

# Fragilité des limites conventionnelles à l'arbitrage de grief : l'arrêt Parry Sound

## Frailty in Contractual Limits when a Grievance is Arbitrated: The Parry Sound Ruling

M<sup>e</sup> Fernand Morin

Volume 58, numéro 4, automne 2003

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/007822ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/007822ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Département des relations industrielles de l'Université Laval

ISSN

0034-379X (imprimé)

1703-8138 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Morin, M. F. (2003). Fragilité des limites conventionnelles à l'arbitrage de grief : l'arrêt Parry Sound. *Relations industrielles / Industrial Relations*, 58(4), 690–705. <https://doi.org/10.7202/007822ar>

Résumé de l'article

In a recent ruling (*Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42), the Supreme Court of Canada states that an arbitrator has jurisdiction to hear a dispute that involves rights guaranteed by codes, charters and employment legislation even if the arbitrator has been barred from such recourse under a collective agreement. In the case at issue, an employee with probationary status benefited from maternity leave and was discharged upon her return.

Despite the clarity of the wording under the collective agreement stating that a probationary employee may not resort to arbitration, a grievance was filed and was worded as follows: [Translation] "... was discharged without reason and this decision is arbitrary, discriminatory, unjust and vitiated by bad faith."

Owing to the rights vesting in the employee under the Employment Standards Act (Ontario), the Board of Arbitration ruled on its own jurisdiction to hear such a grievance. This decision was quashed in judicial review (Superior Court) and but was then upheld in Court of Appeal and once again by the Supreme Court of Canada (majority 7/9).

The Supreme Court of Canada began by making several observations concerning the criteria of judgment applicable to judicial review, namely that which is considered patently unreasonable. An attempt was made to distinguish between an unreasonable decision and one that would be patently unreasonable. It seems to us that such a distinction remains ambiguous and further confuses the exercising of a fair judicial review; unreasonableness should not be graded by degrees.

In a second approach, the ruling establishes the relationship between State standards (Codes, Charters and employment legislation) and contractual standards. Working from the basis that State standards would be incorporated into the collective agreement, the Court establishes that the limit imposed upon the collective agreement regarding access to arbitration had the practical effect of denying the right to maternity leave, elsewhere guaranteed by law. For this reason, the arbitrator had to intervene and exercise control in order to ensure respect for established standards of public order. To achieve these ends, the Supreme Court of Canada seemed to experience considerable difficulty in qualifying the collective agreement and classified it in the category of private contracts. Such a categorization, confined to the traditional "public/private" dichotomy, dismisses the true legal and desired effect seeking to make the collective agreement a regulatory labour provision complementary to statutes governing public order and intimately related to the latter.

In support of his line of reasoning, Judge Iacobucci, on behalf of the majority (7/9), repeatedly referred to the ruling: *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517. The referrals denied under this ruling are hardly convincing and uselessly weigh down the reasoning. Moreover, Judge Major (dissenting) also referred to it and considered that Judge Iacobucci was reading into the *McLeod v. Egan* ruling a purport that it just does not have.

In all, we believe that the codes, charters and employment legislation serve as the basis upon which the collective agreement is built and, consequently, the parties' contractual freedom both derives from this basis and is limited thereto. This interrelation would be analogous to that of the Constitution and employment statutes, without it being possible to affirm that the Constitution would be found to be a part of each of these statutes.

This ruling is especially interesting because it recognizes the employee's right to resort to arbitration in order to ensure respect for guarantees stipulated in employment legislation, despite wording to the contrary in the collective agreement. Parties to collective agreements and arbitrators must therefore respectively correct their approach and grant access to arbitration for all employees from the very moment that their fundamental rights are jeopardized in any way.

# Commentaire

---

## Comment

### *Fragilité des limites conventionnelles à l'arbitrage de grief : l'arrêt Parry Sound*

M<sup>e</sup> FERNAND MORIN

Le 18 septembre 2003, la Cour suprême du Canada rendait un arrêt concernant la compétence juridictionnelle de l'arbitre de grief de s'enquérir néanmoins du respect des règles de droit public même si la convention collective privait un salarié congédié du droit à tout contrôle arbitral<sup>1</sup>. La problématique sous-jacente mettait en opposition quelques dispositions de la convention collective privant expressément le salarié à l'essai du droit à l'arbitrage suite à la résiliation du contrat de travail par l'employeur et des dispositions des lois de l'emploi lui conférant certains droits spécifiques. On ne saurait être

surpris qu'un arbitre de grief soit saisi d'une telle question tant en Ontario qu'au Québec alors que cette même problématique est soulevée en tous milieux de travail au Canada.

Il convient de rappeler le cheminement de l'affaire en chacune des quatre strates du système judiciaire puis de souligner les principales réponses données par la Cour suprême du Canada à la majorité de ses juges (7/9) et par la double dissidence. Nous faisons suivre le tout de nos commentaires au sujet des principales questions de droit qui y sont traitées.

#### ***LE PARCOURS JUDICIAIRE : DE L'ARBITRE À LA COUR SUPRÊME***<sup>2</sup>

---

Pour mieux saisir à la fois l'intérêt de la problématique sous-jacente et les diverses approches retenues, il convient

de savoir que M<sup>me</sup> O'Brien bénéficia d'un congé de maternité au cours de sa période d'essai puis, à son retour, elle

---

— MORIN, F., Département des relations industrielles, Université Laval, Québec.

1. *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42. Les motifs des sept juges formant la majorité sont ceux du juge Iacobucci et les juges Major et LeBel sont dissidents. Les renvois à cet arrêt sont précisés à l'aide des numéros des paragraphes.

2. Nous puisons à même cet arrêt les rappels aux jugements qui le précèdent.

fut congédiée. Peu après, ce grief fut soumis à l'employeur : « Je dépose un grief parce que j'ai été congédiée sans motif et que cette décision est arbitraire, discriminatoire, injuste et entachée de mauvaise foi<sup>3</sup>. »

Un conflit de droit survint notamment en raison de la présence de règles de droit provenant de sources différentes et difficilement conciliables :

*La convention collective*

Outre des modalités affirmant avec emphase les prérogatives de l'employeur, on y précisait que : « l'employeur peut, à son entière discrétion, congédier un employé à l'essai pour tout motif qu'il juge acceptable et une telle mesure ne peut faire l'objet d'un grief ni être soumise à l'arbitrage et ne constitue pas un différend entre les parties. » (art. 8.06 a) (para. 3).

*Loi sur les normes d'emploi,*  
L.R.O. 1990, ch. E.14

44. Nul employeur ne doit intimider, suspendre, mettre à pied ou congédier un employé ni lui imposer une peine disciplinaire ou prendre des sanctions à son égard du fait que celui-ci est ou deviendra admissible à un congé de maternité ou à un congé parental ou du fait qu'il a l'intention de le prendre ou qu'il le prend.

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

48 (1) Chaque convention collective contient une disposition sur le règlement, par voie de décision arbitrale définitive et sans interruption du travail, de tous les différends entre les parties que soulèvent l'interprétation, l'application, l'administration ou une prétendue vio-

lation de la convention collective, y compris la question de savoir s'il y a matière à arbitrage.

48 (12) L'arbitre ou le président d'un conseil d'arbitrage, selon le cas, a le pouvoir :

[...]

j) d'interpréter et d'appliquer les lois ayant trait aux droits de la personne ainsi que les autres lois ayant trait à l'emploi, malgré toute incompatibilité entre ces lois et les conditions de la convention collective.

*Code des droits de la personne,*  
L.R.O. 1990, ch. H.19

5 (1) Toute personne a droit à un traitement égal en matière d'emploi, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge, l'existence d'un casier judiciaire, l'état matrimonial, le statut de partenaire de même sexe, l'état familial ou un handicap.

Le Conseil d'arbitrage, à la majorité, reconnu que M<sup>me</sup> O'Brien, parce qu'elle était encore à l'essai, ne disposait pas, selon l'article 8.06 du droit à l'arbitrage. Il devait néanmoins considérer si les dispositions pertinentes de la *Loi sur les normes d'emploi* avaient été respectées : « Le Conseil décide donc à la majorité qu'il a le pouvoir et la responsabilité d'entendre et de trancher la question précise de savoir si la discrimination a constitué un facteur dans le congédiement de M<sup>me</sup> O'Brien. » (para. 7).

En révision judiciaire, la Cour supérieure annula cette décision arbitrale : « Comme le grief n'est pas un différend

3. Ce grief du 26 juin 1998 donna prise à une sentence arbitrale du 1<sup>er</sup> février 1999 puis, à la révision judiciaire (2000 CLLC 220) et à un jugement de la Cour d'appel (2002 CLLC 210). L'affaire fut entendue par la Cour suprême du Canada le 24 janvier 2003.

découlant de la convention collective, le juge O'Leary considère que le Conseil n'a pas compétence pour trancher le litige. Si le différend ne concerne pas la teneur même de la convention collective, l'al. 48(12)j) ne s'applique pas. » (para. 9).

Peu après, la Cour d'appel de l'Ontario cassa ce dernier jugement, notamment pour ce motif : « Les conventions collectives doivent être interprétées d'après les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi. Les dispositions du *Code des droits de la personne* l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute convention collective. Appliquant ce raisonnement aux faits de l'espèce, le juge Morden considère que le droit conféré par la convention collective à l'employeur de congédier un employé à l'essai "pour tout motif qu'il juge acceptable" contrevient directement au par. 5(1) du *Code des droits de la personne*. Il conclut qu'il convient d'atténuer l'interprétation de l'art. 8.06 de sorte qu'il ne confère pas le pouvoir de congédier une personne pour des motifs discriminatoires. » (para. 10).

Tel était l'état du dossier dont fut saisi la Cour suprême du Canada, du moins selon l'entendement du juge Iacobucci.

### ***L'arrêt de la Cour suprême du Canada***

Au nom de la majorité (7/9), le juge Iacobucci répond à cette double question à savoir si les règles de droit substantiel édictées au *Code des droits de la personne* sont incorporées dans une convention collective et si oui, la question peut-elle être soumise à l'arbitrage ? (para. 14). À ces fins, on retient la norme de contrôle dite du « manifestement dé-

raisonnable » en rappelant l'historique jurisprudentiel de ce critère (para. 16 et suivants). Compte tenu des difficultés d'application de ce même critère et qui serait « une norme très stricte à laquelle il n'est pas aisé de satisfaire » (para. 18), on rappelle à nouveau la distinction entre une décision « déraisonnable » et celle qui serait « manifestement déraisonnable ». À cet effet, on cite le juge Cory qui expliqua ainsi cet écart<sup>4</sup> : « la différence [...] réside dans le caractère flagrant ou évident du défaut. Si le défaut est manifeste au vu des motifs du tribunal, la décision de celui-ci est alors manifestement déraisonnable. Cependant, s'il faut procéder à un examen ou à une analyse en profondeur pour en déceler le défaut, la décision est alors déraisonnable mais non manifestement déraisonnable ». Puis, on termine par cette évidence : « une fois que les contours du problème sont devenus apparents, si la décision est manifestement déraisonnable, son caractère déraisonnable ressortira. » (para. 18). Partant d'un tel *distinguo*, la Cour cherche à déterminer si la décision arbitrale était en l'occurrence « manifestement déraisonnable », entendu que la réponse devait aussi prendre en compte les deux jugements de contrôle qui suivirent.

On note que le syndicat prétendait : « que le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* est implicite dans la convention collective » et que pour cette raison, un tel congédiement serait discriminatoire (para. 20). Le juge Iacobucci dégagea aussitôt cette contrepartie éventuelle d'une telle assertion : « Mais si le par. 5(1) du *Code des droits de la personne* n'est pas incorporé dans la convention collective entre les parties, il est tout aussi évident que le renvoi discriminatoire d'un employé à l'essai n'est pas arbitral. » (para. 20). Parce qu'il

4. *Canada (P.-G.) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, à la p. 963.

s'agissait d'une question préalable attributive de compétence, on ajoute que l'arbitre devait la trancher correctement et ce n'est qu'alors « que les contours du problème se préciseront » (para 21)<sup>5</sup>.

Ces préalables étant énoncés, le juge Iacobucci donna cette première réponse : le Conseil d'arbitrage « a eu raison de conclure que les droits et les obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* sont incorporés dans toute convention collective à l'égard de laquelle il a compétence. En vertu d'une convention collective, le droit général de l'employeur de gérer l'entreprise et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective mais aussi aux dispositions du *Code des droits de la personne* et aux autres lois sur l'emploi. » (para. 23).

Au soutien de cette conclusion principale, le juge Iacobucci réfère à l'arrêt *McLeod c. Egan*<sup>6</sup> où on avait établi, pour la première fois, qu'il pouvait être nécessaire que l'arbitre aille « au-delà de la convention collective afin d'établir les droits et obligations substantiels des parties visées par la convention » (para. 24) et notamment « pour déterminer les limites du pouvoir de gestion des opérations que possède l'employeur » (para. 26).

Puis, le juge Iacobucci conclut en ces termes : « En pratique, cela signifie que les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur l'emploi sont contenus implicitement dans chaque convention collective à l'égard de laquelle l'arbitre a compétence. [...] Les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi fixent plutôt un minimum auquel l'employeur et le syn-

dicat ne peuvent pas se soustraire par contrat. » (para. 28). « Les droits reconnus aux employés par la loi constituent un ensemble de droits que les parties peuvent élargir mais auquel elle ne peuvent rien enlever. » (para. 29). Autrement dit, « En vertu de l'arrêt *McLeod*, une convention collective ne peut pas accorder à l'employeur le droit de violer les droits reconnus aux employés par la loi. » (para. 32).

Après une brève analyse des dispositions de la convention, il appert que le juge Iacobucci refuse de croire que la convention collective autorisait expressément l'employeur à effectuer au besoin un congédiement discriminatoire (para. 33) et il préfère dégager une intention plus libérale et généreuse : « Il est plus probable que leur intention réciproque était de confirmer le droit de congédier un employé à l'essai qui n'exécute pas ses tâches à la satisfaction de l'employeur. » (para. 34).

À l'égard de M<sup>me</sup> O'Brien, il conclut : « Par suite de l'application du par. 5(1) du *Code des droits de la personne*, le droit des employés à l'essai à un traitement égal, sans discrimination, est implicite dans la convention collective. » (para. 35).

En raison de ce droit substantiel dont jouissent tous les salariés, les arbitres de grief « ont non seulement le pouvoir mais aussi la responsabilité de mettre en œuvre et de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par les lois sur les droits de la personne et les autres lois sur l'emploi comme s'ils faisaient partie de la convention collective. » (para. 40).

Considérant les pouvoirs conférés à l'arbitre et notamment celui d'interpréter et d'appliquer les lois (al. 48(12j)) de

5. *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil canadien des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157.

6. [1975] 1 R.C.S. 517. Rappelons que cet arrêt de 1975 mit un terme à une approche quelque peu sectaire et sert de base fondamentale à cet arrêt de 2003 où on le cite à plus de vingt reprises tellement on entend vouloir s'y tenir, sans plus, ni moins.

la *Loi de 1995 sur les relations de travail*), le juge Iacobucci explique à l'aide du dictionnaire ce que le verbe « appliquer » peut signifier, soit : « mettre en pratique les dispositions d'une loi » (para. 43). Mais pourrait-on faire valoir qu'un tel pouvoir ne peut autoriser l'arbitre qu'à la condition qu'il soit d'abord saisi d'un grief au sens de la convention collective comme le prétendait la partie patronale ? Non, répondit le juge : « Selon son sens grammatical, l'al. 48(12)j) entraîne la conclusion exactement contraire. [...] Il confirme que l'arbitre possède effectivement le pouvoir de mettre en application ces lois. » (para. 44 et 45).

Dès lors, un grief susceptible d'être soumis à un arbitre existerait dès qu'il y aurait violation d'une semblable disposition implicite : « le droit général de l'employeur de gérer les opérations et de diriger le personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective mais aussi aux droits reconnus à ses employés par la loi. » (para. 48)

Un telle compétence générale reconnue à l'arbitre serait également conforme aux principes sous-jacents du régime des rapports collectifs du travail, soit la recherche d'une résolution rapide et complète des conflits de travail : « Le congédiement d'un employé pour des motifs discriminatoires est effectivement un différend arbitral et que l'arbitre a le pouvoir d'interpréter et d'appliquer les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* pour régler ce différend. » (para. 48). « Comme la Cour l'a reconnu à de multiples reprises, le règlement rapide, définitif et exécutoire des conflits de travail revêt une importance fondamentale, tant pour les parties que pour l'ensemble de la société. » (para. 50). « L'arbitrage offre à la fois l'accessibilité et l'expertise, deux attributs qui augmentent les chances d'obtenir un résultat équitable avec une perturbation minimale des rapports employeur-employé. » (para. 51).

Si l'arbitre peut intervenir pour assumer le respect des droits fondamentaux, y aurait-il usurpation de la compétence du Tribunal des droits de la personne ? Le juge Iacobucci y répond en ces termes : « le fait qu'il existe déjà un forum pour le règlement des conflits touchant les droits de la personne ne veut pas dire que l'attribution aux arbitres du pouvoir de faire respecter les droits et obligations substantiels prévus par le *Code des droits de la personne* ne permet pas de renforcer davantage la protection des droits de la personne. » (para. 52). « Certes la Commission des droits de la personne possède à l'heure actuelle une plus grande expertise que le Conseil en ce qui a trait aux violations des droits de la personne, mais ce n'est pas un motif suffisant pour conclure que l'arbitre ne devrait pas avoir le pouvoir de faire respecter les droits et obligations prévus par le *Code des droits de la personne*. » (para. 53).

Nonobstant le libellé de la convention collective (art. 8.06), le syndicat est-il forcé à soulever la question relative au droit à l'arbitrage et ce, d'autant plus qu'il n'a pas spécifié au grief la disposition de la convention collective que l'employeur aurait violée. En somme, est-ce que le syndicat était lié par la disposition de cette convention collective au point de le priver de soulever la question du droit substantiel du salarié ? Le juge souligne d'abord la règle de pratique à l'effet que le « vice de forme » ne doit pas justifier la perte du droit, notamment lorsque l'employeur ne serait pas directement et immédiatement préjudicié par cette omission (para. 69). Après avoir cité plusieurs décisions au soutien d'une telle approche pragmatique, le juge conclut en ces termes : « Ces décisions sont fondées sur l'idée que les exigences procédurales ne devraient pas être rigoureusement appliquées dans les cas où l'employeur ne subit aucun préjudice. Il est plus important de régler le différend d'ordre factuel qui est à l'origine du grief. » (para. 69).

De plus, on soumet que le libellé même du grief était suffisamment clair pour justifier un tel débat : « Conclusion que l'allégation de M<sup>me</sup> O'Brien que la décision de la congédiée était "arbitraire, discriminatoire, injuste et entachée de mauvaise foi" est suffisamment générale pour comprendre l'allégation qu'elle a été congédiée parce qu'elle a pris un congé de maternité permet d'assurer que le "grief véritable" soit tranché et que la question à l'origine du grief soit adéquatement réglée. » (para. 71).

### *La double dissidence<sup>7</sup>*

D'entrée de jeu, le juge Major explique son refus de suivre ses sept collègues en raison de la bonne connaissance du droit du travail qu'en auraient les parties. Sachant les diverses voies de recours disponibles, elles auraient arrêté leur choix et circonscrit à leur convenance le processus applicable. Elles y seraient mutuellement liées en raison de « l'absence de disposition législative dérogatoire expresse ou implicite et qu'il convient qu'elles soient liées, dans la forme et le fond, par le grief qu'elles ont déposé » (para. 74).

À moins de dispositions législatives expresses à l'effet que la substance des lois du travail est contenue dans la convention collective, les parties demeurent libres de « déterminer quels employés et différends sont couverts par la convention collective et ont donc accès à l'arbitrage obligatoire, dans la mesure où la convention collective n'entre pas en conflit avec une loi ou l'intérêt public. À défaut d'intervention législative, les tribunaux ne devraient pas, de leur propre initiative, modifier les termes d'une convention collective. » (para. 80)<sup>8</sup>.

En deuxième lieu, le juge Major soumet que le syndicat est lié par les questions de fond et de forme arrêtées à leur convention collective (para. 81) et ce, d'autant plus que M<sup>me</sup> O'Brien disposait d'un recours auprès de la Commission des droits de la personne (para. 87).

Ceci étant dit quant à la portée de la convention collective, le juge Major reconnaît que la question principale porte sur le rapport entre le *Code des droits de la personne* et la convention collective. Avant, et pour mieux y répondre, il souligne à nouveau la liberté de convention des parties et le fait qu'elles l'aient exercée de manière à priver le salarié à l'essai du recours à l'arbitrage (para. 85). Telle serait donc la double intention des parties. Quant à celle du législateur, à savoir s'il existe une intention contraire à celle des parties, le juge Major renvoie aussi à l'arrêt *McLeod c. Egan* (para. 86 à 90) pour contredire le juge Iacobucci qui soutenait qu'il n'était pas nécessaire qu'il y ait un véritable conflit de droit (convention collective et loi) pour imposer l'application stricte de la loi. S'autorisant de l'arrêt *McLeod* où on retrouvait un tel conflit de droit, le juge Major considère que cet arrêt de 1975 perdait d'autant sa pertinence pour les fins de cette nouvelle affaire : « On y conclut uniquement que le syndicat et l'employeur ne peuvent négocier une convention contraire à la loi. Cette règle n'est que l'application moderne d'une ancienne règle de common law en matière contractuelle : les tribunaux ne forceront pas l'exécution des contrats illégaux ou contraires à l'intérêt public. Voir *Bank of Toronto c. Perkins* (1883), 8 R.C.S. 603... » (para. 90).

7. Le juge Major écrit des notes au soutien de sa dissidence.

8. Cette même citation est reprise peu après (para. 84) : cela signifie que le juge Major assimile la portée de *ratio* directement du présent arrêt à une modification indirecte de la convention collective !

S'autorisant de cette distinction, le juge Major interprète ainsi le sens de l'exclusion à l'arbitrage articulée à la convention collective (art. 8.06) : « En espèce, les parties ont simplement décidé de ne pas conclure d'entente sur certains types de désaccords, choisissant explicitement de les soustraire à la compétence de l'arbitre. La règle de common law voulant que les parties ne puissent pas par convention aller à l'encontre de l'intérêt public n'exige pas qu'elles s'entendent pour soumettre à l'arbitrage les violations des droits conférés par la loi. » (para. 93). « [E]lles peuvent limiter la portée de la procédure de règlement des griefs pour certaines questions ou reconnaître qu'une partie conserve le droit de prendre unilatéralement une décision finale sur certaines questions. » (para. 94).

Finalement, le juge Major qualifie ainsi la portée de la décision de ses collègues majoritaires : « Les arbitres ne peuvent forcer l'application d'un contrat qui viole l'intérêt public en contournant les protections prévues par la loi. Interpréter cette disposition inoffensive comme si elle conférait le pouvoir extraordinaire de s'attribuer compétence sur toute plainte fondée sur une loi, malgré le désir manifeste des parties au contrat, est une subversion de l'intention du législateur. Si celui-ci souhaitait élargir ainsi le pouvoir des arbitres, il aurait sûrement indiqué son intention plus clairement » (para. 96).

### COMMENTAIRES

Pour éviter un possible malentendu, nous soulignons être fort heureux du dispositif de cet arrêt, notamment en ce qu'il circonscrit davantage la liberté conventionnelle des parties par rapport et en raison des règles de droit de source étatique. En ce sens, cet arrêt pallie à la faiblesse de bien des syndicats qui laissent pour compte certains groupes de salariés alors qu'il s'agit de travailleurs

Le juge Major justifie les restrictions conventionnelles imposées au salarié à l'essai par ce besoin de l'employeur de : « la souplesse nécessaire pour embaucher des employés à l'essai, l'habilitant à réserver la garde complète des avantages et des protections aux employés qui ont démontré leur valeur. » (para. 98). Et de plus, de telles réserves peuvent « refléter la reconnaissance du syndicat qu'il ne devrait pas être appelé à s'occuper de questions pour lesquelles il est mal outillé ou qui peuvent créer des conflits entre ses membres. Lorsqu'il existe ailleurs des recours, le silence de la convention collective peut traduire le souhait du syndicat de voir ces recours utilisés de préférence à ceux prévus dans la convention » (para. 100).

Au plan procédural, le juge Major soumet qu'à tous les stades préalables, le syndicat n'aurait pas soutenu cette même question de la violation de la *Loi sur les normes d'emploi* et c'est à l'initiative de la Cour d'appel que ce dernier débat aurait été finalement soulevé : « Malgré la décision du syndicat, la Cour d'appel a soulevé la question de son propre chef plusieurs mois après l'audience, a demandé des exposés à ce sujet et a tranché l'affaire sur la base de moyens qui n'avaient jamais été avancés dans le grief » (para. 103).

des plus démunis face à leur nouvel employeur. Selon notre entendement du *ratio decidendi*, si l'employeur peut, à la phase initiale d'une relation de travail, disposer d'une certaine discrétion pour évaluer les qualités professionnelles du salarié, cette liberté ne saurait s'exercer pour bafouer les droits fondamentaux, y compris les règles d'ordre public et qui s'appliquent en tout temps et en toutes



circonstances au bénéfice de tous les salariés quel que soit leur statut par ailleurs. Cette question demeure pertinente puisqu'un très grand nombre de conventions collectives provenant de tous les secteurs comprennent de semblables exclusions totales ou partielles au contrôle arbitral à l'égard du salarié à l'essai ou à statut précaire (occasionnel, temporaire, temps partiel, intermittent, etc.). À ce premier point d'intérêt pratique s'ajoute celui, plus juridique, concernant la configuration du rapport entre le droit de l'emploi de source étatique et celui d'origine conventionnelle. Cette question se pose de la même façon au Québec et ce, d'autant plus que l'usage de la fiction juridique est aussi une pratique courante<sup>9</sup>.

Outre cette double question d'intérêt général en droit de l'emploi, ce même arrêt touche, à titre secondaire, quelques points d'ordre procédural que nous voulons aussi souligner. À ce sujet d'ailleurs, on aura déjà remarqué à quel point l'entendement du juge Major dissident se situe à l'opposé de celui du juge Iacobucci<sup>10</sup>. La facture même de l'arrêt soulève un certain nombre de points que nous ne saurions omettre, esquiver ou feindre d'ignorer et ce, au risque de quelques incivilités que nous espérons plus apparentes que réelles.

### *Questions de forme et de traduction !*

Pourrions-nous prétendre que l'articulation française de cet arrêt serait le simple résultat d'une rapide traduction, ce qui excuserait certaines formulations plus ou moins heureuses ? Une telle explication ne saurait être retenue ou même valablement avancée puisque la Cour suprême du Canada compte au moins quatre juges qui maîtrisent fort bien le français pour effectuer une lecture préalable à la publication de ses arrêts. Qu'ils le veulent ou pas, l'arrêt est collectivement l'œuvre des juges qui y souscrivent et même des juges dissidents : nier demeure une autre façon d'affirmer. D'ailleurs, la situation inversée des langues pourrait être tout aussi réelle : la traduction anglaise d'un projet de jugement écrit par un juge francophone pourrait avantageusement être relu et peaufiné par ses collègues anglophones et ce, en vue d'assurer la qualité et la précision de l'énoncé collectif des arrêts de cette haute Cour.

À titre indicatif de quelques défaillances de l'expression française, du moins au plan juridique, nous rappelons ces formulations utilisées et parfois reprises maintes fois<sup>11</sup> :

9. Encore récemment, le législateur québécois fit usage de la fiction afin de conférer aux parties à toute convention collective la gestion des mesures protectrices concernant le harcèlement psychologique : art. 81.20 de la *Loi sur les normes du travail* [ci-après LNT], en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2004. À cette fin, il y est dit que ces dispositions législatives sont « réputées faire partie intégrante de toute convention collective » (art. 81.20, al. 1 LNT).
10. Si le juge LeBel est dissident, nous pouvons inférer de son silence qu'il souscrit sans autres nuances aux motifs du juge Major. La question pourrait être intéressante d'autant plus que le juge LeBel, alors à la Cour d'appel du Québec, avait déjà traité d'une semblable question concernant le rapport entre la *Loi sur les normes du travail* et la convention collective : *Commission des normes du travail c. Chantiers Davis Ltée*, [1987] R.J.Q. 1949 (C.A.) et nos commentaires sous le titre : « Un préavis de licenciement ou son équivalent », (1988) 43 *Relations industrielles* 943.
11. Nous soulignons d'un trait les lacunes syntaxiques ou simplement logiques de ces formulations sans vouloir sous-entendre qu'il n'y en aurait pas d'autres au sein des 109 paragraphes de l'arrêt.

- para. 21 : « Il est donc essentiel de déterminer à l'audience d'arbitrage... »
- para. 37 : « L'effet de mon analyse est de modifier le par. 8.06a)... »
- para. 62 : « ... même si la Cour pourrait... »
- para. 71 : « Conclure que l'allégation de M<sup>me</sup> O'Brien que la décision de la congédier... » (six « que » en cette seule phrase)
- para 79 : « Deux questions se posent dans le présent litige. Le Code des droits de la personne est-il incorporé implicitement... »

On répète des dizaines de fois que les dispositions législatives seraient « incorporées » à la convention collective. Est-ce là une façon d'affirmer que de telles pièces législatives seraient vraiment intégrées dans le corps de l'acte conventionnel ? Demeurant au premier niveau conceptuel, ne faudrait-il pas craindre la pathologie du rejet d'un tel corps étranger ? Certes s'agit-il d'une manière de dire que, par fiction juridique, on fait comme si les règles de droit étatiques faisaient corps ou étaient joutées ou accolées aux règles conventionnelles pour former un tout. Mais cet ensemble fictif ne peut être qu'hétérogène et sans doute hétéroclite car le segment normatif d'ordre public ne peut perdre son ipséité juridique au point de l'assimiler à la partie conventionnelle

laquelle lui sert, en quelque sorte, de prolongement. En somme, cette impanation doit demeurer une figure de style, une métaphore ou une analogie devant permettre de mieux rappeler par cette présence fictive l'ensemble des obligations des parties au sujet d'une question particulière et les inciter à respecter ce corpus de règles<sup>12</sup>. Une telle situation peut aussi inciter les parties à bien moduler en conséquence toutes modalités conventionnelles portant sur le même chef. Quoiqu'il en soit, les parties qui négocient sur un thème donné quelques conditions particulières de travail doivent retenir ces règles de source étatique à titre de base et d'encadrement minimal (le principe de subsidiarité)<sup>13</sup>.

L'usage métaphorique de l'incorporation ne saurait permettre ni justifier les parties à traiter de ces règles d'ordre public comme si elles étaient de leur cru au point qu'elles pourraient dès lors en disposer à leur mutuelle convenance, voire les écarter de quelque manière. Si la métaphore facilite la compréhension, elle comporte néanmoins le risque d'un dérapage furtif de l'image au réel. La fiction en droit est une technique fort bien connue et elle est parfois utilisée afin de limiter implicitement la liberté de convention des justiciables en leur imposant quelques modalités au sujet de questions particulières considérées d'intérêt public<sup>14</sup>. Par ce moyen, le législateur s'assure de l'uniformité de la règle

- 
12. Sur les conflits de droit ou les antinomies juridiques, il est rafraîchissant de relire Roberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Paris, éd. L.G.D.J., 1998, p. 89 et s.
  13. Il suffit de conjuguer les articles 93 et 94 LNT pour bien saisir le rapport entre les normes d'ordre public et la part résiduelle de la liberté des parties à convenir de mieux. En 1986, la Cour suprême du Canada avait déjà fort bien retenu ce même principe : *Commission de l'industrie de la construction c. Commission de transport de la C.U.M.*, [1986] 2 R.C.S. 327 et F. Morin, *Jurisprudence commentée en droit du travail*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 1992, p. 644.
  14. Déjà Jeremy Bentham (1748–1832) en traitait sous le titre *La théorie des fictions* et analysé dans *De l'ontologie et autres écrits sur les fictions*, Paris, Le Seuil, éd. de Jean-Pierre Cléreau, Christian Laval, Philip Schofield, 1997 et aussi Charles Perelman et Frieris sous le titre *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Société anonyme d'éditions juridiques et scientifiques, 1974.

principale qu'il entend faire respecter par tous<sup>15</sup>. En droit de l'emploi, un grand nombre de règles de source étatique servent ainsi de minima et, en même temps, d'aiguillons aux parties pour les parfaire : principe de subsidiarité<sup>16</sup>.

Il nous surprend que le juge Iacobucci eut besoin de référer autant de fois à l'arrêt *McLeod c. Egan*<sup>17</sup>. Que l'on marque le point pour faire savoir que l'on entend bien se servir d'un autre arrêt comme première assise au développement qui suit, rien de plus normal voire même nécessaire pour rassurer les justiciables de la continuité du développement jurisprudentiel et de la cohérence et pertinence de ce dernier. Mais, il y a vingt-cinq ans, est-ce que les juges s'étaient également appuyés sur une quelconque béquille pour induire de la fonction dévolue à l'arbitre de grief sa capacité d'interpréter les lois de l'emploi afférentes ? Pourquoi en serait-il autrement aujourd'hui à l'égard des actuels juges de la Cour suprême du Canada lorsqu'ils doivent justifier rationnellement le dispositif finalement retenu. Pourtant, l'arrêt *McLeod c. Egan* est cité par le juge Iacobucci à plus de quatorze fois et en chacune de ces citations, on s'empresse de justifier ce renvoi de diverses manières : « La règle de principe... » (para. 24) ; « En vertu de l'arrêt... » (para. 29 et 48) ; « Dans l'arrêt *McLeod*, la cour a déterminé... » (para 30 et 91) ; « Comme dans l'arrêt *McLeod*... » (para. 31 et 38) ; « Dans *McLeod*... » (para. 33, 36, 38 et 49) ; « Selon les principes juridiques établis dans *McLeod*... » (para. 41 et 87) ; « L'affaire *McLeod*... » (para. 88 et 90). Ces multiples renvois à l'arrêt *McLeod* eurent aussi un effet d'entraînement en

ce sens que le juge Major y référa à huit reprises pour observer que le juge Iacobucci « applique trop largement l'arrêt *McLeod* aux faits de l'espèce » (para. 91) et pour conclure « qu'une lecture plus restrictive de *McLeod* précité sert l'intérêt public » (para. 98).

Les motifs d'un jugement servent d'argumentaire au soutien de la conclusion retenue. Il va de soi que la répétition d'un point de droit permet de souligner l'importance donnée à certains éléments. Mais, en répétant trop souvent que l'on ne fait qu'appliquer un arrêt antérieur, on risque de croire que l'auteur fait peu confiance à la mémoire ou à l'intelligence de ses éventuels lecteurs ! Outre cette répétition du même arrêt, on retrouve plusieurs autres bégaiements. À titre indicatif, voir les paragraphes 32 à 35 où on reprend maintes fois cet énoncé à savoir que « le congédiement discriminatoire » ne saurait s'autoriser de la convention collective. De même en est-il aux paragraphes 39, 40 et 41 où on répète l'idée que l'arbitre a le pouvoir et même le devoir de s'assurer du respect des droits des salariés, quelle que soit la source des règles applicables, etc.

### *Quelques questions de fond*

La première et principale question de droit traitée en cet arrêt porte sur le rapport ou l'interrelation des deux sources de règles de droit : celle provenant de la loi et celle articulée à la convention collective. En l'espèce, l'intérêt de la question est double : la réponse retenue permet de qualifier la valeur de l'article 8.06 de la convention collective et de circonscrire du même

15. À titre d'exemple, l'application des règles relatives au harcèlement psychologique (art. 81.20 LNT) sera soumise par voie de grief à l'arbitre dans le cas des salariés visés par une convention collective.

16. F. Morin et J.-Y. Brière, *Le droit de l'emploi au Québec*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2003, para. 1-07, p. 130.

17. [1975] 1 R.C.S. 517.

coup le champ de compétence juridictionnelle de l'arbitre. Nous soutenons que les règles de droit de source étatique ne feraient pas « corps » avec les dispositions conventionnelles et qu'elles servent plutôt de bases minimales irréfragables à ces dernières. Dès lors, les parties ne disposeraient nullement de la liberté de convenir directement et même implicitement dans le but de réduire, altérer ou grignoter de quelque manière les conditions de travail affirmées par la loi. À titre de corollaire, nous devons comprendre que cette disposition de la convention collective, l'article 8.06, devait être bémolisée ou appliquée de manière à assurer la sauvegarde et le respect des règles de droit impératives garanties à tout salarié quel que soit son statut au sein de l'entreprise. En conséquence, nous le réitérons, il est heureux que la Cour suprême du Canada ait reconnu la compétence de l'arbitre à s'enquérir si, en l'occurrence, M<sup>m</sup> O'Brien était victime d'une discrimination à l'occasion de son congédiement à son retour d'un congé de maternité.

Cet arrêt soulève également la question de la nature de la convention collective. Serait-elle un simple contrat privé ou s'approcherait-elle davantage d'une norme de nature publique ou serait-elle un acte juridique hybride ? Les entendements des juges Iacobucci et Major semblent des plus nébuleux ou, à tout le moins, fort fluides. On la qualifie de « contrat privé » résultant d'une négociation « à la fois privée et publique » (para. 30 et 95). Une telle hésitation provient sans doute du fait que ces juges sont encore prisonniers d'une dichotomie traditionnelle en droit : le privé ou le public. Un tel entendement aussi étriqué ne permet guère de considérer pleinement l'originalité de la convention collective comme d'ailleurs

l'avait si justement et prudemment signalée le juge Judson : « The collective agreement is a recent development in our law and has a character all of its own<sup>18</sup> ». Cette observation formulée il y a quarante ans ne demeure-t-elle pas encore une invitation à se délester de quelques schémas de la pensée juridique d'un siècle révolu. Nous avons traité de cette question en d'autres lieux<sup>19</sup> aussi nous nous limitons à quelques considérations générales concernant la toile de fond juridique sur laquelle s'articule la convention collective et qui lui donne une facture fort différente de celle du simple contrat privé :

- Le processus d'élaboration d'une convention collective n'est pas strictement privé et ne résulte pas d'un simple effet direct de la seule volonté des deux parties signataires. Les parties ont l'obligation légale de négocier de bonne foi (art. 53, *Code du travail du Québec* [ci-après CT]). De plus, elles ne se sont pas volontairement choisies : l'employeur ne peut retenir le syndicat désiré (art. 12 CT) et seul le syndicat préalablement accrédité selon les dispositions du Code du travail peut valablement imposer sa présence puis, il se doit de représenter tous les salariés actuels et futurs du groupe déterminé (l'unité d'accréditation) et non seulement ses membres (art. 67 CT).
- L'objet principal de la négociation collective est prédéterminé (art. 62 CT) : les modalités du régime de travail applicables à un groupe de salariés et entendu que ces conditions de travail sont les prolongements des chartes et des lois de l'emploi.
- Les parties disposent de moyens particuliers pour faire valablement et

18. *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec inc. c. Compagnie Paquet ltée*, [1959] R.C.S. 206, à p. 215.

19. F. Morin et J.-Y. Brière, *op. cit.*, note 16, para. IV-160, p. 1063 et s.

légalement pression l'une sur l'autre (grève et lock-out) mais pour un temps déterminé (art. 58, 106 et s. CT).

- Nonobstant les règles de régie interne du syndicat accrédité, les salariés membres du syndicat disposent d'un certain droit de participation au processus de la négociation collective (vote de grève, acceptation de l'offre de l'employeur, etc. – art. 20.1 et s. CT).
- Dès qu'elle est valablement conclue, la convention collective s'impose à tous les salariés actuels et futurs (art. 67 CT). Le syndicat et l'employeur ne peuvent modifier à leur guise ce groupe de salariés visés par la convention et tout nouveau salarié bénéficie de la convention collective dès son embauche : elle s'applique d'une manière impérative et sans préalable de sa part.
- Si les parties éprouvent quelques difficultés à l'occasion de l'application de la convention collective, une voie exclusive de justice leur est imposée, soit l'arbitrage (art. 100 et s. CT).
- Cette convention collective peut éventuellement s'appliquer à des tiers : nouvel employeur et nouveau syndicat (art. 45, 46 et 61 CT).

Un tel encadrement tracé par voie législative ne permet guère de percevoir la convention collective comme un simple acte privé selon la dichotomie traditionnelle : privé/public. De plus et nous l'avons déjà souligné, le législateur établit plusieurs ponts entre les lois de l'emploi et la convention collective<sup>20</sup> et, en ce sens, il reconnaît la convention

collective à titre d'acte de réglementation du travail spécifique à un milieu donné.

D'une façon plus négative, nous dirions que si les règles de droit édictées par le législateur étaient vraiment « incorporées » à la convention collective, les parties devraient pouvoir en disposer selon leur commune volonté. Une telle situation serait de toute évidence un non-sens et contraire à la finalité historique du droit de l'emploi : le principe de l'ordre public social. Pour illustrer davantage ce point, disons qu'il ne saurait s'agir d'une « incorporation » véritable et pas plus que nous pourrions valablement soutenir que le *Code civil du Québec* serait incorporé à tous contrats civils et commerciaux ou encore, que la Constitution serait partie intégrante à toute loi. Si toute loi et tout contrat reposent sur la Constitution et le Code civil et autres lois afférentes et tirent d'ailleurs leur valeur juridique propre de ces mêmes fondements, il en serait ainsi de la convention collective. Les parties négocient les modalités particulières à leur régime de travail lequel se superpose, complète ou prolonge les conditions de travail garanties à tous par les lois de l'emploi y compris les chartes. En somme, la liberté des parties à la convention collective est contenue et déterminée par les lois de l'emploi. N'est-ce pas la première raison historique du droit de l'emploi, soit de suppléer par la voie étatique à l'inégalité des parties en présence : le salarié et l'employeur. De plus, la tenue de rapports collectifs du travail s'autorise également de cette recherche d'un rééquilibrage des positions des parties : permettre aux salariés de participer réellement et

20. Parmi les dizaines d'exemples que nous pourrions donner, nous en citons deux : les jours fériés et chômés, au minimum huit, peuvent être choisis par les parties à la convention collective au lieu et place de ceux retenus à la loi (art. 59.1 LNT). Le droit au retour au travail de l'accidenté du travail est affirmé à la loi mais les modalités d'application relèvent des parties à la convention collective (art. 239 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*).

collectivement à l'élaboration des conditions de vie au travail.

En respectant ainsi la hiérarchie des sources des multiples normes relatives à l'emploi selon une formule gigogne et entendu que le plus comprend le moins, il allait de soi que le refus conventionnel de donner accès à l'arbitrage à une salariée suite à son congé de maternité constituait une violation de la loi, notamment l'article 44 de la *Loi sur les normes d'emploi*. Par voie de conséquence, cet article 8.06 de la convention collective notamment par ses effets immédiats, soit le refus d'un juste contrôle arbitral et qui est pourtant le recours exclusif dont disposent les salariés sous convention collective, privait la salariée d'un réel exercice d'un droit à ce congé sans en payer *a posteriori* le prix fort, soit la perte de son emploi. Selon le juge Major, la salariée disposait du recours à l'arbitrage que si l'employeur avait d'abord reconnu sa valeur professionnelle (para. 98). Nous y voyons une situation doublement arbitraire et donc fondamentalement injuste.

Dès que l'on cherche à respecter le rapport hiérarchique des sources (loi et convention collective), nous en déduisons que la liberté de convention des parties en est directement tributaire et aussi circonscrite. Il devient alors fort difficile de suivre l'itinéraire du raisonnement du juge Major qui donne tant d'importance à l'intention des parties et qu'il dégage de l'article 8.06 de la convention collective (para. 86). Si cette disposition était pour partie *ultra-vires*, il nous faut extirper de son libellé tout ce qui est sans valeur juridique (art. 62 et 64 CT). En conséquence, la recherche de l'intention des parties quant au caractère absolu de l'exclusion n'a plus de raison d'être. Par ailleurs, la présence des règles de droit public, par un quel-

conque effet de leur intertextualité, contraint l'arbitre à s'assurer de leur respect par l'employeur.

D'une façon claire et utile, le juge Iacobucci traite de la compétence de l'arbitre de grief pour assurer le respect des droits fondamentaux tout en reconnaissant l'expertise de la Commission des droits et des libertés (para. 52, 53 et 54). Cette position donne un avant-goût de l'approche que la Cour suprême du Canada pourrait éventuellement retenir suite au jugement de la Cour d'appel à ce même sujet<sup>21</sup>. D'une certaine manière, on comprend que l'arbitre peut et doit s'assurer du respect des droits fondamentaux dès qu'il est saisi d'une mécontente que l'on peut qualifier de grief puisque le litige touche au fondement même de la convention collective. Ce dernier élément est certainement l'apport le plus riche de cet arrêt *Parry Sound*. En indiquant clairement, même si nous désapprouvons le terme « incorporer », que les dispositions conventionnelles constituent la troisième strate du construit du régime de travail (Charte, lois de l'emploi et convention collective), on peut en déduire, selon les dispositions retenues au *Code du travail*, que toute mécontente relative à une de ces trois composantes intimement liées les unes aux autres constituerait de ce fait un grief et dès lors, l'article 100 CT s'appliquerait et donnerait compétence à l'arbitre.

Avec respect mais sans hésitation, l'explication donnée sur la façon de déceler une décision « manifestement déraisonnable » et notamment en la distinguant de celle qui ne serait que déraisonnable ne peut convaincre. Pareil *distinguo* nous paraît équivoque, dérisoire et superfétatoire. Si un juge de contrôle est convaincu et peut démontrer qu'une décision est effectivement

21. *Procureur général du Québec c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2002] R.J.D.T. 55, permission d'appel à la Cour suprême du Canada donnée le 14 novembre 2002 (CSC, n° 29188).

déraisonnable, il nous est difficile de comprendre pourquoi il y donnerait néanmoins son aval, même passif. Cette casuistique fondée sur une gradation de la déraison ne ferait que pousser encore davantage les procureurs à tenter de démontrer l'absurdité grotesque, au plan juridique, de la décision soumise au contrôle judiciaire<sup>22</sup>. En somme, il nous paraît déraisonnable d'établir une telle gradation selon la difficulté intellectuelle que pourrait connaître le juge de contrôle pour dégager pareil vice de la décision arbitrale. S'il devait en être ainsi, ce contrôle serait encore plus subjectif puisqu'il dépendrait directement des qualités intellectuelles du juge de contrôle. Nous croyons fermement que la difficulté première se trouve à la racine même c'est-à-dire à la norme de contrôle, à ce critère de jugement. Il nous paraît toujours périlleux de vouloir apprécier une décision à l'aide d'un critère flou, visqueux et qui cache une trop grande marge de subjectivité. S'il est vrai que tout jugement comporte sa part de subjectivité même s'il est étayé d'une argumentation construite par voie logique et à l'aide de données juridiques, on ne saurait confondre ou assimiler le raisonnable à ce qui est juste, c'est-à-dire conforme aux règles de droit applicables à telle situation de fait et d'abord bien circonscrite. Ce dernier volet, la conformité au droit pertinent, serait pourtant la seule base juridique qui devrait servir à l'exercice du contrôle judiciaire. Une approche rigoureuse et clairement démontrée devrait permettre d'éviter que le juge de

contrôle se substitue inopinément à celui qui a entendu la preuve<sup>23</sup>. Bien entendu, s'il ne convient pas de conférer trop d'ascendance à « l'après » sur l'avant !

Finalement, le juge Iacobucci souligne à nouveau que quelques écarts de procédure ne sauraient justifier la négation des droits d'un salarié, notamment quand ces omissions ne portent pas directement préjudice à l'employeur (para. 69). À ces conditions, la forme ne peut occulter le fond et, en l'occurrence, le libellé du grief était déjà explicite quant à la nature de la problématique sous-jacente. Il est d'ailleurs surprenant que le juge Major (para. 79) s'en prenne à l'initiative prise par la Cour d'appel alors que le conseil d'arbitrage avait déjà pris position au sujet de la discrimination (para. 7).

Bien que la Cour suprême du Canada nous semble plus prise qu'éprise par son arrêt *McLeod c. Egan*, il n'empêche que l'arrêt *Parry Sound* provoquera ou devrait susciter une revue de certaines approches de la part des négociateurs des conventions collectives, des procureurs des parties et aussi, de la part des arbitres. Aucun de ces intervenants ne saurait ignorer ou simplement éviter de concilier à la fois le libellé des dispositions expresses de la convention collective et celles des lois de l'emploi y compris les chartes et surtout, de respecter l'ordre hiérarchique de l'ensemble de ces normes.

- 
22. Il suffirait de lire quelques requêtes en révision pour constater le type d'arguments développés par les procureurs afin de tenter de convaincre les juges de la Cour supérieure qu'il leur faudrait intervenir. Nous avons déjà analysé cette question : « Le raisonnable déraisonnable ou la rationalité du raisonnable », (1985) 40 *Relations industrielles* 646 et « Le rationnel et le raisonnable : deux nécessités distinctes et conjuguées en droit », (1986) 41 *Relations industrielles* 578.
  23. Même à l'aide du critère proposé par le juge Iacobucci, la critique du juge Major laisse croire qu'il aurait cassé la décision de la majorité si le juge Iacobucci avait été l'arbitre et lui à la Cour supérieure, c'est-à-dire s'il avait pu bénéficier de la supériorité de l'après sur l'avant. N'y vit-il pas « une subversion de l'intention du législateur » (para. 96) ?

## SUMMARY

### **Frailty in Contractual Limits when a Grievance is Arbitrated: The Parry Sound Ruling**

In a recent ruling (*Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42), the Supreme Court of Canada states that an arbitrator has jurisdiction to hear a dispute that involves rights guaranteed by codes, charters and employment legislation even if the arbitrator has been barred from such recourse under a collective agreement. In the case at issue, an employee with probationary status benefited from maternity leave and was discharged upon her return.

Despite the clarity of the wording under the collective agreement stating that a probationary employee may not resort to arbitration, a grievance was filed and was worded as follows: [Translation] “. . . was discharged without reason and this decision is arbitrary, discriminatory, unjust and vitiated by bad faith.”

Owing to the rights vesting in the employee under the Employment Standards Act (Ontario), the Board of Arbitration ruled on its own jurisdiction to hear such a grievance. This decision was quashed in judicial review (Superior Court) and but was then upheld in Court of Appeal and once again by the Supreme Court of Canada (majority 7/9).

The Supreme Court of Canada began by making several observations concerning the criteria of judgment applicable to judicial review, namely that which is considered patently unreasonable. An attempt was made to distinguish between an unreasonable decision and one that would be patently unreasonable. It seems to us that such a distinction remains ambiguous and further confuses the exercising of a fair judicial review; unreasonableness should not be graded by degrees.

In a second approach, the ruling establishes the relationship between State standards (Codes, Charters and employment legislation) and contractual standards. Working from the basis that State standards would be incorporated into the collective agreement, the Court establishes that the limit imposed upon the collective agreement regarding access to arbitration had the practical effect of denying the right to maternity leave, elsewhere guaranteed by law. For this reason, the arbitrator had to intervene and exercise control in order to ensure respect for established standards of public order. To achieve these ends, the Supreme Court of Canada seemed to experience considerable difficulty in qualifying the collective agreement and classified it in the category of private contracts. Such a categorization, confined to the traditional “public/private” dichotomy, dismisses the true legal and desired effect seeking to make the collective agreement a regulatory labour provision complementary to statutes governing public order and intimately related to the latter.

In support of his line of reasoning, Judge Iacobucci, on behalf of the majority (7/9), repeatedly referred to the ruling: *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517. The referrals denied under this ruling are hardly convincing and uselessly weigh down the reasoning. Moreover, Judge Major (dissenting) also referred to it and considered that Judge Iacobucci was reading into the *McLeod v. Egan* ruling a purport that it just does not have.

In all, we believe that the codes, charters and employment legislation serve as the basis upon which the collective agreement is built and, consequently, the parties' contractual freedom



both derives from this basis and is limited thereto. This interrelation would be analogous to that of the Constitution and employment statutes, without it being possible to affirm that the Constitution would be found to be a part of each of these statutes.

This ruling is especially interesting because it recognizes the employee's right to resort to arbitration in order to

ensure respect for guarantees stipulated in employment legislation, despite wording to the contrary in the collective agreement. Parties to collective agreements and arbitrators must therefore respectively correct their approach and grant access to arbitration for all employees from the very moment that their fundamental rights are jeopardized in any way.