

**UNE COMMISSION NATIONALE D'ARBITRAGE :
VRAIMENT PAS UNE BONNE IDÉE!**

**CONFÉRENCE PRÉSENTÉE AU COLLOQUE GÉRARD-PICARD (CSN)
2 FÉVRIER 2007**

**M^e FRANÇOIS HAMELIN
ARBITRE**

INTRODUCTION

Les promoteurs d'une commission nationale d'arbitrage assoient leur proposition sur le fait que, selon eux, les tribunaux d'arbitrage n'ont pas réalisé la mission qui leur a été confiée de rendre une justice arbitrale, rapide, peu coûteuse et accessible (déjudiciarisé).

À ces trois critiques traditionnelles, ils ajoutent que depuis l'arrêt Parry Sound, qui a élargi la compétence des arbitres aux principales lois du travail et aux chartes, ces derniers n'ont pas toute l'expertise et l'indépendance nécessaires pour appliquer ces lois.

Magnifiques et interminables débats en perspective, qui déclenchent beaucoup d'émotion! Mais encore faut-il les faire démarrer avec un minimum de vérité. Avant d'examiner en détail chacun de ces arguments, il a donc lieu de s'entendre sur trois postulats importants.

Premier postulat : nous nous entendons tous sur la mission que le législateur a confiée aux tribunaux d'arbitrage : rendre une justice rapide, peu coûteuse et accessible (déjudiciarisée).

Second postulat : si les tribunaux d'arbitrage ont effectivement failli à leur obligation fondamentale et présentent un « *déficit d'expertise et d'indépendance* » incompatible avec l'exercice de leur compétence, il y a effectivement lieu de les remplacer.

Troisième postulat : l'inverse est également vrai : si les tribunaux d'arbitrage remplissent adéquatement leurs fonctions, avec compétence et indépendance, il n'y a pas lieu de les remplacer.

La question est trop importante pour se satisfaire de prétentions gratuites, de perceptions biaisées ou de généralités excessives à partir de cas particuliers non représentatifs. C'est sans complaisance qu'il faut donc interroger les faits et s'appuyer sur une analyse rigoureuse et minutieuse du régime d'arbitrage.

Situons d'abord les tribunaux d'arbitrage dans le contexte des relations du travail.

Parallèlement à la Loi sur les normes du travail, qui décrète des conditions minimales de travail d'ordre public, le Code du travail a pour but de favoriser la liberté de négocier et de conclure des conventions collectives d'ordre privé entre des syndicaux locaux et des employeurs.

À cette fin, le Code cherche à établir un équilibre relatif de forces entre les salariés regroupés en syndicat et l'employeur, d'où le mécanisme de reconnaissance syndicale, l'obligation de conclure une convention collective, le

droit de grève, le précompte syndical obligatoire et finalement, l'établissement de tribunaux d'arbitrage chargés d'appliquer la convention collective.

C'est ainsi que le contrôle et la rémunération des tribunaux d'arbitrage par les parties s'inscrivent dans le prolongement de la négociation collective et dans le contexte d'un régime privé, où chaque partie doit assumer sa part des dépenses.

I- LES COÛTS DE L'ARBITRAGE

Pour répondre adéquatement à la question de savoir si le régime d'arbitrage est coûteux, il faut le situer dans son contexte et examiner ses coûts totaux de fonctionnement.

A) Les honoraires et frais d'arbitrage en contexte

D'abord la part relative des honoraires et frais d'arbitrage dans le budget des syndicats : il y a les dépenses reliées à la vie syndicale, à l'organisation, à la formation, à la santé-sécurité, aux négociations et à l'application de la convention collective.

Des études réalisées au Canada anglais et confirmées par nombre de représentants de syndicats québécois révèlent que les honoraires et frais des arbitres représentent environ 10% des dépenses reliées à l'application de la convention collective, et moins de 5% des dépenses totales du syndicat.

Les dépenses reliées à l'application de la convention collective comprennent les dépenses reliées au dépôt et à la discussion de griefs par les représentants syndicaux, à leur négociation à l'occasion de la procédure de règlement des griefs et à toutes les discussions subséquentes de règlement des griefs jusqu'à la nomination de l'arbitre. Environ 90% des griefs sont réglés sans être déferés à l'arbitrage.

Viennent ensuite les dépenses reliées aux griefs soumis à l'arbitrage, dont environ 90% sont également réglés avant qu'une audience n'ait lieu.

Puis, viennent les dépenses reliées à l'arbitrage proprement dit, qui concernent environ 5% des griefs déposés. Il s'agit des dépenses pour la libération des représentants syndicaux et des témoins, ainsi que les honoraires et frais de l'arbitre. Ce sont ces dépenses qui représentent 5% des dépenses totales du syndicat.

L'idée n'est pas de banaliser ces dépenses mais uniquement de les replacer en contexte. Dire que les syndicats comptant peu de membres ne peuvent assumer les honoraires et frais de l'arbitre est sans doute vrai, mais tendancieux : il serait plus juste de dire que sans l'aide de la centrale, ces syndicats ne pourraient pratiquement assumer aucune dépense syndicale.

B) La ventilation des honoraires et frais de l'arbitre

La rémunération horaire de l'arbitre désignée par le ministre est de 120 \$, alors que la rémunération horaire moyenne déclarée par tous les arbitres et appliquée lorsqu'ils sont désignés par les parties est de 160 \$. Chaque partie assume la moitié de ces coûts, soit 60 \$ ou 80 \$ selon le cas.

Considérons le tarif horaire minimal établi à 120 \$. C'est un montant global qui comprend à la fois la rémunération proprement dite de l'arbitre - incluant ses avantages sociaux -, toutes ses dépenses de fonctionnement (secrétariat, comptabilité, formation, etc.) et toutes ses dépenses en immobilisation (équipement et logement).

Ces dépenses représentant environ le tiers de son revenu, ce qui, sur un taux horaire de 120 \$ représente 40 \$, avec le résultat que la rémunération horaire proprement dite de l'arbitre est de 80 \$, incluant ses avantages sociaux. Toutes proportions gardées, le tarif horaire moyen de 160 \$ des arbitres désignés par les parties représente une rémunération proprement dite de 107 \$ et de 53 \$ pour ses dépenses. À titre de comparaison, examinons maintenant le coût horaire moyen d'un commissaire du travail.

C) Examen comparatif des coûts : tribunaux d'arbitrage et Commission des relations du travail

Le bilan financier de la Commission des relations du travail pour l'année 2004-2006 fait état de dépenses totales de 13,9 millions.

Quant à l'échelle moyenne de traitement des 31 commissaires, elle s'établit à 105 000 \$ par an. Cette rémunération ne comprend pas les avantages sociaux comme les vacances, les congés fériés, les congés de maladie, les congés parentaux, sociaux et autres qui représentent des déboursés équivalant à 30% de la rémunération régulière, soit 31 000 \$ de plus par an, pour une rémunération globale annuelle de 136 000 \$ ou 2 600 \$ par semaine, par commissaire.

Appliquer à une semaine normale de travail de trente-cinq heures, cela donne un taux horaire de 75 \$ (avantages sociaux inclus) par commissaire.

Il faut maintenant évaluer les dépenses de fonctionnement et en immobilisation reliées à l'encadrement du travail des 31 commissaires du travail. Il s'agit de dépenses d'encadrement administratif, professionnel et de bureau, ainsi que des dépenses d'équipement et de logement qui apparaissent au bilan financier de la Commission des relations du travail.

La part du budget de 13,9 millions de la Commission des relations du travail consacrée à la rémunération globale des commissaires est de 4,2 millions (136 000 \$ x 31 commissaires), ce qui représente 33% des dépenses totales de l'organisme. En d'autres termes, pour chaque dollar versé à la rémunération d'un commissaire, la Commission doit déboursier deux dollars en frais et dépenses d'encadrement.

C'est ainsi que le coût horaire moyen total d'un commissaire de la Commission des relations du travail s'établit à 225 \$, soit 75 \$ pour sa rémunération et 150 \$ pour les frais d'encadrement.

C'est 88% plus élevé que le coût horaire minimum d'un arbitre nommé par le ministre, qui est de 120 \$, et 40% plus élevé que le coût horaire moyen d'un arbitre désigné par les parties, qui est de 160 \$.

Dans leur projet de création d'une commission nationale d'arbitrage, les auteurs proposent que l'organisme soit financé par les impôts, quel qu'en soit leur provenance. C'est ainsi qu'en lieu et place de la quote-part des syndicats et des employeurs utilisateurs du régime actuel d'arbitrage, qui est, en moyenne, de 60 \$ ou 80 \$ l'heure pour chaque partie, l'état devrait assumer seul la responsabilité d'une charge horaire de 225 \$ pour chaque commissaire du nouvel organisme.

Pour ces motifs, on voit donc qu'il est faux de prétendre que le régime d'arbitrage est globalement trop coûteux et doit être remplacé par une commission nationale d'arbitrage.

II- LES DÉLAIS D'ARBITRAGE

Tout système de justice - qu'il soit judiciaire, administratif ou arbitral - doit être centré sur la préoccupation du justiciable qui réclame justice. Ce dernier désire, en temps réel, un recours prompt et efficace, qui met fin à l'injustice dont il s'estime victime. En d'autres termes, il veut une décision rapide, rendue par un tribunal compétent en la matière.

Dans leurs rêves les plus fous, les justiciables souhaitent que l'autorité responsable de l'administration de la justice alloue les budgets nécessaires à l'embauchage d'un effectif suffisant de juges ou d'arbitres pour faire face, rapidement et constamment, à leurs besoins. Pour tout tribunal, la clef est en effet de pouvoir disposer de disponibilités suffisantes de la part des décideurs en droit pour faire face au volume de recours exercés par les justiciables et pouvoir s'y adapter rapidement au gré de leur évolution. C'est l'implacable loi de l'offre et de la demande.

Dans le cas des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs, si l'on se fie aux longs délais constatés depuis toujours, cet idéal semble relever de l'utopie. La raison en est fort simple : les budgets alloués par l'état à chaque tribunal ne sont pas uniquement fonction des besoins des justiciables que celui-ci doit desservir, mais également de toutes les autres missions de l'état; en outre, les budgets attribués aux tribunaux sont fermes et n'évoluent pas facilement dans le temps pour s'adapter à de nouveaux besoins.

C'est pour éviter ces contraintes étatiques que les parties à la convention collective et le législateur ont convenu de créer un régime privé d'arbitrage, contrôlé et rémunéré par les parties elles-mêmes, pour voir à l'application de leur convention collective privée.

Les parties se sont réservé le privilège de sélectionner les arbitres en fonction de leur expérience, de leurs connaissances et de leur expertise en relations de travail et de fixer le niveau des arbitres à être inscrits sur la liste du ministre en fonction de leurs propres besoins d'arbitrage.

De la sorte, les parties peuvent s'assurer d'un effectif total d'arbitres compétents qui possèdent suffisamment de disponibilités pour faire face à leurs propres besoins d'arbitrage. Elles ont sagement compris que pour s'assurer d'un régime d'arbitrage rapide et capable de s'adapter à l'évolution de leurs besoins, il fallait que, globalement, l'offre de disponibilités d'arbitrage des arbitres excède la demande de disponibilités d'arbitrage des parties.

L'expérience montre qu'au fil des ans, les parties ont en effet établi un niveau d'effectif d'arbitres légèrement supérieur aux réels besoins d'arbitrage : avec quelque 110 arbitres pour rendre une moyenne de 1 379 décisions par an on obtient une charge moyenne de travail de 12,5 décisions par arbitre par an, ce

qui est en-deçà d'une charge complète de travail, qui oscille autour de 20 décisions par an.

Tenant compte de la minorité d'arbitres qui travaillent à temps partiel, il est généralement admis que le tiers des arbitres travaillent à temps complet, un autre tiers à 75% et un dernier tiers à 50% et moins.

Un sondage auprès des arbitres confirme que leur charge moyenne de travail se situe autour de 75% d'une charge complète, ce qui laisse dans le système d'arbitrage beaucoup de disponibilités excédentaires afin de répondre à tous les besoins des parties dans un délai rapide.

Précision très importante : les parties peuvent se permettre une telle flexibilité parce que, contrairement aux juges des tribunaux judiciaires et administratifs qui sont pleinement rémunérés dès leur nomination par l'état, les arbitres inscrits sur la liste du ministre ne le sont pas : leurs disponibilités excédentaires gratuites se trouvent naturellement à créer une bénéfique pression à la baisse sur les délais.

Selon toute vraisemblance, cette heureuse conjoncture devrait entraîner une justice arbitrale rapide, du moins une justice arbitrale évoluant à la vitesse maximale dont les parties sont capables, puisque en tout temps, les arbitres disposent de disponibilités excédentaires.

Examinons maintenant la réalité en ayant à l'esprit que c'est le syndicat qui dépose les griefs; c'est également lui qui a naturellement intérêt à les porter à l'arbitrage le plus rapidement possible et qui en assume la responsabilité.

A) Les statistiques sur les délais

Selon les statistiques colligées par le CCTM, les délais d'arbitrage sont les suivants (exprimés en jours civils) :

	<u>1994-1995</u>	<u>2005-2006</u>
1- Délai préarbitrage		
(dépôt de griefs – nomination arbitre)		
a) procédure de règlement de griefs	60	60
b) nomination de l'arbitre	<u>165</u>	<u>245</u>
<u>Total partiel</u>	225 <u>225 (7 ½ mois)</u>	305 <u>305 (10 mois)</u>
2- Délai d'arbitrage		
(nomination arbitre – décision)		
a) nomination 1 ^{re} audience	179 (6 mois)	246 (8 mois)
b) durée totale des audiences	45	81
c) délibéré	<u>55</u>	<u>53</u>
<u>Total partiel</u>	279 <u>279 (9 mois)</u>	380 <u>380 (12 ½ mois)</u>
<u>Total global</u>	504 (≈ 17 mois)	685 (≈ 23 mois)

Deux choses frappent dans ces statistiques.

D'abord, les délais totaux d'arbitrage ont augmenté de 36% depuis 1994-1995 (de 504 à 685 jours) mais curieusement, le seul délai dont les arbitres sont entièrement responsables (53 jours de délibéré) est celui qui est le plus court et il a même légèrement baissé.

Deuxièmement, les délais les plus longs, et de loin, sont le délai « *préarbitrage* » (305 jours), qui relève de l'entière et exclusive responsabilité du syndicat, et le délai « *nomination-1^{re} audience* » (246 jours), qui relève principalement de la partie syndicale : à eux seuls, ces délais comptent pour 80% des délais totaux d'arbitrage.

1) Le délai « préarbitrage » (305 jours)

Le délai « *préarbitrage* » de 305 jours comprend l'incompressible procédure de règlement des griefs (environ 60 jours) et le temps consacré à la nomination de l'arbitre par les parties (environ 245 jours). Dans le régime actuel, les parties ont la possibilité de choisir l'arbitre, mais chacune d'elles peut imposer unilatéralement à l'autre l'obligation de déférer cette nomination au ministre.

Dans tous les cas, il est donc possible à la partie syndicale de réduire le délai de 245 jours (huit mois) pour la nomination de l'arbitre, en le faisant désigner par le ministre, qui s'exécute généralement dans la semaine qui suit. Comme on l'a vu, la grande majorité des arbitres inscrits sur la liste possèdent suffisamment de disponibilités excédentaires pour procéder alors avec diligence.

Mais les statistiques révèlent que c'est dans une proportion de 85% que les parties syndicales et patronales préfèrent s'entendre sur la désignation des arbitres. Elles n'y sont pas tenues et chacune d'elles peut renoncer à cette liberté dans le régime actuel.

Dans le cas des griefs prioritaires, qui représentent environ le tiers des recours, quelques semaines, à la limite deux mois, suffisent généralement aux deux parties pour procéder à la nomination de l'arbitre, ce qui veut dire que dans le cas des griefs réguliers, le délai de nomination de l'arbitre oscille probablement autour de douze mois.

Ce n'est ni la négligence ni la paresse des représentants syndicaux qui expliquent ce délai de 12 mois, mais leur charge de travail, ainsi que les priorités (la négociation ou l'arbitrage), l'organisation et les pratiques syndicales : comment gérer une abondance de recours avec des ressources limitées? Les représentants syndicaux ont besoin de temps pour analyser tous les griefs, évaluer leur valeur et leur pertinence, tenter de les régler et décider ou non de les porter à l'arbitrage.

Une surcharge de travail et les ressources budgétaires limitées des syndicats expliquent sans doute le délai de douze mois entre le dépôt des griefs réguliers et la nomination de l'arbitre : il s'agit d'une responsabilité syndicale. Ce n'est donc pas le manque de disponibilités des arbitres qui est en cause, mais celui des représentants syndicaux. Le régime d'arbitrage n'est donc pas en faute.

Dans les circonstances, la création d'une commission nationale d'arbitrage ne peut être d'aucune utilité ni pertinence; pire, elle constituerait une régression majeure en ce qu'elle enlèverait le droit aux parties de s'entendre sur le choix de l'arbitre, qui est une liberté - et non une obligation - reconnue par le régime d'arbitrage et largement utilisée par la partie syndicale.

Dès lors, je ne vois pas en quoi une éventuelle commission nationale d'arbitrage, qui obligerait les parties à faire ce que le régime d'arbitrage leur permet de faire librement, puisse constituer un progrès.

2) Les délais d'arbitrage (380 jours)

Le délai total « *nomination à décision* » de l'arbitre est de 380 jours, en hausse de 101 jours depuis 1994-1996. C'est l'étape « *nomination-première audience* » qui est la plus longue (246 jours) et dont le délai est le plus en hausse depuis 1994-1995 (179 jours). Curieusement, cette étape relève également de la responsabilité du syndicat.

Suit l'étape « *durée des audiences* », qui est la responsabilité conjointe des parties et de l'arbitre, avec un délai de 81 jours, également en hausse depuis 1994-1995 (45 jours).

Enfin, l'étape « *délibéré* » (fin des audiences-décision) est la seule qui relève de l'entière responsabilité de l'arbitre. Avec 53 jours, elle est la moins longue et la seule qui est en baisse depuis 1994-1995 (55 jours).

Examinons ces étapes de plus près.

a) L'étape « *nomination-audience* » (246 jours)

i) Les nominations d'arbitres par le ministre

Si l'arbitre est nommé par le ministre (15% des cas), on a vu que le corps arbitral d'ensemble représenté par l'immense majorité des arbitres possède des disponibilités excédentaires suffisantes pour procéder rapidement (dans les trois mois), tous griefs confondus, ce qui est excellent.

Quant à la minorité d'arbitres moins disponibles, il faut distinguer entre les griefs prioritaires et les griefs réguliers. Dans les cas de griefs de congédiement, la pratique généralisée de ces arbitres consiste, soit à réserver quelques dates

pour les dossiers prioritaires, soit à recycler des dates annulées dans les trois mois qui viennent, soit les deux.

Dans le cas des griefs réguliers, il est vrai que les disponibilités de cette minorité d'arbitres sont moindres et que le délai avant la première audience est probablement de plus de 246 jours. L'expérience montre toutefois que les arbitres ne sont pas insensibles aux représentations d'une ou des parties lorsque, pour cause, elles demandent une date rapprochée.

La vérité, c'est que les représentants syndicaux ne font jamais ou très rarement de telles représentations, parce que, comme on le verra plus loin, ils assument généralement une surcharge de travail, toutes leurs disponibilités d'arbitrage à court terme étant affectées au traitement des griefs à l'étape « *préarbitrage* » ou à l'arbitrage de griefs prioritaires, ainsi qu'à leurs autres responsabilités (négociation, affaires syndicales, etc.).

Ce qui est certain, c'est que contrairement à la majorité des arbitres, les représentants syndicaux ne disposent généralement pas de disponibilités excédentaires pour procéder plus rapidement.

ii) Les nominations d'arbitres par les parties

Si l'arbitre est nommé par les parties (85% des cas), c'est la même situation qui se produit : tous les griefs prioritaires sont traités avec diligence par tous les arbitres, ce qui n'est pas le cas des griefs réguliers qui ne peuvent l'être que par la majorité des arbitres inscrits sur la liste qui disposent de disponibilités excédentaires.

Les longs délais d'attente ne peuvent donc survenir qu'à l'égard de griefs réguliers confiés par les parties à la minorité d'arbitres les plus sollicités par elles et qui, par le fait même, ne disposent plus de disponibilités excédentaires suffisantes.

Si le délai moyen d'attente avant la première audience est de 246 jours (8 mois) pour l'ensemble des griefs et d'environ 120 jours (4 mois) pour les griefs prioritaires, on peut raisonnablement avancer que le délai moyen d'attente des griefs réguliers confiés aux arbitres les plus sollicités voisine les douze mois.

Il faut maintenant se demander si ce délai d'attente de douze mois est imposé aux syndicats contre leur gré ou si, faute de disponibilités, ils y concourent tacitement. Tout converge vers cette dernière piste d'explication.

En premier lieu, la partie syndicale a participé au choix de l'arbitre concerné en toute connaissance de cause relativement aux délais; il lui était toujours possible soit de choisir un arbitre plus disponible, soit de recourir unilatéralement

à une nomination ministérielle. Rappelons que tous les arbitres inscrits sur la liste ont été agréés par les parties syndicales nationales en raison de leur expérience, de leurs connaissances, de leur expertise et de leur impartialité.

En second lieu, il est toujours possible à la partie syndicale qui choisit un arbitre moins disponible de procéder plus rapidement, soit en convenant avec lui d'un calendrier de disponibilités réservées à l'avance, soit en assortissant le mandat d'arbitrage qui lui est confié à la condition de procéder à l'intérieur d'un délai précis. Plusieurs syndicats le font, mais pas ceux affiliés à la CSN.

En troisième lieu, il est possible aux parties qui insistent pour confier leur mandat à des arbitres moins disponibles de faire appel à des regroupements d'arbitres que ceux-ci ont constitués, comme le SAA et le GAM, précisément afin d'offrir autant de disponibilités à court terme que les parties le désirent. Plusieurs syndicats ont recours aux services de tels regroupements, mais pas les syndicats affiliés à la CSN.

En quatrième lieu, à la demande des parties et avec la collaboration du ministère, tous les arbitres inscrits sur la liste ont par le passé offert leur concours et leurs disponibilités excédentaires pour mettre sur pied deux instances de règlement rapide de griefs réguliers, soit la procédure sommaire d'arbitrage du ministère du Travail et le TAPA. Dans les deux cas, les expériences ont lamentablement échoué dans l'indifférence générale, faute de mandats des parties.

Si on regarde la situation bien en face, l'implacable vérité des faits est la suivante : d'un côté, des arbitres qui possèdent et offrent des disponibilités excédentaires suffisantes pour procéder rapidement dans tous les griefs prioritaires et réguliers, et qui multiplient les solutions de rechange plus rapides en ce sens. De l'autre côté des représentants syndicaux qui n'utilisent les disponibilités excédentaires des arbitres ou les solutions de rechange que ces derniers proposent, qu'avec les griefs prioritaires. Négligence, paresse des représentants syndicaux? Nenni. La charge de travail des représentants syndicaux est telle qu'ils ne peuvent s'occuper rapidement que de griefs prioritaires.

C'est ainsi que faute de disponibilités suffisantes, les représentants syndicaux doivent se satisfaire, pour les griefs réguliers, du délai moyen d'attente de douze mois des arbitres les moins disponibles, qu'ils ont par ailleurs choisis en toute connaissance de cause.

En somme, les délais d'attente constatés résultent de choix, priorités, contraintes et pratique des syndicats. Ils représentent la vitesse maximale de croisière des syndicats dans le traitement des griefs soumis à l'arbitrage.

La bonne nouvelle, c'est que si les syndicats décident de changer leurs priorités et leurs pratiques en vue de réduire les délais d'attente, les arbitres possèdent les disponibilités excédentaires requises pour satisfaire leurs attentes. S'ils devaient en manquer, il est loisible aux parties d'augmenter ces disponibilités en ajoutant simplement d'autres arbitres à la liste du ministre.

Dans les circonstances et en tout respect, la création d'une commission nationale d'arbitrage est sans secours, parce que le problème des délais - si problème il y a - ne réside pas dans l'absence de disponibilités des arbitres, mais dans celle des représentants syndicaux.

Pire, la création d'une commission nationale d'arbitrage enlèverait aux parties le droit de choisir les arbitres et, son corollaire, la possibilité de constituer sans frais une banque d'arbitres pouvant offrir des disponibilités excédentaires suffisantes et plusieurs types de recours de rechange plus rapides pour répondre à tous les besoins d'arbitrage, présents et futurs.

Une commission nationale d'arbitrage dotée de budgets fixes déterminés par l'état et d'un personnel rémunéré à temps complet ne peut tout simplement pas offrir les conditions et garanties inhérentes au régime d'arbitrage.

b) L'étape « durée des audiences » (81 jours)

Ce délai, qui relève de la responsabilité conjointe des parties et de l'arbitre, s'explique d'abord et avant tout par la complexité et la lourdeur des dossiers soumis et l'obligation d'offrir à chaque partie le droit à une défense pleine et entière.

La complexité accrue des dossiers d'arbitrage s'explique surtout par l'apparition de nouvelles réalités juridiques plus exigeantes, comme le droit à l'égalité (obligation d'accommodement) et le droit à l'intégrité physique et psychologique (harcèlement). Sur le sujet, les parties et les arbitres auraient intérêt à se rencontrer au CCTM afin de convenir de la meilleure façon de les traiter, en termes de coûts, de délais et de procédures.

La seconde remarque concerne le respect des règles fondamentales de la justice qui, selon la critique syndicale, contribue à judiciaireiser l'arbitrage. On pourrait comprendre ces critiques si les employeurs étaient les seuls à exiger le respect de ces règles, mais il n'en est rien puisque les syndicats en réclament le respect intégral avec autant de vigueur que l'employeur lorsqu'ils doivent assumer leur fardeau de preuve, soit en demande, soit en défense. On ne peut soutenir en même temps que dans un cas, il s'agit de judiciaireisation et dans l'autre, d'une règle fondamentale de justice.

Il en va de même des demandes de remise : 90% d'entre elles se font de consentement et celles qui sont contestées émanent autant de la partie syndicale que de la partie patronale. Ces dernières demandes sont généralement acceptées, faute de moyen d'en vérifier le bien-fondé, mais à la condition que la prochaine audience soit fixée à une date contemporaine.

Quoi qu'il en soit, les statistiques démontrent que les délais occasionnés par les remises et les procédures sont infimes, comparés aux délais d'attente, et ce n'est qu'à la marge qu'ils peuvent être réduits, sans effet notable sur les délais d'ensemble.

c) L'étape du délibéré (53 jours)

C'est l'étape qui va de la dernière journée d'audience à la date de la décision, la seule qui relève de l'entière responsabilité des arbitres : non seulement ce délai est le plus court, mais malgré la lourdeur croissante des dossiers soumis à l'arbitrage, il est le seul qui décroît régulièrement au fil des ans, passant de 68 jours en 1986-1987 à 55 jours en 1994-1995 et à 53 jours en 2005-2006.

Ce n'est donc pas d'aujourd'hui que tous les arbitres, qu'ils disposent de disponibilités excédentaires ou non, rendent justice avec célérité : ils l'ont toujours fait avec une remarquable constance depuis les débuts de l'arbitrage.

Les arbitres ne sont pas des êtres d'exception : ce sont des hommes et des femmes avec leurs qualités et leurs défauts, à ceci près qu'en rapport avec l'arbitrage des griefs, ils ont été sélectionnés par les parties nationales et locales pour leur compétence, leur expertise, leur intégrité et leur impartialité en matière d'arbitrage dans les relations de travail.

Il est donc normal d'affirmer que si, comme je le crois, les parties ont fait preuve de jugement dans la sélection des arbitres inscrits sur la liste du ministre, les arbitres sont effectivement compétents, offrent une prestation adéquate de travail dans l'exercice de leurs fonctions et réalisent l'importante mission qui leur a été confiée.

Pour un arbitre, cela veut dire présider efficacement aux audiences, écouter avec patience et rendre rapidement une décision en droit, basée uniquement sur la preuve entendue et en appliquant telles quelles la convention collective et les lois applicables, sans les modifier d'aucune façon. C'est la seule façon reconnue par les parties pour qu'un arbitre leur soit naturellement « *acceptable* ».

L'arbitre qui déroge à ces critères, que ce soit par complaisance ou peur de déplaire à l'une des parties, devient rapidement « *inacceptable* » à l'une des parties et ne peut espérer obtenir des mandats consensuels.

B) Comparaison avec les délais des autres instances

L'exercice comparatif est utile en ce qu'à l'origine, en 1964, les tribunaux d'arbitrage ont été créés pour se démarquer des tribunaux judiciaires sous plusieurs rapports, dont celui des délais.

L'exercice comparatif s'étendra ensuite aux tribunaux administratifs qui ont été créés après coup et précisément sur le modèle des tribunaux d'arbitrage.

Ce sont les délais d'arbitrage (dépôt des griefs-décision) qui peuvent être comparés. Rappelons qu'ils étaient de 279 jours (8 mois ½) en 1994-1995 et de 380 jours (12 mois ½) en 2004-2005.

1) Les tribunaux judiciaires

Pour la période 1995-2005, les délais moyens entre le dépôt d'une action et la décision de la cour varie dans les limites suivantes :

Cour supérieure – de 32 à 36 mois

Cour du Québec – de 28 à 32 mois

Tribunal des petites créances – de 14 à 18 mois

Précision utile : ces délais, qui sont en moyenne le double des délais constatés en arbitrage, correspondent à la capacité maximale de procéder, non des justiciables, mais du tribunal judiciaire concerné. En arbitrage, les délais correspondent à la capacité maximale de procéder des justiciables représentés par les syndicats et les employeurs, et non des arbitres.

En d'autres termes, ce n'est pas le justiciable mais le tribunal judiciaire, pour des motifs budgétaires, qui est réellement responsable des délais pour rendre justice. Il en va heureusement autrement en arbitrage, avec le résultat que pour réduire les délais d'arbitrage constatés, il suffit seulement à la partie syndicale de modifier ses priorités et pratiques.

2) Les tribunaux administratifs

Il s'agit surtout du Tribunal des droits de la personne, de la Commission des lésions professionnelles et de la Commission des relations du travail depuis 2002 et de son ancêtre, le Bureau du commissaire général du travail.

a) Le Tribunal des droits de la personne

Rappelons que le Tribunal des droits de la personne n'entend que les plaintes déposées par la Commission des droits de la personne.

Pour l'année 2004-2005, le délai entre le dépôt d'une plainte à la Commission des droits de la personne et la décision de l'accueillir était de 578 jours (19 mois). Par la suite, le délai moyen entre le dépôt de cette plainte par la Commission des droits de la personne devant le Tribunal et la décision de ce dernier était de 25 mois.

Le délai total moyen entre le dépôt de la plainte originale devant la Commission des droits de la personne et une décision du Tribunal des droits de la personne est donc de 43 mois, ce qui a incité la Commission des institutions de l'Assemblée nationale, en 2005, à faire une mise en garde à l'institution pour surveiller ses délais et la judiciarisation excessive des recours.

Avec égard, ce sont les raisons qui expliquent la préférence marquée des parties à la convention collective de préférer la compétence et l'expertise des tribunaux d'arbitrage pour appliquer le droit à l'égalité en contexte de droit collectif.

b) La Commission des lésions professionnelles

En 1994-1995, les délais de la défunte Commission d'appel en matière de lésions professionnelles (CALP) voisinaient 36 mois et faisaient l'objet de critiques unanimes qui réclamaient des mesures énergiques de redressement.

Des résultats fragmentaires de la Commission des lésions professionnelles, qui a remplacé la CALP, laissent voir un redressement lent, timide et incomplet. Je n'ai pu en vérifier le bien-fondé.

c) La Commission des relations du travail

J'examinerai les délais de la Commission des relations du travail et du Bureau du commissaire général du travail dans l'exercice de leur compétence relativement aux plaintes de congédiement déposées selon l'article 124 de la Loi sur les normes du travail, parce qu'il s'agit de recours comparables à ceux d'un grief de congédiement soumis à l'arbitrage.

En 1994-1995, le délai total moyen entre le dépôt d'une plainte au Bureau du commissaire général du travail selon l'article 124 de la Loi sur les normes du travail et la décision du commissaire était de 580 jours (19 mois).

Les statistiques de la Commission des relations du travail pour les deux années comprises entre le 1^{er} janvier 2005 et le 31 décembre 2006 montrent que ce délai a été notablement réduit, passant de 580 jours à 442 jours.

Le tableau suivant ventile ces délais (en jours civils) comme suit (entre parenthèses, le délai correspondant d'arbitrage) :

- Dépôt de la plainte- 1 ^{re} audience	223	(246)
- Durée totale de l'audience	169	(81)
- Délibéré	<u>55</u>	<u>(53)</u>
	442	(380)

C'est grâce à la vision, à la compétence et à la rigueur de la direction actuelle de la Commission des relations du travail que la situation a pu notablement s'améliorer avec les budgets qui lui ont été alloués.

Là est toute la question : la Commission des relations du travail doit naturellement opérer à l'intérieur de budgets fermés, qui n'ont pas toujours un lien direct avec les besoins exprimés par les justiciables qu'elle doit desservir.

Le délai total moyen de 442 jours (14 mois ½) observé à la Commission des relations du travail représente la vitesse maximale d'opération de l'institution, qui emploie à 100% toutes les disponibilités de ses commissaires. Ce délai ne peut être amélioré sans l'apport d'effectif additionnel, donc de budgets additionnels bien aléatoires, ce qui, je le répète, n'est pas le cas des tribunaux d'arbitrage.

En second lieu, le nombre de décisions des commissaires de la Commission des relations du travail portant sur des plaintes de congédiement est de 155 par année, ce qui ne se compare pas avec le volume d'arbitrage annuel des arbitres qui est de 1379 en 2005-2006, soit neuf fois plus.

En troisième lieu, le délai de 442 jours observé à la Commission des relations du travail s'applique exclusivement à des recours en congédiement qui sont traités, en arbitrage, comme des griefs prioritaires. Or, le délai total moyen de 380 jours (12 mois ½) en arbitrage concerne tous les griefs, prioritaires et réguliers.

Si on isole les griefs prioritaires de congédiement des griefs réguliers, il y a lieu de croire, selon toute vraisemblance, que le délai total moyen s'établit plutôt autour de 7 ½ mois :

- nomination-première audience	3mois
- durée de l'audience	3 mois
- délibéré	<u>1 ½ mois</u>
	7 ½ mois

Ce délai de 7 ½ mois se compare très avantageusement avec le délai moyen de 14 mois ½ de la Commission des relations du travail pour des affaires comparables. Il représente en outre un délai moyen qu'il est possible de réduire en arbitrage en ayant recours aux diverses solutions de rechange offertes par les arbitres, ce que la Commission des relations du travail ne peut faire sans budgets additionnels bien aléatoires.

Concluons : le délai total moyen entre le dépôt d'un grief et la décision arbitrale qui décide de son sort est de 23 mois et s'explique surtout par la durée du délai « *préarbitrage* » (10 mois) et la durée du délai « *nomination - 1^{re} audience* » (8 mois), pour un total de 18 mois, ce qui représente 80% du délai total.

Or, ces délais relèvent de la responsabilité exclusive ou principale des syndicats et représentent leur capacité maximale d'opérer compte tenu de leur charge de travail. Ces délais peuvent être comprimés si et seulement si les syndicats apportent les modifications appropriées à leurs priorités et à leurs pratiques, auquel cas les arbitres possèdent les disponibilités suffisantes pour y faire face.

L'examen comparatif de ces délais révèle par ailleurs que les tribunaux d'arbitrage opèrent avec une constance et une diligence jamais égalées depuis 1970, soit environ deux fois plus rapidement que la Commission des relations du travail, trois fois plus rapidement que les tribunaux judiciaires et cinq fois plus rapidement que le Tribunal des droits de la personne.

Avec respect, j'estime que les critiques selon lesquelles les tribunaux d'arbitrage sont lents relèvent de prétentions gratuites et non fondées, parce que contredites par la réalité. Dans les circonstances, une commission nationale d'arbitrage serait inutile et d'aucun secours.

III- LA JUDICIARISATION DES TRIBUNAUX D'ARBITRAGE

La notion de judiciarisation est vaste et imprécise, recouvre tout et son contraire et est utilisée à toutes les sauces selon l'intérêt des intervenants. L'utilisation de définitions précises aurait permis d'éviter les amalgames peu rigoureux et les généralités excessives. Dire que les tribunaux d'arbitrage sont judiciarisés est une critique aussi gratuite et confortable que de dire qu'ils sont lents, et l'absence de réplique des arbitres, astreints à un devoir de réserve, explique sans doute la persistance de ces deux critiques.

J'examinerai les deux principaux éléments de judiciarisation soulevés par les syndicats CSN et qui, selon eux, minent et paralysent les tribunaux d'arbitrage : la complexité du processus arbitral (procédure et preuve) et la contestation de la compétence juridictionnelle de l'arbitre.

A) Le processus arbitral

Rappelons d'abord une évidence : le tribunal d'arbitrage, comme son nom l'indique, est un tribunal qui applique ou interprète le droit des parties. L'arbitre n'assume pas la fonction d'un médiateur dont le rôle est de faciliter les échanges et de rechercher un compromis honorable et équitable, ni celle d'un amiable compositeur qui cherche une solution en équité, ni celle d'un enquêteur qui recherche des faits pour présenter des recommandations. Le tribunal d'arbitrage est un tribunal quasi judiciaire qui décide de questions de droit selon la preuve entendue et selon les dispositions de la convention collective et des lois.

Plus précisément, le rôle du tribunal d'arbitrage est de départager les droits et obligations que les parties se sont mutuellement octroyés lors de la signature de la convention collective et qu'elles se sont engagées, en cas de litige, à demander au tribunal d'arbitrage de faire respecter en lui demandant de voir au respect intégral de ces droits, sans possibilité de les modifier de quelque façon. Si la négociation d'une convention collective veut dire quelque chose, le rôle de l'arbitre ne peut être que celui d'un tel décideur en droit et les parties le savent bien.

Qui dit tribunal en droit dit nécessairement obligation de prouver son droit (procédures et règles de droit) et respect des règles fondamentales de la justice (droit à une défense pleine et entière). Sur ces constats, il y a convergence entre le législateur, les parties et les tribunaux supérieurs : l'arbitre doit garantir le respect de ces règles minimales, non pas à une seule partie, mais aux deux parties selon qu'elles agissent, à tour de rôle, à titre de demandeur ou de défendeur dans chaque arbitrage.

1) Les procédures et les règles de preuve

Soulignons d'abord que l'accessibilité à l'arbitrage est réduite à sa plus simple expression, puisque la seule condition réside dans le dépôt d'un grief écrit qui décrit sommairement le litige, lequel grief peut être amendé sur simple demande verbale à l'arbitre et ne peut être rejeté pour vice de forme.

Vient ensuite l'audience. Tous s'entendent pour dire que le débat contradictoire qui s'instruit devant un tribunal doit reposer sur des règles connues portant sur la manière de présenter les faits et le droit.

Il y a judicialisation assurée si l'arbitre, qui est maître de la preuve, ne s'appuie pas sur un corpus connu de procédures et de règles de preuve, mais les invente au gré de chaque mandat. L'absence de repères engendrerait rapidement l'incertitude, le chaos et l'ambiguïté, forçant les parties et l'arbitre à inventer la roue à chaque audience.

À l'autre extrémité, il y a également judicialisation assurée si les arbitres appliquent intégralement les procédures et règles de preuve établies au Code de procédure civile et en vigueur devant les tribunaux judiciaires.

La première attitude pêche par l'absence de règles qui entraîne le chaos, l'autre par l'excès de règles qui entraînent le formalisme et le légalisme.

Les tribunaux d'arbitrage ainsi que tous les tribunaux administratifs qui ont suivi se tiennent généralement à égale distance de ces deux excès : le cadre auquel renvoient naturellement les parties et l'arbitre, c'est l'esprit du Code de procédure civile parce que celui-ci fait autorité et est connu de tous en matière d'administration de la preuve. Les arbitres font généralement une adaptation souple et indulgente de ces procédures et règles, en privilégiant l'équité, et non la lettre et l'esprit du Code de procédure de civile.

C'est ainsi que sont réglées les principales questions de nature procédurale comme l'amendement au grief, l'exclusion du ouï-dire, la pertinence d'une preuve, etc.

2) Les règles fondamentales de la justice

Le respect des règles fondamentales de la justice est un droit que garantit la charte à toute partie qui se présente devant un tribunal : c'est le droit de chaque partie d'obtenir une audience complète.

Dans l'extrait suivant, le professeur Blouin définit bien le droit à une défense pleine et entière :

Ce droit à une audience complète a par ailleurs été interprété comme emportant le « *full adversary hearing* » à toutes les étapes de la procédure. Certaines règles régissant le processus d'instruction devant l'arbitre en attestent clairement. Ainsi l'arbitre doit donner l'occasion à chaque partie d'être entendue et d'entendre la partie adverse, de faire sa preuve et de faire valoir ses arguments de droit devant l'arbitre partie. L'arbitre doit dès lors convoquer les parties par avis suffisamment libellé. Chaque partie doit donc connaître les prétentions de l'autre partie, en leur présence respective, ainsi que toutes les données et les éléments constitutifs du dossier sur lequel l'arbitre base sa décision. Par conséquent l'arbitre doit appliquer les règles juridiques régissant les remises et ajournements. Il doit permettre à chaque partie d'interroger et de contre-interroger les témoins. Le déroulement de l'instruction s'est donc ainsi fait respectueux du modèle proposé au palais de justice qui sert de fort lointain. Dès la clôture de l'enquête, l'arbitre ne peut recevoir quelques éléments additionnels de preuve et sa décision doit être fondée exclusivement sur la preuve recueillie à l'enquête faite de par devant lui.¹

(Notes de bas de page et références de notes de bas de page retirées du texte)

Ce droit à une défense pleine et entière n'a par ailleurs pas été imposée aux parties contre leur gré : ce sont elles qui l'ont exigé du législateur et ce sont elles qui en exigent le respect intégral par les tribunaux d'arbitrage, en se faisant fort de le rappeler pratiquement à chaque audience.

Dans les circonstances, dire que le processus arbitral est judiciairisé parce que les arbitres voient au respect des règles d'équité procédurale et de justice naturelle est tout simplement invraisemblable, surtout lorsque la critique émane d'une partie qui se prive rarement, et à juste titre, d'en réclamer le respect quand ses intérêts sont en cause.

Avec respect, une partie ne peut en même temps exiger le respect de ces règles pour elle-même mais taxer de judiciairisation les exigences similaires de la partie adverse.

De la même manière, il faut éviter d'appliquer à l'arbitre un double standard qui consiste à évaluer son travail avant ou après l'arbitrage : avant, il doit écouter et comprendre, et après, il doit décider après avoir entendu. On ne peut dire, après coup, qu'il aurait dû décider avant d'avoir écouté dans le respect des règles de la justice naturelle.

Tout observateur impartial et raisonnablement informé de la situation ne peut que constater que dans son fonctionnement, le tribunal d'arbitrage est aussi déjudiciarisé qu'il est possible à un tribunal de l'être sans se dénaturer.

¹ BLOUIN, Rodrigue. La judiciairisation de l'arbitrage de grief, Les Éditions Yvon Blais inc., p. 240.

En la matière, la création d'une commission nationale d'arbitrage ne peut également être d'aucune utilité.

B) La contestation de juridiction du tribunal d'arbitrage

La seconde forme de judiciarisation est plus sournoise et dangereuse; elle se présente sous forme de requête en révision judiciaire de deux manières : avant l'arbitrage, en alléguant l'absence de juridiction du tribunal et après l'arbitrage, en alléguant l'excès de juridiction du tribunal.

Il n'est pas difficile de comprendre que la concomitance de recours parallèles de ce type devant les tribunaux judiciaires est de nature à paralyser complètement les tribunaux d'arbitrage en doublant les coûts et délais, ce qui les empêche à coup sûr de réaliser leur mandat qui est de trancher finalement, rapidement et à peu de frais les griefs qui leur sont soumis.

Depuis le début des années 1970, tous les syndicats québécois et canadiens ont reconnu ce cancer et ont mis beaucoup de temps, d'énergie et d'argent pour le combattre de toutes les façons et à plusieurs reprises jusqu'à la Cour suprême du Canada.

Chaque fois, les syndicats ont allégué devant la Cour que la juridiction du tribunal d'arbitrage devait être interprétée de manière large et libérale, afin qu'il puisse trancher complètement et rapidement le litige, à l'abri de tout recours concomitant, sauf en cas d'abus grave. À l'opposé, la position de l'employeur était que la juridiction de l'arbitre se limitait à appliquer une disposition expresse de la convention collective.

Depuis l'arrêt McLeod, en 1975, la Cour suprême du Canada s'est penchée à 14 reprises sur le sujet et chaque fois, elle a pleinement donné raison aux prétentions des syndicats : l'arrêt Parry Sound, survenu en 2004, constitue le point culminant de cette évolution, alors que la Cour a statué que la compétence juridictionnelle de l'arbitre était complète et étanche et devait s'étendre aux principales lois du travail et de l'emploi ainsi qu'aux chartes dès que, dans ses données factuelles, le grief relevait implicitement de la convention collective.

La Cour a donné raison aux syndicats en expliquant que la contestation de la juridiction des tribunaux d'arbitrage par des recours concomitants devant d'autres tribunaux empêchait les arbitres de réaliser la mission que lui avaient confiée le législateur et les parties, ce qui risquait de miner la paix sociale.

En somme, l'arrêt Parry Sound représente la consécration ultime et complète des revendications syndicales historiques pour faire reconnaître aux tribunaux d'arbitrage une compétence complète et élargie aux principales lois du travail et aux chartes.

Sous ce rapport, il faut donc également se rendre à l'évidence que la judiciarisation du tribunal d'arbitrage, longtemps décriée, est à toutes utiles éliminée.

Dans les circonstances la création d'une commission nationale d'arbitrage ne peut être d'aucune utilité.

IV- LA COMPÉTENCE PROFESSIONNELLE ET L'EXPERTISE DES TRIBUNAUX D'ARBITRAGE EN MATIÈRE DE LOIS DU TRAVAIL ET DE CHARTES

Selon la critique syndicale, les arbitres seraient « *en déficit de compétence et d'expertise* » pour assumer une compétence élargie à l'application des lois du travail et des chartes.

A) Pourquoi la compétence élargie des tribunaux d'arbitrage?

L'examen des motifs et conclusions des arrêts de la Cour suprême du Canada permet de constater qu'en la matière, la Cour a retenu l'essentiel des motifs allégués par les syndicats (voir arrêts McLoad, St. Anne Nackamick, Weber et Parry Sound).

Les syndicats ont plaidé – et la Cour a reconnu – que si l'objectif du tribunal d'arbitrage était le règlement pacifique, rapide et définitif de tous les conflits découlant de la convention collective avec un minimum de perturbation, il fallait que sa compétence exclusive s'étende nécessairement aux lois du travail et aux chartes.

Ces arguments allégués par les syndicats et retenus par la Cour, sont les suivants :

- 1) En adoptant le Code du travail, l'intention du législateur était d'établir un régime complet et obligatoire de relations de travail pour tous les employés régis par une convention collective en vue de préserver la paix sociale : mécanisme de reconnaissance syndicale, obligation de négocier et de conclure une convention collective avec droit de grève et création de tribunaux d'arbitrage en vue de régler finalement et rapidement tout litige qui relève implicitement ou explicitement de celle-ci.
- 2) La convention collective, qui est la loi des parties et non du Parlement, est un contrat privé qui établit les grands paramètres des rapports qui existent entre l'employeur et ses employés et ces paramètres régissent tous les aspects individuels et collectifs des relations de travail, ce qui inclut les droits et obligations substantiels (conditions de travail) prévus dans les lois d'ordre public sur l'emploi et dans les chartes et qui sont implicitement incorporés dans la convention collective.
- 3) Le modèle des actions concomitantes devant les tribunaux mine l'objectif du régime d'arbitrage qui est la résolution rapide, définitive et exécutoire de tous les conflits qui émanent implicitement ou explicitement de la convention collective.

- 4) Le principal avantage de la compétence exclusive et élargie des tribunaux d'arbitrage est qu'il permet ce règlement rapide, informel et peu coûteux des conflits de travail par un tribunal spécialisé, composé d'experts choisis par les parties pour leurs connaissances et leur expérience du milieu de travail et de la décision en droit.
- 5) L'arbitrage offre à la fois l'accessibilité et l'expertise, deux attributs qui augmentent les chances d'obtenir un résultat équitable et rapide avec une perturbation minimale du rapport employeur-employés.
- 6) En matière de charte et des lois du travail, le tribunal d'arbitrage est une instance accessible et peu coûteuse qui augmente la possibilité pour les employés lésés de faire valoir leur droit à un traitement égal sans discrimination.

Il faut bien comprendre de ces arrêts que la convention collective n'est pas une loi du Parlement, mais une loi des parties, une convention privée entre deux parties privées et qu'il en va de même du tribunal d'arbitrage, choisi et contrôlé par les parties pour appliquer cette convention collective.

Le fait que l'existence et les caractéristiques juridiques de la convention collective et du tribunal d'arbitrage soient déterminées par une loi (le Code du travail) ne change rien à leur nature privée.

Il en va également de même pour l'élargissement de la compétence du tribunal d'arbitrage aux lois du travail et aux chartes. Ces pouvoirs additionnels ne changent pas le caractère privé du tribunal d'arbitrage et renforcent sa compétence contractuelle originale pour lui permettre de réaliser sa mission qui est de trancher rapidement et efficacement tout grief dont les faits découlent implicitement de la convention collective.

Dans les circonstances, l'arrêt Parry Sound, qui donne raison aux syndicats, n'est pas un phénomène relié à la privatisation d'une justice administrative publique chargée d'appliquer une loi édictée par le Parlement, mais un phénomène de consolidation de la compétence d'un tribunal privé, chargé d'appliquer une convention privée entre deux parties privées en vue de lui permettre d'agir avec célérité et efficacité.

B) Ce qu'est la compétence élargie des tribunaux d'arbitrage

Examinons maintenant le contenu de cette compétence élargie.

Dans l'arrêt Parry Sound, la Cour a établi que ce sont « *les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi* » qui sont implicitement contenus dans la convention collective. Selon la Cour, ils ne font toutefois partie de la compétence de l'arbitre que si les faits du litige relèvent implicitement ou explicitement de la convention

collective. Si tel n'est pas le cas, le litige ne relève pas du tribunal d'arbitrage et doit être présenté devant une autre instance.

Les droits et obligations substantiels prévus par ces lois sont les conditions de travail d'ordre public prévus par celles-ci et auxquels personne ne peut déroger. Il s'agit principalement des normes suivantes :

- le droit à l'égalité prévue par la Charte des droits et libertés de la personne du Québec et l'obligation d'accommodement qui l'accompagne
- le droit à l'intégrité physique et psychologique prévu par l'article 122 de la Loi sur les normes du travail
- les normes minimales de travail prévues par les autres dispositions de cette loi

C'est à la requête expresse des syndicats que la Cour suprême du Canada a statué que, même si la convention collective était muette sur le sujet, l'interdiction sur les lieux de travail de toute forme de discrimination prohibée par les chartes et de toute forme de harcèlement prohibé par les lois relevait de la compétence exclusive du tribunal d'arbitrage, parce qu'elle devait être appliquée dans le contexte d'un droit collectif qui régit tous les aspects des relations de travail.

Deux remarques s'imposent.

En premier lieu, la prohibition de toute forme de discrimination et de harcèlement sur les lieux du travail a d'abord existé dans les conventions collectives avant d'être incorporée dans une loi du travail ou dans la charte.

En second lieu, depuis l'adoption de la charte et de ces lois, l'immense majorité des syndicats et des employeurs n'ont pas attendu l'arrêt Parry Sound pour incorporer ces conditions de travail dans leur convention collective afin de s'assurer que toute mésentente sur le sujet soit confiée aux tribunaux d'arbitrage de préférence à tout autre.

Avec égard, j'estime qu'il serait redondant d'expliquer les motifs de cette préférence.

En somme, l'effet utile de l'arrêt Parry Sound se limite à incorporer implicitement le contenu de ces lois dans la minorité de conventions collectives qui ne l'avaient pas déjà fait ou n'avaient pu le faire pour quelque raison que ce soit.

Avant l'arrêt Parry Sound, les recours prévus par la Charte ou la Loi sur les normes du travail devaient alors être exercés devant une autre juridiction que le tribunal d'arbitrage, pourtant déjà spécialisé en la matière, ce qui occasionnait

délais, frais et inconvénients importants. L'arrêt Parry Sound a simplement mis fin à cette incongruité.

C'est à la lumière de ces considérations qu'il faut maintenant évaluer si les arbitres possèdent la compétence professionnelle et l'expertise appropriée pour assumer cette compétence élargie aux lois du travail et aux chartes.

C) La compétence professionnelle et l'expertise des arbitres

La question précise est de savoir si les arbitres possèdent la formation, l'expérience, la compétence professionnelle et l'expertise pour assurer l'application des conditions de travail prévues par la charte et les principales lois sur l'emploi en milieu de travail syndiqué.

À la lumière des explications qui précèdent, je crois bien que poser la question, c'est y répondre.

D'abord « *l'acceptabilité* » des arbitres : tous les arbitres inscrits sur la liste du ministre possèdent un diplôme de premier cycle en droit ou en relations industrielles ainsi que dix années d'expérience pertinente dans le domaine des relations du travail en général et ils doivent avoir été unanimement acceptés par les parties nationales.

C'est par ailleurs dans une proportion de près de 90% que les parties locales confient leurs mandats d'arbitrage à des arbitres choisis par elles à même cette liste. Plus acceptable que cela est impossible.

En second lieu, la compétence première des arbitres : c'est l'application ou l'interprétation des conditions de travail contenues dans la convention collective. Ce sont les seuls spécialistes en la matière et aucun autre tribunal ne possède cette expertise d'appliquer des droits individuels en contexte d'une relation collective de travail.

En troisième lieu, il y a l'expérience accumulée des arbitres dans l'application de la Charte et des lois sur l'emploi. Il y a plus de vingt ans que les parties ont inclus dans la majorité de leurs conventions collectives le droit à l'égalité et à l'intégrité physique et psychologique, précisément parce qu'elles désirent que ces matières relèvent du tribunal d'arbitrage, à cause de son expertise et de son efficacité.

En quatrième lieu, il y a la position unanime adoptée par tous les syndicats dans tous les litiges soumis à la Cour suprême du Canada depuis toujours et selon laquelle il faut confier l'application de la charte et des lois sur l'emploi au tribunal d'arbitrage parce que celui-ci est le tribunal spécialisé en la matière, qu'il est rapide et peu coûteux.

Avec respect pour l'opinion contraire, prétendre soudainement que les arbitres n'ont plus la compétence professionnelle et l'expertise pour appliquer la Charte et les lois sur l'emploi en milieu syndiqué tranche singulièrement et sans raison avec la position généralement adoptée par les syndicats depuis des lustres.

V- L'INDÉPENDANCE DES TRIBUNAUX D'ARBITRAGE DANS L'APPLICATION DES LOIS DU TRAVAIL ET DES CHARTES

C'est l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec qui garantit l'indépendance de tout tribunal chargé d'appliquer le droit. Selon la Cour suprême du Canada, la nature et l'étendue de cette garantie varient en fonction de la compétence de chaque tribunal et de ses caractéristiques propres.

Dans l'arrêt Roberval Express Ltée², la Cour suprême du Canada rappelle qu'il faut distinguer un tribunal judiciaire chargé d'interpréter les lois édictées par le Parlement et appliquées par l'exécutif (le gouvernement), d'un tribunal d'arbitrage chargé d'interpréter la loi des parties, en l'occurrence une convention collective privée conclue et appliquée par les deux parties.

Les tribunaux judiciaires et administratifs sont nommés, rémunérés et contrôlés par le gouvernement et il importe d'assurer leur indépendance par rapport à ce gouvernement en termes d'inamovibilité, de sécurité financière et d'autonomie administrative.

Les tribunaux d'arbitrage ne sont pas nommés, rémunérés et contrôlés par le gouvernement, mais par les parties à la convention collective, d'où la nécessité d'assurer leur indépendance, non par rapport au gouvernement, mais par rapport aux parties à la convention collective. Le fait d'appliquer une loi dans le cadre de l'application de la convention collective ne change évidemment rien à l'indépendance du tribunal vis-à-vis le gouvernement, parce que ce n'est pas lui qui le nomme, le rémunère et le contrôle.

Le tribunal d'arbitrage n'est pas une cour de justice institutionnelle, mais un tribunal ad hoc constitué par les parties qui lui confient chaque mandat d'arbitrage, cas par cas.

C'est dans ce contexte que la Cour suprême du Canada a clairement établi, dans l'arrêt SCFP c. Ministre du Travail de l'Ontario, que la garantie appropriée d'indépendance et d'impartialité des tribunaux d'arbitrage et de différend vient uniquement de leur « *acceptabilité* » par les parties :

L'indépendance et l'impartialité des arbitres ne sont garanties ni par le fait qu'ils ne sont pas touchés par le différend soumis à leur arbitrage, ni par leur inamovibilité et leur sécurité financière ou administrative, mais plutôt par leur formation, leur expérience et leur acceptabilité par les parties.³

(Soulignement ajouté)

² (1982) 2 RCS 888.

³ SCFP c. Ministre du Travail de l'Ontario, (2003) 1 RCS 539, p. 546 et 547.

Plus loin, la Cour a précisé que les signes habituels d'indépendance des tribunaux judiciaires (inamovibilité, sécurité financière et indépendance administrative) ne s'appliquent pas aux tribunaux d'arbitrage de grief ou de différend pour les motifs suivants :

(...). Par définition, un tribunal *ad hoc* est constitué cas par cas. L'inamovibilité ne subsiste pas à la fin de l'arbitrage et la sécurité financière est limitée de façon similaire. L'indépendance administrative bénéficie de peu de protection formelle. Les arbitres professionnels en droit du travail (...) réussissent à fonctionner dans une telle structure même s'ils n'ont peut-être aucune garantie de travail permanent de la part d'un employeur ou d'un syndicat particulier.

En plus de l'exigence imposée par la *LACTH*, la Cour devrait, pour apprécier l'indépendance structurelle tenir compte du succès que les tribunaux *ad hoc* connaissent depuis longtemps dans le domaine des relations du travail en général, et qu'ils connaissent aussi depuis longtemps (avant les désignations contestées) dans le domaine des arbitrages obligatoires (...). À ce propos, comme nous l'avons vu, le professeur Joseph Weiler a témoigné que [TRADUCTION] « [l']indépendance et l'impartialité des arbitres ne sont garanties ni par le fait qu'ils ne sont pas touchés par le différend soumis à leur arbitrage, ni par leur inamovibilité et leur sécurité financière ou administrative, mais plutôt par leur formation, leur expérience et leur acceptabilité par les parties ».

Et la Cour de conclure :

(...) la désignation des présidents compétents en raison de leur formation, de leur expérience et de leur acceptabilité par les parties (...) répondra aux préoccupations raisonnables concernant l'indépendance institutionnelle.⁴

(Soulignement ajouté)

Concrètement, l'acceptabilité des arbitres par les parties se vérifie de deux façons :

- au niveau national par l'accession à la profession qui requiert le consentement unanime des parties; en quelque sorte, l'indépendance institutionnelle de l'arbitre vient du fait qu'il ne peut être radié de cette liste que pour une cause objective liée à son « *acceptabilité* » par les parties;

⁴ *Ibid.* note 2, p. 46.

- au niveau local par l'obtention de mandats consensuels qui requièrent également le consentement des parties; l'indépendance individuelle de l'arbitre vient du fait que ces mandats ne peuvent lui être retirés que par entente entre les deux parties (généralement à la suite du règlement du ou des griefs).

Avec respect pour l'opinion contraire, il faut se rendre à l'évidence que la compétence des tribunaux d'arbitrage qui a été élargie aux chartes et aux lois sur l'emploi n'affecte aucunement leur indépendance, que ce soit par rapport au gouvernement ou aux parties.

VI- POURQUOI LA CRÉATION D'UNE COMMISSION NATIONALE D'ARBITRAGE N'EST PAS UNE BONNE IDÉE?

A) Des motifs non fondés et injustifiables

On a vu que les partisans de la création d'une commission nationale d'arbitrage justifient leur proposition par le fait que selon eux, les tribunaux d'arbitrage ont failli à leur mission de rendre une justice rapide, peu coûteuse et déjudiciarisée.

À ces critiques traditionnelles, ils ajoutent que la compétence élargie des tribunaux d'arbitrage entraîne un « *déficit d'expertise et d'indépendance* » pour appliquer les lois du travail et les chartes.

Or, l'examen objectif des faits vérifiables démontre qu'aucune de ces critiques n'est fondée.

D'abord les délais : il est de dix mois entre le dépôt du grief et la nomination de l'arbitre, mais ce délai relève de l'entière responsabilité du syndicat. Il est ensuite de 12 mois ½ entre la nomination de l'arbitre et la décision, mais encore une fois, le délai de l'étape la plus longue, de la nomination de l'arbitre au début de l'audience (8 mois), relève essentiellement du syndicat.

Ces délais, qui correspondent finalement à la capacité maximale de procéder des syndicats n'utilisent qu'environ 75% de la disponibilité des arbitres inscrits sur la liste. Il appartient donc aux syndicats, s'ils veulent réduire les délais d'arbitrage, de prendre les mesures qui s'imposent pour utiliser ces disponibilités excédentaires.

Malgré tout, les délais d'arbitrage observés sont relativement courts si on les compare à ceux de tous les autres tribunaux : ils sont de deux à quatre fois plus rapides qu'ailleurs. Le régime d'arbitrage ne peut donc être mis en cause sous ce rapport.

Quant aux coûts globaux du système d'arbitrage financé par les deux parties, il est raisonnable de croire qu'ils sont près de deux fois moins élevés que ceux d'une éventuelle commission nationale d'arbitrage qui serait financée par l'état.

Il a par ailleurs été démontré que le phénomène de la judiciarisation des tribunaux d'arbitrage est réduit à sa plus simple expression, tant au niveau des procédures et règles de preuve qu'au niveau des recours judiciaires qui contestent la juridiction des arbitres.

Quant à l'argument fondé sur le « *déficit d'expertise et d'indépendance* » des arbitres pour appliquer les lois du travail, il est sans fondement, pour les motifs que j'ai déjà donnés.

Dans les circonstances, la création d'une commission nationale d'arbitrage n'est pas justifiée, parce que les motifs allégués à son soutien ne sont absolument pas fondés.

B) Une solution régressive et contre-productive

Pire, une commission nationale d'arbitrage entraînerait des résultats tout à fait contraires aux objectifs recherchés de célérité, d'économie et d'accessibilité.

La perte de contrôle du régime d'arbitrage par les parties au profit de l'état aurait en effet de graves répercussions sur la sélection des arbitres, l'accessibilité des recours et la responsabilisation des parties. Je m'explique.

1) La sélection des arbitres

Les ressources de l'état sont limitées et elles sont attribuées au moyen d'enveloppes budgétaires fermées. L'état n'est pas en mesure d'établir, comme les parties le font dans le régime actuel d'arbitrage, un effectif arbitral suffisant pour disposer d'une offre globale de disponibilités d'arbitrage supérieure à celle des parties. L'expérience de tous les tribunaux judiciaires et administratifs financés par l'état montre que c'est toujours le contraire qui survient : il manque de juges et de commissaires pour satisfaire à la demande, ce qui se manifeste naturellement par une augmentation des délais d'audience et de décision.

Il n'y pas que le niveau de l'effectif qui est en cause; il y a aussi le processus de sélection des arbitres. Avec une commission nationale d'arbitrage, les arbitres ne seraient plus choisis par les parties elles-mêmes en fonction de leurs connaissances, expérience, compétence, expertise et impartialité, mais par l'état en fonction de ses propres critères d'« *acceptabilité*» qui, l'expérience le montre, ne sont pas forcément les mêmes que ceux des parties, ne serait-ce qu'en raison des contraintes budgétaires.

Il est en effet difficile de croire que si l'état devait rémunérer les arbitres, il chercherait à procéder par attrition interne plutôt que par recrutement à l'extérieur de ses rangs.

Il serait par ailleurs à craindre que les arbitres jugés le plus « *acceptables* » par les parties, refusent de rejoindre les rangs d'une éventuelle commission nationale d'arbitrage pour se concentrer sur les mandats émanant de la juridiction fédérale.

Le résultat prévisible serait une sérieuse baisse de la qualité du corps arbitral.

Le droit reconnu aux parties de choisir l'arbitre dans chaque mandat d'arbitrage serait également en cause avec une commission nationale d'arbitrage, avec le résultat que les arbitres qui ne sont pas jugés « *acceptables* » par les parties assumeraient une charge de travail similaire à celle des arbitres jugés les plus « *acceptables* » par elles et ce, sans égard à l'importance du mandat.

Bref, une éventuelle commission nationale d'arbitrage ne pourrait offrir en qualité et en quantité un corps d'arbitres aussi compétent et « *acceptable* » aux parties que ne le permet le régime d'arbitrage actuel, ce qui entraînerait à la fois une importante baisse dans la compétence et l'expertise du corps arbitral et un accroissement significatif des délais d'arbitrage.

2) L'accessibilité des recours

Le régime d'arbitrage actuel, qui compte quelque 110 arbitres, offre aux parties autant de points de service pour acheminer tous les griefs à l'arbitrage, ce qui explique qu'en plus de 31 ans d'existence, il n'a jamais été engorgé et s'il devait l'être à l'avenir, il serait facile de remédier à la situation en recrutant de nouveaux arbitres pour les inscrire sur la liste du ministre.

Une éventuelle commission nationale d'arbitrage imposerait un « guichet » unique, au mieux deux « guichets », l'un pour la région de Montréal et l'autre pour celle de Québec.

Avec la création d'une telle commission, on voit tout de suite poindre le mortel danger de la paralysie du système lorsque d'éventuels goulots d'étranglement surviendraient à la suite d'une explosion de griefs dans une entreprise syndiquée d'envergure, ou dans un secteur d'activités, comme les affaires sociales, l'éducation ou la fonction publique, ou à l'occasion d'affrontements majeurs entre les parties nationales.

Il faut comprendre qu'en milieu de travail syndiqué, les justiciables ne se présentent pas devant les tribunaux d'arbitrage en rangs dispersés, mais sont regroupés au sein de puissantes organisations syndicales et patronales dont plusieurs intérêts divergent.

Il existe donc une possibilité bien réelle de mainmise, volontaire ou non, du greffe de la commission nationale d'arbitrage par certaines parties ou certains secteurs d'activités ou certains conflits, ce qui se traduirait par le dépôt d'une avalanche de griefs susceptible de paralyser l'institution, au détriment de tous les autres justiciables du système qui devraient subir une hausse significative des délais d'arbitrage.

Résultat : l'accessibilité des recours devant une commission nationale d'arbitrage serait fortement hypothéquée par l'existence continuelle de goulots d'étranglement au greffe.

Le mieux, dit-on, est l'ennemi du bien. Cela s'applique tout à fait à notre sujet.

3) La déresponsabilisation des parties

Une commission nationale d'arbitrage, qui contrôlerait et financerait l'application de toutes les conventions collectives en lieu et place des syndicats et employeurs locaux, entraînerait la déresponsabilisation complète des parties locales.

En perdant la liberté et la responsabilité de procéder rapidement devant l'arbitre qu'elles désignent en fonction de son expertise, de ces délais et de son tarif, les parties locales se désintéressaient naturellement du processus.

Sans responsabilisation et imputabilité des parties locales, la commission serait rapidement confrontée à l'explosion incontrôlable des griefs soumis à l'arbitrage, avec toutes les conséquences qui en découleraient sur les délais pour les entendre et décider de leur sort.

L'expérience récente dans les secteurs de la santé, de l'éducation et de la fonction publique le démontre éloquentement. Au-delà de la manière et de la formule utilisées pour le partage des honoraires et frais de l'arbitre entre les deux parties, les statistiques du greffe de la santé et des affaires sociales révèlent que depuis l'introduction du partage des honoraires et frais de l'arbitre, le dépôt de griefs à l'arbitrage est passé de plus de mille par mois à moins de cent par mois et le nombre de griefs en attente d'arbitrage, qui oscillait autour de 30 000 dans les bonnes années, est en train de fondre comme neige au soleil.

Selon toute vraisemblance, le partage des frais d'arbitrage a simplement obligé les syndicats à resserrer le processus de « tamisage » des griefs avant de les soumettre à l'arbitrage.

Il y a tout lieu de croire qu'une commission nationale d'arbitrage étendue à tous les secteurs d'activité engendrerait une explosion encore plus spectaculaire. Avec des budgets fermés, une commission nationale d'arbitrage ne peut être en mesure de régler un problème de cette envergure. Une telle situation, je le rappelle, n'est jamais survenue et ne peut survenir dans le régime d'arbitrage actuel, à cause de ses quelque 110 points de service et de la capacité des parties à ajuster l'effectif d'arbitres en conséquence.

C) Aide-toi et le ciel t'aidera

Dans le régime actuel d'arbitrage, il est possible à toute partie qui le désire de réduire significativement les frais et délais d'arbitrage.

Chaque partie possède en effet le droit discrétionnaire de désigner l'arbitre par entente avec l'autre partie ou par la nomination du ministre, ce qu'une commission nationale d'arbitrage lui enlèverait.

Si le syndicat demande au ministre de désigner un arbitre, il devra payer des coûts totaux d'arbitrage de 60 \$ l'heure. S'il agit avec célérité, il peut facilement obtenir une désignation d'arbitre dans les trois mois qui suivent le dépôt du grief (plutôt que dix mois) et alors, le délai moyen d'attente d'audience des arbitres inscrits sur la liste est d'environ trois mois (au lieu de huit mois).

Toutes choses étant par ailleurs égales, il est donc facilement possible à la partie syndicale de réduire les délais totaux d'arbitrage actuels (dépôt grief-décision) de 23 à 11 mois et le délai d'arbitrage proprement dit (nomination arbitre-décision) de 12 ½ mois à 7 ½ mois. Il suffit seulement au syndicat qui le désire, de modifier ses priorités et sa pratique.

Si le syndicat préfère procéder à la nomination de l'arbitre par entente avec l'employeur, il peut en arriver sensiblement au même résultat en utilisant les solutions de rechange mises en place par les arbitres. Dans ce cas, le coût horaire moyen de l'arbitre passera de 60 \$ à 80 \$.

Il est possible au syndicat de contourner le délai moyen d'attente plus élevé des arbitres les plus sollicités en faisant appel à l'une des nombreuses solutions que ces derniers offrent. Il suffit seulement au syndicat qui le désire d'y recourir.

CONCLUSION

Dans le domaine des tribunaux judiciaires et quasi-judiciaires, les tribunaux d'arbitrage constituent une exception notable : c'est une institution originale, unique, la seule qui soit contrôlée et financée par les justiciables regroupés en syndicats et employeurs, la seule qui soit adaptée à leurs besoins spécifiques.

L'expérience a été possible parce que contrairement à tous les autres tribunaux, le tribunal d'arbitre n'applique pas une loi édictée par le Parlement, mais une loi convenue par les parties elles-mêmes, la convention collective.

Pour ce faire, les parties ont remplacé le modèle traditionnel du tribunal autoritaire et lointain, en vertu duquel ce sont les justiciables qui vont au tribunal selon les règles établies par lui, par le modèle d'un tribunal de participation et de proximité, en vertu duquel c'est le tribunal qui va aux justiciables selon les règles établies par eux. C'est le pari de la démocratisation et de la responsabilisation des parties : une justice des, par et pour les justiciables.

Or, depuis au moins 35 ans, l'expérience s'est révélée plus que concluante: les tribunaux d'arbitrage ont fonctionné sans arrêt avec une célérité supérieure et inégalée, des coûts moindres et une judiciarisation minimale. Les arbitres ont en outre acquis une expertise éprouvée et confirmée par l'« *acceptabilité* » des parties. Comment ne pas produire une justice arbitrale de qualité lorsque les parties elles-mêmes choisissent les arbitres qu'elles estiment les plus « *acceptables* » pour leur expertise et leurs compétences et ce, en nombre suffisant pour satisfaire à leurs besoins.

Dans les circonstances, en tout respect et amitié, j'estime que tout observateur neutre et impartial qui est raisonnablement informé de la situation de l'arbitrage, ne peut en venir qu'à la conclusion suivante : non, une commission nationale d'arbitrage, ce n'est vraiment pas une bonne idée!