



Dans ce numéro :

Mot du secrétaire-trésorier	2
Nécrologie	2
À inscrire à votre agenda	3
Un rappel : Agenda électronique de la Conférence des arbitres	3
Rappel concernant une entente de la Conférence avec LexisNexis Canada...	4
Chronique de linguistique	4
Actualités juridiques de SOQUIJ en droit du travail rapportées par l'Association du Barreau canadien...	5
Publications récentes	6
Suivi d'une chronique jurisprudentielle antérieure	7
Chronique jurisprudentielle de Me Denis Nadeau	8

L'équipe du Bulletin

Direction : <i>Pierre St-Arnaud</i>
Mise en page : <i>Ghislaine Bolduc</i>
Collaborateurs à la rédaction et à la recherche : <i>Denis Nadeau</i>

MOT DU SECRÉTAIRE-TRÉSORIER

L'agenda électronique de la Conférence des arbitres du Québec : un outil puissant

L'agenda électronique *LibreArbitre* a officiellement été présenté aux représentants des parties le 22 novembre 2012; ce nouvel outil fêtera donc bientôt son premier anniversaire, et à cette occasion, j'ai pensé qu'il serait intéressant de vous présenter un aperçu de son utilisation.

Au moment d'écrire ces lignes, 61 arbitres, membres de la Conférence, proposaient pas moins de 3 274 journées d'audience pour les 12 mois à venir.

Le conseil d'administration de la Conférence a demandé d'avoir des rapports de fréquentation de ce site par le public (c'est-à-dire en excluant les arbitres ou leurs adjointes qui ont accès au site notamment pour modifier leur propre calendrier). C'est ainsi qu'on apprend que du 1^{er} au 31 septembre 2013, *LibreArbitre* avait reçu 138 visiteurs, dont 38% y allaient pour la première fois, les autres 62% étant des « habitués ». Plusieurs de nos collègues nous ont fait part que des parties leur avaient confié un mandat après avoir constaté, sur *LibreArbitre*, qu'ils étaient disponibles à une date donnée; cela m'est arrivé aussi. L'agenda électronique de la Conférence est un excellent outil pour « remettre sur le marché » une date d'audience qui se libère à moyen terme. Pour les parties, c'est aussi un excellent outil pour trouver un arbitre disponible pour les entendre à court terme.

En terminant, j'invite ceux qui n'ont pas encore utilisé *LibreArbitre* à en faire l'essai. Pour toute question sur l'utilisation de l'agenda électronique, vous pouvez donner un coup de fil à M^{me} Ginette Sincerny au (450) 654-3576 ou lui envoyer un courriel à ginette.sincerny@videotron.ca. Je suis également à votre disposition pour toute question concernant *LibreArbitre* ou pour toute suggestion d'amélioration que vous souhaiteriez voir apporter à l'agenda électronique.

M^e Jean Ménard

secrétaire-trésorier

NÉCROLOGIE

Notre collègue Jean Yves Durand est décédé le 25 avril 2013 à l'âge de 77 ans. Les funérailles ont eu lieu le 11 mai 2013. La Conférence des arbitres tient à souligner sa grande contribution à la profession d'arbitre. Voici l'avis de décès paru dans le journal La Presse :

DURAND, Jean-Yves 20 avril 1935 - 25 avril 2013.

Jean-Yves Durand s'est éteint paisiblement le 25 avril 2013. Outre son épouse, Sandra Durand (née Dunlap), il laisse dans le deuil ses enfants, Pascale, Alexis et David, ses trois petits-enfants, Justin, Éric et Ethan, ses nièces, ses neveux, de nombreux amis proches ainsi que sa sœur Denise

Desrosiers et ses belles-sœurs Marthe Durand et Greta Durand. Jean-Yves Durand est le huitième enfant d'Eva Brunet et de Martial Durand.

Optimiste et énergique de nature, il a affronté de grands défis tôt dans la vie et a mené une carrière exceptionnelle d'avocat et d'arbitre. Il a aussi consacré beaucoup de temps aux causes qui lui tenaient à coeur. Il était très attentionné à l'égard des autres et représentait un modèle à suivre pour de nombreuses personnes. La famille Durand souhaite exprimer toute sa reconnaissance aux membres de l'équipe médicale de l'unité médicale 6 et du service des soins intensifs de l'hôpital Royal Victoria pour leurs soins et leur compassion.

À INSCRIRE À VOTRE AGENDA

Du 1^{er} au 3 novembre 2013 : 39^e Congrès de la Conférence des arbitres du Québec qui se tiendra au cœur du Vieux-Montréal, à l'hôtel Springhill Suites Marriot.

L'adresse de l'hôtel est le 445, rue Saint-Jean-Baptiste, Montréal (juste derrière la Maison du Barreau situé 445 Boulevard Saint-Laurent, Montréal).

- Vendredi 1^{er} novembre à 13 h 30 : conférence du juge Chahé-Philippe Arslanian du Tribunal administratif du Québec, et auteur d'un article publié dans la Revue du Barreau : « Les diverses ordonnances qui limitent le droit à une audience publique : le huis clos, les ordonnances de confidentialité et autres ».
 - Samedi 2 novembre à 9 h : conférence par l'honorable juge Pierre Michaud, ex juge en chef de la Cour d'appel du Québec, sur l'éthique et la déontologie – échanges et discussions
 - Dimanche 3 novembre à 9 h : Assemblée générale annuelle
-

UN RAPPEL : AGENDA ÉLECTRONIQUE DE LA CONFÉRENCE DES ARBITRES

Tous les arbitres sont invités à inscrire leurs disponibilités sur le site de LibreARBITRE.CA

L'adresse est la suivante : <http://librearbitre.ca/>

Le site est très convivial et facile à gérer. Nous invitons les représentants des parties à le consulter. C'est totalement gratuit. En un clin d'œil, vous connaîtrez la disponibilité des arbitres inscrits sous quatre onglets :

- Date
 - Nom de l'arbitre
 - Ville
 - Vue d'ensemble pour tous les arbitres dans un mois donné.
-

RAPPEL CONCERNANT UNE ENTENTE DE LA CONFÉRENCE AVEC LEXISNEXIS CANADA POUR LA PUBLICATION DE NOS SENTENCES ARBITRALES

Dans notre dernier Bulletin, je mentionnais que nous avons la possibilité de publier en ligne vos sentences arbitrales auprès de trois organismes sur les sites suivants : www.canlii.ca, soquij.qc.ca et Quicklaw (<http://www.lexisnexis.ca/fr-ca>).

Quicklaw est un nouveau partenaire qui nous donne accès à ses banques de jurisprudence. J'ai reçu récemment un rappel de Quicklaw invitant plus de membres à s'inscrire. Vous n'avez qu'à signer une entente avec eux vous engageant à envoyer vos décisions. En échange, vous obtiendrez les avantages suivants :

- a) Un accès général et gratuit aux sources de décisions judiciaires et administratives canadiennes du service de recherche LexisNexis® Quicklaw®, incluant les sentences arbitrales rendues au Québec et dans les autres juridictions canadiennes.
- b) Une formation gratuite, par présentation Web, sur le service de recherche en ligne LexisNexis® Quicklaw®.

Nous vous invitons à communiquer directement avec Me Stéphanie Briand par courriel (stephanie.briand@lexisnexis.ca) ou par télécopieur au 514-287-0350 pour publier vos sentences avec ce nouveau partenaire.

CHRONIQUE DE LINGUISTIQUE

Cette chronique, fournie par SOQUIJ, aborde des problèmes de langue précis et des erreurs fréquentes quant à des termes qui sont directement liés au domaine du droit du travail ou qui, de façon générale, risquent de prêter à confusion au moment de la rédaction d'un document. Ces courtes capsules vous éclairent sur le bon usage de termes fréquemment employés dans les textes juridiques.

Aviseur

Anglicismes

Le mot «aviseur» n'existe pas en français. Il s'agit d'un barbarisme, c'est-à-dire, nous dit le Robert, d'une faute grossière de langage, d'un mot forgé, ici sous l'influence de l'anglais *advisor*. *Advisor* se traduit en bon français par **conseiller** ou **conseil**. Ainsi, un «comité aviseur» est en fait un **comité-conseil**. De même, on fera mieux de parler d'un **avocat-conseil** ou d'un **conseiller juridique** plutôt que d'un «aviseur légal», terme qui constitue d'ailleurs un double anglicisme puisque, en français, le mot **légal** n'a pas tous les sens que prend son équivalent anglais mais nous traiterons de cela dans une prochaine chronique. Notons enfin que le verbe anglais *to advise* se traduit par «donner des conseils, conseiller», sens que n'a pas le verbe français **aviser**, qui signifie notamment «avertir quelqu'un de quelque chose par un avis».

ACTUALITÉS JURIDIQUES DE SOQUIJ EN DROIT DU TRAVAIL RAPPORTÉES PAR L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN DANS SON INFOLETTRE

Travail : La décision de la CRT, qui utilise la théorie de la «répudiation du contrat de travail» pour justifier le congédiement du plaignant, a eu pour effet de déplacer le fardeau de la preuve sur ce dernier; or, il appartient à l'employeur d'établir l'existence d'une cause juste et suffisante de congédiement.

AZ-51003369, 2013 QCCA 1610, 2013EXP-3220, 2013EXPT-1873, J.E. 2013-1747, D.T.E. 2013T-681

DROIT DU TRAVAIL : Le congédiement et la destitution imposés à un agent des services correctionnels ayant le statut d'agent de la paix, et ce, après que celui-ci eut été reconnu coupable de conduite avec les facultés affaiblies, une infraction qui constituait une récidive, sont confirmés; l'article 10 de la Loi sur le système correctionnel du Québec s'applique et prévoit la destitution automatique en l'absence de circonstances particulières.

AZ-51000910, 2013EXP-3141, 2013EXPT-1840, D.T.E. 2013T-672

NORMES DU TRAVAIL: Un salarié ne peut renoncer à son droit au préavis édicté aux articles 82 et suivants de la Loi sur les normes du travail; la transaction signée postérieurement à son congédiement est nulle de nullité absolue.

AZ-51000887, 2013 QCCQ 10004, 2013EXP-3070, 2013EXPT-1808, J.E. 2013-1675, D.T.E. 2013T-660

CONTRAT DE TRAVAIL: La concession, qui est un acte juridique par lequel une personne accorde à une autre le droit d'exploitation d'une entreprise, n'est pas visée par l'article 2097 du Code civil du Québec; vu le contrat de gestion intervenu entre TQS et Remstar, cette dernière n'est pas liée par les clauses d'un contrat de travail conclu entre TQS et un salarié.

AZ-50999793, 2013 QCCS 4208, 2013EXP-3066, 2013EXPT-1793, J.E. 2013-1672, D.T.E. 2013T-646

DROITS ET LIBERTÉS : L'employeur, un spa offrant des services de massothérapie, a fait preuve de discrimination fondée sur le handicap en refusant à une personne à son service qui était non voyante de se rendre au travail avec son chien-guide; il n'a pas satisfait à son obligation d'accommodement en lui offrant de travailler sans son chien pendant des périodes de quatre heures à la fois.

AZ-50994805, 2013 QCTDP 26, 2013EXP-2847, 2013EXPT-1677, J.E. 2013-1543, D.T.E. 2013T-607

DROIT DU TRAVAIL : Le dépôt du grief contestant un congédiement a interrompu la prescription non seulement au bénéfice de la personne congédiée, mais également à l'égard de toutes les parties, y compris l'employeur, et ce, pour tout droit découlant de la même cause d'action.

AZ-50972030, 2013 QCCA 982, 2013EXP-2074, 2013EXPT-1162, J.E. 2013-1100, D.T.E. 2013T-414

DROIT DU TRAVAIL : En vertu des ordonnances rendues dans le contexte de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, l'employeur est libéré de toute dette liée à la restructuration de l'entreprise, ce qui inclut les réclamations à l'encontre de congédiements sans cause juste et suffisante.

AZ-50989907, 2013 QCCRT 0347, 2013EXPT-1531, D.T.E. 2013T-560

DROITS ET LIBERTÉS : La prière récitée au cours des délibérations publiques du conseil municipal de Ville de Saguenay et les signes religieux présents dans les salles où se réunit le conseil ne compromettent pas la neutralité religieuse de la Ville.

AZ-50969282, 2013 QCCA 936, 2013EXP-1892, J.E. 2013-1012

DROIT DU TRAVAIL: Les notes personnelles qu'une avocate — salariée au service de l'employeur — a prises au cours de l'audience des griefs, et sur lesquelles elle s'est fondée afin de rédiger un affidavit détaillé des faits qui s'y sont déroulés, sont recevables en preuve dans le contexte d'un interrogatoire sur affidavit à l'occasion d'un recours en révision judiciaire.

AZ-50966837, 2013 QCCS 2038, 2013EXP-1984, 2013EXPT-1114, J.E. 2013-1060, D.T.E. 2013T-402

DROIT DU TRAVAIL : L'employeur a répliqué à une dénonciation faite par un enseignant aux médias en attaquant publiquement ce dernier; plusieurs de ses affirmations étaient fausses et constituaient de la diffamation, d'où sa condamnation à verser des dommages-intérêts au plaignant.

AZ-50966087, 2013EXP-1861, 2013EXPT-1066, D.T.E. 2013T-382

PUBLICATIONS RÉCENTES

Notre collègue, Me Fernand MORIN, publiait le 27 mars 2013, aux éditions Yvon Blais, son livre (114 pages) intitulé «Interprétation de la convention collective du travail». Voici la présentation :

Pourquoi l'interprétation de la convention collective revêt-elle certaines difficultés particulières ? Cette rétrospective juridique implique la prise en compte du particularisme de la convention collective qui comprend notamment les résultats de plusieurs négociations collectives antérieures. En somme, on ne saurait scruter le sens et la portée d'une seule disposition conventionnelle sans une réelle mise en contexte de la dynamique sous-jacente à la tenue des rapports collectifs du travail et le respect de l'impératif de l'ordre hiérarchique des règles de droit. Tels sont les principaux thèmes développés dans cet essai et qui se terminent par une analyse critique de deux arrêts de la Cour suprême du Canada (Garon / Fillion et S.F.P. c. P.G. (Québec)) qui portent sur le rapport loi/convention collective mais alors abordé de façon opposée l'une de l'autre.

Notre collègue, Me Denis NADEAU, publiait cet article dans la Revue du Barreau: Denis NADEAU, L'arrêt *Dunsmuir* : bilan quinquennal d'un contrôle judiciaire en redéfinition, (2013) 72 Revue du Barreau 1-65, version électronique :

<http://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/2013-tome-72-1.pdf>

Nous vous invitons à lire cet article très élaboré de notre collègue Me Denis Nadeau. En voici le résumé :

En mars 2008, (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190) la Cour suprême du Canada prononçait un important jugement de principe en matière de révision judiciaire de décisions de tribunaux et organismes administratifs. Non seulement l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick* réduisait le nombre des normes de contrôle alors en vigueur, mais il développait une nouvelle démarche d'analyse visant à simplifier le travail des juges et procureurs confrontés à l'univers trop souvent hermétique de la révision judiciaire. Cinq ans après *Dunsmuir*, le présent texte vise à examiner l'évolution qu'a connue ce contentieux à travers la trentaine d'arrêts où la Cour suprême s'est référée à cette décision-phare au cours des cinq dernières années et à déterminer si les objectifs sous-jacents de celle-ci ont été atteints. Comme c'est souvent le cas en droit administratif, l'écheveau n'est pas facile à défaire, mais le tableau qui s'en dégage permet de mieux appréhender les tendances de fond qui semblent marquer la jurisprudence actuelle de la Cour suprême.

SUIVI D'UNE CHRONIQUE JURISPRUDENTIELLE ANTÉRIEURE

Nous avons publié dans notre Bulletin d'octobre 2012 (vol.37, no 3, disponible sur le site de la Conférence des arbitres) cette chronique jurisprudentielle de Me Pierre St-Arnaud : *« Quand le Code civil s'invite en arbitrage de grief: en attendant la Cour d'appel, deux courants jurisprudentiels chez les arbitres de griefs concernant l'interruption civile de la prescription du grief (art. 2892 et 2895 C.c.Q) Conférence de Me Pierre St-Arnaud, arbitre, au deuxième mardi à Montréal et troisième mardi à Québec au printemps 2012 ».*

Me St-Arnaud mentionnait dans son article qu'on était en attente d'une décision de la cour d'appel sur l'application de l'article 2895 du Code civil du Québec qui se lit ainsi : *« 2895. Lorsque la demande d'une partie est rejetée sans qu'une décision ait été rendue sur le fond de l'affaire et que, à la date du jugement, le délai de prescription est expiré ou doit expirer dans moins de trois mois, le demandeur bénéficie d'un délai supplémentaire de trois mois à compter de la signification du jugement, pour faire valoir son droit. »*

La Cour d'appel a rendu son jugement le 31 mai 2013 (*Québec (Procureur général) c. Syndicat des professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec*, 2013 QCCA 982) Nous vous invitons à en prendre connaissance. En voici un court extrait :

[51] Ainsi, l'arbitre, eut-il considéré l'impact du dépôt du grief du syndicat, aurait inmanquablement constaté que celui-ci interrompait la prescription non seulement au bénéfice de Baillargeon, mais aussi à l'égard de toutes les parties, dont l'employeur, pour tout droit découlant de la même cause d'action. Ceci ressort de l'art. 2896 C.c.Q. qui, à l'instar de l'article 2895 C.c.Q., doit lui aussi trouver application (arrêt Isidore Garon, supra), lequel énonce que :

2896. L'interruption résultant d'une demande en justice se continue jusqu'au jugement passé en force de chose jugée ou, le cas échéant, jusqu'à la transaction intervenue entre les parties.

Elle a son effet, à l'égard de toutes les parties, pour tout droit découlant de la même source.

[52] Le congédiement contesté par le syndicat et la réclamation de l'appelant découlaient en effet de la même cause d'action, soit les graves et inacceptables manquements de Baillargeon. Le recours de l'appelant introduit en novembre 2003 n'était donc pas prescrit lorsque intenté devant le mauvais forum puisque par le dépôt du grief de Baillargeon, il y avait également interruption de la prescription au bénéfice de l'employeur par l'effet combiné des art. 71 C.t. et 2896 C.c.Q. Il s'ensuit que l'art. 2895 C.c.Q. s'appliquait au moment où le grief de l'employeur fut déposé le 2 octobre 2006, le grief de Baillargeon n'ayant toujours pas été abandonné à cette date. Le désistement auquel réfère l'article 2894 C.c.Q. ne saurait affecter le droit de la partie adverse qui a, avant le désistement, bénéficié des effets du second alinéa de l'article 2896 C.c.Q.

[53] Cela étant, le rejet du moyen préliminaire de prescription du syndicat était incontournable.

[54] Par conséquent, la décision de l'arbitre voulant que le salarié soit libéré financièrement trente jours après son congédiement ne faisait pas partie des issues possibles eu égard aux faits mis en preuve et aux règles de droit applicables. La Cour supérieure aurait donc dû intervenir, annuler la « sentence intérimaire » et retourner le dossier à l'arbitrage pour que le grief de l'employeur soit décidé sur le fond.

POUR CES MOTIFS, LA COUR :

[55] ACCUEILLE le pourvoi, avec dépens;

[56] INFIRME le jugement de la Cour supérieure, et procédant à rendre le jugement qui aurait dû être rendu :

[57] ACCUEILLE la requête en révision judiciaire, avec dépens;

[58] ANNULE la sentence arbitrale;

[59] REJETTE le moyen préliminaire de prescription soulevé par le syndicat et RENVOIE le dossier à un arbitre, autre que le mis en cause, pour décision sur le fond du grief de l'employeur.

CHRONIQUE JURISPRUDENTIELLE DE M^E DENIS NADEAU

**L'arrêt *Pâtes et Papier Irving Ltée.* (2013) :
regards croisés sur le « consensus arbitral »**

**Denis NADEAU
Professeur titulaire
Faculté de droit civil
Université d'Ottawa**

1. La jurisprudence arbitrale, vue comme sujet particulier d'étude, est source de nombreuses interrogations en droit du travail. Quel poids un tribunal d'arbitrage doit-il accorder à la jurisprudence dominante suivie à l'égard de la question dont il est saisi ? Quelle est alors sa marge de manœuvre dans l'évaluation, l'application, voire même le

rejet de cette jurisprudence arbitrale ? Et de quelle manière les tribunaux supérieurs, via la révision judiciaire, examinent-ils ces questions délicates ?

2. En juin 2013, dans l'arrêt *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes et Papier Irving Ltée*,¹, la Cour Suprême du Canada a été amenée à discuter d'un des aspects cruciaux de ce sujet général de la jurisprudence arbitrale, soit celui concernant l'importance devant être accordée au « consensus arbitral. » À travers l'opinion des juges de la majorité de la Cour et de celle des juges dissidents, deux visions des effets juridiques qu'un consensus arbitral peut avoir relativement à l'évaluation judiciaire d'une sentence arbitrale peuvent être clairement dégagées. Il me paraît que la mise en relief de ces deux approches n'est pas sans intérêt à la fois pour la communauté des arbitres de griefs et autres spécialistes de relations de travail puisqu'elle permet de mieux cerner les principes applicables en la matière et de constater les tensions que ces questions soulèvent au sein de la Cour suprême du Canada.

3. Au-delà de ce premier volet, l'arrêt *Irving* soulève, entre autres, deux autres points qui justifient selon moi, quelques commentaires, soit le traitement qui a été réservé, dans cette affaire, à la preuve de faits postérieurs au grief alors à l'étude et, en second lieu, l'approche qui a été adoptée à propos de la notion de « vie privée » dans ce dossier issu du Nouveau-Brunswick ; une province qui, contrairement au Québec, n'a pas de législation particulière pour protéger ce droit.

4. En terminant, une mise en garde. Même si la question de la validité des test de dépistage d'alcool et de drogue m'intéresse vivement, le présent texte n'a pas pour objectif d'analyser le mérite de l'arrêt *Irving* relativement aux nombreuses questions de fond qui y ont été abordées ou qui ont été laissées en suspens. Je suis persuadé que d'autres auteurs ne manqueront pas de le faire.

I) Dissensions autour des consensus...

5. Le 1^{er} février 2006, Pâtes et Papier Irving adopte une politique interne régissant la consommation d'alcool et d'autres drogues. Suivant cette politique, adoptée en vertu de la clause de la convention collective portant sur les droits de la direction, les employés qui occupaient, selon l'employeur, un poste à risque étaient tenus de subir un test de dépistage d'alcool ou de drogues. Un des volets de la politique prévoyait l'application universelle de tests aléatoires de dépistage d'alcool. Seule cette partie de la politique patronale a été contestée par grief. Celui-ci a été déposé par un employé, Perley Day, qui a dû se plier à un test de dépistage d'alcool obligatoire le 13 mars 2006. Ce dernier étant abstinent depuis plus de 27 ans, le test a évidemment été négatif. Le 12 avril 2006 – je reviendrai sur ces dates en seconde partie du présent texte – le syndicat déposait un grief alléguant le caractère « déraisonnable » de la politique de l'employeur. L'audience et la sentence arbitrale ont circonscrit l'objet de ce grief aux tests aléatoires de dépistage

¹ 2013 CSC 34. Ci-après *Irving*. Le jugement majoritaire est rédigé par la juge Abella. Les juges Rothstein, Moldaver et la juge en chef McLachlin sont dissidents.

d'alcool. La sentence a été rendue par l'arbitre M.J. Veniot et l'assesseur L. Cook. L'assesseur syndical D. Lavoie était dissident.²

6. Dans le cadre de la sentence, le conseil arbitral a examiné attentivement la jurisprudence arbitrale canadienne ayant traité de la question des tests de dépistage. Une attention toute particulière a été portée à l'égard d'une sentence de l'arbitre M.G. Picher, l'affaire *Nanticoke* de 2006³ et de l'analyse, effectuée dans cette décision par l'arbitre Picher, de ce qu'il qualifiait de « *Canadian model* » en matière de tests de dépistage d'alcool et de drogues en milieu de travail syndiqué.⁴

7. Après ce renvoi au consensus de la jurisprudence arbitrale canadienne en la matière, le conseil arbitral, dans *Irving*, souleva de sérieuses réserves quant à l'absolu de certains énoncés qui s'en dégagent⁵ et formula une critique sévère des conclusions adoptées par l'arbitre Picher dans l'affaire *Nanticoke* ; estimant que certaines de celles-ci étaient en contradiction avec les règles du consensus arbitral⁶. Le conseil arbitral se référa également à d'autres sentences arbitrales où des politiques de dépistage ont été considérées valides, et ce, afin de faire ressortir les caractéristiques requises pour justifier l'empiètement évident sur la dignité et la vie privée des salariés concernés.⁷

8. Au stade de l'analyse, le conseil arbitral adopta donc, dans *Irving*, la démarche généralement suivie au sein de la jurisprudence émanant du consensus arbitral dans ce type de dossier, soit celle de la « mise en balance des intérêts » entre les avantages pour l'employeur d'effectuer des tests de dépistage d'alcool dans un milieu de travail et l'évaluation de sa proportionnalité avec les atteintes à la vie privée des salariés visés par son application.⁸ Dans cette mise en perspective « avantages/atteinte », le conseil arbitral estima d'abord que la preuve patronale concernant l'existence d'un problème de consommation d'alcool dans l'entreprise concernée ne pouvait être rejetée mais « on ne saurait dire qu'il témoigne d'un problème important relatif à des employés qui se présentent à l'usine avec les capacités affaiblies par l'alcool. »⁹ Considérant que l'atteinte à la vie privée et au droit à la sécurité de chaque personne « are important and prized incidents of Canadian citizenship »¹⁰, le conseil arbitral « a conclu que l'employeur n'avait pas démontré, comme il le devait, l'existence de problèmes de dangerosité ou de préoccupations accrues en ce qui a trait à la sécurité comme la consommation d'alcool en milieu de travail qui aurait justifié l'application universelle de tests aléatoires. »¹¹

² [2009] N.B.L.A.A. No. 28 (Q.L.), majorité, par. 1-134 ; dissidence, 136-150.

³ *Imperial Oil Ltd. V. C.E.P., Local 900*, 157 L.A.C. (4th) 225 (ci-après *Nanticoke*)

⁴ *Id.*, par. 91 à 104 et surtout par. 100-101 ; pour l'analyse du conseil arbitral dans *Irving*, *supra*, note 2, par. 54-61.

⁵ *Irving*, note 2, par. 55, 56 et 69.

⁶ *Id.*, par. 57-61.

⁷ *Id.*, par. 69.

⁸ *Supra*, note 1, par. 43. Sentence arbitrale, note 2, par. 119-124.

⁹ *Supra*, note 1, par. 103, nos soulignés. Sentence arbitrale, note 2, par. 109.

¹⁰ Note 2, par. 121.

¹¹ *Supra*, note 1, par. 51.

9. Infirmée en première instance et en appel, cette sentence arbitrale a été portée en Cour suprême du Canada et sa raisonnabilité a été confirmée par une majorité de juges. Tel que je l'indiquais en introduction, un seul aspect de cet arrêt fait l'objet du présent commentaire, soit celui du poids accordé, ou devant l'être, au « consensus arbitral ». Dans quelle mesure une sentence arbitrale, pour passer le test de la « raisonnabilité » de la révision judiciaire, doit-elle se conformer aux critères et à la démarche analytique se dégageant d'un large consensus de la jurisprudence arbitrale portant sur la même question ?

10. **Pour la majorité** de la Cour suprême, sous la plume de la juge Abella, la « jurisprudence arbitrale constante » sur le sujet, les « précédents clairs », permettent de dégager des critères et une démarche d'analyse. « Cette jurisprudence arbitrale *ne lie certes pas la Cour*. Elle constitue néanmoins une référence utile pour évaluer la décision du conseil d'arbitrage en l'espèce. »¹² *A priori*, cette position de la majorité à l'égard du consensus arbitral paraît positive, mais plutôt tiède. Cependant, joutée aux commentaires suivants de la juge Abella critiquant l'interventionnisme de la Cour d'appel qui avait appliqué la norme de la décision correcte pour évaluer la validité des tests de dépistage, l'importance de cette « référence utile » qu'est la jurisprudence arbitrale constante prend tout son sens. La juge Abella reproche, en effet, à la Cour d'appel d'avoir en recours à la mauvaise norme de contrôle judiciaire et d'avoir ainsi « fait fi de la jurisprudence arbitrale remarquablement constante sur la mise en balance de la sécurité d'une part et de la vie privée d'autre part dans un lieu de travail dangereux et à imposer une solution de droit nouvelle et d'application illimitée et automatique qui ne tient pas compte du consensus et des attentes du secteur des relations du travail sur la façon d'aborder ces questions sous le régime d'une convention collective ». ¹³ Du coup, la « référence utile » que peut représenter pour un tribunal supérieur de révision judiciaire la jurisprudence arbitrale constante, semble représenter plus qu'un élément, parmi d'autres, pouvant être considéré dans l'évaluation du caractère raisonnable d'une sentence arbitrale. Cette référence constitue un aspect dont un tribunal judiciaire doit tenir compte, non seulement pour ce qu'il est (un consensus des tribunaux d'arbitrage), mais – et ceci ne semble fort important à noter – pour ce qu'il représente, soit « des attentes du secteur des relations du travail sur la façon d'aborder ces questions sous le régime d'une convention collective. » ¹⁴ Ainsi, cette adéquation « contenu/attentes du milieu », découlant d'une jurisprudence arbitrale constante, confère à la « référence utile » qu'est le consensus arbitral, un *caractère incontournable* dans une démarche d'examen judiciaire d'une sentence arbitrale.

11. Sur cette question, **les juges dissidents** vont encore plus loin. Précisant qu' « aucun conseil d'arbitrage n'est isolé du reste du monde » et que « [C]omme dans le cas de la common Law, la jurisprudence arbitrale mûrit avec l'expérience acquise, une décision à la fois »¹⁵, les juges Rothstein et Moldaver mentionnent que « [L]e respect des décisions arbitrales antérieures n'est pas simplement une politesse à observer lorsque cela nous convient. *Au contraire, lorsqu'il y a consensus arbitral, celui-ci soulève la présomption — pour les parties, les arbitres et les tribunaux — selon laquelle les décisions arbitrales*

¹² *Id.*, par. 6. Nos italiques.

¹³ *Id.*, par. 16.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Id.*, par. 77.

subséquentes se conformeront à ces précédents. L'uniformité des règles et des décisions est fondamentale pour la primauté du droit. »¹⁶. Dans la foulée, les juges dissidents sont d'avis que « bien que les arbitres soient libres de faire abstraction du consensus arbitral applicable et d'adopter une opinion différente, *il leur incombe d'expliquer le fondement de leur décision* »¹⁷

12. Toujours pour la minorité, et la portée de l'énoncé suivant est fort important, « les précédents en matière d'arbitrage *dans les décisions antérieures* circonscrivent en quoi consiste une décision raisonnable *en l'espèce.* »¹⁸. Ainsi, les trois juges dissidents réservent au consensus arbitral un statut beaucoup plus décisif que la notion de « référence utile », aussi incontournable soit-elle, formulée par la juge Abella. Selon la minorité, le consensus arbitral génère, *in se*, une *présomption* à l'effet que les prochaines sentences arbitrales en semblable matière devraient se conformer à ses règles et contenu et ce, tout en représentant simultanément la balise à partir de laquelle le caractère raisonnable d'une sentence ultérieure devrait être évaluée par les tribunaux supérieurs. La consécration du consensus arbitral est ici, disons-le, significative.

13. Certes, les juges dissidents, tout comme, de façon implicite la majorité, reconnaît qu'un tribunal d'arbitrage peut écarter les règles d'un consensus arbitral. Toutefois, la lecture comparative des deux opinions de la Cour révèle clairement que la voie retenue par les juges dissidents impose, à l'arbitre qui veut s'écarter d'un consensus arbitral, une obligation de motivation très stricte : le fondement de cette décision doit être expliqué ; une explication, implicite ou explicite, du « pourquoi il [le conseil arbitral] a fait abstraction du consensus arbitral »¹⁹ Un raisonnement qui doit révéler de plus « un *motif raisonnable* » pour écarter un consensus²⁰, puisque les juges dissidents indiquent que « [L]e contrôle judiciaire du caractère raisonnable comprend la capacité pour les tribunaux de se questionner sur l'opportunité de se conformer ou non au consensus lorsque, dans les cas comme celui qui nous occupe, il n'existe aucun fondement apparent pour déduire qu'il serait logique de ne pas le suivre. »²¹. Ayant maintenant en toile de fond ces deux conceptions du rôle du consensus de la jurisprudence arbitrale, fort éloignées l'une de l'autre, examinons maintenant les grandes lignes de l'analyse mise de l'avant par les deux groupes de juges dans l'affaire *Irving* et, inévitablement, les conclusions opposées se dégageant de celles-ci.

14. Du côté de la majorité, la juge Abella s'est largement inspirée de l'analyse de l'arbitre Picher dans l'affaire *Nanticoke*.²² Par la suite, elle s'est référée à deux sentences arbitrales, qui avaient été également examinées par l'arbitre Veniot²³ et où des tribunaux d'arbitrage ont confirmé l'application de tests aléatoires de dépistage d'alcool.²⁴ Deux extraits permettent de saisir les enseignements que la majorité dégage du consensus arbitral en

¹⁶ *Id.*, par. 78, mes italiques.

¹⁷ *Id.*, par. 79, mes italiques.

¹⁸ *Id.*, par. 75, les italiques sont au texte.

¹⁹ *Id.*, par. 79.

²⁰ *Id.*, par. 109.

²¹ *Id.*, par. 79.

²² *Id.*, par. 32-37.

²³ Sentence arbitrale, note 2, par. 63-69.

²⁴ *Supra*, note 1, par. 38-41.

cette matière de tests de dépistage. Dans le premier, la juge Abella indique n'avoir « trouvé aucune affaire, ni avant *Nanticoke*, ni depuis, dans laquelle un arbitre aurait conclu au droit d'un employeur d'imposer unilatéralement des tests aléatoires de dépistage d'alcool ou de drogue, même dans un lieu de travail très dangereux, sans indices démontrant un problème à cet égard. »²⁵

15. Le second extrait est crucial, car la juge Abella fait une nouvelle synthèse des règles qu'elle dégage du consensus arbitral :

Or, comme je l'ai signalé précédemment, la conclusion selon laquelle le lieu de travail est dangereux ne se traduit pas automatiquement par le droit, pour l'employeur, d'imposer unilatéralement des tests aléatoires. (...) À ma connaissance, jamais n'a-t-il été conclu que la dangerosité du lieu de travail justifiait l'application de tests aléatoires, même dans le cas d'un emplacement « à grand risque » ou « intrinsèquement dangereux » comme une société de chemins de fer ou une usine de produits chimiques, voire un emplacement qui présente un risque d'explosion, en l'absence d'un problème démontré de consommation d'alcool en milieu de travail.²⁶

16. Ayant identifié les critères et la démarche devant être considérés pour évaluer la légalité des tests de dépistage d'alcool selon le consensus arbitral, la majorité de la Cour nota que le conseil d'arbitrage avait conclu que la preuve relative à la consommation de travail en milieu de travail, soit la survenance de huit incidents sur une période de 15 ans, ne révélait pas « un *problème grave* de consommation d'alcool en milieu de travail. »²⁷ À la lumière de cette conclusion et de celle selon laquelle l'épreuve du test de dépistage (éthylomètre) constitue un empiètement considérable sur le droit à la vie privée²⁸, la juge Abella disposa de l'appel de la façon suivante :

Somme toute, le conseil d'arbitrage est arrivé à la conclusion que les avantages attendus sur le plan de la sécurité pour l'employeur en l'espèce se situaient dans la fourchette « entre incertains et minimes, au mieux », tandis que, comparativement, l'atteinte à la vie privée des employés était bien plus grave. Par conséquent, le conseil d'arbitrage a conclu que l'employeur n'avait pas démontré, comme il le devait, l'existence de problèmes de dangerosité ou de préoccupations accrues en ce qui a trait à la sécurité comme la consommation d'alcool en milieu de travail qui aurait justifié l'application universelle de tests aléatoires. Partant, le conseil a conclu qu'il s'agissait d'un exercice déraisonnable des droits de la direction au titre de la convention collective. Je suis d'accord.²⁹

17. Je reviendrai sous peu sur ces extraits. Pour l'instant, il importe d'examiner, en parallèle, l'approche adoptée par les juges dissidents. Deux points sont mis en exergue

²⁵ *Id.*, par. 37. Une liste de 7 sentences arbitrales est citée.

²⁶ *Id.*, par. 45, les références sont omises.

²⁷ *Id.*, par. 47, mes italiques.

²⁸ *Id.*, par. 49-50.

²⁹ *Id.*, par. 51.

par ces derniers afin de soutenir que la sentence arbitrale est déraisonnable. D'une part, les juges Rothstein et Moldaver signalent que « [D]ans aucune des décisions dont nous avons connaissance, que ce soit celles qui ont confirmé ces politiques ou celles qui les ont annulées, *n'avons-nous vu l'obligation de démontrer l'existence d'un problème « important » ou « grave »*. Au contraire, la norme applicable a été celle de la preuve d'indices d'un problème. La différence entre les deux approches est évidemment très marquée et ne peut être ignorée. »³⁰ Par ailleurs, les juges notent que « le conseil a exigé que l'élément de preuve démontrant l'existence d'un problème d'alcool soit « lié » aux « accidents et aux blessures — réels ou évités de justesse » à l'usine ou ait un « lien de causalité » avec ceux-ci. Là encore, cette exigence n'est aucunement étayée par la jurisprudence arbitrale. »³¹

18. Selon les juges dissidents, le conseil d'arbitrage, à travers ces deux aspects, « a appliqué une norme de preuve inconnue de la jurisprudence arbitrale » ; norme de preuve plus élevée qui « a dicté la conclusion du conseil en l'espèce. ».³² « Autrement dit, le conseil a conclu que la politique de la société était déraisonnable *parce que la preuve de la consommation d'alcool qu'Irving a présentée ne répondait pas à la norme plus élevée qu'il a appliquée*. Bref, la preuve était le facteur déterminant. »³³

19. Essentiellement, tel que les juges dissidents l'annonçaient dans la présentation de leur cadre théorique relatif au poids devant être accordé à un consensus arbitral, l'analyse qu'ils mettent de l'avant consistent à vérifier si la sentence arbitrale respecte les critères énoncés dans ce qui représente, selon eux, le « consensus arbitral. ». S'il y a un décalage, et que celui-ci constitue plus qu'une déclaration ou conclusion intermédiaire discutable mais touche « le fondement de la conclusion finale du conseil »³⁴, les juges minoritaires exigent, on l'a vu, que l'arbitre explique pour quel motif il a fait abstraction du consensus jurisprudentiel et ce motif doit être raisonnable.³⁵ Le défaut de retrouver une telle motivation a pour effet de rendre la sentence déraisonnable.³⁶

20. Revenons maintenant sur le principal aspect qui divise, eu égard au consensus arbitral, les deux opinions de la Cour suprême, soit *le type de preuve que l'employeur devait faire afin de justifier l'imposition de tests aléatoires de dépistage d'alcool*. Sur ce point central, tous les juges se réfèrent au même critère, soit le fait que l'employeur doit établir des indices démontrant *un problème d'alcool ou de drogue*.³⁷ En l'espèce, le conseil arbitral a estimé, à la lumière de la preuve du nombre incidents déjà survenus à l'usine, que ceci ne révélait pas un *problème grave* de consommation d'alcool dans ce milieu de travail.³⁸ Quant au volet de l'effet dissuasif des tests de dépistage, le conseil arbitral considéra que les résultats négatifs de tous les tests imposés au cours des deux premières années

³⁰ *Id.*, par. 104, mes italiques.

³¹ *Id.*, par. 105.

³² *Id.*, par. 106.

³³ *Id.*, par. 108.

³⁴ *Id.*, par. 106. Les italiques sont au texte.

³⁵ *Id.*, par. 109.

³⁶ *Id.*, par. 110.

³⁷ *Id.*, pour la majorité, par. 37, pour la dissidence, par. 104. Mes italiques.

³⁸ *Id.*, pour la majorité, par. 47, pour la dissidence, par. 109. Mes italiques

d'application de la politique pouvait confirmer l'effet dissuasif des tests, tout comme le fait qu'il n'existait aucun problème d'alcoolisme dans ce milieu de travail³⁹. Le conseil arbitral a donc conclu « que l'employeur n'avait pas démontré l'existence de problèmes de dangerosité ou de préoccupations accrues en ce qui a trait à la sécurité (...) qui aurait pu justifier l'application de tests aléatoires. »⁴⁰ De leur côté, les juges dissidents, on l'a vu, estiment que le conseil arbitral a appliqué une « norme de preuve inconnue de la jurisprudence arbitrale » en exigeant plus que la preuve d'un problème, mais celle d'un problème grave ou important.⁴¹ Puisque la preuve révélait l'existence d'incidents liés à l'alcool et survenus à l'usine Irving dans le passé, on pouvait estimer que l'employeur avait rencontré son fardeau de preuve quant à la démonstration d'un problème. D'où la conclusion que le conseil arbitral avait dérogé, sans explication raisonnable, des règles du consensus arbitral.

21. Si, objectivement, ce constat des juges dissidents est techniquement exact, c'est à ce niveau que les qualifications conférées au consensus arbitral par les deux groupes de juges prennent toute leur importance. Pour la juge Abella, le consensus n'est pas un absolu, mais plutôt un guide, une « référence utile ». La jurisprudence antérieure, les « précédents clairs », déterminent une démarche d'analyse dans ce type de grief et la majorité vérifie si celle-ci a été suivie par le conseil d'arbitrage.⁴² Existe-t-il des différences dans les termes utilisés ou dans l'application même des différents critères issus de la jurisprudence ? La juge Abella reconnaît que c'est possible et indique qu'il « faudrait considérer la sentence arbitrale comme un tout *et s'abstenir de faire une chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d'une erreur.* »⁴³ On ne peut douter que cette mention, qui se trouve au tout dernier paragraphe du jugement, représente la réponse des juges de la majorité à l'approche stricte adoptée par les juges dissidents Rothstein et Moldaver. Outre le fait que la position de la juge Abella s'inscrit parfaitement, selon moi, dans la tendance majoritaire de la jurisprudence des dernières années préconisant la déférence judiciaire à l'égard des décisions des tribunaux administratifs – et, plus particulièrement, des arbitres de griefs⁴⁴ – la majorité de la Cour signifie explicitement que son rôle ne consiste pas à vérifier, et sanctionner le cas échéant, tout écart, aussi important soit-il, entre une sentence donnée et un consensus arbitral, mais plutôt à évaluer, en révision judiciaire, la sentence « comme un tout ». Il ne reste qu'à souhaiter que les tribunaux judiciaires inférieurs saisissent la portée de ce rappel de la majorité de la Cour suprême...

22. J'ai déjà indiqué que mon commentaire ne porte pas sur le mérite même de la décision de la Cour dans *Irving*. Je salue cependant l'analyse de la majorité quant au rôle devant être accordé à un consensus arbitral et cette nouvelle manifestation de déférence judiciaire à l'égard d'une sentence arbitrale. Certes, je reconnais, comme la grande majorité des

³⁹ *Id.*, par. 48.

⁴⁰ *Id.*, par. 51.

⁴¹ *Id.*, par. 104.

⁴² *Id.*, par. 43.

⁴³ *Id.*, par. 54. Mes italiques.

⁴⁴ D. NADEAU, L'arrêt *Dunsmuir* : bilan quinquennal d'un contrôle judiciaire en redéfinition, (2013) R. du B. 1 ; voir aussi : D. NADEAU, L'arbitrage de grief et le développement de la spécificité du droit du travail : une contribution reconnue, dans D. ROUX (dir.), *Autonomie collective en droit du travail : perspectives nationales et internationales – Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Verge*, Québec, P.U.L., 2013.

arbitres québécois et canadiens, que la prévisibilité et la cohérence de la jurisprudence arbitrale constituent des caractéristiques importantes de notre régime d'arbitrage de griefs. Il s'est développé, au cours de ce premier demi-siècle d'existence de l'institution arbitrale au Québec, une abondante jurisprudence à partir de laquelle, et sur plusieurs notions fondamentales, de larges consensus ont été développés et synthétisés par des arbitres rigoureux et chevronnés. Faire abstraction de ces consensus, sans motivation ou démonstration sérieuse, ne pourrait que miner la crédibilité de notre système et avoir de réelles répercussions négatives sur la stabilité même des relations collectives du travail.

23. En revanche, l'approche préconisée par les juges minoritaires dans *Irving*, véritable chape de plomb à saveur d'interventionnisme judiciaire, aurait entraîné, si elle avait été retenue, une inévitable multiplication de recours en révision judiciaire à la recherche de sentences arbitrales dérogeant, sans explication suffisante ou sans preuve d'un « motif raisonnable », à tout consensus arbitral qui aurait été érigé en dogme. Il est facile d'imaginer l'effet dévastateur que la consécration de ce nouveau motif de révision judiciaire aurait pu avoir quant à l'autonomie du processus arbitral et la préservation du principe de caractère final des sentences arbitrales en découlant. Tout comme la Cour suprême l'avait reconnu en 1993 à l'égard du rôle des tribunaux supérieurs face à une controverse jurisprudentielle divisant des organismes administratifs⁴⁵ – situation qui pose, sous un autre angle, le même problème de la stabilité de la jurisprudence de ces organismes – je me réjouis de constater qu'une majorité de juges de la Cour suprême ait résisté à la tentation, toujours latente, d'écarter la philosophie de retenue judiciaire qui se dégage depuis *Dunsmuir* pour lui substituer, comme le font les juges dissidents, une vision stricte de la règle du respect du consensus arbitral.

24. En fait, la position de la majorité de la Cour suprême relativement au poids du consensus arbitral va dans le même sens que celle adoptée au cours des dernières années par la Cour d'appel du Québec à l'égard d'une dimension plus réduite de la même problématique, soit celle de l'influence d'un précédent sur un litige traitant d'un point similaire. Dans la décision *Société des alcools du Québec c. Syndicat des employés de magasins et de bureaux de la Société des alcools du Québec*⁴⁶, le juge Kasirer, dans le cadre d'une requête pour permission d'appel, soulignait qu'un arbitre de griefs n'est pas lié par la règle du précédent, « mais il doit s'efforcer à maintenir la cohérence décisionnelle en semblables matières. »⁴⁷ Dans ce dossier, la partie requérante reprochait à l'arbitre d'avoir indiqué, dans sa décision, qu'il se ralliait « à contrecœur au nom de la cohérence institutionnelle » à une sentence d'un collègue « après avoir mesuré, note le juge Kasirer, la connexité, au niveau des faits et des principes, entre son dossier et celui de l'arbitre Morin. »⁴⁸ Tout en reconnaissant que la sentence de référence ne traitait pas exactement de la même question que celle qu'il avait à trancher, le juge Kasirer a noté que cela n'excluait pas qu'elle puisse servir, par analogie, « de guide » à l'arbitre saisi du grief.⁴⁹

⁴⁵ *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, 1993 [1993] 2 RCS 756.

⁴⁶ 2012 QCCA 994.

⁴⁷ *Id.*, par. 8.

⁴⁸ *Id.*, par. 9, citant le parag. 30 de la sentence arbitrale.

⁴⁹ *Id.*, par. 16.

25. Le même résultat a été retenu par la Cour d'appel, cette fois dans le cas de figure contraire, dans l'affaire *Syndicat de l'enseignement de la région de Laval c. Commission scolaire de Laval*⁵⁰. Cette fois, une partie reprochait à l'arbitre de ne pas avoir suivi un précédent dans sa décision. L'arbitre avait effectivement écarté la sentence d'un collègue, rendue deux ans auparavant dans le cadre d'un grief semblable et impliquant les mêmes parties. L'arbitre avait préféré s'en remettre, pour sa part, aux principes d'une jurisprudence arbitrale « vieille de plus de 25 ans » portant sur la même question.⁵¹ Au nom de la Cour d'appel, le juge Gagnon précisait que « l'arbitre de griefs n'est pas lié par la règle du *stare decisis*. Cela ne veut pas dire pour autant qu'il ne doit pas rechercher une certaine cohérence jurisprudentielle s'il estime que des précédents s'appliquent au cas dont il est saisi. »⁵² Mais cette cohérence n'est pas « obligatoire » et la Cour d'appel a conclu à la raisonnable de la sentence arbitrale et ce, malgré le fait que le précédent écarté pouvait également être considéré raisonnable.⁵³

26. Enfin, dans l'affaire *Telus Communications inc. C. Syndicat québécois des employés (es) de Telus*,⁵⁴ le juge Gagnon, dans le cadre d'une demande de permission d'appel, réitéra les mêmes principes d'autonomie et d'indépendance institutionnelle de l'arbitre pour rejeter la prétention de la requérante. Cette dernière alléguait la nécessité de réviser une sentence arbitrale –où, notons-le, elle avait pourtant obtenu gain de cause sur le fond– afin d'éviter, craignait-elle, qu'un des volets de cette décision portant sur le droit d'une salariée à l'essai d'avoir recours à l'arbitrage fasse « tache d'huile » dans la jurisprudence arbitrale ultérieure. À nouveau, le caractère « non absolu » de l'objectif de la cohérence jurisprudentielle a été souligné par le juge Gagnon. Dans la foulée, ce dernier ajouta – et ce point mérite attention– que l'arbitre de griefs « demeure libre de s'écarter autant de la jurisprudence arbitrale dominante que celle émanant des tribunaux judiciaires à condition, bien entendu, que sa décision relève de sa compétence et qu'elle fait partie des issues possibles. »⁵⁵ Au sujet de cette importante précision, le juge Gagnon se réfère à une décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Essez County Roman Catholic School v. Ontario English Catholic Teacher's Assn.*,⁵⁶. En s'appuyant sur cet arrêt *Essex County*, le juge Gagnon notait « que ce n'est pas parce qu'une solution a été entérinée par une cour de révision ou une cour d'appel qu'il n'est plus possible pour un tribunal d'arbitrage d'entrevoir pour l'avenir un résultat différent (mais rationnel) de celui déjà accepté par ces tribunaux. »⁵⁷ Soulignons que le juge Dalphond, de la même Cour, avait déjà énoncé cette possibilité dans l'affaire *Fraternité des policiers de Gatineau inc. c. Ville de Gatineau*,⁵⁸. Le juge Dalphond indiquait alors ce qui suit : « [A]insi, une sentence dans une matière confiée à un arbitre qui diffère de la jurisprudence dominante des

⁵⁰ 2012 QCCA 827,

⁵¹ *Id.*, par. 18.

⁵² *Id.*, par. 58.

⁵³ *Id.*, par. 48.

⁵⁴ 2012 QCCA 1453

⁵⁵ *Id.*, par. 6. Mes italiques.

⁵⁶ (2001) 56 O.R. (3d) 85. Ci-après *Essex County*.

⁵⁷ *Id.*, par. 47. Mes italiques.

⁵⁸ 2010 QCCA 1503.

tribunaux judiciaires sur la même matière, lorsqu'elle relève d'eux, si raisonnablement possible, ne provoquera pas l'intervention de la cour de révision. »⁵⁹

27. La lecture de ces décisions récentes de la Cour d'appel du Québec, se référant elles-mêmes à une décision de la Cour d'appel de l'Ontario, permet de bien situer dans quelle tendance s'inscrit l'opinion majoritaire de la Cour suprême dans *Irving*, soit celle qui ne sacrifie pas l'autonomie décisionnelle de l'arbitre de griefs au bénéfice d'un respect impératif et coercitif d'un consensus arbitral. En lisant attentivement les juges minoritaires dans *Irving*, il est facile de constater comment l'approche alors développée équivaldrait, à toutes fins pratiques, à l'imposition rigoureuse de la règle du *stare decisis* en arbitrage de griefs ; une position qui pourrait conduire la jurisprudence arbitrale dans un immobilisme incompatible, selon moi, au caractère dynamique et évolutif des relations collectives du travail. Être un partisan affiché de l'objectif de cohérence jurisprudentielle est une chose, et j'en suis, mais faire d'un consensus arbitral – et ce, dans la mesure où on s'entend au départ sur un tel consensus – le baromètre absolu de toute interprétation ultérieure et pouvant constituer, en cas de dérogation, un motif autonome de révision judiciaire aurait eu pour effet de remettre en cause les principes de base de l'arbitrage de griefs et ceux de la retenue judiciaire développés depuis plusieurs années par la Cour suprême du Canada. La majorité des juges de cette dernière a su préserver l'équilibre actuel, beaucoup plus compatible avec l'intention du législateur et la reconnaissance de l'expertise des arbitres de griefs et la justesse de cette position mérite d'être soulignée.

II) Les faits postérieurs au grief

28. Je serai plus bref sur ce second point, même s'il a joué un rôle important dans l'évaluation de la preuve par le conseil arbitrage dans *Irving*. Quelques faits et dates permettront de mieux comprendre la problématique : la politique de dépistage avait été adoptée par l'employeur le 1^{er} février 2006. Le salarié Day a été testé le 13 mars 2006 et il a déposé un grief contestant cette politique le 12 avril 2006. L'audition du grief s'est tenue, si on se réfère à la sentence arbitrale, en décembre 2008 et janvier 2009 et des notes ont été transmises par les parties en février 2009. La sentence a été rendue le 16 novembre 2009.

29. Dans le cadre de celle-ci, le conseil arbitral note qu'entre la date d'entrée en vigueur de la politique, début février 2006, « *to the date of the hearing – a period of 22 plus months – there had been no positive tests for reasonable cause.* »⁶⁰ Le conseil notait également qu'un document mis en preuve « *shows that in the period February 1, 2006 to November 2009, there were 114 random breath tests administered to members of the union (...)* »⁶¹ La sentence, je le rappelle, a été prononcée le 16 novembre 2009. C'est à la lumière de cette preuve que le conseil arbitral disposa de l'argument patronal selon lequel « *this lack of positive testing occurs because of the deterrent effect of the policy. Perhaps so, but on his own record, evidence the opposite could just as easily be the case, so there is*

⁵⁹ *Id.*, par. 28.

⁶⁰ *Supra*, note 2, par. 112, mes italiques.

⁶¹ *Ibid.* Mes italiques.

nothing but a correlation. No causal inference favourable to the employer is available from such evidence. »⁶²

30. Le conseil arbitral a donc tenu compte, au soutien de sa décision, de la preuve d'absence de résultats positifs à la fois entre l'entrée en vigueur de la politique et (1) la date de l'audience, que le conseil fixe à plus de 22 mois (dans les faits, il y a 33 mois entre février 2006 et décembre 2008) et (2) la période qui semble correspondre à la fin du délibéré (novembre 2009). La juge Abella se réfère seulement au premier volet de cette analyse de la preuve, « soit *l'époque où s'est tenue l'audience d'arbitrage*, la politique était en vigueur depuis 22 mois »⁶³, sans soulever le fait que cette période prenait en considération des résultats survenus largement après le dépôt du grief à l'étude.

31. À mon avis, cette approche du conseil arbitral, entérinée par la juge Abella s'insère parfaitement dans la politique d'ouverture adoptée au cours des dernières années relativement à la preuve de faits postérieurs et dont l'arrêt *Centre universitaire de santé McGill*⁶⁴, en est une belle illustration. J'ai déjà discuté de la position adoptée dans cet arrêt par la juge Deschamps à propos des faits postérieurs au grief que la salariée concernée aurait pu faire et qui, comme en l'espèce, pouvaient couvrir la période jusqu'au moment de l'audience.⁶⁵ Cette jurisprudence n'a pas été remise en cause dans *Irving*.

32. Dans l'évaluation de toute la question de l'admissibilité en preuve de faits postérieurs à la date du grief, il me paraît donc que l'arrêt *Irving* devra également être pris en compte au moment de trancher cette objection qui est fréquemment soulevée en cours d'audition.

III) Les droits de la personne et la vie privée

33. Deux remarques à ce sujet. D'une part, en tout début d'analyse, la juge Abella annonce qu'il « importe de signaler que puisqu'il est question ici d'un milieu de travail régi par une convention collective, le cadre d'analyse permettant de déterminer si l'employeur peut imposer unilatéralement des tests aléatoires est issu de la jurisprudence arbitrale. *Partant, les affaires portant sur le droit de procéder à des tests aléatoires de dépistage d'alcool ou de drogue en milieu de travail non syndiqué tranchées sur le fondement de lois sur les droits de la personne ne sont guère utiles sur le plan conceptuel.* »⁶⁶ Certaines personnes pourraient être étonnées, en ces temps post-*Parry Sound*, du clivage mis de l'avant par la majorité dans cet extrait liminaire. Faut-il en déduire que la jurisprudence portant exclusivement sur les droits de la personne et issue d'un milieu de travail non syndiqué perdrait toute pertinence à l'occasion d'un arbitrage de griefs, nécessairement en lien, pour sa part, avec l'examen des droits prévus à une convention collective ? Il faut noter que les juges dissidents doutent fortement de la cloison retenue par la juge Abella en faisant ressortir que l'évaluation de la « raisonnable » d'une politique affectant la vie privée de salariés et celle effectuée dans le contexte des droits de la personne et qui s'inspire du

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Supra*, note 1, par. 13 et 48. Mes italiques.

⁶⁴ [2007] 1 R.C.S. 161

⁶⁵ D. NADEAU, *Centre de santé McGill : observations et constats*, Bulletin de la Conférence des arbitres, 2007, vol. 33, no. 2, pp. 9-11.

⁶⁶ *Supra*, note 1, par. 17. Mes italiques.

cadre d'analyse de l'arrêt *Meiorin*,⁶⁷, sont de même nature et qu'il ne devrait pas avoir lieu de les distinguer. Les juges dissidents soulignent, dans une note infrapaginale, que « [D]ans certaines provinces, les arbitres peuvent arbitrer des griefs contestant ces politiques tant sur le fondement de la sentence arbitrale *KVP* que sur la décision *Meiorin*, et nous avons de la difficulté à accepter qu'une politique serait annulée en vertu d'un critère, mais jugée acceptable en vertu de l'autre. »⁶⁸

34. Il me semble difficile de ne pas partager, surtout sur le plan conceptuel, ces derniers propos et ce, compte tenu qu'il est maintenant courant, au Québec, que les griefs contestent à la fois le caractère déraisonnable d'une politique ou directive patronale ainsi que son caractère discriminatoire ou contraire aux droits prévus à la *Charte des droits et libertés de la personne*. Il serait donc très délicat pour un tribunal d'arbitrage de faire abstraction de la jurisprudence « droits de la personne », pertinente dans un tel contexte de « sources mixtes de droits à appliquer ».

35. Ceci, il faut le noter, n'était pas le cas dans *Irving*; d'où une possible explication des propos liminaires de la juge Abella où elle cite, de façon particulière, l'arrêt *Entrop c. Imperial Oil Ltd.*⁶⁹ Dans cette affaire, issue d'un milieu non syndiqué, la Cour d'appel de l'Ontario avait infirmé, en partie, une décision de la Ontario Human Rights Commission portant sur la légalité de tests de dépistage d'alcool. Selon la Cour d'appel, même si ces tests de dépistage étaient discriminatoires sur la base du handicap, elle était d'avis, contrairement à la commissaire, que l'employeur avait fait la preuve de leur raisonnableté.⁷⁰ Or, dans ce dossier, ni la Commission, ni la Cour d'appel n'avaient référé aux principes dégagés par la jurisprudence arbitrale en matière d'examen de validité de tests de dépistage, ce fameux consensus arbitral, appelé le « modèle canadien » par l'arbitre Picher dans la sentence *Nanticoke*.⁷¹ Au contraire, l'analyse, dans *Entrop*, portait que sur les critères très « droits de la personne » de l'arrêt *Meiorin*. En revanche, dans *Irving*, le conseil arbitral, saisi d'un grief qui ne soulevait aucun motif lié aux droits de la personne, a essentiellement étudié la question en litige à la lumière des critères dégagés par la jurisprudence arbitrale en matière de tests de dépistage.

36. À mon avis, c'est sans contredit en fonction de ce contexte particulier de « démarche cloisonnée », développée au sein des instances distinctes que sont des commissions des droits de la personne et des tribunaux d'arbitrage, que le commentaire liminaire de la juge Abella doit être lu et implique que la révision judiciaire d'une sentence doit être faite en tenant compte de son propre cadre d'analyse et non de critères qui lui sont totalement étrangers. Ceci dit, il est raisonnable de présumer, comme le soulignent les juges dissidents, que l'analyse en silo retenue par la majorité ne devrait pas avoir sa place dans le cas où un tribunal d'arbitrage est saisi d'un grief invoquant à la fois le caractère déraisonnable d'une politique et ses effets discriminatoires ou contraires à la *Charte des droits de la personne*.

⁶⁷ [1999] 3 R.C.S. 3.

⁶⁸ *Supra*, note 1, par. 86, note 2.

⁶⁹ (2000) 50 O.R. (3d) 18, cité au par. 17 de *Irving*, note 1.

⁷⁰ *Id.*, par. 110-111.

⁷¹ *Supra*, note 3.

37. Je termine ce texte en examinant rapidement la démarche analytique adoptée par le conseil arbitral, et entérinée par la Cour suprême, relativement à la notion de vie privée. Contrairement au droit québécois, le respect de la vie privée ne figure pas, au Nouveau-Brunswick où le litige *Irving* se déroulait, dans une *Charte* protectrice de droits de la personne ou dans une loi aussi importante que le *Code civil du Québec*. Néanmoins, le conseil arbitral souligne que « [L]e droit à la vie privée et le droit à la sécurité de sa personne, qui y est connexe, constituent des attributs importants et prisés de la citoyenneté canadienne. »⁷²

38. Dans le cadre de la grille d'analyse se dégageant du consensus arbitral, soit l'étude de la « proportionnalité » (*balancing the interests*), le conseil arbitra a évalué les avantages que procurait à l'employeur la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool (jugés « entre incertains et minimes ») et l'atteinte à la vie privée de l'employé visé (considérée « considérable et disproportionnée »)⁷³. Compte tenu de ce déséquilibre important, le conseil arbitral a conclu que le grief devait être accueilli.⁷⁴ La majorité de la Cour suprême confirma expressément ces diverses étapes d'analyse.⁷⁵ Je note que, dans son évaluation de la preuve et du droit applicable, le conseil arbitral avait pourtant estimé que le moyen retenu par Irving afin d'effectuer le dépistage, soit un alcootest, constituait un « *reasonable choice* »⁷⁶ Néanmoins, le conseil considéra que « l'atteinte à la vie privée que cause la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool n'est pas bénigne », « implique une atteinte à l'intégrité physique et la production de substances corporelles », ainsi que des « restrictions de mouvements » pour le salarié testé et « peut causer un certain embarras public. » Devant l'ensemble de ces conséquences, le conseil précisait que « *le régime emporte une perte de liberté et d'autonomie personnelle, des éléments qui se situent au cœur du droit à la vie privée.* »⁷⁷

39. Cette démarche de mise en équilibre des droits d'un employeur et de ceux d'un salarié découlant des droits de la personne se rapproche beaucoup de celle retenue par la Cour d'appel dans l'affaire *Bridgestone/Firestone*⁷⁸ et par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hydro-Québec*⁷⁹. Dans ces deux décisions, comme dans plusieurs autres du même type, l'analyse des droits quasi-constitutionnels alors en litige (vie privée et interdiction de discrimination sur la base du handicap) a été effectuée à travers le cadre bien réel des intérêts juridiques et opérationnels de l'entreprise de l'employeur. Des auteurs soulignent qu'il est parfois difficile de déceler, dans ce genre d'analyse, la préséance hiérarchique que devrait commander la présence de droits quasi-constitutionnels.⁸⁰

⁷² Sentence, note 2, par. 121, traduction, *Irving*, note 1, par. 15.

⁷³ Sentence, note 2, par. 123, traduction *Irving*, note 1, par. 14.

⁷⁴ *Id.*, par. 123.

⁷⁵ *Supra*, note 1, par. 43-51.

⁷⁶ *Supra*, note 2, par. 115-118.

⁷⁷ *Supra*, note 1, par. 14. Les italiques sont au texte.

⁷⁸ [1999] R.J.Q. 2229,

⁷⁹ *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 RCS 561.

⁸⁰ C. BRUNELLE, *L'exclusion de la preuve obtenue en violation du droit à la vie privée des salariés : à chacun sa vérité ?*, (2013) 54 C. de D. 223.

40. Dans *Irving*, et c'est l'intérêt de ce dernier volet, il est manifeste que le conseil arbitral a accordé, lors de l'étape de l'étude de la proportionnalité des droits en présence, un poids significatif à la protection de la vie privée des salariés concernés et ce, même si les tests aléatoires de dépistage d'alcool se déroulaient à l'intérieur d'un lieu de travail jugé dangereux, à l'égard de fonctions présentant des risques et des dangers pour les titulaires des postes visés, et qu'ils représentaient certains avantages pour l'employeur.⁸¹ Une telle approche, fondée sur une analyse serrée de la proportionnalité des droits mis en présence, paraît une démarche plus adéquate que la lecture essentiellement horizontale qu'on retrouve parfois en jurisprudence et qui n'accorde qu'un poids fort relatif au principe de la hiérarchie des droits rappelé pourtant par la Cour suprême dans l'arrêt *Syndicat de la fonction publique du Québec*.⁸²

Conclusion : un arrêt aux multiples facettes !

41. Le récent arrêt *Irving* constitue, à plusieurs égards, une décision d'importance en droit du travail canadien. Malheureusement, faute d'espace, je n'ai traité que de quelques volets de ce jugement qui, d'une façon assez brève et efficace, rappelle de grands principes de l'arbitrage de griefs, discute du rôle de la convention collective, aborde la question de la vie privée des salariés et confirme très clairement la politique de déférence judiciaire qui caractérise la période post-*Dunsmuir*. Tout cela en analysant, et c'est l'aspect que je vous laisse le plaisir de lire, la délicate question de la validité de tests aléatoires de dépistage d'alcool en milieu de travail dangereux...

Siège social

Secrétariat permanent 4-862, ave De Bourgogne Québec (Québec) G1X 3E1	Téléphone : (418) 650-6000 1-888-652-8999 Télécopie : (418) 650-6006 1-888-652-4999 Courriel : confarb@oricom.ca Internet : www.conference-des-arbitres.qc.ca
--	--

⁸¹ Supra, note 1, par. 44.

⁸² *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, [2010] 2 RCS 61.