre dont il s'agit précisément de fixer les salaires par arbitrage. Or, la conservation de la main-d'oeuvre est une contrainte fondamentale puisque sans elle, la production ou le service seront interrompus¹⁰². Mais d'autre part, un changement d'emploi implique des coûts pour le travailleur et on peut supposer que ces coûts deviennent absolument prohibitifs au-delà d'une certaine distance de sorte qu'en pareil cas toute comparaison est vide de sens¹⁰³.

L'aire de comparaison est aussi limitée par des considérations analytiques¹⁰⁴. Si l'objectif de l'arbitre est d'assurer l'approvisionne-

Par ailleurs, d'autres difficultés techniques s'opposent à la comparaison des salaires, en termes réels, applicables en divers lieux. Ainsi, dans le cas de villes situées dans des pays différents, on peut être tenté de convertir les internationaux seulement — *i.e.* de l'interaction de l'offre et la demande d'une monnaie par rapport à l'autre — et donc ne reflète pas les prix intérieurs qu'on ne peut certes laisser de côté dans l'évaluation des prix à la consommation et donc dans la mesure du niveau de vie dans chaque pays respectif.

Même à l'intérieur d'un pays, où les salaires sont payés en une même monnaie, l'évaluation du coût de la vie et donc la conversion des taux de salaires en termes réels est problématique. Ainsi Statistique Canada publie l'indice des prix à la consommation de certaines agglomérations urbaines du Canada, mais chaque indice ne mesure que le mouvement des prix dans chacune de ces villes et ne permet pas de comparer le niveau de vie entre les villes (et donc, de comparer les salaires qui y sont payés en termes réels). Toutefois, des comparaisons partielles du niveau des prix dans différentes villes se trouvent dans *Prix à la consommation et indice des prix*, Statistique Canada, numéro de catalogue 62-010.

102. Cela ne tient strictement que si la main-d'oeuvre en place est irremplaçable. Mais le remplacement et la formation d'une nouvelle main-d'oeuvre comportent aussi des coûts. Or, on peut supposer que la minimisation des coûts est un objectif patronal que l'arbitre voudra également sauvegarder.

103. À titre d'exemple seulement, considérons les coûts de migration d'un policier de Montréal à Tokyo. Pour qui serait sceptique, nous suggérons de commencer l'évaluation des coûts par celui — pécuniaire et psychologique — de l'apprentissage de la langue japonaise.

L'ouvrage de base à consulter sur cette question est: Larry A. SJAASTAD, "The Costs and Returns of Human Migration", (1962) LXX *The Journal of Political Economy* 80-93, (Part 2, Supplément).

104. Les limites d'ordre géographique en sont un cas particulier dans la mesure où l'endroit d'exercice d'une profession est une variable non pécuniaire importante dans le choix occupationnel.

ment en main-d'oeuvre en quantité suffisante, il devra, dans une perspective de long terme, tenir compte des taux de salaire payés dans le marché à des professions similaires¹⁰⁵. Or, l'hypothèse fondamentale est à l'effet que les individus en période de décision choisiront la profession la plus rémunératrice, toutes les autres conditions de travail étant semblables (*ceteris paribus*)¹⁰⁶.

Cette dernière condition pose les limites de la comparabilité des professions. Nulle n'est identique à une autre, mais certaines ont des traits communs et d'autres pratiquement pas. Tant que les différences demeurent mesurables — *e.g.* la longueur et le coût des études de formation — la comparaison demeure possible. Mais il y a un seuil qu'on ne peut franchir: la comparaison des salaires n'est plus possible quand les différences qualitatives entre deux professions sont trop nombreuses. Il n'y a pas de critère objectif, automatique, de détermination de ce seuil. C'est affaire d'appréciation, de jugement, bref de pertinence de la preuve, selon l'expression employée plus haut.

L'arbitre, défini comme expert en la matière, pourra faire appel aux auteurs qui en ont discuté dans leurs oeuvres. C'est en vain qu'on invoquerait qu'il s'agit là de preuves extrinsèques¹⁰⁷.

L'arrêt *The Metropolitan Toronto Police Association*¹⁰⁸ pose la règle contraire en matière d'arbitrage de grief, mais il ne s'applique pas à l'arbitrage de différend en raison de son objet particulier. La prohibition de la preuve extrinsèque vient de ce qu'on ne peut

105. Le concept de marché est complexe. Nous nous contenterons ici, de le considérer comme une aire géographique, telle une ville ou une région, suffisamment restreinte pour que les travailleurs soient indifférents quant au point précis où se situe leur travail et que les coûts de transports soient nuls ou uniformes entre ces différents points.

106. Plus précisément, ils choisiront la profession qui offre le maximum d'avantages nets, étant entendu qu'une différence positive de salaire peut compenser un désavantage non pécuniaire d'une profession par rapport à une autre et *vice versa*. L'ouvrage de base à consulter sur cette question est: S. ROTTENBERG, *loc. cit.*, note 50, 183-199 et l'échange de vues avec Robert J. LAMPMAN, (1956) 9 *Industrial and Labor Relations Review* 629-641.

107. REID et DAVID, *op. cit.*, note 63, 78.

108. *The Toronto Metropolitan Police Association et al. v. The Metropolitan Toronto Board of Commissioners of Police*, (1975) 1 R.C.S. 630 (notes du juge Beetz auxquelles souscrit le juge Pigeon). En matière législative, l'utilisation d'éléments extrinsèques est la règle et ces éléments peuvent même être utilisés plus tard pour interpréter la loi, du moins lorsqu'il faut la caractériser constitutionnellement. Cf. *Churchill Falls (Labrador) Corp. Ltd. c. Le Procureur général de Terre-Neuve et al.*, Cour suprême du Canada, le 3 mai 1984, p. 27 et seq.

contredire un écrit valablement fait¹⁰⁹. Or, précisément, la tâche du tribunal d'arbitrage consiste à écrire la convention, non à interpréter un document sur lequel les parties se seraient déjà entendues.

Toutefois, remarquons qu'il ne s'agit pas à proprement parler de recueillir de l'information purement factuelle, bien que, d'autre part, la règle suivant laquelle un tribunal ne peut procéder à sa propre enquête pourrait éventuellement être appliquée¹¹⁰. L'ambiguïté de la question vient de ce qu'en arbitrage de différend la preuve des faits, leur interprétation et la plaidoirie qui en découle sont inextricablement liées. Ainsi, l'arbitre qui, face à une demande d'augmentation des salaires fondée sur l'augmentation du coût de la vie, fait une revue des différentes formules d'indexation des salaires qu'on peut trouver dans les conventions collectives, pourrait être taxé d'imprudence alors que la démarche semble à l'abri de tout reproche si la recherche est faite à travers les auteurs¹¹¹.

De la même façon, l'arbitre peut-il entendre des témoignages sur le contenu des négociations, autre type de preuve extrinsèque? Il semble que oui. En matière d'arbitrage d'une première convention collective, la loi l'y invitait explicitement, avant les récents amendements¹¹².

D'autre part, l'exposé des clauses en litige est confié aux parties et il n'y a pas de différence, en pratique, entre la position finale des parties en négociation et leur position initiale à l'arbitrage.

S'il y a divergence entre les deux positions d'une partie, l'arbitre n'a pas à en tenir compte car il n'a pas juridiction pour décider si les parties en sont venues à une entente sur un point précis; *a fortiori* il n'a pas le droit de décider si une partie a modifié sa position en cours de négociation, en vue d'un rapprochement. Il en irait tout autrement si le législateur avait retenu un régime de *final offer selection*, ce qui n'est pas le cas. Toutefois, l'arbitre possède cette juridiction s'il s'agit

109. Voir l'article 1234 du *Code civil*. Le *Code civil français*, dont l'article 1341 est la source de notre règle, est plus complet: il ajoute qu'aucune preuve ne peut être reçue "sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors et depuis les actes..."

110. Sur cette règle voir REID et DAVID, *op. cit.*, note 63, 87.

111. Par analogie, un tribunal ne peut recourir à l'histoire parlementaire d'une loi, preuve extrinsèque, sauf s'il le fait à travers la doctrine. À cet effet: Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1982, p. 371 et seq. (à la p. 381). Voir cependant la note 108.

112. Voir l'article 93.4 (ancien) du *Code du travail* selon lequel le conseil devait étudier le comportement des parties en négociations. Le nouveau texte implique aussi un tel examen.

d'une première convention, cette juridiction découlant implicitement de l'article 93.7¹¹³.

D'autre part, le régime général d'arbitrage des différends est facultatif. Ce mode de règlement pacifique requiert l'accord des deux parties, comme alternative à la grève ou au lock-out. On peut donc se demander si elles ne pourraient, d'un commun accord s'y soustraire par la suite. Cela est douteux; il y a en effet danger d'appliquer intégralement les principes de droit privé à un régime qui confine au droit public, en l'occurrence de discuter à partir du principe de l'autonomie des volontés. L'accord dont il s'agit ici n'est pas un compromis d'arbitrage¹¹⁴.

Rappelons que les parties peuvent modifier la sentence rendue. Il s'ensuit logiquement (qui peut le plus peut le moins) qu'elles peuvent s'entendre en cours d'arbitrage et que l'arbitre est lié par cette entente¹¹⁵.

On peut en conclure généralement que les phases de la négociation et de l'arbitrage sont distinctes, sauf les règles particulières à l'effet contraire, et que l'arbitre de différend ne peut entendre de preuve relative à la marche ou au contenu des négociations.

Parlons maintenant des preuves documentaires. Naturellement, elles sont recevables. Si les conditions de travail dans une entreprise ou une industrie comparables sont déterminées par convention collective, il faudra produire un écrit, puisque la convention doit être écrite¹¹⁶. S'agissant d'un imprimé, n'importe quel exemplaire suffira à faire la preuve de la teneur de tous les autres, mais non de la teneur de l'original¹¹⁷. Nous croyons qu'il faut dire la même chose d'un texte photocopié ou photocopie, encore que la réserve quant au contenu perde de l'importance si l'original a été utilisé dans le procédé de reproduction.

113. On peut, par un argument de texte et compte tenu de son point d'insertion dans le processus d'arbitrage (l'article 93.7 suit l'article 93.5 qui traite de la décision d'imposer une convention) soutenir que l'article 93.7 ne touche que les ententes subséquentes à l'imposition de l'arbitrage.

114. Sur ce dernier point, voir l'article 942 du *Code du travail*.

115. Les parties n'auraient, devant l'entêtement d'un arbitre, qu'à retirer leurs propositions sur les points réglés. La perte de juridiction s'ensuivrait sous peine d'*ultra petita*.

116. Art. 1, par. d *C.t.*

117. NADEAU et DUCHARME, *op. cit.*, note 99, 113-114.

D'autre part, la convention collective étant assimilable à un acte solennel dont l'entrée en vigueur est subordonnée au dépôt au greffe du bureau du commissaire général du travail¹¹⁸; les parties adverses pourront exiger la preuve de ce dépôt. Si cette preuve était fournie, une copie conforme émanant du greffe devrait être acceptée par l'arbitre comme faisant preuve de son contenu¹¹⁹. Exiger davantage équivaldrait à forcer une partie à assigner un tiers, signataire de la convention dont on veut faire la preuve, ce qui paraît d'autant plus exagéré que l'autre partie est à même de faire toute vérification jugée utile¹²⁰. En pratique, le dépôt de conventions collectives ne fait pas problème, ni même d'ailleurs le dépôt de documents analytiques préparés à partir des données contenues dans un groupe de conventions. Encore ici la règle d'or à suivre est de laisser à l'autre partie la possibilité d'en vérifier l'exactitude.

Mais à côté des conventions collectives, d'autres documents sont déposés en preuve. Mentionnons en premier lieu, les lois et règlements (du Québec) de toutes sortes. Notons d'abord qu'ils n'ont pas à être prouvés¹²¹, mais que si copie en est déposée, elle est réputée authentique¹²².

D'autres documents publics sont utilisés, tels ceux relatant les données et analyses de Statistique Canada (*e.g.* l'indice des prix à la consommation). Des copies de ces documents sont admissibles à un double titre. En premier lieu, ce sont des imprimés; nous en avons parlé plus haut. De plus, ce sont des documents publiés sous l'autorité du ministre des Approvisionnements et Services Canada et, à ce titre, ils feraient preuve de leur contenu¹²³. Cette affirmation toutefois, est sujette à caution; en supposant qu'elle soit erronée, quelle est la solution du problème?

La partie qui conteste le dépôt en preuve du document exigera qu'on en prouve la source c'est-à-dire que la personne ou l'organisme à

118. Art. 72 *C.t.*

119. Voir, par analogie, les articles 1207 et 1215 du *Code civil*.

120. L'arbitre doit d'ailleurs lui laisser la possibilité de faire cette vérification si la partie le demande.

En pareil cas, il serait préférable de retarder le dépôt du document jusqu'à ce qu'il ait été vérifié, sauf accord des parties à l'effet contraire.

121. NADEAU et DUCHARME, *op. cit.*, note 99, 23-24.

122. Art. 1207, 2^o et 3^o al. C.c.

123. Voir à cet effet, l'article 1207, alinéas 6 et 8 du *Code civil*. D'autre part, l'énumération de l'article 1207 n'est pas limitative.

qui il est attribué en est bien l'auteur. En ce cas, on assignera le Chef statisticien du Canada qui viendra témoigner sur l'origine du document¹²⁴.

Il convient de rappeler que l'origine du document et la véracité de son contenu sont deux choses différentes. Si le document explique comment certaines données ont été recueillies et traitées, c'est encore une preuve indirecte. Les remarques que nous venons de faire s'appliquent encore *mutatis mutandis*.

Enfin, la valeur d'un document, son utilité *e.g.* quelle variable telle statistique mesure-t-elle? sont une autre question. Si au cours d'une enquête ce problème particulier se pose, la preuve qui y répondra sera une expertise et en ce cas l'opinion des auteurs du document n'a pas *a priori* plus ou moins de valeur que celle des autres experts appelés à témoigner. Le poids de la preuve ira dans le sens de la confiance accordée à chacun par le tribunal.

CONCLUSION

Nous avons vu, ou du moins tenté de démontrer, dans cette étude les similitudes et les différences entre l'arbitrage de grief (conflit de droit) et l'arbitrage de différend (conflit d'intérêts). À la manière de l'arbitre de grief, l'arbitre de différend se distingue du tribunal ordinaire; tous deux ont cependant des attributs quasi judiciaires.

Outre leurs points communs, les deux types d'arbitrages ont aussi des dissemblances; l'arbitre de grief a davantage le caractère judiciaire.

Pour illustrer ce qui précède, la règle *audi alteram partem* s'applique aux trois types d'organismes. L'exception à l'inadmissibilité de la preuve par ouï-dire joue en faveur des deux organes d'arbitrage.

124. On voit combien ce scénario est peu compatible avec la réalité. C'est pourquoi l'on procédera par admission. À tout le moins, permettra-t-on qu'un fonctionnaire désigné vienne témoigner; l'assignation à comparaître s'inspirera alors de la règle édictée par l'article 629 du *Code de procédure civile* en matière de saisie-arrêt en mains tierces.

Enfin, il est question ici d'un cas particulier de la règle de la prohibition de la preuve par ouï-dire; or, comme nous l'avons vu, l'arbitre de différend n'y est pas strictement tenu.

Enfin, c'est la thèse que nous développons, l'arbitre de différend, créateur de droits et d'obligations, est appelé à rendre des jugements d'opportunité et, à cet égard le recours inconsidéré aux règles de preuve peut, sinon empêcher, du moins retarder indûment la bonne marche de l'enquête. Or, tout retard indu est en l'occurrence à éviter, tout comme c'est le cas dans une négociation puisque le retour à la normale en dépend. Dans notre législation du travail, l'état normal est l'administration et l'application pacifique des conditions de travail par les parties. L'incertitude prévalant entre les conventions collectives ou pendant l'arbitrage du différend doit être levée le plus rapidement possible et les procédures dilatoires, là comme ailleurs, doivent être évitées. Si les parties ne suivent pas cette ligne de conduite, arbitres et tribunaux du moins devraient les y amener, quand l'occasion s'en présente.

Au-delà des considérations purement juridiques, il est essentiel, selon nous, de toujours garder en mémoire le rôle créateur de l'arbitre de différend. Il peut bien être sujet au contrôle des tribunaux supérieurs, comme on l'a vu précédemment; il n'en reste pas moins que ces derniers ne peuvent pas laisser de côté les particularités de ce "tribunal". Autrement, à la limite, il y aurait possibilité de paralyser l'arbitre de différend par un abus de procédure. L'expérience nous enseigne que cette possibilité est un risque réel, se concrétisant dans des espèces particulières. Rien n'indique, cependant, que le risque soit généralisé.

Enfin, il y aurait lieu d'étudier minutieusement les sentences arbitrales pour tenter de dégager quels critères de décision sont retenus par les arbitres. À cet égard, il est regrettable que ces sentences n'aient pas jusqu'ici fait l'objet d'une diffusion systématique, que ce soit dans un recueil spécialisé ou général.