

# La liberté constitutionnelle d'association au Canada : dialogue social ou monologue judiciaire ?

Charles TREMBLAY POTVIN<sup>1</sup> & Christian BRUNELLE<sup>2</sup>

**Freedom of Association in Canada :  
From Social Dialogue to Judicial Monologue**

**La libertad constitucional de asociación en Canadá:  
del dialogo social al monologo judicial**

**A liberdade constitucional de associação no Canada:  
do dialogo social ao monologo jurídico**

作为加拿大宪法权利的结社自由：从社会对话到司法独白

---

## Résumé

Dans l'arrêt *Health Services*, rendu en 2007, la Cour suprême du Canada infère de la liberté d'association garantie par l'alinéa 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* un droit procédural à la négociation collective devant donner lieu à un « véritable dialogue » entre les parties syndicale et patronale. Or, par une analyse du concept de « dialogue social »,

## Abstract

In the 2007 *Health Services* case, the Supreme Court of Canada has interpreted freedom of association under section 2d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in such a way as to grant a procedural right to collective bargaining imposing a duty to engage in a “meaningful dialogue” between labour unions and employers. Relying on the

---

<sup>1</sup> LL.L. (Ottawa), avocat, étudiant à la maîtrise, Faculté de droit, Université Laval.

<sup>2</sup> Professeur titulaire, Faculté de droit, Université Laval; chercheur au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT). Les auteurs remercient le *Conseil de recherche en sciences humaines du Canada* (CRSH) dont le soutien financier a rendu possible la réalisation de cette étude.

surtout présent dans la littérature européenne entourant les relations du travail, les auteurs démontrent que ce principe est profondément ancré dans la culture juridique canadienne. Toutefois, dans l'arrêt *Fraser* rendu en 2011, la Cour refuse d'invalider une loi ontarienne dont les termes incitaient peu au dialogue. Préférant colmater les brèches législatives par une interprétation toute en retenue, elle coupe ainsi court au dialogue – constitutionnel, celui-là – entre les pouvoirs politique et judiciaire. Néanmoins, les développements jurisprudentiels récents en la matière sont vraisemblablement susceptibles de donner un second souffle à la protection constitutionnelle du dialogue social canadien.

## Resumen

En la sentencia “servicios de salud” (Health Services), proferida en 2007, la Corte Suprema de Canadá considera la libertad de asociación garantizada por el artículo 2 d) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades un derecho procesal a la negociación colectiva que deberá dar lugar a un “verdadero diálogo” entre las partes sindical y patronal. Ahora bien, mediante un análisis del concepto de “diálogo social”, presente principalmente en la literatura europea que trata de las relaciones laborales, los autores demuestran que este principio está profundamente arraigado en la cultura jurídica canadiense. Sin embargo, en la sentencia *Fraser* proferida en 2011, la Corte rechaza la solicitud de invalidar una ley de Ontario, cuyos términos incitaban muy poco al diálogo. Prefiriendo colmatar las brechas con una interpretación restrictiva, la Corte pone fin al diálogo -constitucio-

concept of “social dialogue”, most prominently explored in the European literature on labour relations, the authors demonstrate that this concept is profoundly anchored in Canadian legal culture. However, in the 2011 *Fraser* case, the Supreme Court has refused to invalidate an Ontario law that induced very little dialogue. Preferring to seal the legislative loopholes by way of judicial deference, the Court has cut short another (constitutional) dialogue, that between the legislative and judicial branches. Nevertheless, the recent developments are most likely to re-establish the constitutional protection of the Canadian social dialogue in labor relations.

## Resumo

No acórdão Health Services, prolatado em 2007, a Corte Suprema do Canada infere da liberdade de associação garantida pela alínea 2d) da Carta Canadense de Direitos e Liberdades um direito processual à negociação coletiva que deve abrir espaço a um « diálogo verdadeiro » entre as partes sindicais e patronais. Ora, por uma análise do conceito de « diálogo social », presente sobretudo na literatura europeia que envolve as relações de trabalho, os autores demonstram que este princípio é profundamente ancorado na cultura jurídica canadense. Todavia, no acórdão *Fraser* prolatado em 2011, a Corte recusa a invalidar uma lei ontariana cujos termos incitam pouco ao diálogo. Preferindo selar as brechas legislativas por uma interpretação de prudente reserva, ela corta o diálogo – constitucional – entre os poderes políticos e judiciais. Entretanto, os desdobramentos

nal- entre los poderes político y judicial. Sin embargo, los desarrollos jurisprudenciales recientes en esta materia son verdaderamente susceptibles de dar un segundo impulso a la protección constitucional del diálogo social canadiense.

jurisprudenciais recentes sobre a matéria são provavelmente sucetiveis de dar um segundo respiro à proteção constitucional do diálogo social canadense.

## 摘要

在2007年所作“卫生服务”一案判决中，加拿大最高法院从《加拿大权利与自由宪章》第2d款所保障的结社自由中推出一项前置于促使工会与雇主进行“真正对话”的程序性权利——集体谈判权。可是，通过对“社会对话”这一概念的分析，特别是围绕劳动关系的现行欧洲文献中的此一概念，本文表明这一原则深植于加拿大法律文化。然而，在2011年判决的弗雷泽一案中，最高法院否定了安大略省的一项法律，因为其条款没有促进对话。法院更喜欢通过审慎的法律解释去堵住立法渠道，它也因此切断了立法权与司法权之间的宪法对话。不过，近期的相关案例发展似乎又重建了对加拿大社会对话的宪法保护。

---



## Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	277
<b>I. Les assises du dialogue social en droit constitutionnel canadien</b> .....	280
A. La portée du dialogue social.....	280
B. ... dans la constitution du Canada.....	287
<b>II. La Cour suprême et la liberté constitutionnelle d'association: une rupture du dialogue?</b> .....	293
A. Du dialogue constitutionnel.....	294
B. ...au monologue judiciaire.....	303
<b>Conclusion: la place du droit de grève dans le dialogue social canadien</b> .....	313



Dans sa vocation à régir les rapports entre individus au sein de la société, le droit est constamment mis à l'épreuve par la rapidité des transformations sociales. L'un des défis majeurs de l'élaboration du droit consiste à faire en sorte qu'il puisse continuellement s'adapter aux nouvelles réalités tout en conservant sa cohérence ainsi qu'une certaine stabilité. Cette réalité est particulièrement présente en droit de l'emploi, où les acteurs sociaux eux-mêmes sont partagés entre ces deux pôles. Les aléas de la mondialisation, la reconfiguration de la main-d'œuvre et la transformation constante des modes de production<sup>3</sup> compliquent grandement la recherche d'un équilibre délicat entre, d'une part, la protection de la sécurité d'emploi des travailleurs et, d'autre part, la flexibilité du marché du travail si chère aux employeurs<sup>4</sup>.

En Europe, depuis les années 1970 et 1980, les relations de travail se sont graduellement articulées autour du concept de *dialogue social*<sup>5</sup>. Ce concept s'inscrit dans les courants de la *contractualisation du droit* et de la *démocratie industrielle*, qui postulent que les partenaires sociaux sont les mieux placés pour adapter le droit à leur situation particulière. Il s'agit donc de laisser aux acteurs syndicaux et patronaux, dans un esprit de

<sup>3</sup> Sur ces questions, voir notamment : Normand LAPLANTE et Lucie CÔTÉ (dir.), *Transformations du monde du travail : regards interdisciplinaires en relations industrielles*, Québec, PUQ, 2012 ; Christian BRUNELLE, Annette HAYDEN et Gregor MURRAY, « Les systèmes de représentation au travail : à la mesure des réalités contemporaines ? », (2011) 66-4 *Relations industrielles/Industrial relations* 493 ; Gregor MURRAY, « La transnationalisation des modes de production et ses conséquences », dans Pierre VERGE (dir.), *Droit international du travail : perspectives canadiennes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 1-32 ; Pierre VERGE, « Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique », (2011) 52 *C. de D.* 135.

<sup>4</sup> On assiste d'ailleurs à la naissance de néologismes pour référer à ces deux tendances *a priori* antinomiques. On parle par exemple de la « flexploitation » pour mettre en garde les travailleurs contre les conséquences d'une flexibilité accrue du marché du travail sur leur sécurité d'emploi. En Europe, on parle souvent de « flexicurité » au travail dans une volonté de concilier flexibilité et sécurité d'emploi. Voir : Bernard CONTER, « Origines et impacts de la flexicurité », (2011) 10 *Courrier hebdomadaire du CRISP* 5 ; Jean-Vincent KOSTER, « Le dialogue social européen à l'épreuve de la flexicurité. L'Europe sociale au risque de la pléistocratie ? (enquête) », (2008) 1-14 *Terrains & travaux* 171. Voir aussi : Jean-Yves BRIÈRE, Fernand MORIN, Dominic ROUX et Jean-Pierre VILLAGGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, n° VI-15.

<sup>5</sup> Claude DIDRY, « L'émergence du dialogue social en Europe : retour sur une innovation institutionnelle méconnue », (2009) 52-2 *L'année sociologique* 417 ; Mathieu HECQUET, *Essai sur le dialogue social européen*, t. 488, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2007, n° 20 et suiv.

collaboration, la possibilité de régir ensemble leurs relations, que ce soit au niveau national ou à l'échelle de l'entreprise. Or, l'évolution du droit de l'emploi au Québec et au Canada s'inscrit très clairement dans cette orientation. Le droit du travail canadien a toujours été « marqué par une forte volonté autonomiste »<sup>6</sup>, ayant été élaboré en grande partie sous l'influence de ceux-là mêmes qui y sont soumis<sup>7</sup>. Pourtant, le concept de *dialogue social* est pratiquement absent de la littérature portant sur les relations de travail dans notre région du monde. En Amérique du Nord, il est plutôt fréquent de présenter les rapports collectifs de travail comme étant essentiellement conflictuels, et non comme une relation constructive entre *partenaires sociaux*. Cette représentation, qui a possiblement contribué à la détérioration de l'image syndicale au Québec et au Canada<sup>8</sup>, a malheureusement pour effet d'occulter le fait qu'aujourd'hui, la grande majorité des conventions collectives sont signées et renouvelées sans recours à la grève ou au lock-out<sup>9</sup>.

Pour assurer une adaptation adéquate du droit dans le contexte actuel de transformation constante des rapports socio-économiques, la pratique du dialogue social apparaît plus que jamais pertinente. Elle fait d'ailleurs l'objet d'une promotion vigoureuse de la part de l'*Organisation Internationale du Travail* (OIT), qui reconnaît que « [d]ans un contexte mondial marqué par une interdépendance et une complexité croissantes ainsi que par l'internationalisation de la production, [...] le dialogue social et la pratique du tripartisme [...] sont, aujourd'hui, encore plus pertinents

<sup>6</sup> Christian BRUNELLE, « Le droit comme moyen de pression... politique: le cas des rapports collectifs de travail », (2010) 40-1 R.G.D. 9, 25.

<sup>7</sup> À cet égard, le professeur Fernand Morin faisait remarquer que la rédaction de certaines dispositions du *Code du Travail* n'était « pas l'œuvre de savants légistes mais, en grande partie, celle d'un cheminement qui eut lieu entre de multiples négociateurs syndicaux et patronaux et parfois, avec le soutien de salariés debout à l'entrée extérieure de leur lieu de travail. C'est pour cette raison que le droit de l'emploi serait davantage un droit "conquis" d'abord dans les faits par ceux mêmes qui y sont visés ». Voir: Fernand MORIN, *L'élaboration du droit de l'emploi au Québec, ses sources législatives et judiciaires*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, p. 11 (note 22).

<sup>8</sup> Pour une analyse de l'évolution de l'image du syndicalisme au Québec et au Canada, voir: Jacques ROUILLARD, *L'expérience syndicale au Québec. Ses rapports avec l'État, la nation et l'opinion publique*, coll. « Études Québécoises », Montréal, VLB Éditeur, 2008, p. 263-322.

<sup>9</sup> Le nombre de conflits de travail au Québec est en baisse constante depuis le milieu des années 1970: *id.*, p. 56.



pour parvenir à des solutions et pour renforcer la cohésion sociale et l'État de droit»<sup>10</sup>.

Comme nous le verrons, la mise sur pied d'un véritable dialogue social nécessite souvent une participation active de l'État pour mettre en place des structures juridiques et un soutien institutionnel appropriés. Pour obtenir ce soutien, les travailleurs se sont historiquement tournés vers la branche politique de l'État<sup>11</sup>, à qui revient naturellement le premier rôle dans la régulation des rapports sociaux. Or, dans l'exercice de ce rôle, le pouvoir politique se retrouve souvent en position de conflit d'intérêts entre sa mission d'adopter des lois dans l'intérêt public, qui relève du pouvoir législatif, et son statut d'employeur de l'ensemble de la fonction publique dans l'exercice du pouvoir exécutif. En effet, l'État-employeur, qui est lui aussi en quête de flexibilité afin de rationaliser les ressources pour équilibrer les budgets, dispose du pouvoir d'adopter des lois lui permettant d'éluder la négociation avec les syndicats et de fixer unilatéralement les conditions de travail des salariés, pouvoir dont il n'a pas hésité à se servir à plusieurs reprises<sup>12</sup>. Cette pratique, conjuguée à une sensibilité particulière de l'État au discours néolibéral depuis les années 1980, a eu pour effet de miner le rapport de force et l'influence politique syndicale en renforçant «l'individualisme au détriment de l'action collective et de la solidarité sociale»<sup>13</sup>.

Dans ce contexte, et plus particulièrement depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>14</sup> et la consécration de la «liberté d'association» à son alinéa 2*d*), on peut se demander si le pouvoir judiciaire, gardien de la Constitution, peut venir remédier à l'inaction du pouvoir

<sup>10</sup> CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable*, 97<sup>e</sup> session, Genève, 10 juin 2008, p. 7.

<sup>11</sup> Voir : C. BRUNELLE, préc. note 6, 14-24.

<sup>12</sup> Il semble en effet que l'usage des lois spéciales au travail soit croissant au Canada depuis les années 1950. Voir l'article des journalistes Johanne LAPIERRE et Manon RICHARD, «Regards sur les lois spéciales, à Québec et à Ottawa», *Radio Canada*, 31 mai 2012, en ligne : <<http://www.radio-canada.ca/nouvelles/Politique/2012/05/31/003-lois-speciales-federales.shtml>> (consulté le 15 juin 2015).

<sup>13</sup> Jacques ROUILLARD, «Les déboires du syndicalisme nord-américain (1960-2003)», (2004) 30-1 *Bulletin du Regroupement des chercheurs et chercheuses en histoire des travailleurs et travailleuses du Québec* 4, 23.

<sup>14</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur la Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après «*Charte canadienne*» ou «*Charte*»).

politique en le forçant au dialogue. C'est dans cette optique que nous tenterons d'identifier les assises du dialogue social dans la Constitution canadienne (I) pour ensuite analyser les possibilités qu'offre le recours aux tribunaux dans la protection du dialogue social en milieu de travail, à la lumière de la jurisprudence récente en matière de liberté d'association (II).

## I. Les assises du dialogue social en droit constitutionnel canadien

Le dialogue social fait-il partie, expressément ou tacitement, du paysage constitutionnel canadien? Pour répondre à cette question, il convient d'abord de définir ce que l'on entend par *dialogue social* et d'étudier la portée de cette notion dans le contexte particulier des relations de travail (A). Nous pourrions ensuite analyser en vertu de quels fondements et dans quelle mesure ce dialogue social peut jouir d'une protection constitutionnelle (B).

### A. La portée du dialogue social ...

Il demeure difficile de cerner l'essence de la notion de *dialogue social*. Il ne s'agit pas d'un modèle particulier, défini ou circonscrit selon des normes précises. Le dialogue social se présente plutôt « comme un concept générique qui recouvre des formes, des pratiques et des règles juridiques différentes »<sup>15</sup> selon les pays. La plupart des ouvrages qui portent sur le sujet s'attardent d'ailleurs à étudier les différents modèles de dialogue existant à travers le monde<sup>16</sup>, et plus particulièrement en Europe où il fait partie intégrante du vocabulaire des sciences sociales.

Bien qu'il soit surtout évoqué dans le contexte des relations de travail, il faut se garder d'assimiler le dialogue social à la seule négociation collective dans l'entreprise telle que pratiquée en Amérique du Nord. Dans son acception large, le dialogue social tend plutôt à englober toute forme de

<sup>15</sup> Philippe MARTIN, « Dialogue social et régulation juridique. Une problématique européenne », dans Philippe MARTIN (dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Pessac, Presses Universitaires de Bordeaux, 2007, p. 21, à la page 21.

<sup>16</sup> Voir par exemple : M. HECQUET, préc., note 5 ; Annette JOBERT (dir.), *Les nouveaux cadres du dialogue social, Europe et territoires*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang S.A., 2008 ; BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, « Syndicats et dialogue social : situation actuelle et perspective d'avenir », (2000) 3-120 *Éducation ouvrière* 1, Genève.

régulation juridique recherchant l'adhésion des acteurs concernés par la concertation<sup>17</sup>. Il implique donc un certain degré d'engagement et d'ouverture qui va au-delà du simple échange d'informations, même si toute forme de communication est encouragée. Ne serait-ce que d'un strict point de vue sémantique, le dialogue s'oppose nécessairement au *monologue*, qui se traduit par la formulation unilatérale de la volonté d'un seul acteur, en l'occurrence l'employeur, sans autre forme d'échange<sup>18</sup>. Il ne peut non plus être réduit à une négociation de façade où un interlocuteur, sachant qu'il détient le pouvoir décisionnel final, mettrait en place un stratagème pour faire croire au dialogue. De tels échanges sans véritable concertation s'apparenteraient plutôt à ce qu'on appelle communément un « dialogue de sourds ». L'établissement d'un véritable dialogue implique une réciprocité certaine et nécessite donc forcément une participation de bonne foi de la part de chacun des interlocuteurs. Cela exige la prise en compte réelle des intérêts et des arguments de chacun dans le but d'arriver à un compromis mutuellement satisfaisant.

Le concept de dialogue social a comme fondement le principe de l'autonomie de la personne<sup>19</sup> : il vise à laisser aux acteurs sociaux la faculté de s'autoréguler dans les limites imposées par l'ordre public<sup>20</sup>. Cependant, puisqu'il se déroule au sein d'une collectivité, ce qui révèle toute sa complexité, il ne peut se réaliser pleinement qu'à l'intérieur d'un certain cadre normatif. Paradoxalement, l'autonomie de la personne est donc étroitement liée à un degré d'hétéronomie incontournable. Les groupes sociaux peuvent difficilement se coordonner et participer véritablement au dialogue

<sup>17</sup> Cette conception s'accorde avec celle véhiculée par les auteurs en droit européen. Voir notamment : Élodie BÉTHOUX, Annette JOBERT, Laure MACHU et Arnaud MIAS, « Le dialogue social dans l'espace européen. Branches, entreprises, territoires », dans A. JOBERT (dir.), préc., note 16, p. 13, aux pages 17-19 ainsi que P. MARTIN, préc., note 15, aux pages 24 à 28.

<sup>18</sup> *Monologue* vient du grec *monos* et *logos*, qui signifient « un seul discours ». *Dia logos*, origine étymologique du mot *dialogue*, signifie plutôt « à travers le discours ». Voir : Jean DUBOIS, Henri MITTERAND et Albert DAUZAT (dir.), *Grand dictionnaire étymologique et historique du Français*, coll. « Les grands dictionnaires Larousse », Paris, Larousse, mars 2011.

<sup>19</sup> Le concept d'*autonomie de la personne* est entendu ici au sens le plus large, englobant autant l'autonomie individuelle que l'autonomie collective. Voir : *infra*, p. 288-289.

<sup>20</sup> Voir l'article 62 du *Code du travail*, RLRQ, c. C-27.

sans une intervention préalable de l'État pour mettre en place un encadrement minimal<sup>21</sup>.

Cet encadrement juridique doit comprendre un certain nombre de dispositions que nous regroupons sous deux catégories. La première catégorie comprend les normes de nature *constitutive*, soit celles qui concernent principalement la régie interne des partenaires sociaux. Elles visent généralement à permettre aux individus de se regrouper librement selon leurs intérêts et de se doter de représentants afin d'être en mesure d'agir collectivement de façon efficace. Les normes de la seconde catégorie visent pour leur part à régir le fonctionnement même du dialogue, c'est-à-dire l'interaction des partenaires sociaux entre eux. On parlera des normes *fonctionnelles*<sup>22</sup> pour identifier les règles visant à déterminer, par exemple, à quel échelon se situera le dialogue, sur quelles questions portera-t-il, comment se dérouleront les échanges et quels mécanismes permettront de prévenir une éventuelle rupture de ce dialogue ou d'assurer son rétablissement. Il s'agit donc du cœur du processus, processus auquel chaque intervenant devra participer de bonne foi. Conséquemment, ces règles fonctionnelles devront nécessairement chercher à maintenir un équilibre dans le rapport de force entre les intervenants afin de permettre à chacun d'exercer une véritable influence sur la détermination du compromis social et, finalement, d'en assurer le respect<sup>23</sup>. C'est en ce sens seulement qu'il est possible d'affirmer que le dialogue social s'inscrit dans le respect et la promotion de la démocratie, de la primauté du droit et de l'autonomie personnelle<sup>24</sup>. Toutefois, ce cadre théorique ne constitue qu'un portrait général, qui peut

<sup>21</sup> Sur ce point, nous référons le lecteur au texte du professeur Gilles AUZERO, qui porte sur le cas français: Gilles AUZERO, «Le dialogue social en France: une question d'acteurs», dans P. MARTIN (dir.), préc., note 15, p. 175.

<sup>22</sup> Cette distinction entre normes *constitutives* et normes *fonctionnelles* est présente dans la littérature: Christian BRUNELLE et Pierre VERGE, «L'inclusion de la liberté syndicale dans la liberté générale d'association: un pari constitutionnel perdu?», (2003) 82 R. du B. Can. 711, 730. Voir aussi: *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 573 (CTC-FTQ) c. Commission de la construction du Québec*, 2014 QCCA 368.

<sup>23</sup> En effet, sans cet équilibre, il y a un risque qu'en présence d'intérêts divergents, le dialogue souhaité n'en soit qu'un de façade, empreint de mauvaise foi, où le plus fort cherche par tous les moyens à mettre fin à la concertation sans compromis.

<sup>24</sup> Il s'agit de certaines des valeurs invoquées par la Cour suprême du Canada au soutien du droit à la négociation collective dans l'arrêt *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 82 et 85 (ci-après «*Health Services*»).

prendre de multiples formes et constituer le fondement de divers systèmes de régulation juridique. Nous analyserons donc comment il peut se traduire dans le contexte plus précis des relations de travail.

À cet égard, le droit international du travail apporte un éclairage qui, selon les dires de la Cour suprême du Canada, peut « aider les tribunaux chargés d'interpréter les garanties de la Charte »<sup>25</sup>. Sans faire l'étalage de l'ensemble des normes juridiques internationales en cette matière<sup>26</sup>, soulignons que le Canada a adhéré en 1919 au *Traité de Versailles*<sup>27</sup>. Ce traité prévoyait, entre autres choses, la création de l'OIT, qui constitue l'organisme névralgique concernant la conclusion et l'application des instruments internationaux en matière de travail. Au sein de l'OIT ont été institués deux organes quasi-judiciaires chargés de promouvoir le respect des conventions internationales : le *Comité de liberté syndicale* (CLS) et la *Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations* (CEACR). Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, le juge en chef Dickson mentionnait que, bien que les décisions de ces organes ne soient pas contraignantes, elles constituent néanmoins « la pierre angulaire du droit international en matière de liberté syndicale »<sup>28</sup>. À maintes reprises, le CLS a reconnu l'existence, pour les États signataires, d'une obligation positive de légiférer afin de garantir le respect du principe de la « liberté syndicale »<sup>29</sup>. C'est autour de ce principe que s'articulent les obligations internationales du Canada en ce qui concerne la liberté d'association en milieu de travail. Or, on sait que le principe de liberté syndicale « comprend assurément une

<sup>25</sup> *Id.*, par. 69. Voir aussi : *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, par. 22 et 23.

<sup>26</sup> Pour une analyse détaillée de ces questions, voir : Maude CHOKO, « L'évolution du dialogue entre le Canada et l'OIT en matière de liberté d'association : vers une protection constitutionnelle du droit de grève ? », (2011) 56-4 *R.D. McGill* 1113.

<sup>27</sup> Ce traité mettait fin à la première guerre mondiale.

<sup>28</sup> *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, par. 67 (j. Dickson, alors juge en chef, dissident).

<sup>29</sup> Voir la *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 1948, ratifiée par le Canada, qui énonce à son article 11 que « [t]out Membre de l'Organisation internationale du Travail pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à prendre toutes mesures nécessaires et appropriées en vue d'assurer aux travailleurs et aux employeurs le libre exercice du droit syndical. » Voir aussi les principes dégagés par le CLS dans BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *La liberté syndicale*, Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT, 5<sup>e</sup> éd., Genève, B.I.T., 2006 (ci-après « RCLS »).

dimension constitutive»<sup>30</sup>, c'est-à-dire le droit des travailleurs de former des organisations syndicales, d'en organiser la gestion, d'élire librement leurs représentants et de s'affilier à des fédérations et des confédérations nationales ou internationales<sup>31</sup>. Cependant, la simple adhésion à la Constitution de l'OIT devait aussi permettre de garantir «la reconnaissance effective du droit de négociation collective»<sup>32</sup>. En ce sens, le principe de liberté syndicale vise l'établissement d'un processus qui va bien au-delà de la simple possibilité technique de se constituer en association. Il s'agit donc d'une liberté de nature *fonctionnelle*, qui requiert la mise en œuvre d'un véritable dialogue social en milieu de travail.

De l'aveu même de l'OIT, le dialogue social peut prendre diverses formes selon les particularités nationales de chaque pays<sup>33</sup>. Au Québec, par exemple, la négociation collective se déroule généralement à l'échelle de l'entreprise, selon le critère de l'unité de négociation appropriée<sup>34</sup>. Le *Code du travail* reconnaît en outre un monopole de représentation syndicale en faveur de l'association de travailleurs qui jouit du caractère représentatif<sup>35</sup>. Il s'agit donc d'un modèle bipartite et chacune des parties a l'obligation de négocier de bonne foi pour en arriver à un accord<sup>36</sup>. Ce système de relations de travail, fortement inspiré du *Wagner Act*<sup>37</sup> américain et prédominant en

<sup>30</sup> C. BRUNELLE et P. VERGE, préc., note 22, 730.

<sup>31</sup> Voir les articles 2, 3 et 5 de la *Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, préc., note 29. Voir à ce propos: *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 573 (CTC-FTQ) c. Commission de la construction du Québec*, préc., note 22.

<sup>32</sup> Voir le préambule et le par. 3e) de la Constitution de l'OIT ainsi que RCLS, préc., note 29, par. 881.

<sup>33</sup> Voir: Giuseppe CASALE et Alagandram SIVANANTHIRAN, *Les fondamentaux de l'administration du travail*, Genève, B.I.T., 2011, p. 36.

<sup>34</sup> Voir l'art. 21 al. 3, le paragraphe 28c) et l'art. 37 du *Code du travail*, préc., note 20.

<sup>35</sup> *Id.*, art. 28 et 37. Voir: Noël c. *Société d'énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207, par. 41 et suiv.

<sup>36</sup> *Id.*, art. 53 al. 2.

<sup>37</sup> Du nom du sénateur démocrate de l'État de New York Robert F. Wagner identifié comme étant l'instigateur du *National Labor Relations Act*, 49 Stat. 445 (1935), 29 U.S.C §§ 151-169 (2000), qui a largement inspiré les lois du travail au Canada: Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 25 et suiv.; Christian BRUNELLE, «Le système québécois de représentation au travail: une seule voix contre l'injustice, une seule voie vers la justice?», (2012) 53-1 C. de D. 133, 133 et 134. À propos du modèle américain, voir: Karl E. KLARE, «Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941», (1977-78) 62 *Minn. L. Rev.* 265.

Amérique du Nord, constitue indéniablement un modèle de dialogue social, mais un modèle parmi tant d'autres. La négociation collective peut être organisée de multiples façons, pouvant se dérouler au niveau national ou au niveau des branches professionnelles<sup>38</sup>, de façon bipartite, tripartite ou même multipartite, tout en respectant le droit international en matière de travail. Le principe de la liberté syndicale ne consacre donc pas un modèle particulier de relations de travail. Cependant, dans son application concrète et malgré les différentes formes qu'il peut prendre, il doit avoir pour effet de préserver un équilibre des forces entre les intervenants, élément essentiel à l'établissement d'un dialogue véritable. Il importe d'insister sur ce point.

Dans le contexte particulier des relations de travail, c'est le recours à la grève qui, ultimement, a permis aux travailleurs d'établir un certain rapport de force face à la partie patronale. Il n'est donc pas surprenant de constater que le *Bureau International du travail*, s'appuyant sur les décisions du CLS et de la CEACR, ait qualifié le droit de grève de « corollaire indissociable du droit d'association syndicale »<sup>39</sup>. Cette idée peut paraître paradoxale si l'on conçoit que le droit de grève apparaît finalement, lorsqu'il est exercé, comme un constat d'échec, c'est-à-dire une rupture du dialogue. Ce serait cependant faire abstraction du fait qu'en définitive, « la négociation collective est [impraticable] sans la possibilité pour un ensemble de travailleurs de recourir à cette forme de pression économique »<sup>40</sup>. Lorsqu'une grève est exercée, il ne s'agit pas de l'issue du processus de dialogue, mais bien une composante même de ce processus, c'est-à-dire une condition *sine qua non* de son rétablissement<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Le modèle allemand, par exemple, est un modèle dual à cet égard. Voir: Tatjana MÜHLBACH, « Le dialogue social en Allemagne: l'équilibrage du système dual de relations industrielles », dans P. MARTIN (dir.), préc., note 15, p. 249.

<sup>39</sup> Bernard GERNIGON, Alberto ODERO et Horacio GUIDO, *Les principes de l'OIT sur le droit de grève*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, B.I.T., 2000, p. 9. Voir aussi les décisions du CLS dans le *Cas n° 28 (Royaume-Uni)*, Rapport n° 2, Sixième rapport (1952) Annexe V, p. 229, par. 68, le *Cas n° 148 (Pologne)*, Rapport n° 22, vol. XXXIX, 1956, n° 4, p. 225, par. 99 et 100 et le *Cas n° 163 (Birmanie)*, Rapport n° 27, vol. XLI, 1958, n° 3, p. 114, par. 51.

<sup>40</sup> Pierre VERGE, « Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association: justification et effets », (2009) 50 *C. de D.* 267, 275, 281 et 282.

<sup>41</sup> *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, par. 3 (ci-après « *Saskatchewan* »): « L'histoire, la jurisprudence et les obligations internationales du Canada confirment que, dans notre régime de relations de travail, le droit de grève constitue un élément essentiel d'un processus véritable de négociation collective » (j. Abella). Dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses*

Le droit international du travail reconnaît toutefois que l'exercice du droit de grève puisse être soumis à certaines restrictions en vertu des lois nationales, en autant qu'elles s'accompagnent de garanties compensatoires adéquates<sup>42</sup>. Là encore, la forme d'encadrement peut varier d'un pays à l'autre selon le modèle retenu. Dans le système qui est le nôtre, le droit de grève ne peut être exercé qu'après l'expiration de la convention collective<sup>43</sup>. Il demeure donc très limité, voir marginal. La CEACR s'est d'ailleurs prononcée en ces termes sur cette façon de faire :

« Si les grèves sont interdites pendant la durée de validité des conventions collectives, cette restriction importante à un droit fondamental des organisations de travailleurs doit être compensée par le droit de recourir à une procédure d'arbitrage, impartiale et rapide, des griefs individuels ou collectifs concernant l'interprétation ou l'application des conventions. »<sup>44</sup>

Enfin, il ressort du droit international du travail que le dialogue social se traduit par un cadre juridique comprenant, au minimum, les garanties que nous venons d'énoncer. Il est donc essentiel que chaque intervenant s'y soumette. À cet égard, le CLS a reconnu sans équivoque qu'il devait exister des voies de recours devant un organe indépendant et impartial en cas de violation de ces *règles du jeu*<sup>45</sup>. Cette nécessité tombe sous le sens du fait que l'État-employeur risque fort de se retrouver en position de conflit d'intérêt lorsqu'il est question de déterminer comment seront négociées les conditions de travail des salariés<sup>46</sup>. Au-delà de la mise en œuvre de ses

---

*unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, [2013] 3 R.C.S. 733, par. 35, la Cour suprême se montrait d'accord avec cette position exprimée par la Commission des relations de travail de l'Ontario dans une décision de 1994, qui concluait ainsi : « il est évident que c'est la menace sous-jacente des conflits économiques qui explique le dénouement sans histoire de la grande majorité des négociations ainsi que la conclusion également sans histoire des conventions collectives. »

<sup>42</sup> Voir : CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *la Liberté syndicale et la négociation collective*, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Rapport III, Partie 4B, 81<sup>e</sup> session, Genève, B.I.T., 1994, par. 164.

<sup>43</sup> Voir l'article 107 du *Code du travail*, préc., note 20.

<sup>44</sup> CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL, préc., note 42, par. 167 (nos soulignements). Le *Code du travail* du Québec respecte donc ce principe puisqu'il permet d'avoir recours à un arbitre indépendant pendant la durée de la convention collective pour trancher les griefs : *Code du travail*, préc., note 20, art. 100 à 102. Voir à ce propos : Jean BERNIER, « L'arbitrage de griefs : un système de justice privé ou public? », (2012) 53 *C. de D.* 161.

<sup>45</sup> Voir à cet égard RCLS, préc., note 29, plus particulièrement aux par. 351, 369, 442, 492, 628, 817 et 1120.

<sup>46</sup> Tel que nous l'avons mentionné en introduction, *infra*, p. 278-279.



aspects constitutif et fonctionnel, on pourrait donc dire que cette possibilité de recours devant un organe indépendant constitue l'ultime condition nécessaire à l'établissement du dialogue social au travail<sup>47</sup>. En effet, pour assurer cette dialogique entre employeurs et travailleurs, les lois du travail mettent sur pied une véritable institution au sein de laquelle les partenaires sociaux disposent de recours efficaces pour s'assurer que chacun respecte les règles applicables de manière à préserver l'équilibre dans le rapport de force entre les parties.

À ce titre, le monde des rapports collectifs de travail s'apparente grandement au système politique lui-même, au sein duquel on conçoit aisément la nécessité d'assurer le respect des principes de la séparation des pouvoirs et de la primauté du droit. Dans l'univers du fonctionnement de l'État, c'est la Constitution, appliquée par un pouvoir judiciaire indépendant et impartial, qui assure le respect du système démocratique par l'ensemble des acteurs sociaux. Il existe donc, dans le fonctionnement de l'État comme dans celui de l'entreprise, une structure juridique qui permet d'encadrer la détermination des choix collectifs. C'est sous cet angle que nous proposons d'étudier l'idée de *démocratie industrielle* et de tenter de déterminer si le concept de dialogue social recouvre un sens vernaculaire dans le système constitutionnel canadien.

## B. ... dans la constitution du Canada

Pendant longtemps, en Angleterre comme dans toutes les monarchies occidentales, il était présumé que le roi ne pouvait mal faire<sup>48</sup>. Il n'avait, jugeait-on, d'imputabilité qu'envers Dieu, d'où devait provenir la totalité de son pouvoir. À cette époque, les sujets du souverain pouvaient tout au plus recourir à la pétition pour lui faire part de leurs revendications<sup>49</sup>. Si tel était son désir, le roi pouvait fort bien se servir de ce manuscrit contenant

<sup>47</sup> Dans le cadre des rapports collectifs de travail au Québec, c'est la *Commission des relations du travail* qui exerce cette fonction en s'assurant du respect du *Code du travail*, préc., note 20. Voir : *Code du travail*, préc., note 20, art. 112 et suiv.

<sup>48</sup> Ce principe, encore applicable à certains égards, est souvent évoqué dans sa formulation anglaise « the king can do no wrong ». Incidemment, Machiavel exprime fort bien sa réalité médiévale lorsqu'il explique à son prince comment César Borgia faisait payer son ministre pour ses propres fautes : Nicholas MACHIAVEL, *Le Prince*, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », traduit par De Gohory (1571), Paris, Gallimard, 1952, c. 7.

<sup>49</sup> Ce droit existe encore d'ailleurs. Il est même consacré dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 21.

les doléances du peuple pour alimenter le feu de son foyer. Depuis, il faut s'en réjouir, les choses ont évolué. « Progressivement, les prérogatives du roi [sont passées] les unes après les autres aux assemblées ou au Gouvernement [...] jusqu'à [...] l'affirmation du principe de la responsabilité ministérielle voulant que le Gouvernement ne soit responsable que devant l'assemblée élective »<sup>50</sup>. Or, ce lent processus de démocratisation, loin de s'être limité aux fonctions royales, s'est accompagné d'une transformation en profondeur de la société dans son ensemble. Entre autres, il a opéré une reconfiguration fondamentale de notre conception de la légitimité du droit, qui repose dorénavant sur la notion de « collectivité souveraine<sup>51</sup> », c'est-à-dire « une légitimité issue de la volonté de ceux qui sont dominés et qui n'existe que par elle<sup>52</sup> ». Ainsi, le principe démocratique va bien au-delà de la seule règle de la majorité<sup>53</sup>. Il constitue en lui-même une forme de contractualisation du droit en ce qu'il recherche l'adhésion de l'ensemble des gouvernés par leur concertation et tente d'assurer leur participation à l'élaboration des règles qui s'appliqueront à tous. De ce fait, il se veut aussi le garant de la liberté et de l'autonomie de la personne.

Le concept d'*autonomie* fait référence à la capacité qu'a l'être humain de se gouverner selon ses propres lois<sup>54</sup>. Ainsi, dans l'ordre social, l'autonomie d'un individu ne peut se concevoir sans la participation des autres. L'autonomie collective et l'autonomie individuelle sont donc deux composantes

<sup>50</sup> Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 620. Pour une analyse critique du principe de responsabilité politique, voir : Christian BIDÉGARY, « Le principe de responsabilité fondement de la démocratie. Petite promenade dans les allées du "jardin des délices démocratiques" », (2000) 92 *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques* – *La responsabilité des gouvernants* 5, en ligne : <<http://www.revue-pouvoirs.fr/Le-principe-de-responsabilite.html>> (consulté le 15 juin 2015).

<sup>51</sup> H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 86 et 87.

<sup>52</sup> C'est en ces termes que le sociologue Max WEBER expose le système de « démocratie plébiscitaire » dans son ouvrage Max WEBER, *Économie et société*, Paris, Éditions Plon, 1971, p. 276. Il ne s'agit pas de reprendre *in extenso* la conception de Weber, mais plutôt d'indiquer que le principe démocratique est invoqué ici dans son sens idéalisé, c'est-à-dire essentiellement en tant que construit conceptuel. Un tel concept ne correspond jamais vraiment à la réalité, mais il garde néanmoins toute sa pertinence lorsque vient le temps d'étudier cette réalité et de tenter de mieux la comprendre.

<sup>53</sup> Voir à cet égard : *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 33 et 69.

<sup>54</sup> Voir : Marie-Éva DE VILLERS, *Multidictionnaire de la langue française*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Québec Amérique, 2009. L'hétéronomie, son contraire, fait donc référence à l'incapacité de s'autogouverner.

indissociables de l'*autonomie de la personne*. Or, si comme nous l'avons vu, ce principe constitue la raison d'être du dialogue social, le système démocratique serait en quelque sorte son *modus operandi*: il s'agit de la structure juridique qui permet sa mise en œuvre effective. Il est donc tout à fait rationnel de conclure que le dialogue social constitue une forme de démocratie au travail. Il est même profondément ancré dans le système constitutionnel canadien. Étudions plus avant ces propositions.

Dans un système politique comme le nôtre, la constitution<sup>55</sup> commande le respect du processus démocratique. Elle prévoit, au premier chef, la composition des organes politiques ainsi que la mise en œuvre du principe de représentativité et, au second chef, le fonctionnement de ces organes, l'interaction des acteurs politiques entre eux et, plus généralement, le processus d'adoption des lois. Elle comporte donc, *in concreto*, un aspect *constitutif* et un aspect *fonctionnel*. Enfin, le pouvoir judiciaire, qui se doit d'être impartial et indépendant face aux acteurs politiques conformément au principe de la séparation des pouvoirs, assure le respect du constitutionalisme et de la primauté du droit<sup>56</sup>. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême défend le principe démocratique comme étant l'une des « valeurs fondamentales de notre culture juridique et politique »<sup>57</sup>. Elle ajoute que « [la] démocratie, toutefois, signifie davantage que la simple règle de la majorité »<sup>58</sup>. La volonté strictement majoritaire ne peut écarter les autres principes sous-jacents de la constitution canadienne qui sont tout aussi primordiaux. Or, la valeur normative de ces principes n'a d'égal que leur importance fondamentale dans le système constitutionnel canadien. La Cour s'exprime comme suit à ce propos :

« Des principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles (ils ont « plein effet juridique » [...]) qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale. Ces principes peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises. Les

<sup>55</sup> Nous référons ici à la constitution canadienne au sens large, c'est-à-dire l'ensemble des règles d'organisation et de fonctionnement de l'État. Voir : H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50, p. 5; Peter W. HOGG., *Constitutionnal law of Canada*, Toronto, Carswell, 2011, p. 1-1 et suiv.

<sup>56</sup> Voir généralement sur ces questions : H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 50; P. W. HOGG, préc., note 55.

<sup>57</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 61 et suiv.

<sup>58</sup> *Id.*, par. 149.

principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements.»<sup>59</sup>

Parmi ces principes, la Cour suprême mentionne, de manière non-exhaustive, le *constitutionnalisme*, la *primauté du droit* et le *respect des minorités*<sup>60</sup>. Il va de soi que le constitutionnalisme et la primauté du droit sont essentiels pour assurer l'intégrité du processus démocratique. Si le respect des minorités l'est tout autant, c'est parce que l'idéal démocratique ne cherche pas seulement à satisfaire l'opinion majoritaire, il recherche ultimement l'adhésion du plus grand nombre, sinon de tous les gouvernés. Par conséquent, le maintien d'un équilibre des forces entre les groupes majoritaires et minoritaires, entre les mieux nantis et les moins nantis, est essentiel à sa réalisation. Or, c'est précisément dans le but d'assurer cet équilibre, afin de prévenir que ne se cache sous une démocratie de façade la « tyrannie de la majorité »<sup>61</sup>, qu'a été adoptée la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982. En effet, les fondements théoriques et juridiques de la Charte s'inscrivent clairement dans le respect et la promotion des principes constitutionnels que nous venons d'exposer sommairement.

Tout d'abord, le préambule et l'article premier de la Charte nous donnent le ton en indiquant clairement ses valeurs sous-jacentes: les droits qui y sont énoncés sont fondés sur le principe de « la primauté du droit »<sup>62</sup> et leur respect doit être assuré dans le « cadre d'une société libre et démocratique »<sup>63</sup>. Ensuite, ses articles 3 à 5 consacrent officiellement le droit de vote et l'obligation pour les organes parlementaires de siéger et de tenir des élections. Ces dispositions visent donc à réaffirmer la première composante du principe démocratique, soit l'expression d'une opinion majoritaire au moyen du scrutin universel. Par ailleurs, les articles 2 et 7 à

<sup>59</sup> *Id.*, par. 54 [références omises].

<sup>60</sup> *Id.*, par. 32.

<sup>61</sup> Cette appellation a été popularisée notamment par le juriste et philosophe Alexis DE TOCQUEVILLE, qui affirmait que « [le] pouvoir accordé aux tribunaux de se prononcer sur l'inconstitutionnalité des lois, forme encore une des plus puissantes barrières qu'on ait jamais élevée contre la tyrannie des assemblées politiques ». Voir : Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, Paris, Éditions Flammarion, 1981, p.172 (partie 2, c. 7).

<sup>62</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 14, préambule.

<sup>63</sup> *Id.*, art. 1.

15 de la Charte visent précisément à rééquilibrer le rapport de force entre l'individu isolé et l'État, corps investi de toute la puissance collective. Plus spécifiquement, l'article 15 énonce le principe d'égalité et la nécessité d'assurer l'égalité des individus et des groupes défavorisés. L'article 2 énonce pour sa part les libertés fondamentales que sont notamment la liberté d'expression, dont la liberté de presse, et la liberté d'association. Selon la Cour suprême, il ressort clairement de ce corpus que la Charte canadienne vise à promouvoir, en plus de la dignité humaine, les valeurs de liberté, d'autonomie de la personne et de démocratie<sup>64</sup>.

Peu de temps après l'adoption de la Charte, la Cour suprême a dû se positionner sur la question de ses effets sur l'ordre constitutionnel canadien. En 1984, dans l'affaire *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, elle a reconnu que la Charte apportait « une nouvelle dimension, un nouveau critère d'équilibre entre les individus et la société et leurs droits respectifs »<sup>65</sup>. Le rôle d'interpréter les implications de ce nouveau critère d'équilibre revenait évidemment au pouvoir judiciaire, en tant que « protecteur de la constitution et des valeurs fondamentales qui y sont enchâssées »<sup>66</sup>. Or, selon une jurisprudence constante du plus haut tribunal du pays, cette interprétation doit être effectuée « d'une manière qui préserve [les] valeurs sous-jacentes et [la] cohérence interne »<sup>67</sup> de la Charte. Elle doit aussi être interprétée de façon contextuelle, en fonction du fait « qu'un droit ou une liberté peuvent avoir des significations différentes dans des contextes différents »<sup>68</sup>. Il s'ensuit que les droits et libertés protégés par la Charte ont vocation à promouvoir la liberté et l'autonomie de la personne pour l'ensemble des citoyens eu égard au processus démocratique, mais qu'ils peuvent prendre une signification particulière dans certains contextes, par exemple dans le monde du travail.

<sup>64</sup> *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 24, par. 81.

<sup>65</sup> *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, 366 et 367.

<sup>66</sup> *R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, 70.

<sup>67</sup> *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 24, par. 80. Voir aussi: *Ontario (Procureur Général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 96 (ci-après « *Fraser* »).

<sup>68</sup> *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1356. Voir aussi: C. BRUNELLE et P. VERGE, préc., note 22, 716; Mélanie SAMSON, « Interprétation large et libérale et interprétation contextuelle: convergence ou divergence? », (2008) 49 *C. de D.* 297.

Cela étant, notre analyse du système constitutionnel canadien permet une analogie certaine avec l'institution du dialogue social en milieu de travail. Les deux systèmes reposent sur des fondements théoriques communs : la liberté et l'autonomie de la personne ainsi que la démocratie et la contractualisation du droit. De plus, ils présentent généralement les mêmes composantes : un cadre contraignant, dont le respect est assuré par un organe indépendant et impartial, permettant aux individus de mettre en commun et de faire valoir leurs intérêts et favorisant l'équilibre entre les groupes pour aboutir à un véritable compromis social. Dans le système politique, ce compromis social prend la forme de la loi elle-même, alors que dans le contexte des relations de travail, il prend la forme d'une convention collective, qu'on nomme à juste titre la « loi des parties ». Pour paraphraser la Cour suprême, on peut donc dire que le dialogue social au sens large fait partie des « valeurs fondamentales de notre culture juridique et politique »<sup>69</sup>.

Poursuivant nos rapprochements avec le domaine des relations de travail, nul ne saurait nier que le travail constitue un « aspect d'importance majeure »<sup>70</sup> dans la vie d'une personne qui est étroitement lié à son autonomie personnelle. En effet, la détermination des conditions de travail a un impact qui va bien au-delà du temps strictement consacré à son exercice. Elle affecte la vie toute entière du salarié et constitue un véritable marqueur de son identité, d'où l'importance pour le travailleur d'être en mesure d'exercer une influence réelle sur ses conditions de travail. C'est pourquoi l'alinéa 2*d*) de la Charte consacrant la liberté d'association devrait être interprété non seulement dans l'optique de permettre aux salariés de former un syndicat pour les représenter, mais aussi dans le but d'établir un véritable dialogue avec l'employeur, favorisant ainsi l'autonomie du citoyen dans sa vie quotidienne. En effet, comment peut-on prôner

<sup>69</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 57, par. 61 et suiv. Bien que cette question dépasse quelque peu le cadre de ce texte, nous pourrions ajouter que l'histoire constitutionnelle, dans son processus de démocratisation ayant mené de la souveraineté du roi à la souveraineté collective, comporte aussi des similitudes importantes avec le processus de rééquilibrage des forces qui a été opéré dans le cadre des rapports collectifs de travail. Les relations de travail se sont en effet démocratisées, partant d'un pouvoir patronal quasi-absolu, favorisé tant par le droit criminel que par le droit civil, à un certain « partage des pouvoirs » au sein de l'entreprise. Sur ce dernier point, nous référerons le lecteur au texte de C. BRUNELLE, préc., note 6.

<sup>70</sup> *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 24, par. 82.

la liberté du citoyen dans la vie politique tout en exigeant une subordination totale de ce même citoyen une fois qu'il a franchi les portes de l'entreprise? Selon quel principe immuable la liberté promue par la Charte devrait-elle être mise au rancart lorsque vient le temps pour le salarié d'exécuter sa prestation de travail, qui occupe pourtant la majeure partie du temps de sa vie active?

Certains s'opposent à une lecture trop généreuse de la liberté d'association au travail, plaidant que la recherche du juste équilibre entre les droits des travailleurs et ceux des employeurs constituerait plutôt une question de politique générale qui devrait être laissée à la discrétion des acteurs politiques. Selon cet argument, le fait d'accorder de trop grands pouvoirs aux juges, qui sont non-élus, constituerait une usurpation du pouvoir législatif et déstabiliserait l'ensemble du système démocratique canadien. Ce sont ces questions qui vont maintenant retenir notre attention.

## II. La Cour suprême et la liberté constitutionnelle d'association : une rupture du dialogue?

Dans son acception large, le dialogue social est tout à fait compatible avec notre conception actuelle de la légitimité du droit. Il a d'ailleurs des racines profondes dans notre système constitutionnel. Les différentes lois régissant les rapports collectifs de travail en vigueur au Québec et au Canada visent à assurer ce dialogue à l'échelle industrielle et permettent ainsi à chaque travailleur d'exercer une influence significative sur un aspect majeur de sa vie, étroitement lié à son autonomie personnelle<sup>71</sup>. Lors de l'adoption de la Charte en 1982, il était raisonnable de penser que la liberté d'association protégée par l'alinéa 2*d*) visait précisément à préserver cette dialogique, notamment par la protection du droit à la négociation collective et du droit de grève<sup>72</sup>. Pour étudier ces questions, nous

<sup>71</sup> L'idée n'est pas de faire l'apologie des systèmes canadien et québécois de relations de travail qui, à certains égards, mériteraient d'être améliorés et adaptés au contexte économique contemporain (voir à ce sujet, notamment : Jean BERNIER, Rodrigue BLOUIN, Gilles LAFLAMME, Fernand MORIN et Pierre VERGE, *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2001). Il s'agit plutôt d'identifier les principes qui devraient guider l'élaboration du droit de l'emploi justement dans l'optique de permettre cette adaptation.

<sup>72</sup> Il ressort d'ailleurs des débats parlementaires entourant l'adoption de cette disposition que les élus ont renoncé à y introduire les mots « liberté syndicale » et « négociation

analyserons les principes qui doivent généralement guider les tribunaux dans l'interprétation de la Charte (A) pour ensuite voir la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada en matière de liberté d'association (B). Nous tenterons ainsi de déterminer si le dialogue souhaité s'est finalement concrétisé à travers cet instrument constitutionnel.

## A. Du dialogue constitutionnel ...

Dans le cadre du fonctionnement de notre système politique, l'expression de l'opinion majoritaire aboutit sur un compromis social qui prend la forme de la loi. Il revient au pouvoir judiciaire d'interpréter la teneur de ce compromis et de dégager la *volonté collective* qui y est exprimée. À cette étape, advenant que l'interprétation retenue ne soit pas véritablement conforme à la volonté majoritaire, le pouvoir politique conserve la possibilité de modifier la loi pour réorienter la jurisprudence. Cependant, si cette loi porte atteinte, de manière injustifiée, aux droits fondamentaux de certains individus, cela peut avoir pour effet de compromettre la participation de ces derniers au processus démocratique. Entre alors en jeu le « nouveau critère d'équilibre »<sup>73</sup> instauré par la Charte qui se traduit généralement par une intervention des tribunaux ayant pour effet d'invalider la loi contestée ou certaines de ses dispositions<sup>74</sup>. L'adoption de la Charte s'est ainsi traduite par une constitutionnalisation du droit au Canada, qui a amené le pouvoir judiciaire à jouer un rôle nettement plus important qu'auparavant dans la détermination des choix collectifs<sup>75</sup>.

---

collective», ne voulant pas restreindre la portée de l'alinéa 2*d*) et jugeant que ces notions étaient déjà couvertes par la mention générale de la « liberté d'association ». Voir : C. BRUNELLE et P. VERGE, préc., note 22, 714.

<sup>73</sup> *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, préc., note 65, 366 et 367.

<sup>74</sup> La Cour suprême a imaginé plusieurs méthodes d'intervention face à une loi jugée inconstitutionnelle, telles que l'interprétation large (ou *reading in*) qui permet au juge d'ajouter des éléments qui ne figurent pas dans la loi, la dissociation constitutionnelle lui permettant d'en retirer et la suspension d'invalidité qui permet à la Cour de suspendre temporairement l'effet de sa décision pour laisser au pouvoir législatif le temps de modifier la loi. Voir Gérard-Armand BEAUDOIN, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », (2003) 48 *McGill L.J.* 325, 337-341 ainsi que *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, *Vriend c. Alberta*, préc., note 53 et *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.

<sup>75</sup> Ce phénomène, loin d'être propre au Canada, s'est inscrit dans un courant global d'expansion du pouvoir judiciaire, notamment chez les démocraties occidentales dont plusieurs se sont dotées de chartes constitutionnelles. Voir : Neal C. TATE et Torbjörn VALLINDER, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York and London, New York



C'est avec ce contexte pour toile de fond que fut consacrée l'expression «gouvernement des juges»<sup>76</sup>, pour désigner un pouvoir judiciaire jugé excessif, voire antidémocratique<sup>77</sup>. Plusieurs ont soutenu qu'en étant autorisés à exercer un contrôle sur la constitutionnalité des lois à l'aune de droits fondamentaux formulés de manière générale et imprécise, les juges seraient inexorablement amenés à mettre en doute la sagesse du législateur, usurpant ainsi la fonction traditionnellement réservée aux représentants élus et politiquement responsables des institutions démocratiques. À la suite de l'adoption de la Charte, la Cour suprême a été appelée à répondre à cet argument, ce qu'a d'ailleurs fait le juge Lamer dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*:

«C'est un argument qu'on a entendu maintes et maintes fois avant l'enchâssement de la *Charte*, mais qui, en vérité, pour le meilleur ou pour le pire, a été réglé par l'entrée en vigueur même de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il ne faut pas oublier que la décision historique d'enchâsser la *Charte* dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les représentants élus de la population canadienne. Ce sont ces représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à

---

University Press, 1995. Concernant l'effet des chartes sur le droit du travail, voir: Christian BRUNELLE, Michel COUTU et Gilles TRUDEAU, «La constitutionnalisation du droit du travail: un nouveau paradigme», (2007) 48 *C. de D.* 5.

<sup>76</sup> Cette expression a été introduite dans la littérature dès 1921 par l'auteur Édouard LAMBERT dans son célèbre ouvrage *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Dalloz, 2005 (réédition), dans lequel il critique le rôle de la Cour suprême des États-Unis qui, dans l'arrêt *Marbury v. Madison*, (1803) 5 US 137, s'était octroyée le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois. Cette expression a par la suite été popularisée par le président américain Franklin D. Roosevelt pendant la période du *New Deal* aux États-Unis. Celui-ci multipliait les mises en garde contre l'établissement d'un «gouvernement des juges» alors qu'on menaçait de contester la constitutionnalité des réformes que le gouvernement américain jugeait nécessaires pour faire face à la crise de 1929. Ce sont d'ailleurs ces réformes qui ont mené, entre autres, à l'adoption de la *Loi Wagner*, préc. note 37, reconnaissant enfin le «rôle social du syndicalisme ouvrier». Voir: Serge DENIS, *Un syndicalisme pur et simple: mouvements ouvriers et pouvoir politique aux États-Unis, 1919-1939*, Montréal, Boréal, 1986, p. 215; C. BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, préc., note 37, p. 24-29.

<sup>77</sup> Sur ce point, voir aussi: Michel TROPER, *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006.

la fois nouvelle et lourde. On doit aborder les décisions en vertu de la *Charte* en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité.»<sup>78</sup>

Pour dissiper ce doute auquel fait référence le juge Lamer, certains ont suggéré d'adopter la *political question doctrine*, présente dans la jurisprudence américaine, et de l'adapter au contexte juridique canadien<sup>79</sup>. Selon cette doctrine, lorsqu'une question soulevée devant les tribunaux présente les attributs d'une question politique, elle doit être déclarée non-justiciable, ce qui permet de soulever un moyen d'irrecevabilité incitant le tribunal à refuser de statuer sur la demande. D'aucuns soutiennent qu'une telle procédure permettrait de contrer les effets pervers de la *Charte* sur le processus démocratique. Cette solution nous semble cependant superfétatoire puisque la *Charte* canadienne comporte tous les mécanismes nécessaires à la solution de cette problématique. En effet, rappelons qu'en droit canadien, lorsqu'une loi a pour effet de porter atteinte à un droit protégé par la *Charte*, il revient à l'État de démontrer que cette atteinte est raisonnable<sup>80</sup>. S'il est jugé que l'atteinte n'a pas de lien rationnel avec l'objectif visé, qu'elle n'est pas minimale ou que ses effets sont disproportionnés<sup>81</sup>, le législateur peut toujours modifier la loi pour revoir son approche sans pour autant sacrifier ses objectifs législatifs. En outre, si les tribunaux

<sup>78</sup> *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486, par. 16. Sur ce point, il n'est pas anodin de mentionner que la *Charte* canadienne a elle-même été le fruit d'une démarche démocratique sans précédent au Canada, mobilisant plusieurs citoyens et groupes d'intérêt venus de tous horizons pour se prononcer en commission parlementaire. Voir: Roger TASSÉ et Pierre THIBAUT, «La *Charte canadienne des droits et libertés*: le résultat d'une démarche démocratique purement canadienne», dans Pierre THIBAUT, Benoît PELLETIER et Louis PERRET (dir.), *Les mélanges Gérald-A. Beaudoin. Les défis du constitutionnalisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 425.

<sup>79</sup> Voir à cet égard l'ouvrage fort éclairant de Geneviève TREMBLAY, *Les tribunaux et les questions politiques: Les limites de la justiciabilité*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1999. Concernant le droit américain, voir notamment: *Baker v. Carr*, (1962) 369 U.S. 186.

<sup>80</sup> Une telle justification est notamment possible en vertu de l'article premier de la *Charte*. D'autres dispositions, comme l'article 7, comportent par ailleurs des termes, assimilables à des limites intrinsèques, qui en atténuent la portée. Dans l'affaire *Opération Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, par. 104, la juge Wilson affirmait que: « [l']article premier, à mon avis, constitue le mécanisme purement canadien par l'intermédiaire duquel les tribunaux ont à décider de la justiciabilité de questions litigieuses particulières dont ils sont saisis. Il concrétise par la mention d'une société libre et démocratique les caractéristiques essentielles de notre constitution, y compris la séparation des pouvoirs, le gouvernement responsable et la primauté du droit. »

<sup>81</sup> Conformément aux critères établis par la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, par. 70.

rejetent les objectifs du législateur ou les moyens utilisés, celui-ci conserve la possibilité de recourir au pouvoir de dérogation prévu à l'article 33 de la Charte<sup>82</sup> pour rétablir sa décision initiale. Ce dernier mécanisme, proprement canadien<sup>83</sup>, préserve au final la suprématie du parlement. Certes, plusieurs ont soutenu que l'utilisation trop peu fréquente du pouvoir de dérogation en faisait une coquille vide et que la possibilité, pour les organes politiques, d'utiliser la clause nonobstant ne pouvait être considérée sérieusement étant donné « l'impression que laisserait chez l'électorat un mépris manifeste des droits et libertés que leur confère la Constitution »<sup>84</sup>. Cette possibilité ainsi écartée de l'analyse, le caractère illégitime de la Charte deviendrait manifeste puisque les juges auraient véritablement le dernier mot sur les nombreuses questions politiques qu'elle affecte. Nous sommes d'avis que la réprobation de l'électorat face à l'utilisation de la clause nonobstant constitue plutôt un bon indice de la volonté populaire quant à la question en jeu. On ne peut, d'une part, critiquer l'activisme judiciaire en alléguant son caractère antidémocratique et, d'autre part, écarter d'emblée la possibilité de recourir au pouvoir de dérogation par crainte de se soumettre au jugement du peuple. En outre, bien qu'elle ne soit utilisée que rarement, la clause nonobstant n'est probablement pas étrangère à l'attitude adoptée par la Cour suprême elle-même quant à son rôle dans l'ordre constitutionnel<sup>85</sup>.

Dans un article publié en 1997, les constitutionnalistes Hogg et Bushell ont mis à jour les résultats d'une recherche qui démontrent que les décisions de la Cour suprême ayant pour effet d'invalider des dispositions législatives en vertu de la Charte ne constituent généralement pas des décisions

<sup>82</sup> Cette disposition permet au législateur d'écarter l'application des articles 2 et 7 à 15 de la Charte. Une telle solution ne sera cependant utilisée qu'en cas de tensions importantes étant donné ses lourdes conséquences politiques.

<sup>83</sup> Les auteurs Tassé et Thibault parlent de la clause dérogatoire comme étant l'un des traits distinctifs de la Charte canadienne par rapport au *Bill of Rights* américain. Voir : R. TASSÉ et P. THIBAUT, préc. note 78, aux pages 444 et suiv.

<sup>84</sup> G. TREMBLAY, préc., note 79, p. 44. Voir aussi : Eugénie BROUILLET et Félix-Antoine MICHAUD, « Les rapports entre les pouvoirs politique et judiciaire en droit constitutionnel canadien : dialogue ou monologue? », dans *Actes de la XIXe Conférence des juristes de l'État (2011)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 3, aux pages 20 à 25, en ligne : <<http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/11/40/lesrapportsentrelespouvoirspolitiqueetjudiciairendroitconstitutionnelcanadiendialogueoumonologue.pdf>> (consulté le 15 juin 2015).

<sup>85</sup> Voir : R. TASSÉ et P. THIBAUT, préc., note 78, à la page 446. Voir aussi : *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519.

finales usurpant la fonction des acteurs politiques<sup>86</sup>. Au contraire, comme nous l'avons mentionné, ces derniers disposent alors de plusieurs possibilités pour réaliser leurs objectifs législatifs. En ce sens, l'intervention des tribunaux constitue rarement un obstacle dirimant à la volonté des institutions démocratiques. Selon ces auteurs, il s'installe plutôt une logique de « dialogue » entre le pouvoir politique et le pouvoir judiciaire afin d'en arriver à un compromis acceptable.

Cette idée de *dialogue constitutionnel* sur la Charte a été reprise par la Cour suprême elle-même<sup>87</sup>. Dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, le juge Iacobucci mentionnait que « [ce] dialogue et ce processus de reddition de compte [...], loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent.<sup>88</sup> » En fait, cette formulation métaphorique du dialogue s'harmonise bien avec la philosophie qui a toujours guidé la Cour suprême dans l'interprétation des droits et libertés fondamentaux. Celle-ci a établi dès le départ que chacun des droits protégés par la Charte devait recevoir une interprétation large et libérale, de manière à ce qu'il s'applique au plus grand nombre de situations possibles<sup>89</sup>. Or, si le fardeau de prouver l'atteinte à un droit fondamental incombe à celui qui l'allègue, il revient à l'État de justifier la limitation qu'il entend apporter à ce droit. Ainsi, bien que la Charte ait un effet réel sur la formulation des choix sociétaux, elle constitue bien plus un ajout au processus démocratique qu'une barrière à l'expression de la volonté collective. En effet, l'interprétation large de ses dispositions oblige le plus souvent le pouvoir politique à justifier ses choix. Celui-ci n'a donc pas perdu son rôle de premier plan dans la régulation des enjeux sociaux. Ses responsabilités ne sont que plus exigeantes.

<sup>86</sup> Peter W. HOGG et Allison A. BUSHELL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All) », (1997) 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. Les auteurs ont mis leur recherche à jour en 2007 et en sont arrivés à la même conclusion: Peter W. HOGG, Allison A. BUSHELL THORNTON et Wade K. WRIGHT, « Charter dialogue revisited – Or “Much Ado About Metaphors” », (2007) 45 *Osgoode Hall L.J.* 1.

<sup>87</sup> Voir notamment: *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 268 (j. Iacobucci, dissident en partie); *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 57; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 116 et 117; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 328.

<sup>88</sup> *Vriend c. Alberta*, préc., note 53, par. 32.

<sup>89</sup> Voir: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 155 et 156.

Interprétée de manière cohérente et de façon conforme à ses principes sous-jacents, la Charte assure le respect du processus démocratique tout en favorisant la protection des droits fondamentaux des citoyens. Au final, les élus peuvent limiter ou suspendre ces droits, mais c'est à eux que revient la lourde tâche de justifier une telle décision, que ce soit devant les tribunaux en invoquant la disposition justificative, ou devant l'électorat en utilisant la disposition de dérogation. Le principe de responsabilité politique demeure donc intact. Dans son rôle de gardien de la Constitution, le pouvoir judiciaire ne fait qu'affermir le système démocratique en donnant une voie de recours à certains individus plus isolés ou vulnérables, leur permettant ainsi de participer à la prise de décision collective. En outre, dans son rôle d'interprète de la loi, le juge donne effet à la volonté collective exprimée au terme du processus.

À l'échelle des rapports collectifs de travail, c'est un rôle similaire qu'est appelé à jouer l'arbitre de grief dans le cadre du modèle *Wagner*. Celui-ci est chargé de l'interprétation de la convention collective<sup>90</sup>. Ses décisions sont finales et sans appel<sup>91</sup>. En outre, il est chargé de s'assurer que la convention collective respecte les règles d'ordre public, dont celles contenues dans les chartes<sup>92</sup>. Il y a donc des similitudes dans les processus mis en branle<sup>93</sup>. Ainsi, lorsque vient le temps de renégocier la convention collective, les décisions arbitrales rendues pendant sa durée de validité sont normalement étudiées par les parties afin de corriger, le cas échéant, les lacunes observées et de préciser leur intention commune. L'arbitre de grief fournit donc un apport significatif au processus de dialogue en milieu de travail. Sa présence renforce la cohésion du modèle *Wagner* et favorise la paix industrielle, et ce, malgré les limites importantes imposées par la législation à l'exercice du droit de grève. Tel que vu précédemment, la CEACR a d'ailleurs validé notre modèle de négociation collective en regard du droit international :

<sup>90</sup> *Code du travail*, préc., note 20, art. 1f) et 100.

<sup>91</sup> *Id.*, art. 101.

<sup>92</sup> *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157.

<sup>93</sup> Évidemment, les parties ne disposent pas d'un pouvoir de dérogation, mais si elles pensent que l'arbitre de grief a outrepassé sa compétence, elles peuvent s'adresser à la Cour supérieure au moyen d'une requête en révision judiciaire : *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, art. 33.

« Une telle procédure [d'arbitrage] non seulement permet de régler en cours de convention les inévitables difficultés d'application et d'interprétation, mais présente aussi l'avantage de préparer le terrain aux séances de négociations ultérieures en identifiant les problèmes qui se sont posés pendant la durée de la convention. »<sup>94</sup>

Cependant, depuis quelques décennies se sont développées, en marge du modèle général de relations de travail, de nouvelles catégories d'emploi qui échappent aux contraintes institutionnelles du droit du travail classique<sup>95</sup>. Dans ce contexte, les travailleurs qui voient leur influence sur la détermination de leurs conditions de travail s'effriter et qui font parfois face à l'hostilité du pouvoir politique peuvent-ils se tourner vers les tribunaux pour obtenir justice? Quand le pouvoir judiciaire, en tant que gardien de la Constitution, doit-il intervenir pour rétablir l'équilibre entre la volonté unilatérale de l'employeur et la vulnérabilité particulière de certains travailleurs? La réponse à ces questions dépend en grande partie de la portée que l'on donne aux dispositions de la Charte, plus particulièrement à son alinéa 2d).

Si l'on s'en remet à l'opinion du juge Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, il faut « présumer que la Charte accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne »<sup>96</sup>. Par conséquent, en utilisant la méthode d'interprétation large et libérale privilégiée en matière de droits et libertés, la portée de la liberté d'association prévue par la Charte devrait au moins couvrir les éléments essentiels de la liberté syndicale dont nous avons traité précédemment. Il s'ensuit que celle-ci devrait comporter un volet *constitutif* permettant aux travailleurs de se regrouper et de s'organiser, mais aussi un volet *fonctionnel* minimal nécessaire à l'établissement d'un véritable dialogue social.

<sup>94</sup> CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *préc.*, note 42, par. 167.

<sup>95</sup> Sur ce point, voir notamment: C. BRUNELLE, A. HAYDEN et G. MURRAY, *préc.*, note 3; P. VERGE, « Les instruments d'une recomposition du droit du travail: de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique », *préc.*, note 3; Laurence LEA FONTAINE, « Les transformations du travail et la protection du salarié. La réglementation française des agences de location de personnel: l'intégration des travailleurs temporaires dans les communautés d'origine et d'accueil », (2013) 54 *C. de D.* 511.

<sup>96</sup> *Health Services*, *préc.*, note 24, par. 70, citant le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, 349 (ci-après « *Renvoi relatif à l'Alberta* »).

Les premières décisions de la Cour suprême portant sur la liberté d'association dans le cadre des relations de travail forment une trilogie d'arrêtés qui ont été rendus en 1987<sup>97</sup>. Dans ces trois cas, la question se posait de savoir si la Charte protégeait le droit de grève et, de façon plus accessoire, le droit à la négociation collective. Or, selon l'opinion majoritaire exprimée alors par la Cour, la liberté d'association devait être interprétée comme étant strictement *constitutive*, c'est-à-dire une liberté *individuelle* de « travailler à la constitution d'une association, d'appartenir à une association, de la maintenir et de participer à ses activités licites sans faire l'objet d'une peine ou de représailles »<sup>98</sup>. Conséquemment, le droit de grève, qui n'est pas un droit purement individuel, ne pouvait être reconnu à une association de salariés en vertu de l'alinéa 2*d*), pas plus que le droit à la négociation collective<sup>99</sup>.

Selon une telle interprétation, il est clair que la liberté d'association ne garantissait pas le respect du principe de la liberté syndicale que le Canada s'était pourtant engagé à respecter des années auparavant<sup>100</sup>. Dans ses motifs, la Cour suprême disait vouloir faire preuve de déférence envers les politiques législatives<sup>101</sup>. Or cette attitude de la Cour, qui n'est probablement pas sans lien avec les conséquences économiques importantes découlant de l'élaboration du droit de l'emploi, contrastait sensiblement avec celle adoptée dans l'interprétation des autres droits garantis par la

<sup>97</sup> *Renvoi relatif à l'Alberta*, préc., note 96; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460.

<sup>98</sup> *Renvoi relatif à l'Alberta*, préc., note 96, par. 143 (j. Le Dain). Au paragraphe 155, le juge McIntyre ajoute que « [le] groupe ou l'organisation n'est qu'un moyen adopté par des individus pour mieux réaliser leurs droits et aspirations individuels. Les gens ne peuvent pas, simplement en se joignant à d'autres, créer une entité qui a des droits et des libertés constitutionnels plus grands que ceux que possèdent les individus. »

<sup>99</sup> C'est plus précisément dans l'arrêt *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoires du nord-ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 que la Cour suprême, reprenant les principes établis dans la trilogie, a confirmé que le droit à la négociation collective n'était pas plus protégé par la liberté d'association que ne l'était le droit de grève.

<sup>100</sup> Il est plutôt ironique de constater que la loi mise en cause dans l'affaire *AFPC c. Canada*, préc., note 97, avait fait l'objet d'une plainte devant le CLS en 1982 et que, devant cette instance, le Canada avait jugé bon de plaider pour sa défense qu'il venait justement d'adopter une Charte des droits garantissant la liberté syndicale au niveau constitutionnel : voir le *Cas n° 1147*, Rapport n° 222, vol. LXVI, 1983, Série B, N° 1, par. 109.

<sup>101</sup> *Renvoi relatif à l'Alberta*, préc., note 97, par. 144 (j. Le Dain).

Charte. Le résultat d'une telle interprétation était de permettre à l'État d'imposer unilatéralement les conditions de travail des salariés, d'empêcher le recours des travailleurs à la négociation collective et à la grève et de favoriser les employeurs du secteur privé dans la détermination des conditions de travail, et ce, sans jamais que l'État ait à se justifier « dans le cadre d'une société libre et démocratique »<sup>102</sup>.

Une interprétation plus large de la liberté d'association permettant de mieux protéger l'autonomie des salariés aurait été plus compatible avec les valeurs sous-jacentes de la Charte tout en conservant sa cohérence interne. Elle aurait forcé le législateur à se justifier lorsqu'il aurait jugé nécessaire de suspendre la négociation collective ou le droit de grève pour des motifs urgents et réels. En vertu de l'article premier de la Charte, les tribunaux remettent rarement en question les objectifs législatifs<sup>103</sup>, mais demandent à l'État de justifier avec rigueur les moyens utilisés pour les atteindre. Une telle approche aurait donc non seulement favorisé l'établissement et le maintien du dialogue social en milieu de travail, mais elle aurait aussi permis d'enrichir le dialogue sur la Charte en ce qui concerne la dignité et l'autonomie du citoyen au travail.

Or, plusieurs années après la trilogie des relations de travail, la jurisprudence de la Cour suprême a pris un tournant plus favorable à une telle interprétation grâce à un groupe de travailleurs agricoles de l'Ontario qui ont réussi à relancer le dialogue sur l'interprétation de la liberté d'association. Ce groupe, qui était majoritairement constitué de travailleurs migrants particulièrement vulnérables et relativement peu scolarisés, incarnait parfaitement le citoyen isolé que la Charte a justement pour mission de protéger. Nous allons maintenant étudier plus à fond les soubresauts de cette saga judiciaire.

<sup>102</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 14, art. 1.

<sup>103</sup> Voir: E. BROUILLET et F.-A. MICHAUD, préc., note 84, à la page 25; Antoine BIGENWALD, « L'évaluation des objectifs législatifs en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* », (1994) 35 *C. de D.* 779.



## B. ... au monologue judiciaire

En Ontario, les travailleurs agricoles ont été historiquement exclus du régime légal des relations de travail<sup>104</sup>. Comme conséquence directe de cette exclusion et de leur vulnérabilité particulière sur le plan économique, ils ont fait face à une incapacité totale de s'organiser et d'exercer une quelconque influence sur leurs conditions de travail. Dans l'arrêt *Dunmore*<sup>105</sup>, rendu en 2001, la Cour suprême du Canada a jugé cette exclusion inconstitutionnelle en regard de la liberté d'association protégée par l'alinéa 2d) de la Charte. Le juge Bastarache, parlant au nom de la majorité, a conclu que l'exclusion *totale* des travailleurs agricoles du régime légal les plaçait dans l'*impossibilité* d'exercer leur liberté d'association, ce qui entraînait une violation de l'alinéa 2d) que l'État, dans ces circonstances, avait l'obligation *positive* de réparer<sup>106</sup>.

L'arrêt *Dunmore* ne mentionne aucun droit à la négociation collective et demeure conforme à la trilogie dans sa conclusion, mais il comporte néanmoins plusieurs passages qui marquent un changement sous-jacent de philosophie de la part de la Cour dans ses motifs. Le juge Bastarache cite notamment le juge Dickson, dissident dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, pour appuyer l'idée que «les individus ne s'associent pas seulement pour la force du nombre, mais aussi parce qu'une collectivité peut incarner des objectifs qui n'existent pas au niveau individuel»<sup>107</sup>. Il ajoute plus loin que la loi doit reconnaître «que certaines activités syndicales [...] peuvent être au cœur de la liberté d'association même si elles ne peuvent exister au niveau individuel»<sup>108</sup>. Il conclut finalement que, «au minimum, doit être reconnu aux travailleurs agricoles le droit de se syndiquer» avec «les garanties jugées essentielles à son exercice véritable, comme la liberté de se réunir, de participer aux activités légitimes de l'association et de présenter des revendications, et la protection de l'exercice de ces libertés contre l'ingérence, les menaces et la discrimination»<sup>109</sup>. La Cour a toutefois suspendu sa déclaration d'invalidité pour une durée de 12 mois, le temps de laisser

<sup>104</sup> Voir la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, c. 1, annexe A, art. 3b).

<sup>105</sup> *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016 (ci-après «*Dunmore*»).

<sup>106</sup> *Id.*, par. 43 et suiv.

<sup>107</sup> *Id.*, par. 16.

<sup>108</sup> *Id.*, par. 17.

<sup>109</sup> *Id.*, par. 67.

au gouvernement ontarien le soin de modifier son approche. Le dialogue avec le législateur était ainsi lancé.

La réponse des élus ontariens n'a pas tardé à se concrétiser sous la forme de la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles* (LPEA)<sup>110</sup>, qui avait pour effet de créer un régime particulier de relations de travail pour les travailleurs agricoles. Or, ce régime ne leur reconnaissait qu'une simple liberté *constitutive* conférant strictement aux travailleurs visés le droit de former une association, d'y adhérer et de participer à ses activités sans crainte d'ingérence ou de représailles de la part de l'employeur. La LPEA ajoutait cependant que l'employeur était tenu de fournir à l'association l'occasion de présenter ses observations, qu'il devait les écouter lorsqu'elles étaient faites verbalement et qu'il devait les lire lorsqu'elles étaient écrites<sup>111</sup>. Concrètement, plutôt que d'imposer à l'employeur une obligation de négocier de bonne foi avec l'association accréditée, le législateur ontarien avait préféré accorder aux travailleurs un simple droit de pétition<sup>112</sup>. Le moins qu'on puisse dire, c'est que le gouvernement avait fait une lecture plutôt minimaliste de l'arrêt *Dunmore*, sans volonté manifeste d'alimenter le dialogue voulu par la Charte.

Comme on pouvait s'y attendre, la LPEA a été contestée de nouveau par les travailleurs agricoles, représentés cette fois-ci par monsieur Michael Fraser. Cependant, avant que cette nouvelle contestation ne soit entendue par la Cour suprême du Canada, cette dernière rendait, dans l'intervalle, l'arrêt *Health Services*<sup>113</sup> où elle remet en question les principes établis

<sup>110</sup> *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, c. 16.

<sup>111</sup> *Id.*, art. 5.

<sup>112</sup> Pour une opinion plutôt critique de cette approche ontarienne, voir : Georges LEBEL, « Jugement Fraser : Un recul pour les travailleurs », (2011) *Bulletin de la Ligue des droits et libertés*, en ligne : <[http://socialtravail.uqam.ca/files/2011/06/LDL.Bulletin2011.LeBel\\_2.pdf](http://socialtravail.uqam.ca/files/2011/06/LDL.Bulletin2011.LeBel_2.pdf)> (consulté le 15 juin 2015).

<sup>113</sup> *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 24. Cet arrêt a fait l'objet de nombreux commentaires chez les auteurs, dont notamment Judy FUDGE, « Brave New Words : Labour, the Courts and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », (2010) 28 *Windsor Y.B. Access Just.* 23 ; Pierre VERGE, « L'affirmation constitutionnelle de la liberté d'association : une nouvelle vie pour l'autonomie collective? », (2010) 51 *C. de D.* 353 ; Christian BRUNELLE, « La liberté d'association se porte mieux : un commentaire de l'arrêt *Health Services* », dans *Conférence des juristes de l'État 2009 : XVIII<sup>e</sup> Conférence*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 235, à la page 237 ; Jamie CAMERON, « Due Process, Collective Bargaining and Section 2(d) of the Charter : A Comment on B.C. *Health Services* », (2008) 42

dans la trilogie des relations de travail de 1987. Sous la plume conjointe de la juge en chef McLachlin et du juge LeBel, la Cour affirme qu'il y a lieu d'écarter les raisons qui avaient justifié l'exclusion du droit à la négociation collective de la portée de l'alinéa 2*d*) de la Charte<sup>114</sup>. Selon la Cour, le «doute le plus sérieux quant à la validité de la jurisprudence antérieure résulte du fait que les juges majoritaires» dans la trilogie, «ont défini l'étendue de la liberté d'association en adoptant une approche insensible à son contexte, contrairement à l'interprétation téléologique donnée à d'autres garanties reconnues par la Charte»<sup>115</sup>. En effet, la Cour avait traité la question de manière identique, quelle que soit l'association en cause, perdant ainsi de vue «l'importance que présente la négociation collective [...] pour l'exercice de la liberté d'association dans le cadre des relations du travail»<sup>116</sup>.

Selon la Cour, l'histoire des relations de travail au Canada, le droit international entourant la liberté syndicale et les valeurs véhiculées par la Charte permettent de conclure que l'alinéa 2*d*) «protège effectivement le droit des travailleurs à un processus de négociation collective»<sup>117</sup>. Elle ajoute par ailleurs que la Charte impose à l'employeur une obligation corrélatrice de *négozier de bonne foi* avec l'association de salariés en vue de trouver un compromis par des moyens pacifiques<sup>118</sup>. En fait, cette obligation de bonne foi se trouve au cœur de l'arrêt *Health Services*. Pour en expliquer la teneur, la Cour affirme que «[les] parties ont l'obligation d'établir un véritable dialogue: elles doivent être disposées à échanger et expliquer leurs positions. Elles doivent faire un effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable»<sup>119</sup>. Plus loin, elle ajoute que «le droit de négociation collective ne saurait se limiter à la simple possibilité de présenter des revendications»<sup>120</sup>. Bref, au-delà de l'aspect *constitutif* de la

---

S.C.L.R. (2<sup>d</sup>) 131; Eric TUCKER, «The Constitutional Right to Bargain Collectively: The Ironies of Labour History in the Supreme Court of Canada», (2008) 61 *Labour/Le Travail* 151.

<sup>114</sup> *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 24, par. 22. À noter que la Cour mentionne explicitement que ce pourvoi ne concerne pas le droit de grève (*Id.*, par 19).

<sup>115</sup> *Id.*, par. 30.

<sup>116</sup> *Id.*, par. 30.

<sup>117</sup> *Id.*, par. 39.

<sup>118</sup> *Id.*, par. 90.

<sup>119</sup> *Id.*, par. 101 (nos soulignements).

<sup>120</sup> *Id.*, par. 114.

liberté d'association, la Cour suprême venait de lui reconnaître une dimension *fonctionnelle*, limitant ainsi le monologue patronal pour lui substituer le dialogue social.

Cette nouvelle lecture de l'alinéa 2*d*) de la Charte permettait aux travailleurs agricoles d'être raisonnablement optimistes quant à la contestation de la LPEA. C'est finalement dans le cadre de l'arrêt *Fraser*<sup>121</sup>, rendu en 2011, que la Cour suprême est revenue sur la portée du droit constitutionnel à la négociation collective afin de disposer du sort de la loi ontarienne. Or, contre toute attente, la Cour a maintenu le régime restrictif de la LPEA<sup>122</sup>, tout en admettant que la loi ne respectait pas littéralement les exigences de l'alinéa 2*d*) de la Charte puisqu'elle ne comportait aucune obligation de négocier de bonne foi<sup>123</sup>. Pour conclure à la validité de la loi, la Cour a eu recours à la méthode du *reading in*<sup>124</sup>. En d'autres mots, elle a précisé la portée de la loi par « ajout au moyen d'une interprétation large »<sup>125</sup>. La LPEA énonçait que l'employeur devait examiner les revendications des travailleurs. La Cour en infère qu'il doit le faire de bonne foi, cette obligation étant, juge-t-elle, implicite<sup>126</sup>. Ainsi interprétée, la loi serait donc conforme aux principes établis dans l'arrêt *Health Services*. La juge Abella, dissidente, exprime son désaccord avec ses collègues, affirmant que la Cour devrait simplement invalider la loi plutôt que de tenter ainsi de la réécrire. Selon elle, le fait de « prêter à une loi une interprétation d'une plausibilité douteuse afin d'en assurer la conformité à la Charte, « perturberait à tort

<sup>121</sup> *Ontario (Procureur Général) c. Fraser*, préc., note 67.

<sup>122</sup> L'arrêt *Health Services* avait fait l'objet de plusieurs critiques, tant positives que négatives (voir : *supra*, note 113), mais selon certains, l'arrêt *Fraser* en a réduit la portée d'une manière que personne n'avait pu anticiper. Voir : Josh FINLAYSON et Andy MAIZE, « "I Will Not Give You a Penny More Than You Deserve": *Ontario v. Fraser* and the (Uncertain) Right to Collectively Bargain in Canada », (2011) 57-2 *McGill L.J.* 351, 351 (n° 2).

<sup>123</sup> La Cour affirme que : « il faut interpréter les motifs majoritaires dans *Health Services* à partir de ce qu'ils affirment à maintes reprises : les travailleurs ont le droit constitutionnel de formuler des revendications collectives et de les voir prises en considération de bonne foi. » : *Ontario (Procureur Général) c. Fraser*, préc., note 67, par. 51.

<sup>124</sup> Voir : *supra*, note 74.

<sup>125</sup> Voir : Danielle PINARD, « Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés* : le *reading in*, le *reading down*, l'interprétation large, l'interprétation atténuée, etc. ! », (2003) *Revue du Barreau du Québec* Numéro spécial 421, 449.

<sup>126</sup> *Ontario (Procureur Général) c. Fraser*, préc., note 67, par. 101.

l'équilibre dialogique»<sup>127</sup>. D'ailleurs, la Cour a elle-même affirmé à maintes reprises «qu'il n'appartenait pas aux tribunaux, mais aux législateurs, de combler les lacunes de la législation pour la rendre conforme à la Charte canadienne»<sup>128</sup>. Force est d'admettre qu'en l'espèce, plutôt que de relancer le dialogue avec le législateur, la Cour a préféré opter pour le monologue judiciaire!

Ce tour de force opéré par la Cour dans l'arrêt *Fraser* a soulevé plusieurs questions quant à la nature du droit constitutionnel de négocier collectivement. Dans l'arrêt *Health Services*, la Cour avait établi que l'atteinte au droit à la négociation collective devait être *substantielle*<sup>129</sup> pour conclure à une violation de l'alinéa 2*d*). Ce critère exige que les demandeurs fassent la preuve non seulement que la mesure contestée a été imposée sans égard à l'obligation de négocier de bonne foi, mais aussi qu'elle met en cause un sujet d'importance pour le processus de négociation<sup>130</sup>. Or, dans l'arrêt *Fraser*, la Cour met plutôt l'accent sur le fait que le droit de négociation collective est un «droit dérivé» de la liberté d'association qui commanderait l'application d'un critère plus strict, celui de l'«impossibilité d'agir collectivement»<sup>131</sup>, ce qui a jeté une certaine ambiguïté sur la portée de l'aspect fonctionnel de la liberté d'association.

<sup>127</sup> *Id.*, par. 282. La juge Abella cite les auteurs P.W. HOGG, A.A. BUSHELL THORNTON et W.K. WRIGHT, préc., note 86.

<sup>128</sup> E. BROUILLET et F.-A. MICHAUD, préc., note 84. Voir: *Hunter c. Southam*, préc., note 89, 169; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 783; *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, préc., note 99, 407; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, 860 et 861.

<sup>129</sup> *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 24, par. 91.

<sup>130</sup> *Id.*, par. 93 et 109. On peut cependant se demander pourquoi la Cour suprême n'évalue pas cette question sous l'angle de l'article premier de la Charte plutôt qu'aux termes de l'alinéa 2*d*), ce qui, conformément à la doctrine d'interprétation large et libérale, obligerait l'État à justifier ses mesures en démontrant, par exemple, qu'elles touchent un sujet qui présente peu d'importance dans le cadre du processus de négociation.

<sup>131</sup> *Ontario (Procureur Général) c. Fraser*, préc., note 67, par. 46. La Cour indique que l'alinéa 2*d*) «protège le droit de s'associer afin de réaliser des objectifs collectifs. La loi ou la mesure de l'État qui rend impossible la réalisation d'objectifs collectifs a pour effet de restreindre la liberté d'association en la privant de sens. C'est dans ce sens dérivé que l'al. 2*d*) protège le droit de négociation collective.»

En effet, dans l'arrêt *Dunmore*, la Cour affirmait que « la création d'une obligation positive en vertu de la Charte exige un fondement de preuve approprié », qui consiste à « démontrer que l'exclusion du régime légal permet une entrave substantielle à l'exercice de l'activité protégée par l'al. [2d] »<sup>132</sup>. Dans l'arrêt *Health Services*, la Cour suprême a utilisé ce critère de l'*entrave substantielle* dans le contexte où c'est le droit à la négociation collective qui était revendiqué et elle a revu le fardeau de preuve applicable à la revendication d'une obligation positive de l'État de légiférer, qu'elle a formulé ainsi : « Il doit être établi qu'il serait pratiquement impossible d'exercer la liberté constitutionnelle en question sans la reconnaissance positive du droit d'accès à un régime légal »<sup>133</sup>. Or, dans l'arrêt *Fraser*, la Cour a semblé transposer ce critère d'impossibilité à tous les cas où le droit dérivé à la négociation collective est en cause, même si aucune obligation positive de l'État n'est revendiquée. Le fardeau de preuve applicable au droit à la négociation collective, déjà contraignant selon l'arrêt *Health Services*, s'en trouvait alors alourdi<sup>134</sup>. D'ailleurs, plusieurs décisions rendues en première instance, à la suite de l'arrêt *Health Services*, qui avaient pour effet de favoriser le dialogue entre les parties en exigeant le respect du droit de négocier collectivement, ont ensuite été renversées en appel sur la base du critère plus strict imposé par l'arrêt *Fraser*<sup>135</sup>.

À la lecture de l'arrêt *Fraser*, il était légitime de se demander si la Cour suprême n'avait pas réduit le droit de négocier collectivement à une simple

<sup>132</sup> *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 105, par. 25.

<sup>133</sup> *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 24, par. 34 (nos soulignements).

<sup>134</sup> Sur ce point, voir : Judy FUDGE, « Constitutional Rights, Collective Bargaining and the Supreme Court of Canada: Retreat and Reversal in the *Fraser* Case », (2012) 41 *Ind. Law J.* 1, 21.

<sup>135</sup> Voir notamment : *Canada (Procureur général) c. Meredith*, 2013 CAF 112, conf. par 2015 CSC 2 ; *R. v. Saskatchewan Federation of Labour*, 2013 SKCA 43, inf. par 2015 CSC 4 ; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada*, 2012 ONCA 363, inf. par 2015 CSC 1 ; *Association of Justice Counsel v. Canada (Attorney General)*, 2012 ONCA 530 ; *Québec (Procureur général) c. Confédération des syndicats nationaux (CSN)*, 2011 QCCA 1247. Voir aussi : *Canada (Procureur général) c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 675*, 2014 QCCA 1068 ; *Federal Government Dockyard Trades and Labour Council v. Canada (Attorney General)*, 2013 BCCA 371 ; *Association of Justice Counsel v. Canada (Attorney General)*, 2012 ONCA 530 ; *Alberta Union of Provincial Employees v. Alberta*, 2013 ABQB 83.

obligation de l'employeur de consulter les employés<sup>136</sup>. Plutôt que de préciser le contenu de ce nouveau droit constitutionnel, la Cour a finalement entretenu la confusion quant à sa portée. Il était pourtant clair que la loi adoptée par l'assemblée législative ontarienne ne respectait pas les exigences constitutionnelles subséquemment énoncées dans l'arrêt *Health Services*<sup>137</sup>. Certes, les juges majoritaires ont cherché à maintenir les acquis de cette dernière décision<sup>138</sup>, mais n'étaient pas disposés à tirer la conséquence qu'elle imposait. Selon nous, ils auraient dû invalider la loi et laisser au législateur le rôle qui lui revient plutôt que d'imposer une solution judiciaire incomplète afin de solutionner le litige *in extremis*, rompant ainsi le dialogue<sup>139</sup>.

Cependant, dans son arrêt *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*<sup>140</sup>, rendu en janvier 2015, la Cour suprême a fermement réaffirmé l'existence du droit constitutionnel à un processus véritable de négociation collective tout en clarifiant les notions de « droit dérivé » et d'« impossibilité » qui ponctuaient l'arrêt *Fraser*. Au nom de la majorité, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel ont pris leur distance

<sup>136</sup> Selon le professeur TUCKER, l'arrêt *Fraser* « seemingly signals a retreat that leaves in place the constitutional right [to bargain collectively] but arguably scales back its meaning to a duty to consult » : Eric TUCKER, « Labour's Many Constitutions (and Capital's Too) », (2012) 33 *Comp Lab L.J.* 355.

<sup>137</sup> Il est indéniable que l'arrêt *Health Services* heurtait les intentions claires du législateur ontarien. De fait, lors de l'adoption de la LPEA, la ministre de l'agriculture de l'Ontario avait elle-même exprimé, devant l'assemblée législative, que « le projet de loi ne [donnait] pas aux travailleurs agricoles le droit de négociation collective » : ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE DE L'ONTARIO, *Journal des débats*, n° 46A, Hansard, 22 octobre 2002, p. 2339.

<sup>138</sup> À l'inverse, les juges Rothstein et Charron proposaient, dans des motifs minoritaires, de rompre purement et simplement avec l'arrêt *Health Services*, ce qui aurait été plutôt inusité puisque cette décision avait été rendue seulement quatre ans auparavant et qu'aucune partie au litige n'avait demandé son renversement. Voir : *Ontario (Procureur Général) c. Fraser*, préc., note 67, par. 119 et suiv.

<sup>139</sup> Dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, préc., note 53, 574 et 575, la Cour suprême mentionne que le recours à l'interprétation large doit être écarté lorsque « les moyens choisis revêtent une importance à ce point centrale eu égard aux buts poursuivis par le législateur et sont à ce point essentiels à l'économie de la loi que le législateur ne l'aurait pas [adoptée] sans eux ». Or, en l'espèce, ce sont les buts poursuivis par le législateur eux-mêmes qui sont contraires à la Charte. Voir : *Ontario (Procureur Général) c. Fraser*, préc., note 67, par. 332 (j. Abella, dissidente). *A fortiori*, il faut en déduire que le recours à l'interprétation large n'était pas la solution à adopter.

<sup>140</sup> *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1 (ci-après « *Police montée* »).

avec la notion de « droit dérivé », dans la mesure où elle laisse entendre que le droit à la négociation collective ne serait que *secondaire* ou *accessoire* à d'autres aspects de la liberté d'association<sup>141</sup>. Il s'agit donc d'un revêtement important par rapport à l'arrêt *Fraser*. Quant au terme « impossible », la Cour indique qu'il a été utilisé, dans l'arrêt *Fraser*, uniquement pour décrire l'effet du régime législatif en cause et non pas en tant que critère juridique incontournable permettant de conclure à une violation de l'alinéa 2*d*) de la Charte<sup>142</sup>.

Le critère applicable invite plutôt à déterminer si l'acte de l'État *entrave substantiellement* la capacité des syndiqués de poursuivre collectivement des objectifs communs<sup>143</sup>. Il faut toutefois noter que ce critère, qui demeure manifestement moins contraignant que celui de l'*impossibilité d'agir collectivement*, s'appliquerait lorsque l'aspect *fonctionnel* de la liberté d'association est en jeu – soit le droit à la négociation collective – et non son aspect *constitutif* – soit le droit premier de s'organiser<sup>144</sup>. Dans ce dernier cas, il faut, selon nous, se référer au critère minimal rappelé par la Cour suprême dans l'arrêt *Dunmore*, lequel consiste à prouver que les activités en cause font partie de celles qui sont protégées par l'alinéa 2*d*), par exemple le droit d'affiliation syndicale<sup>145</sup>, et que les dispositions contestées, par leur objet ou leur effet, compromettent ces activités<sup>146</sup>.

À cet égard, l'arrêt *Police montée* comporte une part d'ambiguïté. Les membres de la Gendarmerie Royale du Canada y contestaient leur exclusion du régime général des relations de travail<sup>147</sup>. Ceux-ci étaient assujettis à un régime particulier – composé du Programme de représentants des relations fonctionnelles, du Conseil de la solde et d'un Fonds de recours juridique – qui leur permettait notamment de formuler des revendications

<sup>141</sup> *Id.*, par. 79.

<sup>142</sup> *Id.*, par. 75.

<sup>143</sup> *Id.*, par. 76 et 80.

<sup>144</sup> Sur ce point, on peut s'en remettre, avec les adaptations nécessaires, à l'arrêt rendu par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 573 (CTC-FTQ) c. Commission de la construction du Québec*, préc., note 22.

<sup>145</sup> Voir: *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 573 (CTC-FTQ) c. Commission de la construction du Québec*, préc., note 22.

<sup>146</sup> *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 105, par. 13.

<sup>147</sup> Cette exclusion avait déjà été contestée sans succès dans l'arrêt *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989.



auprès de leur employeur. La Cour suprême conclut que ce régime est inconstitutionnel pour deux raisons: (1) les employés ne peuvent choisir librement leurs représentants, lesquels n'ont aucun compte à rendre à leurs collègues, et (2) ces représentants relèvent, en fait, de la direction de la GRC et n'ont donc pas l'indépendance requise pour représenter fidèlement les intérêts de leurs collègues<sup>148</sup>. Autrement dit, les employés ne contrôlent pas leur association, ce qui est contraire à l'alinéa 2*d*). Cette conclusion est juste, mais le problème réside dans le fait que la Cour suprême semble rattacher ces deux éléments à l'aspect *fonctionnel* de la liberté d'association, d'où l'application du critère de l'entrave substantielle<sup>149</sup>.

Or, depuis la trilogie de 1987, il est reconnu que la liberté *constitutive* d'association protège, minimalement, le « droit d'appartenir à une association ou de la constituer »<sup>150</sup>. Dans l'arrêt *Dunmore*, la Cour suprême parle d'une protection contre l'« ingérence » de l'employeur<sup>151</sup>. Le libre choix des représentants et l'indépendance de ceux-ci vis-à-vis de la direction nous paraissent relever davantage de l'aspect *constitutif* de la liberté d'association, comme c'est le cas, incidemment, pour le droit d'affiliation syndicale<sup>152</sup>. Ainsi, il nous semble que toute disposition qui compromet ces activités devrait être considérée, en elle-même, comme contraire à l'alinéa 2*d*), sans que la partie demanderesse ait à démontrer, par surcroît, qu'elle subit, de ce fait, une « entrave substantielle » à sa liberté d'association. Évidemment, le fait de compromettre la représentation fidèle des intérêts des travailleurs a aussi pour effet de vicier le processus de négociation collective. Les faits à l'origine de l'arrêt *Police montée* mettaient donc en jeu à la fois l'aspect *constitutif* et l'aspect *fonctionnel* de la liberté d'association. Nous aimons croire que cela explique pourquoi la Cour, dans l'arrêt *Police montée*, conclut être en présence d'un cas d'entrave substantielle au droit de s'associer, ce critère de l'entrave substantielle ne devant pas trouver application, selon nous, dans les affaires où c'est plutôt l'aspect *constitutif* de la liberté d'association qui est en jeu<sup>153</sup>.

<sup>148</sup> *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, préc., note 140, par. 106.

<sup>149</sup> *Id.*, par. 85 à 90 et 105.

<sup>150</sup> *Id.*, par. 52.

<sup>151</sup> *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 105, par. 67.

<sup>152</sup> *Supra*, note 145.

<sup>153</sup> Voir à cet effet: *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 573 (CTC-FTQ) c. Commission de la construction du Québec*, préc., note 22.

Parallèlement à l'arrêt *Police montée*, la Cour suprême a rendu, le même jour, une décision dans l'affaire *Meredith*<sup>154</sup>, qui concerne aussi les membres de la GRC. Dans cette affaire, les plaignants ne contestaient pas le régime de relations de travail applicable, mais plutôt l'adoption par le Parlement fédéral de la *Loi sur le contrôle des dépenses*<sup>155</sup>. Cette loi avait notamment pour effet de limiter à 1,5 % les augmentations salariales dans le secteur public pour les exercices financiers de 2008 à 2010, augmentations qui avaient par ailleurs déjà été fixées à 3,32 %, 3,5 % et 2 % dans le cas des membres de la GRC, sur recommandations du Conseil de la solde. Ce conseil, rappelons-le, est un organe qui permettait aux membres de la GRC de formuler des recommandations à leur employeur sur les questions salariales. Il faisait incidemment partie du régime jugé contraire à l'alinéa 2*d*) de la Charte dans l'arrêt *Police montée*.

Après analyse, la Cour suprême va conclure que la loi contestée n'avait pas entravée de façon substantielle le processus – par ailleurs jugé inconstitutionnel dans l'arrêt *Police montée* – de manière à porter atteinte à la liberté d'association des membres de la GRC<sup>156</sup>. Selon la Cour, les membres de la GRC étaient parvenus à obtenir d'importants avantages à la suite de propositions ultérieures présentées dans le cadre du processus impliquant le Conseil de la solde, de telle sorte que la *Loi sur le contrôle des dépenses* n'aurait pas eu, dans les faits, de répercussions importantes sur leurs activités associatives<sup>157</sup>. Dans l'arrêt *Health Services*, la Cour se disait prête à qualifier une entrave à la liberté d'association de « substantielle » si elle affectait un sujet d'importance pour le processus de négociation<sup>158</sup>. Toutefois, si la rémunération est assurément une considération importante à cet égard, encore faut-il que la loi qui la réduit entraîne plus que « des répercussions mineures sur les activités associatives »<sup>159</sup>. Il semble donc que la jurisprudence actuelle laisse encore une certaine place au monologue patronal. Somme toute, même si le droit constitutionnel de négocier collectivement

<sup>154</sup> *Meredith c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 2.

<sup>155</sup> L.C. 2009, c. 2.

<sup>156</sup> *Meredith c. Canada*, préc., note 154, par. 30.

<sup>157</sup> La juge Abella, dissidente, considère plutôt que le salaire constitue en soi un sujet d'importance et que, par conséquent, un employeur ne peut réduire unilatéralement les conditions salariales de ses employés sans leur donner l'occasion de négocier: *Id.*, par. 62 et 63.

<sup>158</sup> *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 24, par. 93 et 109.

<sup>159</sup> *Meredith c. Canada*, préc., note 154, par. 29.

favorise indéniablement le dialogue social au travail, il demeure un droit à portée limitée.



## La place du droit de grève dans le dialogue social canadien

La jurisprudence de la Cour suprême en matière de liberté d'association au travail dénote un souci constant de ne pas constitutionnaliser un régime particulier de relations de travail, en l'occurrence le régime *Wagner*, étant admis qu'«on ne saurait prédire avec certitude si le modèle actuel des relations du travail sera celui qui s'imposera dans 50 ou même 20 ans»<sup>160</sup>. Or, cette préoccupation s'accorde avec le concept de dialogue social. En effet, le dialogue social n'exige pas la mise sur pied d'un cadre particulier. Il nécessite simplement la mise en place d'une structure juridique générale, mais contraignante, qui puisse permettre aux partenaires sociaux de déterminer ensemble les règles devant régir leurs relations. Encore faut-il, cependant, que chaque partie puisse participer pleinement au processus.

Il est clair que la liberté d'association protégée par l'alinéa 2*d*) de la Charte canadienne assure la mise en œuvre de l'aspect *constitutif* du dialogue social. En effet, aucun arrêt n'a jamais remis en cause le droit fondamental des travailleurs de s'organiser<sup>161</sup>. Conformément aux principes applicables en matière d'interprétation de la Charte, ce droit doit recevoir une interprétation large et libérale. Il impose donc à l'employeur une obligation corrélative de ne pas s'ingérer dans le fonctionnement de l'organisation de salariés<sup>162</sup>. De plus, tel qu'il a été reconnu par la Cour suprême dans l'arrêt *Dunmore*, il est possible d'imposer à l'État une obligation positive de légiférer afin d'en assurer l'effectivité<sup>163</sup>. Cependant, l'instauration

<sup>160</sup> *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 24, par. 91.

<sup>161</sup> Voir : *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 573 (CTC-FTQ) c. Commission de la construction du Québec*, préc., note 22, par. 46.

<sup>162</sup> Il s'agit du droit de s'organiser sans ingérence, menaces ou discrimination [*Dunmore c. Ontario (Procureur général)*], préc., note 105, par. 67] ou « sans faire l'objet de peines ou de représailles » (*Renvoi relatif à l'Alberta*, préc., note 96, par. 143).

<sup>163</sup> Si le dialogue social vise à promouvoir l'autonomie des parties, on doit admettre que le volontarisme n'est pas de mise pendant la période d'organisation d'un syndicat. Voir

d'un véritable dialogue en milieu de travail implique nécessairement la participation de bonne foi de la part de chacun des intervenants. L'arrêt *Health Services* va donc dans ce sens en imposant à chaque partie l'obligation de négocier de bonne foi, « de tenir des rencontres et de consacrer du temps au processus »<sup>164</sup>. Ainsi, malgré les limites intrinsèques applicables au droit constitutionnel de négocier collectivement, l'alinéa 2d) de la Charte permet maintenant d'assurer la mise en œuvre de cet aspect *fonctionnel* du dialogue social au travail<sup>165</sup>.

Cependant, l'obligation de négocier de bonne foi n'est pas sans soulever ses propres problèmes d'application. En droit civil québécois, par exemple, on conçoit que la bonne foi se présume toujours<sup>166</sup>. Celui qui allègue la mauvaise foi de la partie adverse a donc le fardeau d'en faire la preuve, ce qui est loin d'être toujours aisé. Dans le contexte du droit du travail, qui peut être particulièrement conflictuel, les parties tendent plutôt à ne rien prendre pour acquis tandis que le législateur conçoit des mécanismes permettant de faciliter l'exécution de leurs obligations réciproques<sup>167</sup>. En ce qui a trait à la négociation collective, il existe une série de

---

sur ce point: Sara SLINN, «No Right (to Organize) Without a Remedy: Evidence and Consequences of the Failure to Provide Compensatory Remedies for Unfair Labour Practices in British Columbia», (2008) 53 *McGill L.J.* 687, 730. Néanmoins, l'imposition d'une obligation positive de l'État de légiférer pour favoriser cette organisation demeure limitée aux situations exceptionnelles: *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 105, par. 21 et 22; *Delisle* préc., note 147, par. 33.

<sup>164</sup> *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 24, par. 100.

<sup>165</sup> L'impact de l'arrêt *Health Services* peut par ailleurs sembler limité sachant que la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 14, ne s'applique qu'à l'État (voir l'art. 32). Cependant, au Québec, il est possible d'invoquer l'article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 49, qui couvre tant les rapports privés que les rapports entre les individus et l'État. Le droit constitutionnel à la négociation collective s'applique donc *ipso facto* à l'ensemble des entreprises du Québec, publiques ou privées, et ce, même sans l'existence d'un régime statutaire de relations collectives de travail: Michel COUTU, Laurence Léa FONTAINE, Georges MARCEAU et Urwana COIQUAUD, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, 2<sup>e</sup> éd., vol. 1 «Le régime général», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n<sup>o</sup> 92, p. 186 et 187.

<sup>166</sup> L'article 2085 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (stipulation = contrat)—énonce que: «La bonne foi se présume toujours, à moins que la loi n'exige expressément de la prouver.»

<sup>167</sup> Voir par exemple la présomption édictée à l'article 17 du *Code du travail*, préc., note 20. Lorsqu'un salarié est congédié alors qu'il participe à des activités syndicales, on ne

critères bien définis en jurisprudence permettant de reconnaître un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi<sup>168</sup>. La partie qui allègue un tel manquement doit en faire la preuve, mais elle bénéficie d'un recours devant un tribunal spécialisé en droit du travail qui possède de larges pouvoirs pour octroyer une réparation efficace<sup>169</sup>. Le monopole de représentation syndicale oblige en outre l'employeur à reconnaître l'association accréditée<sup>170</sup>. Plus encore, un incitatif propre au droit du travail permet de dénouer les inévitables impasses en cours de négociations, soit la possibilité de recourir à des moyens de pression économique comme la grève. Cette possibilité de suspendre l'exécution du contrat de travail lors d'un conflit est de toute évidence nécessaire pour que l'obligation de négocier de bonne foi puisse être effective<sup>171</sup>, à moins qu'un autre mécanisme de règlement des différends soit prévu par la loi.

Dans l'arrêt *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*<sup>172</sup>, la Cour suprême du Canada vient de reconnaître, pour la première fois, le caractère constitutionnel du droit de grève! Il s'agit là d'un tournant majeur dans l'interprétation de la liberté d'association garantie par les chartes. Pour les travailleurs agricoles de l'Ontario, l'occasion est belle de

---

présume pas la bonne foi de l'employeur. C'est à lui de démontrer qu'il a congédié le salarié pour une autre cause juste et suffisante. En effet, il est beaucoup plus facile pour l'employeur de faire cette preuve que pour le salarié de démontrer la mauvaise foi dans les motifs justifiant son congédiement. Voir: Fernand MORIN, *Les présupposés de la règle de droit. Essai sur le non-dit du droit*, Montréal, Éditions Liber, 2006, p. 89.

<sup>168</sup> M. COUTU, L. LEA FONTAINE, G. MARCEAU et U. COIQUAUD, préc., note 165, p. 556 à 570.

<sup>169</sup> Au Québec, l'article 114 du *Code du travail*, préc., note 20, prévoit un tel recours devant la Commission des relations du travail.

<sup>170</sup> Voir à cet égard: *Bernard c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 13, [2014] 1 R.C.S. 227, par. 21.

<sup>171</sup> Dans l'affaire *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156, par. 23 et 24, la Cour suprême qualifie ces règles de « principes fondamentaux du droit du travail moderne. » Elle ajoute que: « La négociation de bonne foi est le principal moteur de la paix industrielle et de l'efficacité économique. Cependant, il arrive que des négociations cessent et que des conflits menacent la paix dans les relations du travail. On a alors accepté que, le cas échéant, les syndicats et les employeurs puissent légitimement exercer, dans une certaine mesure, des pressions économiques les uns sur les autres en vue de résoudre le différend qui les oppose. » Voir aussi *Alberta c. TUAC*, préc., note 41, ainsi que M. COUTU, L. LEA FONTAINE, G. MARCEAU et U. COIQUAUD, préc., note 165, p. 193 et 194.

<sup>172</sup> Préc., note 41.

relancer le dialogue quant à leur situation<sup>173</sup>. À la suite des affaires *Police montée* et *Saskatchewan*, ceux-ci ont en effet de bonnes raisons de penser que l'arrêt *Fraser* pourrait demeurer un simple cas d'espèce<sup>174</sup>.

Dans cette affaire *Saskatchewan*, la juge Abella, qui rédige l'opinion majoritaire, écrit que :

« Le droit de grève n'est pas seulement dérivé de la négociation collective, il en constitue une composante indispensable. Le temps me paraît venu de le consacrer constitutionnellement. »<sup>175</sup>

La loi provinciale sur les services essentiels contestée dans cette affaire<sup>176</sup>, qui interdisait le recours à la grève à certains salariés désignés unilatéralement par le gouvernement, est jugée contraire à l'alinéa 2*d*) parce qu'elle entrave substantiellement le droit à un processus véritable de négociation collective pour les employés du secteur public. Cette atteinte à la liberté d'association devait donc être justifiée en vertu de l'article premier de la Charte<sup>177</sup>, ce qui n'a pas été démontré notamment parce que la loi ne prévoyait aucun mécanisme de rechange permettant de mettre fin à l'impasse des négociations<sup>178</sup>.

En dissidence, les juges Rothstein et Wagner qualifient cette reconnaissance constitutionnelle du droit de grève de « parti pris politique » qui « favorise les intérêts des salariés au détriment de ceux des employeurs, voire du public »<sup>179</sup>, ce qui aurait pour effet de bouleverser l'équilibre établi par le législateur dans les relations de travail. Ils en appellent ainsi à la déférence et la retenue judiciaire.

Cet argumentaire fait abstraction du fait qu'en l'absence de droit de grève, la balance du pouvoir dans l'entreprise pèse largement en faveur de

<sup>173</sup> Leur régime de relation de travail ne prévoit en effet aucun droit de grève. Voir la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, préc., note 110.

<sup>174</sup> Dans l'affaire *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, préc., note 41, par. 1, la juge Abella affirme même, au nom de la majorité, que la portée du droit à la négociation collective s'était accru avec l'arrêt *Ontario (Procureur Général) c. Fraser*, préc., note 67, ce qui est loin de correspondre à la lecture que les auteurs avaient fait de cet arrêt.

<sup>175</sup> *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, préc., note 41, par. 3 [nos soulignements].

<sup>176</sup> *The Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2.

<sup>177</sup> *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, préc., note 41, par. 78.

<sup>178</sup> *Id.*, par. 93.

<sup>179</sup> *Id.*, par. 125 (j. Rothstein et Wagner, dissidents).

l'employeur<sup>180</sup>. Mais il y a plus. Dans l'arrêt *Cabiakman*<sup>181</sup>, la Cour suprême enseigne qu'un employeur dispose d'un pouvoir implicite de suspendre l'exécution de la prestation de travail d'un salarié lorsqu'une telle suspension est nécessaire pour protéger ses intérêts légitimes. Pourtant, aucun texte législatif ne prévoit un tel pouvoir de suspension. Pour étayer sa conclusion, la Cour explique que le contrat de travail produit des effets qui s'écartent parfois de la théorie générale du droit des obligations en raison de son caractère *sui generis*<sup>182</sup>. Puis elle ajoute que :

« Ce particularisme du contrat de travail se manifeste d'ailleurs dans la pratique des rapports de travail collectifs ou individuels. Celle-ci tend en effet à confirmer que certaines interruptions des prestations prévues dans le cadre d'une relation du travail ne mettent pas nécessairement fin à celle-ci. Certaines pratiques courantes en milieu de travail, telles les mises à pied pour des raisons économiques de même que l'absence pour cause de maladie ou d'accident, ou, dans un contexte de rapports collectifs du travail, la grève ou le lock-out, constituent diverses formes de suspension de l'exécution du contrat de travail reconnues et acceptées depuis longtemps. »<sup>183</sup>

Il faut conclure de ces propos que la possibilité de suspendre l'exécution du contrat lors d'un conflit de travail constitue une composante inhérente du droit des rapports collectifs de travail<sup>184</sup>. Il s'ensuit qu'une loi qui énonce que l'exercice du droit de grève n'est permis qu'à l'intérieur d'une période prédéterminée, comme c'est le cas dans le modèle *Wagner*<sup>185</sup>, ne constitue pas la source de ce droit. Elle vient plutôt limiter l'exercice d'une liberté de grève préexistante<sup>186</sup>. Une telle interprétation a l'avantage

<sup>180</sup> Puisque « le pouvoir des travailleurs de cesser le travail équivaut à celui de la direction de cesser la production, de la réorienter, de la déplacer » : Otto KAHN-FREUND et Bob HEPPLE, *Laws Against Strikes*, London, Fabian Society, 1972, p. 8, cité et traduit par la juge Abella dans *Id.*, par. 3.

<sup>181</sup> *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, 2004 CSC 55, [2004] 3 R.C.S. 195. À noter que cette décision a été rendue en vertu du droit du travail québécois.

<sup>182</sup> *Id.*, par. 34 à 36.

<sup>183</sup> *Id.*, par. 37 [nos soulèvements].

<sup>184</sup> Dans l'arrêt *Alberta c. TUAC*, préc., note 41, par. 35, la Cour suprême affirme que les « syndicats canadiens recourent aux grèves et aux lignes de piquetage pour exercer des pressions économiques et négocier avec les employeurs depuis plus d'un siècle », ce qui constitue « un outil d'une valeur inestimable dans l'arsenal économique des travailleurs au cours des négociations collectives ».

<sup>185</sup> *Code du travail*, préc., note 18, art. 58 et 106.

<sup>186</sup> C'est aussi l'opinion du regretté professeur émérite P. VERGE, préc., note 40, opinion finalement avalisée par la Cour suprême dans *Saskatchewan Federation of Labour*

d'harmoniser le droit des rapports collectifs de travail avec les valeurs de la Charte tout en consolidant certaines prérogatives de l'employeur qui, sans bénéficier d'un statut constitutionnel, demeurent inhérentes à la relation de travail. Elle a en outre le mérite de s'inscrire dans le respect des obligations internationales du Canada en matière de liberté syndicale<sup>187</sup>. En somme, une loi peut encadrer le droit de grève, certes, mais la limitation qu'elle y apporte constitue *a priori* une atteinte à la liberté d'association qui nécessite une justification raisonnable. C'est pourquoi la présence de mécanismes de rechange permettant de régler les différends en cours de négociation, tel l'arbitrage, doit être considérée dans le cadre de l'analyse fondée sur la disposition justificative<sup>188</sup>. Ainsi, de tels mécanismes n'apportent pas de limites intrinsèques à la garantie de liberté d'association, mais ils peuvent permettre de restreindre le droit de grève d'une manière qui soit raisonnable et justifiée.

Cela étant, les arrêts *Police montée*, *Meredith* et *Saskatchewan* forment une « nouvelle trilogie des relations de travail », qui met résolument au rancart l'interprétation restrictive de la trilogie de 1987. D'une part, l'arrêt *Police montée*, tout en dissipant les ambiguïtés engendrées par l'arrêt *Fraser*, consolide les principes établis dans l'arrêt *Health Services* qui ont élevé le droit à la négociation collective au rang de droit constitutionnel. D'autre part, l'arrêt *Saskatchewan* contribue à maintenir un meilleur équilibre des forces entre les parties en cours de négociation en permettant aux travailleurs d'exercer une influence véritable sur leurs conditions de travail, s'il le faut en recourant à la grève. Cependant, l'arrêt *Meredith* nous rappelle que le droit constitutionnel de négocier collectivement demeure un droit à portée limitée. Malgré tout, jamais les assises constitutionnelles du dialogue social au Canada n'ont été aussi consistantes. Voilà qui devrait faire jaser !

---

c. *Saskatchewan*, préc., note 41, par. 44 : le modèle *Wagner* « garantit aux travailleurs le droit de négocier collectivement *en contrepartie de la limitation de leur liberté de grève* » [nos italiques], citant JUDY FUDGE et ERIC TUCKER, « The Freedom to Strike in Canada: A Brief Legal History », (2009-10) 15 *C.L.E.L.J.* 333, 350.

<sup>187</sup> Selon les principes établis par le CLS et la CEACR. Voir : *Supra*, note 39. Voir aussi la conclusion de M. CHOKO, préc., note 26, ainsi que l'article 8 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, auquel le Canada a adhéré en 1976, et l'article 45 de la *Charte de l'Organisation des États américains*, R.T. Can. 1990 n° 23, signée et ratifiée par le Canada en 1990.

<sup>188</sup> *Saskatchewan*, préc., note 172, par. 60.