

DROIT CIVIL ET DROIT DU TRAVAIL : MARIAGE DE RAISON

Claude Fabien

Volume 120, numéro 3, 2018

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1061830ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1061830ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Fabien, C. (2018). DROIT CIVIL ET DROIT DU TRAVAIL : MARIAGE DE RAISON. *Revue du notariat*, 120(3), 557–601. <https://doi.org/10.7202/1061830ar>

DROIT CIVIL ET DROIT DU TRAVAIL : MARIAGE DE RAISON

Claude FABIEN*

Introduction	559
I. Le droit civil supplétif	565
A. Le droit civil, source de droit	566
B. Le droit civil, droit nourricier	571
1. Congédiement	572
2. Proportionnalité de la sanction disciplinaire	574
3. Fardeau de la preuve	576
4. Nature de la convention collective	579
II. Le droit civil impératif	582
A. Le droit au délai de congé (art. 2091 et 2092 C.c.Q.)	583
B. L'incidence du défaut de peu d'importance sur le contrat (art. 1604 C.c.Q.)	589

* Ce texte a fait l'objet d'une première publication par les Éditions Thémis : Claude FABIEN, « Droit civil, droit du travail : mariage de raison », 20^e Conférence Albert-Mayrand, Montréal, 2017. Reproduit ici avec l'autorisation de l'éditeur et de l'auteur.

Claude Fabien est professeur retraité et ex-doyen (1995-2000) de la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Il est aussi arbitre de griefs en droit du travail. Il remercie M^e Geneviève Richard de sa précieuse collaboration à la recherche.

III. Le droit civil emprunté.	592
A. Pratique de l'emprunt	592
B. Réticences à l'emprunt.	593
Conclusion.	599

INTRODUCTION

Albert Mayrand a été mon professeur de droit civil en 1962 à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Je l'ai croisé à plusieurs reprises au cours de son exceptionnelle carrière de professeur, de juge et de juriconsulte. J'ai eu l'honneur d'aller le solliciter pour qu'il accepte d'associer son nom à l'institution de conférences prestigieuses de droit civil à la Faculté de droit, comme je l'ai relaté dans la préface du volume du 15^e anniversaire des Conférences Albert Mayrand¹. C'est à cette occasion qu'il m'a révélé qu'il avait fréquenté le cabinet de dentiste de mon grand-père maternel et qu'il se souvenait d'une inscription dans la salle d'attente qui disait « *It pays to please* ». Il avait parfaitement intégré cette devise dans ses rapports humains et ce détail me permet de souligner un trait marquant de sa personnalité : son extraordinaire affabilité.

La 20^e conférence me donne l'occasion d'acquitter ma dette de reconnaissance envers M. Mayrand, quoique de façon bien insuffisante. Fidèle à la vocation des conférences, j'ai choisi un sujet de droit civil. En me souvenant que M. Mayrand avait présidé le Comité du droit de la famille², dans le cadre des travaux de l'Office de révision du Code civil, j'aurais aimé traiter du *mariage* pour honorer adéquatement sa mémoire, mais je n'ai pu faire mieux que la métaphore de mon titre.

La question des rapports entre le droit civil et le droit du travail est vaste, complexe et controversée. Elle se pose plus particulièrement dans le champ de l'interprétation et de l'application des conventions collectives par les tribunaux d'arbitrage auxquels le *Code du travail* attribue une compétence exclusive en cette matière³. Mon examen de la question se limitera à ce champ particulier.

Le titre de ma communication demande explication. Il peut donner l'impression qu'un *mariage* a été célébré et consommé entre le

-
1. Claude FABIEN, « Préface », dans Claude FABIEN et Benoît MOORE, *Les Conférences Albert-Mayrand 1997-2011*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. VIII.
 2. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL (COMITÉ DU DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE), *Rapport sur la protection de la résidence familiale*, vol. 12, Montréal, 1971.
 3. *Code du travail*, RLRQ, c. C-27, art. 100 (ci-après « C.t. »).

droit civil et le droit applicable à la convention collective de travail. Tel n'est pas le cas. La relation demeure difficile et houleuse. Mon titre est volontairement ambigu : il est à la fois un constat et une injonction. D'une part, on constate qu'il y a certes des fréquentations entre le droit civil et le droit de la convention collective, mais qu'elles demeurent inconstantes et inachevées. D'autre part, l'injonction est celle qu'une mère adresserait à sa fille dont les fréquentations s'éternisent : « Mariez-vous donc qu'on en finisse. Ce sera mieux pour tout le monde! ». Enfin, dans l'univers des normes, il n'est pas nécessaire de se marier par amour. La raison est un motif bien suffisant.

L'histoire du droit du travail, tel que nous le connaissons, est toute récente. Le *Code du travail* actuel date de 1964. Le droit du travail s'est développé à l'origine en rupture avec le droit civil, perçu comme bourgeois et rétrograde. Il en est résulté une profonde méfiance à l'égard du droit civil, qui persiste encore aujourd'hui. On trouve des traces d'hostilité dans des jugements, des sentences arbitrales, des textes de doctrine écrits par des spécialistes du droit du travail. En voici quelques illustrations.

Un juge écrit ceci⁴ en 1968 :

Traditionnellement, le droit du travail a été considéré comme une simple dépendance du droit civil, auquel étaient demandées les lignes générales de la construction et les méthodes d'interprétation. Cette conception a été satisfaisante, mais elle ne répond plus aux données du droit moderne. Le droit du travail tend à se détacher du droit civil pour s'ériger en un système juridique indépendant.

On trouve, dans une sentence arbitrale de 1998, les propos suivants⁵ :

On a beau prétendre, non sans certaines valables raisons, que la convention collective est en somme un contrat civil qui doit être interprété et appliqué suivant les règles de preuve civile, il reste que bon nombre de principes de droit civil et de règles de preuve civile demeurent mal adaptés aux besoins de traitement de certains griefs et notamment de ceux qui contestent le bien-fondé et l'ampleur des effets d'une mesure imposée pour des motifs disciplinaires. [...] Il n'y a pas, à proprement

4. *Association nationale des employés de l'alimentation au détail de Québec inc. c. Edgar Carrier ltée.*, [1968] R.D.T. 193, 197.

5. *Alliance des professeurs de Montréal et Commission des écoles catholiques de Montréal*, [1998] n° AZ-51086117, p. 22 (T.A.).

parler, de droit disciplinaire en droit commun ou civil et sous bien des aspects, des principes et règles de droit pénal ou criminel peuvent, par raisonnement analogique, être plus facilement transportés et appliqués en matière d'arbitrage de griefs d'ordre disciplinaire que ceux et celles de droit civil.

Un auteur a récemment écrit ceci⁶ :

Affirmer que le droit du travail est une branche ou un accessoire du droit civil ou affirmer qu'il est issu du droit civil n'a pas de valeur argumentative. Pourquoi? Parce que cet argument ne règle aucun des problèmes soulevés par la dimension inhérente au droit du travail lui-même. Puisque les rapports collectifs de travail sont exorbitants du droit commun, le droit du travail est désormais et définitivement un droit *sui generis*.

Bien des acteurs du domaine des rapports collectifs du travail partagent cette allergie au droit civil. Ils ont développé une perception insulaire et autarcique d'un droit du travail détaché des autres domaines du droit et hostile au droit civil. Trois facteurs historiques expliquent cette attitude.

D'abord, les dispositions du *Code civil du Bas Canada* en matière de relations de travail étaient anachroniques et nettement déficientes⁷. Ce code qui datait de 1866 consacrait à peine quatre articles (art. 1667 à 1670) au contrat de travail. Le titre de la section « *Du louage du service personnel des ouvriers, domestiques et autres* » en disait long sur la conception patrimoniale que s'en faisait le législateur de l'époque. Le travail était considéré comme une marchandise qu'on louait pour en tirer profit. Les deux premiers articles se soucient de la durée (art. 1667) et de la fin du contrat (art. 1668) qui se termine par la décision unilatérale de l'une des parties, le plus souvent l'employeur, avec un avis de congé peu généreux. Celui qu'on appelait le « *maître* » était cru sur son serment, à défaut de preuve écrite, quant aux conditions de l'engagement et au paiement du salaire (art. 1669). Quant au reste, une disposition renvoyait en vrac aux règles communes aux contrats (art. 1670).

-
6. Benoit LAURIN, « Plaidoyer en faveur de la divulgation de la preuve en arbitrage de griefs – Le droit à une audition juste et équitable », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 43, à la page 61.
 7. Fernand MORIN, Jean-Yves BRIÈRE, Dominic ROUX et Jean-Pierre VILLAGGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, nos II-46 et II-47, p. 259 à 262.

Ensuite, l'avènement de l'arbitrage obligatoire des griefs, dans les années 1960, s'est fait dans un contexte d'indigence de documentation juridique québécoise pour résoudre les inévitables mésententes sur l'interprétation et l'application des conventions collectives. Comme notre législation du travail était directement inspirée de celle déjà en vigueur dans les provinces de common law, plus particulièrement celle de l'Ontario, la nécessité a poussé les praticiens du droit du travail au Québec à emprunter à leurs voisins leurs instruments de travail, notamment leurs recueils de sentences arbitrales⁸ et leurs traités de droit du travail. Les ouvrages de Brown et Beatty⁹ et de Palmer¹⁰ sont devenus les livres de chevet d'une génération de juristes. Plusieurs sentences arbitrales québécoises des années 1960 et 1970 sont émaillées de citations extraites de ces ouvrages, ainsi que de passages de sentences arbitrales des provinces anglaises, invoquées à titre de précédents¹¹.

Enfin, un troisième facteur d'hostilité provient sans doute de la méconnaissance du droit civil ou de sa réduction à rien d'autre que les quatre pauvres articles que le *Code civil* de l'époque consacrait au « louage de services personnels ». Bon nombre d'intervenants du droit du travail, même en arbitrage de griefs, n'avaient pas de formation juridique ou alors avaient une formation juridique sectorielle limitée à la législation du travail. La fonction supplétive du droit civil était plus ou moins ignorée. Et curieusement, la dépendance aux sources des provinces anglaises a favorisé la migration insidieuse de solutions de common law dans la jurisprudence arbitrale québécoise. On a cru à tort qu'elles étaient des règles originales du droit du travail alors qu'elles résultaient tout simplement de l'application de la common law à titre de droit supplétif dans les provinces anglaises. Un bel exemple de cette confusion est la « théorie des lâches », prononcée à la québécoise, qui sévit encore aujourd'hui dans la pratique arbitrale¹². Il s'agit de la théorie des « lâches », qui est un dérivé de l'*estoppel* et l'équivalent fonctionnel d'une règle de

8. Notamment les *Labour Arbitration Cases* et les *Canadian Labour Arbitration Summaries*.

9. Donald J.M. BROWN et David M. BEATTY, *Canadian Labour Arbitration*, Aurora, Canada Law Book Company, 1977.

10. Edward PALMER, *Collective agreement arbitration in Canada*, Toronto, Butterworth & Co., 1978.

11. Par exemple, *Union des employés de service (298) F.T.Q. c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, [1976] n° AZ-78121080 (T.A.), [1978] R.L. 267, où l'arbitre réfère à de nombreuses décisions ontariennes au soutien de sa décision.

12. Claude D'AOUST et Louise DUBÉ, *L'estoppel et les lâches en jurisprudence arbitrale*, Montréal, École des relations industrielles de l'Université de Montréal, 1990.

péremption de l'instance par l'écoulement d'une période trop longue d'inactivité du recours.

Heureusement, les choses ont changé. La tendance est en train de s'inverser. On reconnaît de plus en plus l'utilité du droit civil en droit du travail. Trois facteurs expliquent cette évolution.

Il faut d'abord saluer le développement, à compter des années 1970, d'une doctrine authentiquement québécoise en droit du travail. Les ouvrages des auteurs Pierre Verge¹³, Fernand Morin¹⁴, Rodrigue Blouin¹⁵, Robert P. Gagnon¹⁶ et autres, ainsi que de nombreux articles de doctrine, ont marqué le domaine. Ils ont sevré en grande partie le droit du travail québécois des sources des provinces de common law et ils ont ouvert la porte à une pénétration croissante du droit civil.

En second lieu, il s'est constitué au fil des années un corps de jurisprudence arbitrale qui a atteint sa maturité et développé son autonomie. On ne trouve pratiquement plus, dans les sentences arbitrales, de citations tirées de la doctrine des provinces de common law ou de leur jurisprudence arbitrale. On voit de plus en plus de références au droit civil invoqué soit à titre de source de droit, soit à titre d'argument persuasif¹⁷. Son emploi demeure toutefois timide et parfois controversé.

Enfin, le facteur dominant fut l'avènement en 1994 du *Code civil du Québec*. Le législateur québécois a eu l'heureuse idée de proclamer haut et fort sa vocation de droit commun dans sa célèbre disposition préliminaire qui se chante comme un mantra :

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le Code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions,

13. Pierre VERGE, *Droit du travail*, Québec, Faculté de droit de l'Université Laval, 1968.

14. Fernand MORIN, *L'arbitrage de griefs*, Montréal, Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre, 1970.

15. Fernand MORIN et Rodrigue BLOUIN, *L'arbitrage des griefs au Québec*, Québec, Département des relations industrielles de l'Université Laval, 1975.

16. Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec : pratiques et théories*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1991.

17. Par exemple : *Syndicat Des Employés Municipaux De Forestville et Ville De Forestville (Jean-Maurice Pilote)*, 2017 QCTA 930, par. 87-104.

établit, en termes exprès ou implicites, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

La révision du Code allait aussi produire, en 13 articles, les nouvelles dispositions du contrat individuel de travail comportant désormais une définition (art. 2085), l'énoncé d'obligations réciproques caractéristiques pour l'employeur (art. 2087) et pour le salarié (art. 2088), une règle d'ordre public en matière de délai de congé (art. 2091 et 2092), ainsi qu'une règle de résiliation unilatérale pour motif sérieux (art. 2094).

L'auteur et arbitre émérite Fernand Morin commentait ainsi l'avènement du nouveau Code¹⁸ :

L'apport du *Code civil*, synthèse du droit commun, peut apporter une sève nouvelle et féconde au droit de l'emploi. Nous ne croyons pas que cet événement de 1994, et notamment la réaffirmation de la vocation générale du *Code civil du Québec*, puisse être perçu comme une dangereuse astreinte imposée au droit de l'emploi ou un quelconque détournement de cette branche du droit à finalité sociale. Les principes généraux du *Code civil du Québec*, particulièrement ceux relatifs à la bonne foi et à l'équité, peuvent être éclairants, et même permettre des avancées intéressantes en faveur des droits des salariés. De plus une meilleure harmonisation entre ces deux corpus de droit positif peut également conférer plus de sécurité et de stabilité aux parties.

Ces propos sont certes réjouissants, mais on voit combien ils sont dits avec précaution. La pénétration du droit civil en droit du travail demeure timide. Il y a encore des réticences et des combats d'arrière-garde. C'est un projet en développement (*work in progress*) qui demeure inachevé et qui n'a pas encore produit tous ses fruits.

Le combat pour la défense et l'illustration du droit civil dans le droit des conventions collectives n'est pas terminé. Je vais tenter d'y apporter ma modeste contribution en vous présentant le droit civil dans ses trois fonctions en matière d'interprétation et d'application de la convention collective de travail : en première partie, le droit civil *supplétif*; en deuxième partie, le droit civil *impératif*; et enfin, une troisième partie inédite, le droit civil *emprunté*.

18. F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, préc., note 7, n° II-49, p. 264 et 265 (références omises).

I. LE DROIT CIVIL SUPPLÉTIF

Les conventions collectives viennent dans tous les formats et toutes les épaisseurs. Il y a sûrement dans la salle de purs civilistes qui n'ont jamais vu de convention collective. Pour satisfaire votre curiosité, je vais vous exhiber un représentant de l'espèce.

Ceci est une convention collective¹⁹. Elle était en vigueur de 2005 à 2010 entre les commissions scolaires et un groupe de syndicats d'enseignantes et d'enseignants. Elle a près de 300 pages, écrites en caractères minuscules, dont 50 annexes. Ce n'est pas tout. À l'arbitrage, les parties produisent une deuxième convention collective de 100 pages. Elles expliquent que la première est l'entente nationale, que la seconde est l'entente locale qui précise les dispositions de la première et enfin que les deux ententes s'appliquent à tout grief soumis à l'arbitrage.

Après ce grand déploiement de moyens, on pourrait s'attendre à ce que cette convention collective soit complète, se suffise à elle-même et épuise tous les sujets. Il n'en est rien. La convention collective est pleine de trous. Toutes les conventions collectives ont des silences, des lacunes. Les parties omettent souvent de dire que le salarié doit travailler pour mériter son salaire ou que l'employeur a l'obligation de fournir du travail au salarié et de lui payer la rémunération convenue. Elles considèrent que ces règles relèvent de l'évidence, qu'elles sont implicites ou qu'il est inutile d'en faire mention.

Ces lacunes sont normales et inévitables. Comme le dit un auteur, les parties à la convention collective ne peuvent pas tout prévoir et tout écrire²⁰ :

Quelle que soit la qualité de contenu de la convention collective, il est évident qu'elle ne peut tout préciser, tout comme elle ne peut exprimer parfaitement toutes les règles qui lient les parties ou qui conditionnent leur comportement réciproque et leur vécu quotidien. Il existe bien évidemment un contenu implicite. Les parties qui élaborent la convention collective ne l'écrivent pas sur une feuille parfaitement blanche et ses

19. *Dispositions liant le Comité patronal de négociation pour les commissions scolaires francophones (CPNCF) et la Centrale des syndicats du Québec (CSQ) pour le compte des syndicats d'enseignantes et d'enseignants qu'elle représente, 2005-2010.*

20. Fernand MORIN et Rodrigue BLOUIN (avec la collab. de J.-Y. BRIÈRE et J.-P. VILLAGGI), *Droit de l'arbitrage de griefs*, 6^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, n° II.52, p. 114 (soulignements ajoutés).

auteurs ne sont pas des « robinsons » [qui débarquent sur une île déserte].

Toutefois, il survient inévitablement des situations où ces lacunes doivent être comblées par une règle appropriée, notamment dans les cas de mécontentes et de contestations. Le droit commun a précisément pour mission de suppléer au silence ou aux lacunes des conventions des parties. Au Québec, cette fonction supplétive est assurée par le droit civil, dont la principale expression se trouve dans le *Code civil du Québec*, comme le proclame sa disposition préliminaire. À cet égard, nous verrons que le droit civil agit comme source de droit (A), mais aussi comme droit nourricier (B).

A. Le droit civil, source de droit

En cherchant le droit supplétif, on pense en tout premier lieu le trouver dans les dispositions du Code civil relatives au contrat de travail. La démarche ne s'arrête pas là, puisque le droit supplétif se trouve à plusieurs autres endroits dans le code : théorie des obligations, règles d'interprétation des contrats, responsabilité civile, contrat de transaction, etc. Cette énumération n'est pas limitative puisque chaque cas est susceptible d'imposer des recherches particulières.

Trois obligations de l'employeur sont édictées à l'article 2087 C.c.Q. L'employeur a l'obligation de *permettre l'exécution de la prestation de travail convenue* et de *payer la rémunération fixée*. Peu de conventions collectives stipulent ces obligations, car elles paraissent évidentes. Leur mention expresse dans le Code civil va nous être utile pour expliquer les mécanismes de fardeau de preuve en cas de mesures disciplinaires.

L'employeur a en outre l'obligation de *prendre les mesures appropriées à la nature du travail en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié*. Encore ici, peu de conventions collectives font explicitement mention d'une telle obligation. Pourtant, l'article 2087 C.c.Q. pourrait servir de fondement d'un grief contre un employeur qui mettrait la sécurité d'un salarié en péril par des procédés dangereux.

Bon nombre de conventions collectives prennent la précaution de déclarer que l'employeur dispose d'un pouvoir de contrôle et de direction sur le travail des salariés. Certaines conventions omettent

de le mentionner. La définition du contrat de travail de l'article 2085 C.c.Q. comble cette lacune en édictant que le salarié travaille *sous la direction ou le contrôle* de l'employeur.

Trois obligations du salarié sont édictées à l'article 2088 C.c.Q. Le salarié doit *exécuter son travail avec prudence et diligence*. L'obligation de fournir une prestation de travail et celle de satisfaire à des normes de qualité apparaissent rarement au menu des conventions collectives. Pourtant, elles sont souvent en cause dans les mesures disciplinaires et leur contestation par voie de grief. Il est heureux que ces obligations aient une assise légale certaine.

En outre, le salarié doit *agir avec loyauté* et s'abstenir de *faire usage de l'information à caractère confidentielle obtenue qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail*. L'obligation de loyauté est rarement stipulée dans les conventions collectives. Certes, la jurisprudence arbitrale a souvent sanctionné les manquements de salariés à leur obligation de loyauté, de sorte qu'elle a acquis un fondement jurisprudentiel indiscutable. Mais on peut éviter pareil détour en invoquant directement le fondement législatif de l'obligation de loyauté ou de discrétion, clairement édictée à l'article 2088 C.c.Q.

Peu de conventions collectives prennent la peine de dire que les obligations des parties s'étendent au-delà de celles qui sont explicitement stipulées. On peut déduire de la jurisprudence arbitrale qu'il existe, dans la convention collective, un contenu implicite qu'elle se charge de mettre en lumière. Pourtant cette règle relative au *contenu obligationnel du contrat*, comme on dit en droit civil, est superbement exprimée à l'article 1434 C.c.Q. :

1434. Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi.

On constate que le droit commun ouvre la porte aux *usages* et à l'*équité* pour déterminer les obligations implicites des parties. Il s'agit de leviers intéressants qui pourraient être davantage exploités en arbitrage de griefs. Enfin, la référence à la *loi* ne se limite pas aux lois particulières, mais elle embrasse aussi le droit commun et confirme la validité de l'exercice que nous sommes en train de faire.

Les parties à l'arbitrage d'un grief sont souvent aux prises avec un problème d'interprétation de la convention collective. Les conven-

tions collectives et les lois du travail ne fournissent pas de règles d'interprétation. Plusieurs sentences arbitrales ou auteurs en droit du travail paraphrasent les dispositions du Code civil pour en proposer. Mieux vaut référer de façon prioritaire à la source première de ces règles, aux articles 1425 à 1432 C.c.Q., et ne pas craindre de les citer textuellement, tellement elles sont bien écrites, notamment les suivantes :

1425. Dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que s'arrêter au sens littéral des termes utilisés.

1426. On tient compte, dans l'interprétation du contrat, de sa nature, des circonstances dans lesquelles il a été conclu, de l'interprétation que les parties lui ont déjà donnée ou qu'il peut avoir reçue, ainsi que des usages.

1427. Les clauses s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble du contrat.

1428. Une clause s'entend dans le sens qui lui donne quelque effet plutôt que dans celui qui n'en produit aucun.

1429. Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat.

Dans le cadre des griefs d'interprétation, il arrive souvent qu'une partie fasse objection à une preuve sur l'historique de la négociation ou de l'application antérieure de la clause contestée. La règle de l'article 1426 C.c.Q. est claire : cette preuve est recevable et on doit en *tenir compte*²¹. La jurisprudence contraire doit s'incliner devant la règle de droit. Si les parties ne sont pas d'accord avec cette solution, elles peuvent l'écarter par une stipulation dans la convention collective.

Le principe de cohérence dans l'interprétation des clauses de la convention collective est universel et d'application fréquente en arbitrage de griefs. Il ne trouve pas meilleure expression que dans l'article 1427 C.c.Q.

Les conventions collectives ne contiennent pas de dispositions relatives à la responsabilité civile pour le préjudice causé ou subi dans le cadre de la relation de travail. Il est reconnu qu'on applique alors celles du Code civil, à titre de droit supplétif, et que l'arbitre de griefs possède la compétence exclusive pour en décider. Encore

21. F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, préc., note 7, n° II-65, p. 292 et 293.

faut-il bien les connaître. Elles s'appliqueraient, par exemple, en cas de recours de l'employeur contre un salarié qui aurait détruit un bien de l'entreprise, ou celui du salarié victime de dommages moraux causés par le harcèlement psychologique de son supérieur.

Les principales dispositions du Code civil en matière de responsabilité vont de l'article 1457 à l'article 1480. Il ne serait pas utile de les reproduire en entier ici, mais il en est une qui le mérite bien. L'article 1457 C.c.Q. impose en effet des devoirs généraux de comportement à tous les intervenants de la relation de travail :

1457. Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsque douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

Le premier alinéa de l'article 1457 codifie ce que l'on appelait auparavant le *devoir général de prudence et de diligence* qui incombe à chacun dans ses rapports avec autrui. Le devoir édicté à l'article 1457 C.c.Q. doit être lu comme s'imposant à tous les intervenants sous une même convention collective, dans leurs rapports de travail les uns avec les autres. Même s'il peut s'agir de responsabilité de nature contractuelle, la notion de faute civile de l'article 1457 C.c.Q. est commune à la responsabilité contractuelle et à la responsabilité extracontractuelle²².

Une partie des griefs seulement donne lieu à une sentence arbitrale, la vaste majorité faisant l'objet d'un règlement entre les parties. Par ailleurs, peu de conventions collectives contiennent des dispositions relatives au règlement des griefs. On applique à titre supplétif les dispositions du Code civil qui en traitent sous le titre de *transaction*, aux articles 2631 à 2637, ainsi qu'à l'article 2848 :

2631. La transaction est le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent des difficul-

22. Claude FABIEN, « Les présomptions légales de faute et de responsabilité s'appliquent-elles au contrat? », (2008) 85 *R. du B. Can* 373, 398-400.

tés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques.

2633. La transaction a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée. [...]

2848. L'autorité de la chose jugée est une présomption absolue : elle n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement, lorsque la demande est fondée sur la même cause et mue entre les mêmes parties, agissant dans les mêmes qualités, et que la chose demandée est la même.

Ainsi le règlement d'un grief est l'équivalent d'un jugement de la Cour suprême. Il éteint le litige de façon définitive.

Pour terminer ce volet du droit civil supplétif comme source de droit, j'ajoute deux remarques.

En premier lieu, le droit supplétif n'est pas un *buffet chinois* où l'on choisit ce qu'on veut en délaissant ce qui semble moins frais! Le droit supplétif est une source de droit à caractère obligatoire. Il s'impose aux parties comme si elles l'avaient écrit dans la convention collective. Elles peuvent en écarter l'application soit par une clause expresse, soit implicitement par une clause contraire ou incompatible avec la règle supplétive du Code civil. Dans ce cas, c'est la convention collective qui prévaut. Si les parties n'ont rien stipulé sur une question donnée, leur silence fait présumer leur volonté de s'en remettre au droit commun, à titre supplétif.

En second lieu, le poids du droit supplétif devrait avoir des conséquences méthodologiques en arbitrage de griefs. Un civiliste qui lit des sentences arbitrales ne peut s'empêcher d'être étonné par leur longueur et par la surabondance des citations et des références aux sentences de même niveau juridictionnel, dans les motifs de la décision. On croirait lire des décisions de common law. La manière dont les parties argumentent et les techniques de rédaction des sentences arbitrales au Québec subissent sans doute encore l'influence des facteurs historiques qui ont marqué ici les débuts de l'arbitrage des griefs.

Ainsi, on trouve peu de références aux articles du Code civil dans les sentences arbitrales. Lorsqu'elles sont présentes, elles sont souvent timides ou n'apparaissent qu'en fin d'argumentation, à titre accessoire ou secondaire. Ce traitement n'est pas conforme au poids normatif du Code civil. Lorsqu'il s'applique, son intervention est

décisive. Il devrait être le fer de lance de l'argumentation. Il devrait ouvrir fièrement la parade et passer devant les sentences arbitrales qui ont pu abonder dans le même sens. Par exemple, si le salarié a envers son employeur une obligation de *loyauté*, c'est d'abord et avant tout parce que le législateur l'a édicté à l'article 2088 C.c.Q., et non parce qu'un certain nombre de sentences arbitrales l'ont répété.

Mais il y a plus. Le droit civil, dans sa fonction supplétive, ne se limite pas à combler les lacunes de la convention collective. Il constitue, dans un rôle moins évident, ce que j'appelle le *droit nourricier* du droit du travail.

B. Le droit civil, droit nourricier

Même si le droit civil ne fait pas tout à fait partie de la culture des rapports collectifs de travail, ses acteurs pratiquent souvent le droit civil sans s'en rendre compte. C'est le syndrome de M. Jourdain, chez Molière²³, qui parlait en prose sans le savoir!

Ainsi, le droit civil fournit au droit du travail une partie importante de son vocabulaire, de ses méthodes et même du fondement de ses solutions.

Dans l'interprétation et l'application des conventions collectives, le vocabulaire usuel est bien antérieur de l'avènement du droit du travail et largement issu du droit civil. En voici des exemples, dans le désordre : *contrat, convention, consentement, faute, obligation, devoir, prescription, transaction, bonne foi, loyauté, prudence, diligence, ordre public, chose jugée, préjudice, dommages-intérêts, fardeau de preuve, force majeure, fraude, intégrité de la personne, mandat, procuration, moyens de preuve, objection, responsabilité, présomption, stipulation, vie privée*, etc. Ces mots, et bien d'autres, sont ceux du droit civil et sont définis par lui.

Les méthodes du droit des conventions collectives sont largement celles du droit civil. La convention collective et les lois du travail constituent un environnement de droit écrit, qui donne une place prééminente à la règle écrite. Les règles sont souvent énoncées en termes de principes généraux et abstraits dont seront déduites les conséquences. La plupart des conventions collectives

23. MOLIÈRE, *Le bourgeois gentilhomme*, Acte II, Scène IV.

stipulent que *l'arbitre ne peut en aucune manière ajouter ou soustraire aux obligations conventionnelles négociées entre les parties, ni les modifier*²⁴. Nous sommes loin du style et des méthodes d'un droit coutumier, non écrit, principalement élaboré par la jurisprudence des tribunaux.

Le droit civil peut aussi être évoqué à titre de fondement de certaines solutions du droit du travail, en arbitrage de griefs. Plusieurs de ces solutions sont perçues comme ayant un fondement purement jurisprudentiel. En fouillant dans le droit civil, on trouve une règle écrite qui va dans le même sens. On peut s'arrêter à constater la convergence des solutions et s'en réjouir. On peut aussi se servir du droit civil comme méthode d'analyse et de validation de la solution du droit du travail. On se livrerait ainsi à l'analyse civiliste du droit du travail, comme d'autres font l'analyse économique du droit civil²⁵, pour en approfondir la compréhension et en guider l'évolution. On observe d'ailleurs une heureuse tendance des tribunaux supérieurs à utiliser l'analyse civiliste pour résoudre des problèmes complexes de relations collectives de travail²⁶.

On peut pousser plus loin la réflexion et dire que lorsqu'une solution jurisprudentielle du droit du travail coïncide avec une règle du Code civil, on devrait reconnaître que cette dernière en constitue le fondement. Un fondement jurisprudentiel, c'est bien. Un fondement légal, c'est mieux!

Nous allons en donner quatre illustrations sous les thèmes suivants : (1) congédiement, (2) principe de proportionnalité, (3) fardeau de preuve en matière de congédiement et (4) nature de la convention collective.

1. Congédiement

Les règles relatives au congédiement dit « disciplinaire » ont été construites par la jurisprudence arbitrale. On tient pour acquis que

24. F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, préc., note 7, n° IV-187, p. 1309-1311.

25. Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *L'analyse économique du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2008.

26. Dalia GESUALDI-FECTEAU, « Compatibilité, complémentarité ou chevauchement? Quelques observations sur les rapports entre le *Code civil du Québec* et le droit du travail », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2015)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 151, aux pages 166 à 169.

le pouvoir disciplinaire de l'employeur découle de son pouvoir général de contrôle et de direction des salariés²⁷. Le congédiement est la punition qu'il peut infliger au salarié en cas de faute, comme l'insubordination, l'absentéisme, l'intoxication, le harcèlement et autres fautes graves.

Quoiqu'elle conduise au même résultat pratique, la conception civiliste du congédiement est différente et plus égalitaire. Elle repose sur la théorie des obligations. Un contrat est conclu entre deux parties et génère pour elles des obligations réciproques. On dit alors que le contrat est « *synallagmatique* ». Si l'une des parties n'exécute pas ses obligations, l'autre cesse d'être tenue d'exécuter les siennes et peut résilier unilatéralement le contrat. Si le salarié n'exécute pas ses obligations, l'employeur peut résilier son contrat de travail : c'est le congédiement. Cette solution résulte de l'application des articles 1378, 1590, 1591, 1597, 1604 et 1605 du Code civil :

1378. Le contrat est un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation. [...]

1590. L'obligation confère au créancier le droit d'exiger qu'elle soit exécutée entièrement, correctement et sans retard.

Lorsque le débiteur, sans justification, n'exécute pas son obligation et qu'il est en demeure, le créancier peut, sans préjudice de son droit à l'exécution par équivalent de tout ou partie de l'obligation

1° Forcer l'exécution en nature de l'obligation ;

2° Obtenir, si l'obligation est contractuelle, la résolution ou la résiliation du contrat ou la réduction de sa propre obligation corrélative ;

3° Prendre tout autre moyen que la loi prévoit pour la mise en œuvre de son droit à l'exécution de l'obligation.

1591. Lorsque les obligations résultant d'un contrat synallagmatique sont exigibles et que l'une des parties n'exécute pas substantiellement la sienne ou n'offre pas de l'exécuter, l'autre partie peut, dans une mesure correspondante, refuser d'exécuter son obligation corrélative,

27. Robert P. GAGNON, *Le droit du travail au Québec*, 7^e éd. par LANGLOIS KRONSTRÖM DESJARDINS, Yann BERNARD, Bernard CLICHE, André SASSEVILLE et Jean-Guy VILLENEUVE, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, n^o 139, p. 131 ; Pierre VERGE, Gilles TRUDEAU et Guylaine VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 79. Pour une étude des théories quant à la source du pouvoir disciplinaire de l'employeur, voir : F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, préc., note 7, n^{os} II-110 – II-118, p. 370-383.

à moins qu'il ne résulte de la loi, de la volonté des parties ou des usages qu'elle soit tenue d'exécuter la première.

1597. Le débiteur est en demeure de plein droit, par le seul effet de la loi, lorsque l'obligation ne pouvait être exécutée utilement que dans un certain temps qu'il a laissé s'écouler ou qu'il ne l'a pas exécutée immédiatement alors qu'il y avait urgence.

Il est également en demeure de plein droit lorsqu'il a manqué à une obligation de ne pas faire, ou qu'il a, par sa faute, rendu impossible l'exécution en nature de l'obligation; il l'est encore lorsqu'il a clairement manifesté au créancier son intention de ne pas exécuter l'obligation ou, s'il s'agit d'une obligation à exécution successive, qu'il refuse ou néglige de l'exécuter de manière répétée.

1604. Le créancier, s'il ne se prévaut pas du droit de forcer, dans les cas qui le permettent, l'exécution en nature de l'obligation contractuelle de son débiteur, a droit à la résolution du contrat, ou à sa résiliation s'il s'agit d'un contrat à exécution successive. [...]

1605. La résolution ou la résiliation du contrat peut avoir lieu sans action judiciaire lorsque le débiteur est en demeure de plein droit d'exécuter son obligation ou qu'il ne l'a pas exécutée dans le délai fixé par la mise en demeure.

Ces articles du Code civil composent le fondement du droit de l'employeur de congédier le salarié dans le cadre du contrat individuel de travail²⁸. Par défaut et de manière supplétive, il en va de même dans le cadre des rapports collectifs de travail. Lorsque le salarié, sans justification, n'exécute pas son obligation de fournir une prestation de travail de qualité acceptable, l'employeur peut refuser d'exécuter son obligation corrélative de lui fournir du travail et de lui payer un salaire (art. 1591 C.c.Q.), ainsi que résilier son contrat de travail par voie de congédiement (art. 1590, 1604 et 1605 C.c.Q.).

2. Proportionnalité de la sanction disciplinaire

Dans les rapports collectifs de travail, on reconnaît que la sanction disciplinaire imposée par l'employeur doit être proportionnelle à la gravité de la faute du salarié. Un simple avertissement écrit suffit, si la faute est légère. Si elle est un peu plus sérieuse, elle justifie une suspension sans solde d'une, trois, cinq journées de travail et plus, selon la gravité relative de la faute ou les antécédents disciplinaires du salarié. On tient généralement pour acquis que la

28. R.P. GAGNON, préc., note 27, n° 97, p. 97-98.

règle de proportionnalité est typique des rapports collectifs de travail et que son fondement repose exclusivement sur la jurisprudence arbitrale²⁹.

Or, la même solution existe pour le contrat individuel de travail, aux alinéas 2 et 3 de l'article 1604 C.c.Q. :

1604. Le créancier, s'il ne se prévaut pas du droit de forcer, dans les cas qui le permettent, l'exécution en nature de l'obligation contractuelle de son débiteur, a droit à la résolution du contrat, ou à sa résiliation s'il s'agit d'un contrat à exécution successive.

Cependant, il n'y a pas droit, malgré toute stipulation contraire, lorsque le défaut du débiteur est de peu d'importance, à moins que, s'agissant d'une obligation à exécution successive, ce défaut n'ait un caractère répétitif; mais il a droit, alors, à la réduction proportionnelle de son obligation corrélative.

La réduction proportionnelle de l'obligation corrélative s'apprécie en tenant compte de toutes les circonstances appropriées; si elle ne peut avoir lieu, le créancier n'a droit qu'à des dommages-intérêts.

Cette règle se trouve dans le régime général des obligations et non dans les règles du contrat individuel de travail, ce qui en rend le repérage plus difficile. Elle signifie que l'employeur peut réduire alors l'exécution de ses propres obligations en suspendant l'exécution de son obligation de fournir du travail au salarié et, dans certains cas, de lui payer la rémunération due, pour un temps proportionnel au défaut de ce dernier. Cette règle doit être lue en lien avec l'article 2094 C.c.Q. :

2094. Une partie peut, pour un motif sérieux, résilier unilatéralement et sans préavis le contrat de travail.

Ces deux articles posent les balises à l'intérieur desquelles l'employeur peut imposer une suspension sans solde plus ou moins longue au salarié dont le défaut est d'une importance inférieure à un « *motif sérieux* » au sens de l'article 2094 C.c.Q., étant entendu que la suspension devra être proportionnelle à l'importance du défaut du salarié. Ces dispositions qui régissent le contrat individuel de travail fournissent un fondement légal à la même solution lorsqu'elle est appliquée dans les rapports collectifs de travail.

29. F. MORIN et R. BLOUIN, préc., note 20, n° II.79, p. 132; F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, préc., note 7, n° V-35, p. 1466-1471.

3. Fardeau de la preuve

La question du fardeau de la preuve est cruciale en arbitrage de griefs et souvent disputée, surtout en matière de congédiement. La plupart des conventions collectives prennent la précaution de stipuler qu'en cas de congédiement disciplinaire, l'employeur a le fardeau de la preuve. Pourquoi en est-il ainsi ? Plusieurs répondraient qu'il s'agit d'un gain politique des salariés visant à rééquilibrer le rapport de force avec le pouvoir de contrôle et de direction de l'employeur qui lui permet de congédier. On considère même qu'il s'agit là d'une caractéristique des rapports collectifs de travail qui les distingue du droit civil, où le salarié assumerait le fardeau de prouver l'illégalité de son congédiement³⁰. J'aimerais démontrer que cette perception est fautive : le mécanisme du fardeau de la preuve, en cas de congédiement, est le même, que ce soit un contrat individuel ou une convention collective de travail.

La règle fondamentale du fardeau de la preuve est édictée à l'article 2803 C.c.Q. :

2803. Celui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention.

Celui qui prétend qu'un droit est nul, a été modifié ou est éteint doit prouver les faits sur lesquels sa prétention est fondée.

Dans le recours civil du salarié congédié contre son employeur, la pièce se joue en deux temps. Dans un premier temps, on applique le premier alinéa de l'article 2803 C.c.Q. : le salarié doit prouver les faits qui donnent ouverture à son droit d'être au travail et de recevoir un salaire. Il n'a qu'à prouver (1) le contrat individuel de travail dont découle l'obligation de l'employeur de lui fournir du travail et de lui payer un salaire, en vertu de l'article 2087 C.c.Q., et (2) le fait que l'employeur est en défaut de lui fournir du travail et de lui payer un salaire. Dans un deuxième temps, on applique le deuxième alinéa de l'article 2803 C.c.Q. : l'employeur a le fardeau de prouver que le droit du salarié de retrouver son travail et son salaire s'est éteint par sa faute, une faute suffisamment grave pour justifier la résiliation de son contrat en vertu de l'article 2094 C.c.Q.

30. *Syndicat des travailleurs de Coinamatic (C.S.D.) et Coinamatic Canada Inc.*, [2011] n° AZ-50780109, par. 113 (T.A.).

Dans les rapports collectifs de travail, c'est pareil ! Lorsque la convention collective stipule que, dans un grief de congédiement disciplinaire, l'employeur a le fardeau de la preuve, c'est à la fois exact et inexact. C'est inexact sur le plan théorique, puisque le même mécanisme en deux temps s'applique : l'auteur du grief a toujours le fardeau initial de prouver son contrat de travail et le défaut de l'employeur d'exécuter ses obligations. Le dépôt de la lettre de congédiement suffit généralement à faire cette preuve. C'est peut-être exact sur le plan pratique, puisque le plus souvent l'employeur admet d'emblée le contrat de travail et le congédiement du salarié pour se lancer dans sa preuve sans autre préambule. Ainsi, la première phase, quoique présente, passe inaperçue.

Le mécanisme est le même lorsque le grief conteste une sanction disciplinaire moindre, comme une suspension sans solde. Dans un premier temps, le salarié doit prouver que l'employeur l'a privé de travail et de paye pendant un nombre déterminé de jours et, dans un deuxième temps, l'employeur aura à justifier sa propre inexécution par la faute proportionnelle du salarié.

Encore ici, il est permis d'affirmer que la source première de la règle de fardeau de preuve en matière de contestation d'une mesure disciplinaire se trouve à l'article 2803 C.c.Q., même sous un régime de convention collective.

La jurisprudence arbitrale a introduit une complication supplémentaire qui est source de maints débats en arbitrage de griefs. Il s'agit de la distinction entre le congédiement dit « *disciplinaire* » et le congédiement dit « *administratif* », c'est-à-dire une terminaison d'emploi par décision administrative, plutôt que disciplinaire. L'un des enjeux de la distinction se situe au niveau du fardeau de la preuve³¹.

En apparence, la règle est simple. En cas de contestation d'un congédiement disciplinaire, l'employeur a le fardeau de prouver qu'il est justifié par une « *cause juste et suffisante* ». Cette expression, issue de la jurisprudence, est reprise dans l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*³². En cas de contestation d'un congédiement

31. Michel COUTU, Laurence Léa FONTAINE, Georges MARCEAU et Urwana COI-QUAUD, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, 2^e éd., vol. 1 «Le régime général», Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, n^o 515, p. 691-692 ; Claude D'AOUST et Gilles TRUDEAU, «La distinction entre les mesures disciplinaires et non disciplinaires (ou administratives) en jurisprudence arbitrale québécoise», (1981) 4 *R. du B.* 514, 525-545.

32. *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1, art. 124 (ci-après «LNT»).

administratif, il suffit que l'employeur mette en preuve les motifs de sa décision pour que le syndicat assume le fardeau de prouver qu'elle est abusive, discriminatoire ou déraisonnable. Le syndicat ne pourrait pas contester le bien-fondé de la décision de l'employeur qui relève de sa discrétion.

Les difficultés surgissent lorsqu'on tente ensuite de qualifier le congédiement contesté de *disciplinaire* ou d'*administratif*. Aucune loi ne définit ces termes. Peu de conventions collectives le font. Cette distinction byzantine a vraisemblablement été empruntée au droit ontarien³³. Il s'agit d'une création de la jurisprudence arbitrale, que la doctrine commence à remettre en question³⁴.

On comprend l'intention sous-jacente à cette distinction. Par exemple, si le salarié gifle son contremaître, son congédiement sera qualifié de disciplinaire. Si un employeur congédie un salarié pour cause de réorganisation de son entreprise ou de changement technologique, sa décision de mettre fin à son emploi serait qualifiée d'administrative ou de non disciplinaire. La principale difficulté se trouve dans la zone intermédiaire, comme dans le cas d'un employé dont la productivité est jugée insuffisante par l'employeur. Cette zone est source de confusion et d'incertitude. Certains ont tenté de la clarifier en distinguant entre le comportement fautif volontaire du salarié et un comportement involontaire dont l'effet serait inacceptable. Cette distinction engendre de nouveaux problèmes : un salarié empêché d'exécuter correctement son travail par son alcoolisme est-il imputable d'une faute volontaire ou est-il victime d'une maladie involontaire ?

Une partie du problème est sans doute attribuable au choix malheureux des termes, qui sont étrangers à notre droit commun et difficiles à définir. L'expression « congédiement disciplinaire » a une connotation morale et pénale qui est peu compatible avec le droit civil des contrats. Elle suggère que le congédiement est la punition méritée par le salarié pour son comportement déviant. Le droit civil a une approche plus égalitaire. Son regard est neutre et objectif. Il voit un contrat par lequel deux parties conviennent d'obligations réciproques. Si l'une des parties fait défaut d'exécuter son obliga-

33. Voir, notamment quant au fardeau de preuve différent selon la nature disciplinaire ou non disciplinaire du congédiement : D.J.M. BROWN et D.M. BEATTY, préc., note 9, n° 7 : 2300, p. 286-288 ; E. PALMER, préc., note 10, p. 206-209.

34. M. COUTU, L.L. FONTAINE, G. MARCEAU et U. COIQUAUD, préc., note 31, n°s 486, 516 et 517, p. 660, 693-697.

tion, l'autre partie a le droit de résilier le contrat. En cas de contestation, l'enjeu n'est pas de punir la partie fautive, mais de donner effet au droit de l'autre partie acquis en vertu du contrat.

Dans cette perspective, le régime de preuve du congédiement dit « disciplinaire » devrait s'appliquer dans tous les cas où il est justifié par l'inexécution des obligations du salarié. Il importe peu que cette inexécution soit volontaire ou non : c'est le résultat ou son absence qui compte. Le test est objectif : l'obligation est exécutée correctement ou elle ne l'est pas, et le résultat est décisif. Le congédiement sera dit « administratif » lorsqu'il résultera d'une décision de l'employeur sans lien avec l'exécution par le salarié de ses obligations. Cette décision sera typiquement l'exercice d'une discrétion découlant de son pouvoir de contrôle et de direction sur son entreprise. Dans ce cas seulement, le salarié qui conteste cette décision par son grief assume le fardeau de démontrer qu'elle est abusive, discriminatoire ou déraisonnable.

Il est possible d'en arriver à ce résultat en faisant prévaloir la fonction supplétive du droit civil sur la jurisprudence arbitrale qui a alimenté cette distinction entre le congédiement disciplinaire et administratif. Il y aurait lieu d'y substituer une distinction entre, d'une part, le congédiement pour motif sérieux fondé sur l'inexécution des obligations du salarié et, d'autre part, le congédiement ou la terminaison d'emploi pour motif administratif.

4. Nature de la convention collective

Quelle est la nature juridique de la convention collective ? Cette énigme continue à hanter le droit du travail³⁵. Le droit civil permet d'y projeter une certaine lumière.

Au départ, la question est posée comme suit : le contrat individuel de travail du salarié survit-il à l'entrée en vigueur de la convention collective ? Les tenants de la thèse de l'exclusivité se hâtent de

35. Fernand MORIN, « Le contrat de travail : fiction et réalité ! », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 224, *Développements récents en droit du travail (2005)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 181, à la page 183 ; D. GESUALDI-FECTEAU, préc., note 26, aux pages 157 à 162. Pour une discussion sur les changements jurisprudentiels concernant l'intégration implicite, dans la convention collective, de dispositions d'ordre public d'autres lois du travail : M. COUTU, L.L. FONTAINE, G. MARCEAU et U. COIQUAUD, préc., note 31, n° 482, p. 646-651.

répondre par la négative³⁶. Il faut voir le contexte dans lequel la question a été le plus souvent posée. Il s'agissait de cas dans lesquels il y avait conflit entre la convention collective et un contrat individuel qui accordait au salarié des conditions différentes. Dans ce contexte, dire que la convention collective doit prévaloir est tout à fait justifié. Il n'en découle pas nécessairement que le contrat individuel de travail est anéanti³⁷. Outre que cette solution radicale répudiait aussi toute application du droit civil, elle a l'inconvénient de laisser inexplicées bien des questions. Quel est le fondement des obligations individualisées de chaque salarié quant à sa tâche et à son horaire de travail ? Comment expliquer les sanctions personnalisées qu'il encourt en cas d'inexécution fautive de ses obligations ? Quelle est la part de sa propre volonté dans la création du lien d'emploi et dans sa démission ?

La thèse de la complémentarité, qui a aussi ses promoteurs³⁸, me semble bien préférable³⁹. Elle laisse vivre ensemble la convention collective et autant de contrats individuels de travail qu'il y a de salariés assujettis à la convention collective. Le lien d'emploi se forme lorsque l'employeur et le salarié consentent à un contrat individuel de travail, comprenant des précisions individuelles indispensables comme la détermination du poste offert au salarié et la date de son entrée en fonction. Les autres conditions de ce contrat sont régies par le contenu explicite et implicite de la convention collective. Il n'y a pas de place pour la négociation individuelle. La convention collective détermine un *ordre public interne* qui s'applique uniformément à l'intérieur de l'unité d'accréditation.

Le fondement de toutes les obligations individualisées et réciproques de l'employeur et du salarié se trouve dans le contrat individuel de travail. La convention collective se superpose à chaque contrat individuel de travail pour y intégrer toutes les conditions de travail qui y sont stipulées. Au nombre de ces conditions se trouve

36. P. VERGE, préc., note 13, p. 2.25, 2.26, 11.15-11.17 et 11.19-11.21; Pierre VERGE, «Faut-il “nommer” le contrat de travail?», (1988) 29-4 *Cahiers de droit* 977, 980-984; P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, préc., note 27, p. 178-181; *Syndicat Catholique des Employés de Magasins de Québec Inc. c. Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206, 212.

37. F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, préc., note 7, n° II-82, p. 318-320.

38. *Isidore Garon ltée c. Tremblay*, 2006 CSC 2, par. 140 (j. LeBel, motifs min.).

39. Claude FABIEN, «Conventions collectives et contrats individuels de travail en droit québécois», dans Michael SEWERYNSKI (dir.), *Collective Agreements and Individual Contracts of Employment*, La Haye/New York, Kluwer International, 2003, p. 109, aux pages 134 et 135.

aussi la renonciation aux recours aux tribunaux judiciaires et l'adhésion au système de traitement des violations de la convention collective par voie de griefs et d'arbitrage. Dans ce contexte, le salarié perd la liberté de négocier pour lui-même des conditions de travail particulières, mais il lui reste toujours la liberté soit d'influencer l'évolution de la convention collective par son action politique au sein de son syndicat, soit de choisir de s'y soustraire par sa démission. Cette solution intègre l'autonomie de la volonté du salarié en le laissant maître de son engagement individuel à l'entrée et à la sortie. Elle explique pourquoi le syndicat n'a pas d'obligation de fournir à l'employeur main-d'œuvre et prestations de travail. Le syndicat n'encourt aucune responsabilité pour le préjudice causé à l'employeur par la faute d'un salarié, à moins d'être lui-même en faute. Ces questions sont du ressort du contrat individuel de travail de chaque salarié.

On en arrive enfin à la question cruciale de la nature juridique de la convention collective. Ma réponse est double⁴⁰. Dans une dimension mineure, elle est de la nature d'un contrat civil entre les deux parties signataires, c'est-à-dire le syndicat et l'employeur. C'est la partie, souvent très courte, de la convention où l'employeur et le syndicat règlent leurs intérêts bipartites par l'énoncé de droits et d'obligations réciproques. Cela règle les questions de régime syndical, d'attribution de locaux, de la libération du temps de travail pour des activités syndicales, etc. Dans sa dimension majeure, la convention collective est un texte normatif, de nature réglementaire ou *quasi réglementaire*, résultant de l'accord de l'employeur et du syndicat accrédité et imposé par la loi pour régir les relations juridiques tripartites entre l'employeur, le syndicat et les salariés. Tous les salariés de l'unité de négociation sont liés par la convention collective⁴¹, y compris ceux qui ont voté contre son adoption ainsi que les futurs salariés qui n'étaient pas là au moment du vote. La convention collective coexiste en harmonie avec les contrats individuels de travail des salariés, dont elle régir les conditions, à l'exclusion de toute autre entente individuelle, dans toutes les matières comprises dans son contenu explicite ou implicite.

40. *Ibid.*

41. Art. 67 C.t.

II. LE DROIT CIVIL IMPÉRATIF

Le droit civil impératif désigne les dispositions du Code civil qui sont d'ordre public. Non seulement elles comblent de plein droit les silences et les lacunes des contrats, mais elles ont aussi pour effet d'invalider et de supplanter les clauses contraires ou incompatibles stipulées par les parties dans leur contrat. Les articles 8, 9 et 1373 C.c.Q. édictent ce qui suit :

8. On ne peut renoncer à l'exercice des droits civils que dans la mesure où le permet l'ordre public.

9. Dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public.

1373. L'objet de l'obligation est la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose.

La prestation doit être possible et déterminée ou déterminable; elle ne doit être ni prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public.

Étonnamment, le Code civil contient très peu de dispositions d'ordre public. De plus, le législateur n'a pas posé d'étoile rouge ni de label *ordre public* pour en faciliter le repérage. On les reconnaît par leur nature ou par l'interprétation de formules comme *une partie ne peut renoncer à tel droit*⁴² ou *malgré toute stipulation contraire, une partie a tel droit*⁴³.

Bien que le législateur ait été avare d'indications plus précises, on peut penser que les dispositions des articles 3, 6 et 7 C.c.Q. sont d'ordre public, par leur nature :

3. Toute personne est titulaire des droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée.

6. Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi.

7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

42. Art. 2092 C.c.Q.

43. Art. 1604 al. 2 C.c.Q.

Le Code civil contient deux (et seulement deux) dispositions d'ordre public qui visent directement le contrat individuel de travail et plus particulièrement les conditions de sa résiliation : les articles 2091 et 2092, qui consacrent le droit du salarié à un délai de congé raisonnable, ainsi que l'article 1604 C.c.Q. qui interdit à l'employeur de congédier le salarié lorsque son défaut est de peu d'importance.

A. Le droit au délai de congé (art. 2091 et 2092 C.c.Q.)

Les articles 2091 et 2092 C.c.Q. accordent au salarié le droit de bénéficier d'un délai de congé raisonnable en cas de résiliation de son contrat de travail, dans les termes suivants :

2091. Chacune des parties à un contrat à durée indéterminée peut y mettre fin en donnant à l'autre un délai de congé.

Le délai de congé doit être raisonnable et tenir compte, notamment, de la nature de l'emploi, des circonstances particulières dans lesquelles il s'exerce et de la durée de la prestation de travail.

2092. Le salarié ne peut renoncer au droit qu'il a d'obtenir une indemnité en réparation du préjudice qu'il subit, lorsque le délai de congé est insuffisant ou que la résiliation est faite de manière abusive.

La mention expresse voulant que le salarié ne puisse renoncer à ce droit, dans son contrat, indique qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public. Cette règle du Code civil se superpose à une autre disposition d'ordre public édictée à l'article 82 de la *Loi des normes du travail* :

82. Un employeur doit donner un avis écrit à un salarié avant de mettre fin à son contrat de travail ou de le mettre à pied pour six mois ou plus.

Cet avis est d'une semaine si le salarié justifie de moins d'un an de service continu, de deux semaines s'il justifie d'un an à cinq ans de service continu, de quatre semaines s'il justifie de cinq à dix ans de service continu et de huit semaines s'il justifie de dix ans ou plus de service continu.

L'avis de cessation d'emploi donné à un salarié pendant la période où il a été mis à pied est nul de nullité absolue, sauf dans le cas d'un emploi dont la durée n'excède habituellement pas six mois à chaque année en raison de l'influence des saisons.

Le présent article n'a pas pour effet de priver un salarié d'un droit qui lui est conféré par une autre loi.

La *Loi sur les normes du travail* est claire quant à son caractère d'ordre public, tel qu'énoncé à son article 93 :

93. Sous réserve d'une dérogation permise par la présente loi, les normes du travail contenues dans la présente loi et les règlements sont d'ordre public.

Une disposition d'une convention ou d'un décret qui déroge à une norme du travail est nulle de nullité absolue.

Ainsi, lors de la résiliation de son contrat individuel de travail, un salarié a le droit d'exiger le délai de congé minimum prescrit par la *Loi sur les normes du travail*. Il peut réclamer en plus que le délai de congé soit *raisonnable*, au sens de l'article 2091 C.c.Q., c'est-à-dire qu'il tienne compte notamment « de la nature de l'emploi, des circonstances particulières dans lesquelles il s'exerce et de la durée de la prestation de travail ». Par exemple, un salarié qui compte 30 ans de loyaux services pourrait se déclarer insatisfait du délai de congé de huit semaines prévu à l'article 82 LNT pour les salariés de 10 ans ou plus de service. En application de l'article 2091 C.c.Q., un juge pourrait apprécier toutes les circonstances et se laisser convaincre que le salarié mérite un délai de congé beaucoup plus long (ou une indemnité équivalente).

Il n'y a pas d'incompatibilité entre l'article 2091 C.c.Q. et l'article 82 LNT, puisque cette dernière disposition prévoit expressément, à son alinéa 4, que « le présent article n'a pas pour effet de priver un salarié d'un droit qui lui est conféré par une autre loi ».

Qu'en est-il maintenant de l'application des articles 2091 et 2092 C.c.Q. à un salarié syndiqué régi par une convention collective de travail ? Va-t-il jouir du même avantage ?

L'article 62 du *Code du travail* édicte ce qui suit :

62. La convention collective peut contenir toute disposition relative aux conditions de travail qui n'est pas contraire à l'ordre public ni prohibée par la loi.

La question de l'article 2091 C.c.Q. a été posée à la Cour suprême en 2006 et a donné lieu au célèbre arrêt *Isidore Garon Ltée c. Tremblay*⁴⁴, le nom « Tremblay » désignant l'arbitre qui avait décidé qu'il était compétent pour entendre les griefs des salariés qui récla-

44. *Isidore Garon Ltée c. Tremblay*, préc., note 38.

maient une indemnité supplémentaire de fin d'emploi sur la base des articles 2091 et 2092 C.c.Q.

Les faits sont simples. L'employeur annonce à ses salariés syndiqués qu'il ferme son entreprise et met fin à leur emploi. La convention collective est silencieuse sur les obligations de l'employeur dans un tel cas. L'employeur donne à chacun l'avis de congé prescrit par l'article 82 LNT, selon sa catégorie d'ancienneté. Les salariés réclament une indemnité supplémentaire de quatre semaines par année de travail, sur la base de l'article 2091 C.c.Q. L'employeur refuse de payer quoi que ce soit de plus et les griefs des salariés vont à l'arbitrage. L'employeur soutient que les salariés n'ont pas droit au bénéfice de l'article 2091 C.c.Q. et que l'arbitre n'a pas la compétence requise pour entendre leurs griefs.

On se serait attendu à une réponse aussi simple que la question. On a eu droit à un arrêt considérable de la Cour suprême : 195 paragraphes, 75 pages. On assiste à un combat de titans, entre deux thèses âprement défendues. Dans le coin droit, la juge Deschamps soutient la thèse de l'*incorporation* de la disposition d'ordre public à condition qu'elle soit compatible avec la convention collective, ce qui, à son avis, n'est pas le cas dans cette affaire. Dans le coin gauche, le juge LeBel qui promeut la thèse de la hiérarchie des normes, selon laquelle la disposition d'une loi d'ordre public doit nécessairement combler le silence d'une convention collective ou prévaloir sur toute stipulation contraire ou incompatible, ce qui donnerait compétence à l'arbitre pour juger de l'application de l'article 2091 C.c.Q. dans cette affaire.

La juge Deschamps écrit ceci :

(par. 30) Tout ce qui est inscrit au CCQ n'est donc pas incorporé implicitement dans la convention collective – seulement ce qui est compatible.

(par. 32) Les règles régissant les rapports collectifs de travail constituent un ensemble, dont les principes directeurs se distinguent des règles qui servent d'assises au contrat individuel de travail en droit civil québécois. La nature même du délai de congé met en évidence l'incom-

patibilité de celui-ci avec un contexte conventionnel collectif. Le délai de congé est essentiellement convenu de façon individuelle lors de la cessation d'emploi, alors que les conditions de travail collectives sont nécessairement convenues d'avance par le syndicat et l'employeur. De plus, la façon dont les deux régimes traitent la cessation d'emploi fait aussi voir le fossé qui les sépare. Le droit au délai de congé est la contrepartie du droit de l'employeur de congédier un employé lié par un contrat individuel. Ce droit est antinomique dans un contexte de régime collectif. Par ailleurs, l'historique législatif apporte un motif additionnel confirmant que les tribunaux ne devraient pas imposer leur vision là où le législateur a choisi de ne pas imposer la règle de l'art. 2091 CCQ au régime collectif.

(par. 63) La présente affaire démontre bien qu'il n'y a pas lieu d'écarter tout lien avec le droit civil. Les faits de l'espèce illustrent cependant la nécessité de rechercher les éléments qui permettent de conclure qu'une disposition donnée du CCQ peut être incorporée à la convention collective. L'analyse doit être suffisamment poussée pour mettre en évidence les désavantages susceptibles de résulter, à long terme, d'un emprunt indésirable. Seul ce souci de préserver la cohérence interne des deux régimes assurera leur fonctionnement harmonieux. Même si, dans des cas particuliers, les dispositions du CCQ sur le délai de congé pouvaient s'avérer plus avantageuses que celles de la LNT, toutes les dispositions du CCQ ne peuvent pas être incorporées implicitement à la convention collective. En l'absence d'une telle incorporation, l'arbitre n'a pas compétence pour entendre les griefs.

Le juge LeBel répond point par point aux motifs d'incompatibilité évoqués par sa collègue et y va de sa propre thèse :

(par. 115) Le présent pourvoi pose alors la question de la hiérarchisation des droits protégés par le droit du travail et celle de la compétence arbitrale. L'interprétation de la jurisprudence de notre Cour en la matière nous amène à conclure que les droits découlant du contrat individuel d'emploi et ceux protégés par le régime collectif peuvent s'harmoniser dans le respect de la hiérarchie des règles de droit.

(par. 169) L'harmonisation des différentes sources qui constituent le droit du travail québécois implique inévitablement l'établissement d'une hiérarchie. Il faudra évaluer dans quels cas les règles établies par une convention collective et celles qu'édicte la loi auront préséance.

(par. 174) Puisque son libellé exclut toute possibilité de renonciation, l'art. 2092 CCQ doit être considéré comme une disposition intéressant l'ordre public social et économique de direction.

(par. 189) Rien ne s'oppose donc à ce que des salariés assujettis à une convention collective puissent bénéficier de droit au préavis raisonnable prévu au CCQ. Loin d'être incompatible avec le régime collectif de droit

du travail, les art. 2091 et 2092 CCQ le complètent et offrent un recours aux salariés qui perdent leur emploi sans que leur employeur les indemnise adéquatement.

(par. 190) Puisque les art. 2091 et 2092 CCQ sont d'ordre public de direction et que la convention collective ne peut contenir de dispositions qui contreviennent à l'ordre public (art. 62 C. tr.), l'arbitre devra, lorsqu'il est saisi d'un grief à cet effet, évaluer la suffisance des indemnités tenant lieu de délai de congé au regard du CCQ.

Quelle thèse l'a emporté ? Par un score de 4 contre 3, c'est la thèse de l'incorporation et de l'incompatibilité qui gagne le combat. La Cour a décidé que les salariés ne pouvaient pas bénéficier de l'indemnité additionnelle des articles 2091 et 2092 C.c.Q. et que l'arbitre n'avait pas compétence pour l'apprécier.

Cette décision m'inspire les commentaires suivants :

- Elle a un effet paradoxal, puisqu'elle crée une disparité de délai de congé en cas de congédiement d'un salarié non syndiqué et d'un salarié régi par une convention collective qui ne prévoit aucun délai de congé. Le salarié non syndiqué a toujours droit au délai de congé raisonnable prévu aux articles 2091 et 2092 C.c.Q., alors que le salarié syndiqué n'aurait droit qu'au maigre délai de congé de l'article 82 LNT.
- L'ordre public est en principe indivisible. S'il est public, il s'impose à tous et bénéficie à tous, en toute égalité.
- Il n'y a pas de conflit entre les deux dispositions d'ordre public, celle du Code civil et celle de la LNT. En effet, l'alinéa 4 de l'article 82 LNT prévoit expressément que cette disposition « *n'a pas pour effet de priver un salarié d'un droit qui lui est conféré par une autre loi* ».
- Le test de la compatibilité de l'ordre public avec la convention collective est suspect. Qui décide de la compatibilité ? L'ordre public est décrété par le législateur : les tribunaux n'ont pas le pouvoir de l'abroger. L'article 62 du *Code du travail* subordonne directement la convention collective à l'ordre public.

Mais l'épopée ne s'arrête pas là. Le combat des Titans reprend de plus belle en 2010, dans l'arrêt *Syndicat de la fonction publique du*

*Québec c. Québec*⁴⁵. Le problème est différent, le Code civil n'est pas en cause, mais les enjeux de principes sont les mêmes.

Les faits vont comme suit. Des fonctionnaires, employés occasionnels, sont congédiés. La convention collective ne leur reconnaît pas le droit de contester leur congédiement par voie de grief. Ils déposent néanmoins des griefs sur la base de l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*, en soutenant que cette disposition d'ordre public est incorporée à la convention collective et donne donc compétence à l'arbitre. L'article 124 LNT dit ceci :

124. Le salarié qui justifie de deux ans de service continu dans une même entreprise et qui croit avoir été congédié sans une cause juste et suffisante peut soumettre sa plainte par écrit à la Commission des normes du travail ou la mettre à la poste à l'adresse de la Commission des normes du travail dans les 45 jours de son congédiement, sauf si une procédure de réparation, autre que le recours en dommages-intérêts, est prévue ailleurs dans la présente loi, dans une autre loi ou dans une convention.

L'article 1 LNT définit le « *service continu* » en des termes suffisamment larges pour englober la situation des employés occasionnels qui ont déposé les griefs, à condition que la compétence de l'arbitre de ces griefs soit reconnue.

Dans la longue décision de la Cour suprême, les deux thèses de l'arrêt *Isidore Garon* s'affrontent de nouveau : celle de « l'incorporation sous condition de compatibilité » et celle de la « hiérarchie des normes ». La juge Deschamps soutient que l'article 124 LNT est incompatible avec la convention collective : il ne peut pas y être incorporé parce que le champ est déjà occupé par la décision des parties de ne pas accorder le droit de grief aux salariés. Ces derniers peuvent se prévaloir du recours prévu à l'article 124 LNT à condition d'en saisir la Commission des normes du travail, qui a compétence exclusive en cette matière.

Le juge LeBel reprend la thèse de la hiérarchie de normes. Le recours de l'article 124 LNT est d'ordre public : il revient à l'arbitre saisi du grief contre le congédiement de déterminer, à la lumière des modifications apportées à la convention collective par l'effet d'ordre public imposé par la LNT, si cette convention lui permet

45. *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28.

d'accorder au salarié congédié une mesure de réparation équivalente à celle qu'offre l'article 124 LNT. Dans l'affirmative, il a compétence pour entendre les griefs.

Quelle thèse l'a emporté ? Par un score de 5 contre 4, c'est la thèse de la hiérarchie des normes qui gagne le combat. Cet arrêt a été suivi de deux autres courts arrêts rendus au cours de la même année, avec des enjeux connexes⁴⁶. Dans les deux cas, le juge LeBel, écrivant pour la même majorité, s'est contenté de référer aux motifs qu'il avait exposés dans l'arrêt *Syndicat de la fonction publique du Québec*. Dans un de ces arrêts, pour être bien sûr d'être compris, il ajoute ceci⁴⁷ :

(par. 2) Pour les raisons que j'expose dans les dossiers *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 28, j'ai écarté la thèse de l'incorporation à la convention collective de la norme établie par l'article 124 LNT.

Je suis d'avis que la Cour suprême a définitivement abandonné la thèse de l'incorporation sous condition de compatibilité, pour faire prévaloir la thèse de la hiérarchie des normes. Ainsi, l'arbitre a compétence pour appliquer une disposition d'ordre public édictée par une loi, en cas de silence de la convention collective ou en remplacement d'une stipulation contraire ou incompatible invalidée par cette disposition. Toutefois, cette solution n'est pas encore confirmée par la Cour suprême à propos d'une disposition d'ordre public du Code civil. Comme nos deux Titans ne siègent plus à la Cour, je souhaite qu'un successeur civiliste s'en charge, pour confirmer la primauté des dispositions d'ordre public du Code civil en matière de relations de travail.

B. L'incidence du défaut de peu d'importance sur le contrat (art.1604 C.c.Q.)

Le Code civil édicte, à l'article 1604, une restriction importante au droit de l'employeur de résilier le contrat individuel de travail :

46. *Syndicat des professeurs du Cégep Ste-Foy c. Québec (Procureur général)*, 2010 CSC 29; *Syndicat des professeurs et des professeures de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. Université du Québec à Trois-Rivières*, 2010 CSC 30.

47. *Syndicat des professeurs du Cégep Ste-Foy c. Québec (Procureur général)*, préc., note 46.

1604. Le créancier, s'il ne se prévaut pas du droit de forcer, dans les cas qui le permettent, l'exécution en nature de l'obligation contractuelle de son débiteur, a droit à la résolution du contrat, ou à sa résiliation s'il s'agit d'un contrat à exécution successive.

Cependant, il n'y a pas droit, malgré toute stipulation contraire, lorsque le défaut du débiteur est de peu d'importance, à moins que, s'agissant d'une obligation à exécution successive, ce défaut n'ait un caractère répétitif; mais il a droit, alors, à la réduction proportionnelle de son obligation corrélative.

La réduction proportionnelle de l'obligation corrélative s'apprécie en tenant compte de toutes les circonstances appropriées; si elle ne peut avoir lieu, le créancier n'a droit qu'à des dommages-intérêts.

On comprend qu'il s'agit d'une règle d'ordre public. L'employeur ne peut pas congédier un salarié non syndiqué pour une faute légère ou de peu d'importance, compte tenu de toutes les circonstances. L'employeur peut alors réduire temporairement ses obligations corrélatives en cessant de fournir du travail et de payer son salaire. La faute est alors sanctionnée par une suspension d'une durée proportionnelle à sa gravité. La récidive fait partie des circonstances à apprécier.

Qu'en est-il des rapports collectifs de travail ? En l'absence de stipulations particulières dans la convention collective, on applique le même principe de proportionnalité⁴⁸. Les praticiens du droit du travail lui trouvent un fondement jurisprudentiel. Nous avons mentionné plus haut qu'ils pourraient aussi invoquer l'article 1604 C.c.Q. comme fondement légal de cette solution.

Certaines conventions collectives contiennent des clauses de congédiement en cas d'absence de courte durée. On les appelle « clauses guillotine » ou « clauses *shotgun* », en raison de leur effet radical et mortel sur le lien d'emploi. Certaines se lisent comme suit :

48. F. MORIN et R. BLOUIN, préc., note 20, n° II.79, p. 132; F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGGI, préc., note 7, n° V-35, p. 1466-1471.

Un salarié perd son emploi et son ancienneté pour l'une ou l'autre des raisons suivantes : [...] 4 – si un salarié s'absente de son travail pour une période de plus de trois jours consécutifs, sans motif valable dont la preuve lui incombe; [...].⁴⁹

Ce genre de clause se retrouve surtout dans les emplois au bas de l'échelle, comme préposé dans le secteur de l'alimentation ou de la santé. La jurisprudence regorge de sentences qui donnent plein effet à de telles clauses sur simple preuve d'absence du salarié. On dit de ce genre de clause qu'elle est « d'application automatique ou aveugle »⁵⁰. L'employeur n'a pas à prouver préjudice. Dans les entreprises où les préposés sont nombreux et interchangeable, le préjudice est souvent minime, voire inexistant. La justification de l'absence est difficile pour le salarié, une partie de la jurisprudence exigeant la preuve d'une force majeure. Certains arbitres expriment leur embarras à sanctionner de telles clauses en disant qu'ils doivent « *bien à regret* » donner effet à la volonté des parties telle que stipulée dans la convention collective.

Je ne connais pas de cas où une partie a invoqué la disposition d'ordre public de l'article 1604 C.c.Q. afin de faire casser un congédiement pour une absence de très courte durée et la faire remplacer par une sanction proportionnelle au peu d'importance du défaut. Cette omission s'explique peut-être par le fait que cette disposition du Code civil n'apparaît pas dans les règles particulières du contrat de travail, mais est plutôt cachée dans les règles générales du droit des contrats.

Le jour où cette application particulière de l'article 1604 C.c.Q. sera plaidée à l'encontre d'une clause guillotine, pour une absence de très courte durée, il me semble que l'ordre public du Code civil devrait prévaloir. La très courte durée fait présumer que le défaut du salarié est « *de peu d'importance* ». La seule issue pour l'employeur serait de prouver que l'absence du salarié, quoique courte, lui a causé un préjudice suffisamment sérieux pour échapper à la qualification de défaut « *de peu d'importance* ». Autrement, la hiérarchie des normes commande d'accorder au salarié le bénéfice de l'ordre public du Code civil.

49. *Convention collective entre les Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500 (TUAC 500) et Provigo inc. 2007-2013*, citée dans *Provigo Québec inc. et Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 500*, 2014 QCTA 281, par. 73.

50. M. COUTU, L.L. FONTAINE, G. MARCEAU et U. COIQUAUD, préc., note 31, n° 485, p. 656-659.

Le droit civil impératif ne laisse pas le choix. Il s'impose à tous, même à l'arbitre de griefs chargé de l'application et de l'interprétation des conventions collectives. En contraste, le droit civil, en tant que source d'emprunt, lui laisse toute liberté de choix.

III. LE DROIT CIVIL EMPRUNTÉ

Pour compléter le tableau, laissez-moi vous dire un mot sur un emploi moins évident du droit civil, c'est-à-dire à titre de source d'emprunt. L'ouverture à un tel emploi se situe dans un espace où l'arbitre de griefs n'est pas lié par le droit civil, que ce soit à titre supplétif ou à titre impératif. Il lui est loisible alors de procéder par emprunt, s'il le juge opportun. Cet espace est celui des règles de preuve et de procédure, que le législateur confie à la discrétion de l'arbitre, à l'article 100.2 du *Code du travail* :

100.2. L'arbitre doit procéder en toute diligence à l'instruction du grief et, sauf disposition contraire de la convention collective, selon la procédure et le mode de preuve qu'il juge appropriés.

Cette zone d'exercice de sa discrétion pour l'arbitre est pour le moins paradoxale. On y observe une chose et son contraire. D'une part, on trouve dans la juridiction arbitrale une pratique massive de l'emprunt pour calquer le modèle judiciaire traditionnel en matière de preuve et de procédure. D'autre part, on est frappé par certaines réticences à suivre ce modèle dans son évolution récente.

A. Pratique de l'emprunt

Historiquement, les arbitres auraient pu inventer un modèle de traitement des griefs fort différent du modèle judiciaire. Ils ne l'ont pas fait. L'instance arbitrale ressemble beaucoup à l'instance judiciaire à laquelle elle a emprunté l'essentiel de ses règles de preuve et de procédure. Qu'on en juge.

En matière de preuve, la similitude est considérable. Même règle de fardeau de preuve (art. 2803 C.c.Q.). Même règle d'appréciation de la force probante de la preuve, selon le principe de la simple prépondérance de preuve (art. 2804 C.c.Q.). Mêmes moyens de preuve : l'écrit (art. 2812 C.c.Q.), le témoignage (art. 2843 C.c.Q.), les présomptions de droit et de faits (art. 2846 C.c.Q.), y compris la présomption de bonne foi (art. 2805 C.c.Q.), les aveux judiciaires ou

extrajudiciaires (art. 2850 C.c.Q.) et l'élément matériel (art. 2854 C.c.Q.).

Les arbitres entendent régulièrement des objections tirées des règles de recevabilité du droit civil : objection de pertinence (art. 2857 C.c.Q.), objection pour obtention d'une preuve par des moyens illégaux ou en violation du secret professionnel (art. 2858 C.c.Q.), objection à la preuve par oui-dire et au témoignage écrit (art. 2843 et 2868 à 2874 C.c.Q.), objection ou moyen péremptoire fondé sur l'autorité de la chose jugée (art. 2848 C.c.Q.).

En matière de procédure, l'instance arbitrale, telle que pratiquée au Québec, a beaucoup emprunté à la procédure civile. Certains de ces emprunts ont aussi été incorporés dans les quelques dispositions que le *Code du travail* consacre à la procédure arbitrale⁵¹. L'instance arbitrale peut être précédée d'une conférence préparatoire (art. 179 C.p.c., art. 100.2 al. 3 C.t.). L'instruction est structurée de façon plutôt formaliste, sur le modèle judiciaire. Elle se déroule en deux parties distinctes : la présentation de la preuve, suivie des plaidoiries des parties. La partie qui a le fardeau de la preuve présente ses éléments de preuve, ensuite la partie adverse fait sa preuve, enfin les parties peuvent ajouter une contre-preuve, si nécessaire. L'arbitrage est public, mais l'arbitre peut ordonner le huis clos (art. 12 C.p.c., art. 100.4 C.t.). Les rites de la preuve testimoniale se ressemblent. Les témoins sont assermentés (art. 277 C.p.c., art. 100.6 al. 3 C.t.) et une partie peut demander l'exclusion des témoins (art. 279 C.p.c.). Le procureur qui souffle les réponses à son témoin, lors de l'interrogatoire en chef, s'attire une objection de *question suggestive* (art. 280 C.p.c.).

Cette liste n'est pas exhaustive et les procureurs des parties rivalisent d'ingéniosité pour faire valoir des objections à la preuve tirées du droit commun traditionnel.

B. Réticences à l'emprunt

Il est étonnant de constater, d'une part, la facilité avec laquelle la juridiction arbitrale a emprunté et intégré le modèle judiciaire en matière de preuve et de procédure et, d'autre part, ses réticences à emprunter certains éléments de la réforme récente du *Code de pro-*

51. Art. 100-102 C.t.

*cédure civile*⁵². Pourtant, la procédure est une entité vivante, qui évolue avec son temps. Ses recettes ne sont pas immuables. Elles constituent des moyens subordonnés aux fins supérieures de la justice.

Dans sa recherche de solutions, en matière de procédure et de preuve, l'arbitre n'est pas lié par celles des autres domaines du droit : droit criminel, droit administratif, droit disciplinaire, droit civil. Toutefois, il est libre de s'en inspirer ou de faire des emprunts qu'il juge compatibles avec son propre domaine de compétence. La Cour suprême, dans l'arrêt *Nor-Man Regional Health Authority*, l'encourage dans ce sens⁵³ :

Certes, les doctrines de common law et d'*equity* émanent des tribunaux, mais il ne s'ensuit pas pour autant que les arbitres sont dépourvus du pouvoir légal ou de l'expertise nécessaires pour les adapter et les appliquer de façon plus judicieuse à l'arbitrage de différends et de griefs dans le contexte des relations du travail.

Au contraire, les arbitres en relations du travail, grâce à leurs larges mandats légal et contractuel – et à leur expertise –, ont tous les outils nécessaires pour adapter les doctrines de common law et d'*equity* qu'ils estiment pertinentes dans les limites de leur sphère circonscrite de créativité. Ils peuvent à bon droit, à cette fin, élaborer des doctrines et concevoir des réparations adéquates dans leur domaine, en s'inspirant des principes juridiques généraux, des buts et objectifs du régime législatif, des principes des relations du travail, de la nature du processus de négociation collective et du fondement factuel des griefs dont ils sont saisis.

Cet arrêt de la Cour suprême est parfaitement transposable en droit québécois, en faisant les adaptations qui s'imposent. La common law et l'*equity*, dans les autres provinces, en constituent le droit commun. Les tribunaux d'arbitrage et les auteurs ont considérablement emprunté à ces sources pour façonner le droit du travail dans ces provinces, tel que nous le connaissons à travers les ouvrages classiques du Canada anglais⁵⁴.

Au Québec, le droit commun est principalement édicté dans le Code civil et dans le *Code de procédure civile*. Il faut donc lire l'incitation de la Cour suprême en substituant ces sources à celles de

52. RLRQ, c. C-25.01, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (ci-après « C.p.c. »).

53. *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, par. 44-45.

54. D.J.M. BROWN et D.M. BEATTY, préc., note 9; E. PALMER, préc., note 10.

la common law et de l'*equity*. Lorsque le juriste québécois veut suivre cette voie, il doit se garder d'emprunter sans discernement des solutions de common law. Il doit plutôt imiter la méthode de bon aloi, pratiquée par les juristes de common law, qui consiste à rechercher ses solutions dans son propre droit commun et non dans celui du voisin.

À cet égard, la juridiction arbitrale aurait avantage à privilégier les nouvelles dispositions du *Code de procédure civile*, comme source d'emprunt ou d'inspiration en matière de procédure. Il y a tout lieu de croire que l'emprunt à une telle source fait présumer qu'il s'agit d'une solution raisonnable. La partie qui voudrait contester le caractère raisonnable d'un tel emprunt aurait le fardeau de la démonstration.

Je vais me limiter à signaler deux innovations marquantes de la procédure civile : le principe de proportionnalité et la divulgation préalable des éléments de preuve.

Le principe de proportionnalité est énoncé, au *Code de procédure civile*, dans les termes suivants⁵⁵ :

18. Les parties à une instance doivent respecter le principe de proportionnalité et s'assurer que leurs démarches, les actes de procédure, y compris le choix de contester oralement ou par écrit, et les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande.

Les juges doivent faire de même dans la gestion de chacune des instances qui leur sont confiées, et ce, quelle que soit l'étape à laquelle ils interviennent. Les mesures et les actes qu'ils ordonnent ou autorisent doivent l'être dans le respect de ce principe, tout en tenant compte de la bonne administration de la justice.

Le message du législateur est clair. Il vise à favoriser l'accès à la justice en réduisant le coût et la durée des procès, ainsi que les délais d'attente pour procéder. La juridiction arbitrale est atteinte des mêmes maux que les tribunaux judiciaires. L'arbitrage des griefs est de plus en plus long et coûteux. Les délais sont même accentués par le fait qu'ils procèdent, pour la plupart, par journées séparées plutôt que par journées consécutives. La disponibilité réduite des parties, des procureurs et des arbitres peut faire en

55. Art. 18 C.p.c.

sorte qu'un arbitrage de dix jours s'étende sur deux ans. Rien n'indique que cette tendance lourde en vienne à s'inverser.

Les intervenants du domaine de l'arbitrage de griefs ont tout intérêt à surmonter leur résistance au changement pour emprunter sans réserve le principe de proportionnalité édicté par le *Code de procédure civile*. Pour implanter ce principe, la juridiction arbitrale jouit même d'un avantage par rapport aux tribunaux judiciaires : l'arbitre est maître de la preuve et de la procédure, alors que le juge est lié par les règles de preuve et de procédure édictées par le législateur. Les intervenants en arbitrage pourraient donc faire preuve de plus d'audace et de créativité pour favoriser la célérité et l'efficacité du processus arbitral.

Notamment, la durée des témoignages devrait être raccourcie. Le temps passé à décliner le parcours professionnel du témoin et la description de ses tâches pourrait être réduit à sa plus simple expression par le dépôt systématique de son *curriculum vitae* et d'un résumé de ses tâches, en début de témoignage. La description des activités de l'entreprise de l'employeur peut être remplacée par le dépôt d'un document. La pratique des multiples suspensions des interrogatoires et contre-interrogatoires pour consulter le client gagnerait à être plus disciplinée. Les contre-interrogatoires improductifs et leur dérive sur des faits insignifiants sous prétexte de contestation de la crédibilité du témoin font perdre un temps précieux.

La quête d'efficacité pourrait être poussée plus loin, dans les cas qui s'y prêtent, par le remplacement de témoignages par des déclarations écrites⁵⁶ ou par un exposé des faits rédigé par chacune des parties. De telles initiatives nécessitent sans doute la collaboration des parties, mais il en est une qui devrait leur être imposée d'autorité : la communication préalable et réciproque de l'ensemble de la preuve documentaire à la partie adverse.

Telle est la seconde innovation que je tiens à souligner, tant elle me paraît être déterminante pour favoriser le règlement des griefs et la diminution de la durée de l'audience devant l'arbitre. Il s'agit

56. Claude FABIEN, «Le oui-dire revisité», dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 1097, aux pages 1122-1126.

d'une question très controversée en jurisprudence arbitrale⁵⁷. Un courant majoritaire s'oppose à la communication préalable des éléments de preuve documentaire en soutenant que l'arbitre n'a pas le pouvoir de l'ordonner et qu'une telle solution priverait indûment l'employeur de moyens pour discréditer les témoins du syndicat.

Le principe de la communication préalable de la preuve documentaire dans le procès civil est énoncé à l'article 248 C.p.c. :

248. La partie qui entend invoquer à l'instruction un élément de preuve en sa possession le communique aux autres parties au plus tard avec la déclaration qui accompagne la demande d'inscription. Elle en est dispensée s'il s'agit d'une pièce au soutien d'un acte de procédure ou si le protocole de l'instance en dispose autrement. Dans les autres cas, la communication est faite dans les 30 jours qui suivent l'ordonnance d'inscription ou la fixation de la date de l'instruction, à moins que le tribunal n'ait fixé un autre délai.

La partie qui omet de communiquer ses éléments de preuve ne peut les produire lors de l'instruction si ce n'est qu'avec l'autorisation du tribunal.

Le *Code de procédure civile* prévoit qu'au moment où commence l'instruction, les parties se sont réciproquement communiqué toutes les pièces qu'elles ont l'intention d'utiliser en preuve⁵⁸. Une partie peut même obtenir communication préalable d'une pièce susceptible d'être utilisée par la partie adverse⁵⁹. La même demande peut être faite en cours d'instruction⁶⁰. Ainsi, il n'y a pas de surprise. Au moment où commence le procès, toutes les cartes sont sur table. Les parties arrivent préparées. On évite les ajournements causés par l'imprévu ou par la nécessité de vérifier l'authenticité ou l'intégrité de certaines pièces.

Il devrait en être de même en arbitrage de griefs. L'arbitre, maître de la preuve et de la procédure⁶¹, dispose des pouvoirs requis pour ordonner aux parties de se communiquer réciproquement les pièces de leur preuve, avant le début de l'audience. Il peut le faire, sur demande d'une partie, soit dans le cadre de la conférence préparatoire, soit en cours d'audience.

57. *Syndicat des travailleurs de Coinamatic (CSD) et Coinamatic Canada inc.*, préc., note 30; *Commission scolaire des Rives-du-Saguenay et Syndicat régional des employés de soutien (CSQ)*, [2016] n° AZ-51342652, par. 23 (T.A.).

58. Art. 248 C.p.c.

59. Art. 246 et 251 C.p.c.

60. Art. 252 C.p.c.

61. Art. 100.2 C.t.

L'article 100.12 du *Code du travail* énumère les pouvoirs de l'arbitre et se termine par une clause générale d'habilitation :

100.12. Dans l'exercice de ses fonctions l'arbitre peut [...] :

g) rendre toute autre décision, y compris une ordonnance provisoire, propre à sauvegarder les droits des parties.

On comprend que le terme générique *décision* inclut le pouvoir d'ordonner la communication préalable d'éléments de preuve documentaire. Un pouvoir encore plus spécifique est conféré à l'arbitre par l'article 100.2 du *Code du travail* :

100.2 L'arbitre doit procéder en toute diligence à l'instruction du grief et, sauf disposition contraire de la convention collective, selon la procédure et le mode de preuve qu'il juge appropriés.

À cette fin, il peut, d'office, convoquer les parties pour procéder à l'audition du grief.

Si la loi impose à l'arbitre un tel devoir, elle l'investit des pouvoirs nécessaires à son exercice, y compris en matière d'ordonnances relatives à la preuve et à la procédure. Dans le cadre de la conférence préparatoire, le pouvoir de l'arbitre est fondé sur l'article 136 du *Code du travail* :

136. La conférence préparatoire est tenue par un commissaire. Elle a pour objet :

[...] 3^e d'assurer l'échange entre les parties de toute la preuve documentaire; [...].

L'article 137 du *Code du travail* ajoute que le commissaire qui préside la conférence préparatoire consigne au procès-verbal « les *décisions* qu'il prend » et que ces décisions « gouvernent le déroulement de l'instance ». Cette disposition sur les pouvoirs du commissaire s'applique aussi à l'arbitre.

Une fois réglée la question des pouvoirs de l'arbitre, il reste à s'interroger sur l'opportunité pour l'arbitre d'emprunter la solution du *Code de procédure civile* sur la communication préalable de la preuve. L'argumentaire pourrait être long. J'invoquerai seulement deux raisons à l'appui de cette solution⁶².

62. *Commission scolaire des Rives-du-Saguenay et Syndicat régional des employés de soutien (CSQ)*, préc., note 57, par. 54-56.

En premier lieu, les objectifs de la règle du *Code de procédure civile* sont aussi pertinents dans le contexte des rapports collectifs de travail. La règle vise à favoriser le règlement des litiges par la communication des éléments de preuve documentaire avant le début de l'instruction. S'il n'y a pas de règlement, cette divulgation accélère le déroulement de l'instance en prévenant les ajournements causés par l'effet de surprise ou la nécessité de vérifier l'authenticité ou l'intégrité de l'élément de preuve. Cette règle s'inscrit dans le contexte d'une révision globale du *Code de procédure civile* en vue de pallier les problèmes qui entravent l'accès à la justice : encombrement des rôles, délais et remises, croissance des coûts de la justice. Le contentieux des relations collectives de travail n'est pas exempt de ces problèmes. Cette règle de divulgation préalable fait partie des moyens à mettre en œuvre en procédure arbitrale pour combattre ces maux communs.

En deuxième lieu, il paraît raisonnable d'éviter une disparité de traitement entre, d'une part, le salarié non syndiqué, partie à un litige découlant de son contrat individuel de travail, et, d'autre part, le salarié syndiqué dont le grief est soumis à l'arbitrage, d'autant plus que la disparité risque de jouer au détriment de ce dernier. Dans un litige civil, le salarié congédié qui poursuit son employeur peut obtenir la communication préalable d'un enregistrement vidéo que l'employeur voudrait lui opposer au procès, sur la base des articles 246, 251 et 252 C.p.c. Il ne paraît pas raisonnable de priver le salarié syndiqué du même avantage. Une telle disparité trahirait l'esprit de l'aménagement des rapports collectifs de travail.

Enfin, que ce soit dans le *Code de procédure civile* ou dans le *Code du travail*, c'est le même législateur qui parle. Je crois reconnaître une intention convergente lorsque je lis à l'article 137 du *Code du travail* que la conférence préparatoire tenue par le commissaire ou l'arbitre de griefs, préalablement à l'audience, a pour objet « d'assurer l'échange entre les parties de toute la preuve documentaire ». Telle est, à mon avis, la voie de l'avenir.

CONCLUSION

Le triptyque est maintenant complet.

Dans le champ de l'interprétation et de l'application des conventions collectives par l'arbitre de griefs, le droit civil remplit trois

fonctions il sert de droit supplétif, il constitue parfois le droit impératif, et il peut aussi être source de droit emprunté.

Comme droit supplétif, sa fonction est indispensable. Le droit du travail et les conventions collectives comportent silences et omissions. On applique par défaut les règles du droit civil. Elles ont alors une portée obligatoire. Le droit civil est aussi le droit nourricier. Il fournit le vocabulaire et la structure conceptuelle nécessaires à l'interprétation et à l'application des conventions collectives. Dans un rôle souvent méconnu, il peut constituer le fondement théorique de certaines solutions de la jurisprudence arbitrale, notamment en matière de congédiement, de proportionnalité de la sanction disciplinaire, de fardeau de la preuve et même de qualification de la convention collective.

Comme droit impératif, il comporte des dispositions d'ordre public auxquelles on ne peut pas déroger par contrat. Il y en a deux qui ont une incidence en droit du travail. Les articles 2091 et 2092 C.c.Qué. consacrent le droit du salarié à un délai de congé lorsque l'employeur résilie son contrat de travail. La jurisprudence récente de la Cour suprême sur la hiérarchie des normes permet de croire que ces articles doivent recevoir une application universelle et bénéficière même au salarié régi par une convention collective. L'article 1604 C.c.Qué. prévoit que l'employeur ne peut pas résilier le contrat de travail du salarié en cas de défaut *de peu d'importance*, malgré toute stipulation contraire. Cette disposition d'ordre public ne semble pas avoir été invoquée en arbitrage de griefs, à l'encontre, notamment, des clauses dites « guillotine ». Comme l'ordre public est indivisible, il devrait prévaloir.

Comme droit emprunté, le droit civil a servi de modèle à la juridiction arbitrale dans l'exercice de la discrétion que l'article 100.2 du *Code du travail* accorde à l'arbitre en matière de preuve et de procédure. Il y a une grande similitude entre le processus judiciaire traditionnel et le processus arbitral, par l'effet de ces multiples emprunts. En contraste, la juridiction arbitrale semble plus réticente à suivre la révision récente du *Code de procédure civile* et à emprunter des solutions visant à favoriser l'accès à la justice. Deux innovations mériteraient pourtant d'être empruntées : le principe de proportionnalité quant à la durée de l'arbitrage, ainsi que la communication réciproque de l'ensemble de la preuve documentaire préalablement à l'audience. Une jurisprudence majoritaire résiste à la communication préalable de la preuve documentaire, alors

qu'une telle mesure promet de favoriser le règlement des griefs, de prévenir les surprises et les ajournements en cours d'audience et d'en raccourcir la durée et le coût.

Je termine sur un souhait : que le mariage de raison entre le droit civil et le droit du travail soit davantage célébré, consommé et fécond. Peut-être qu'à l'usage, les conjoints finiront-ils par s'aimer!