

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

École de relations industrielles
Faculté des arts et sciences

La constitutionnalisation du droit de négociation collective:
ses effets sur les régimes législatifs de représentation collective

par
Annick Desjardins

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
pour l'obtention du grade de
M.Sc. en Relations industrielles

28 mai 2013

© Annick Desjardins, 2013

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Faculté des études supérieures et postdoctorales

Ce mémoire intitulé :

La constitutionnalisation du droit de négociation collective:
ses effets sur les régimes législatifs de représentation collective

Présenté par :
Annick Desjardins

A été évalué par un jury composé de :

Philippe Barré
Président-rapporteur

Michel Coutu
Directeur de recherche

Guyline Vallée
Membre du jury

Résumé

Dans un important arrêt rendu en 2007 dans l'affaire *Health Services and Support*, la Cour suprême du Canada a reconnu pour la première fois que la liberté d'association énoncée à la *Charte canadienne des droits et libertés* protégeait la «capacité des syndiqués d'engager des négociations collectives sur des problèmes reliés au milieu de travail». Pour conclure ainsi, la Cour trouve appui dans le droit international du travail. Avec cette décision, la Cour renverse sa position établie une vingtaine d'années plus tôt voulant que la négociation collective ne soit pas une activité bénéficiant d'une protection à titre de droit fondamental. Suite à ce changement de paradigme, nombre d'auteurs ont été d'avis que la constitutionnalisation du droit de négociation collective pourrait avoir des effets sur la validité de différentes mesures législatives et sur l'interprétation des lois encadrant les régimes de relations de travail. De plus, la négociation collective étant historiquement indissociable de la grève, il y avait tout lieu de croire que la protection de la *Charte* pourrait être étendue au droit de grève. Par la suite, en 2011, la Cour suprême a rendu la décision *Fraser* portant sur l'accès à un régime de représentation collective, précisant la portée du droit de négociation collective tel qu'envisagé dans *Health Services*.

Le présent mémoire recense la jurisprudence qui a abordé la protection constitutionnelle de la négociation collective en droit public canadien et en droit privé québécois depuis l'arrêt *Health Services* afin d'identifier ses effets sur la validité des restrictions au droit de grève, sur la validité des restrictions au contenu des négociations et sur l'imposition de conditions de travail, sur la validité des exclusions de certaines catégories de travailleurs des régimes de représentation collective, et sur l'interprétation des dispositions de ces régimes. Les résultats de la recherche nous permettent de conclure que la constitutionnalisation du droit de négociation collective a engendré un certain volume de contestations de la part d'organisations syndicales. Ces procédures ont porté fruit dans des situations où l'atteinte aux droits était similaire aux précédents de la Cour suprême ainsi que dans un cas lié au droit de grève. Les effets plus vastes envisagés dans la recension de la littérature ne se sont pas matérialisés. Par ailleurs, nos résultats en droit privé indiquent que la constitutionnalisation du droit de grève n'a pas eu d'impact sur l'interprétation des régimes de relations industrielles. Enfin, le recours ou non au droit international par les tribunaux n'a pas d'effet sur nos résultats.

Mots clés

1. Liberté d'association
2. Négociation collective
3. Grève
4. Droit constitutionnel
5. Droits de la personne
6. Droit international du travail

Abstract

In 2007, the Supreme Court of Canada issued an important decision in the case *Health Services and Support*, as it recognised for the first time that the guarantee of freedom of association under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protects the capacity of members of labour unions to engage in collective bargaining on workplace issues. The Court finds support in international labour law in order to come to this conclusion. With this decision, the Supreme Court overturns its position established some twenty years before that collective bargaining does not benefit from the protection of the Charter as a fundamental right. This paradigm change led many authors to comment that the shift would probably lead to the constitutional invalidity of a number of legislative measures and would affect the interpretation of labour law regimes. Furthermore, collective bargaining being historically interrelated with strikes, it would be logical that *Charter* protection be extended to the right to strike. Later on, in 2011, the Supreme Court issued a decision in the *Fraser* case on the right to access a labour relations regime, shedding light on the ambit of the constitutional guarantee.

This research surveys case law that dealt with the constitutional protection of collective bargaining after *Health Services* in order to assess its influence on the validity of restrictions on the right to strike, on the validity of restrictions on bargaining and the imposition of working conditions, on the validity of exclusions of certain categories of workers from labour relations legal regimes and on their interpretation. Our results show that the constitutionalization of the right to bargain collectively has led to a certain volume of legal challenges by labour unions, which were successful in instances where the infringement on bargaining rights were similar to the Supreme Court precedents as well as one case related to the right to strike. The larger influence as foreseen in our literature review did not materialize. The constitutionalization of collective bargaining has had no effect on the interpretation of labour law regimes in private law. Finally, the use of international labour law has no measurable effect on our results.

Keywords

1. Freedom of association
2. Collective bargaining
3. Strike
4. Constitutional law
5. Human Rights
6. International labour law

TABLE DES MATIÈRES

Liste des schémas et tableaux	iv
Liste des sigles	iv
Introduction	1
I- Contextualisation	3
1. Le <i>Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)</i> (la trilogie de 1987)	3
2. L'affaire <i>Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest</i> (1990)	4
3. L'affaire <i>Dunmore c. Ontario (Procureur général)</i> (2001)	5
II- Les arrêts <i>Health Services</i> et <i>Fraser</i>	7
1. Les faits de l'affaire <i>Health Services</i>	7
2. Les motifs de la Cour suprême dans l'arrêt <i>Health Services</i>	9
2.1 Réexamen de la jurisprudence antérieure	9
2.2 Portée de la protection du droit de négocier collectivement	12
2.3 Raffinement du critère	14
2.4 Application à l'espèce	16
3. Les faits de l'arrêt <i>Fraser</i>	17
4. Les motifs de la Cour suprême dans l'arrêt <i>Fraser</i>	20
4.1 Examen des principes de base de l'arrêt <i>Health Services</i>	22
4.2 Réponse aux opinions des juges minoritaires	23
4.3 Application des principes de <i>Health Services</i> à l'espèce	28
III- Revue de littérature	33
1. Analyse des arrêts <i>Health Services</i> et <i>Fraser</i>	33
1.1 Revirement jurisprudentiel	33
1.2 Portée de la protection constitutionnelle du droit de négociation collective	37
1.3 Obligation corollaire de négocier de bonne foi	38
1.4 Utilisation du droit international	40
1.5 Constitutionnalisation du modèle législatif issu du <i>Wagner Act</i>	44
2. Les stratégies de contestation judiciaire	49
3. Les impacts des arrêts <i>Health Services</i> et <i>Fraser</i>	53
3.1 Impacts en droit privé: particularité du Québec	53
3.2 Impacts en droit public	55
3.2.1 Droit de grève	55
3.2.2 Accès à un régime de protection et d'encadrement	57
3.2.3 Imposition de conditions de travail par l'État et l'exclusion de certaines matières de la négociation collective	60
IV. Énoncé de la problématique	62
V. Questions de recherche	64
VII. Le modèle d'analyse	65
1. Le modèle conceptuel	65
1.1 La variable indépendante	65
1.2 Les variables dépendantes	66
1.2.1 Variables dépendantes en droit public	66
1.2.1.1 Le concept de validité constitutionnelle	66

1.2.1.2 Les restrictions au droit de grève	68
1.2.1.3 Les exclusions des régimes législatifs de représentation collective	69
1.2.1.4 Les interventions législatives relatives au contenu de la négociation	69
1.2.2. Variables dépendantes en droit privé	70
1.2.2.1 L'interprétation de la portée de l'obligation de négociier de bonne foi	70
1.2.2.2 L'interprétation des protections contre l'ingérence dans la représentation	71
1.3 La variable modératrice: le recours au droit international du travail	72
2. Les propositions de recherche	73
2.1 Les propositions en droit public	73
2.2 Les propositions en droit privé	74
2.3 Le recours au droit international	74
3. Le modèle opératoire	76
VIII- Le plan d'observation	78
1. La cueillette de données et l'échantillonnage	78
1.1 Grille d'observation - droit public	79
1.2 Grille d'observation - droit privé	80
2. La validité	81
IX- Résultats	82
1. Aperçu des décisions répertoriées	82
2. L'invalidité des restrictions au droit de grève : proposition P1	84
2.1 <i>Saskatchewan Federation of Labour et al. v. Saskatchewan</i>	85
2.1.1 Les dispositions législatives en cause	85
2.1.2 La décision de la Cour sur la portée de la liberté d'association	86
2.1.3 La conclusion de la Cour sur l'atteinte à la liberté d'association	88
2.1.4 La justification dans une société libre et démocratique	88
2.1.5 L'utilisation du droit international	89
2.2 Analyse des résultats sur le droit de grève	91
3. Invalidité des exclusions des régimes de représentation: proposition P2	93
3.1 <i>Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)</i>	95
3.1.1 Les dispositions législatives en cause	96
3.1.2 La décision de la Cour sur l'atteinte à la liberté d'association	97
3.1.3 La décision de la Cour sur l'atteinte au droit à l'égalité	101
3.1.4 La justification dans une société libre et démocratique	102
3.1.5 L'utilisation du droit international	102
3.1.6 Les conclusions	104
3.2 <i>Syndicat canadien de la fonction publique c. Nouveau-Brunswick</i>	104
3.2.1 Les dispositions législatives en cause	105
3.2.2 La décision de la Cour sur l'atteinte à la liberté d'association	106
3.2.3 La justification dans une société libre et démocratique	107
3.2.4 L'utilisation du droit international	107
3.2.5 Les conclusions	107
3.3 <i>Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. L'Écuyer et Locas</i>	108
3.3.1 Les dispositions législatives en cause	108
3.3.2 La décision de la Commission sur l'atteinte à la liberté d'association	109
3.3.3 La justification dans une société libre et démocratique	112
3.3.4 L'utilisation du droit international	113
3.3.5 Les conclusions	113
3.4 <i>Société des casinos du Québec c. Cloutier</i>	114
3.4.1 Les dispositions législatives en cause	114
3.4.2 La décision de la Commission des relations du travail sur sa propre compétence	115
3.4.3 La décision de la Cour supérieure sur la compétence de la CRT	115

3.4.4 L'utilisation du droit international	119
3.5 <i>Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)</i>	119
3.5.1 Les dispositions législatives en cause	120
3.5.2 La décision de la Cour sur la portée du droit de négociation collective	121
3.5.3 L'utilisation du droit international	124
3.5.4 Les conclusions	125
3.6 Autres décisions pertinentes à l'analyse de la proposition P2	125
3.6.1 Canadian Union of Public Employees, locals 189, 408, 3197, 3421, 3671 et al. –and Alberta Health Services et al.	126
3.6.2 Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan	128
3.6.3 Procureur général du Québec c. Confédération des syndicats nationaux et al.	129
3.6.4 Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 573, SEPB CTC-FTQ et Commission de la construction du Québec	132
3.6.5 Independent Electricity System Operator v. Canadian Union of Skilled Workers	134
3.7 Synthèse et analyse des résultats sur la proposition P2	135
4. Invalidité des restrictions au contenu des négociations et des mesures imposant des conditions de travail : proposition P3	137
4.1 <i>British Columbia Teacher's Federation v. British Columbia</i>	138
4.1.1 Les dispositions législatives en cause	138
4.1.2 Décision de la Cour sur l'atteinte à la liberté d'association	139
4.1.3 La justification dans une société libre et démocratique	142
4.1.4 L'utilisation du droit international	142
4.1.5 Les conclusions	143
4.2 Les contestations de la <i>Loi sur le contrôle des dépenses</i> de 2009	143
4.2.1 Meredith (membres de la GRC) c. Procureur général du Canada	144
4.2.2 Federal Government Dockyard Trades and Labour Council v. The Attorney General	147
4.2.3 Association des réalisateurs et SCFP-675 c. Procureur général du Canada	150
4.2.4 Association of Justice Counsel c. Canada (Attorney General)	153
4.3 Synthèse et analyse des résultats sur la proposition P3	155
5. L'interprétation des dispositions des régimes de représentation en droit privé : propositions P4 et P5	157
5.1 L'arrêt <i>Plourde c. Wal-Mart</i>	159
5.2 L'affaire <i>Laporte c. Institut Philippe-Pinel de Montréal</i>	161
5.3 La décision <i>SGPUM c. Université de Montréal</i>	164
5.4 Autres décisions citant l'arrêt <i>Health Services</i> sur la négociation de bonne foi	165
5.5 Synthèse des résultats sur les propositions P4 et P5	166
Conclusion	167
1. Réponse synthèse aux questions de recherche	167
2. Limites de la recherche	169
3. Discussion	170
4. Pistes de réflexion pour la recherche	174
Bibliographie	178
Annexe A – Liste des décisions répertoriées	182

Liste des schémas et tableaux

Schémas

Schéma 1 – Propositions en droit public.....	75
Schéma 2 – Propositions en droit privé	76

Tableaux

Tableau 1 – Variables : concepts et dimensions.....	73
Tableau 2 – Variables, concepts, dimensions et indicateurs	77
Tableau 3 – Décisions en droit public	82
Tableau 4 – Décisions en droit privé	83
Tableau 5 – Résultat sur la proposition P1	85
Tableau 6 – Sommaire des résultats sur la proposition P2.....	94
Tableau 7 – Sommaire des résultats pertinents à la proposition P2.....	95
Tableau 8 – Sommaire des résultats sur la proposition P3.....	138
Tableau 9 – Sommaire des résultats sur les propositions P4 et P5.....	158
Tableau 10 – Décisions en droit public, avant et après <i>Fraser</i>	170

Liste des sigles

ALRB	Alberta Labour Relations Board
CCQ	Commission de la construction du Québec
CCRI	Conseil canadien des relations industrielles
CLS	Comité de la liberté syndicale de l'OIT
CPE	Centre de la petite enfance
CRT	Commission des relations du travail du Québec
GRC	Gendarmerie royale du Canada
FTQ	Fédération des travailleuses et travailleurs du Québec
IPFPC	Institut professionnel de la fonction publique du Canada
LCD	<i>Loi sur le contrôle des dépenses</i>
LPEA	<i>Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles</i>
LRTA	<i>Loi de 1994 sur les relations de travail dans l'agriculture</i>
LRTFP	<i>Loi sur les relations de travail dans la fonction publique</i>
OIT	Organisation internationale du travail
OLRB	Ontario Labour Relations Board
ONU	Organisation des nations unies
PRRF	Programme des représentants des relations fonctionnelles de la GRC
PSES	<i>Public Service Essential Services Act</i>
RSG	Responsables de services de garde
RI/RTF	Ressources intermédiaires et ressources de type familial
SCFP	Syndicat canadien de la fonction publique
SEPB	Syndicat des employés professionnels et de bureau
SRC	Société Radio-Canada

Introduction

En 2002, le législateur de Colombie-Britannique adopte une loi intitulée *Health and Social Services Delivery Improvement Act*¹ (ci-après «la Loi»), laquelle a pour but, selon le gouvernement, de permettre aux employeurs du secteur de la santé de réorganiser l'administration des effectifs et d'apporter des changements opérationnels afin que les gestionnaires disposent de plus de moyens pour restructurer la prestation des services.

Aucune véritable consultation n'a eu lieu avant que le projet devienne loi; en fait, la loi a été adoptée trois jours après la première lecture devant l'Assemblée législative de Colombie-Britannique. Le gouvernement considérait que le système de santé de la province était en « crise de viabilité » en raison de la croissance des coûts.

Ainsi, la Loi intervenait notamment pour faciliter la sous-traitance en invalidant plusieurs dispositions des conventions collectives en vigueur et en interdisant toute négociation sur certaines questions. Les droits d'ancienneté liés aux transferts, affectations et supplantations dans les lieux de travail étaient modifiés, de même que la portée de la sécurité d'emploi, en vue de permettre la privatisation de services rendus par les salariés de ces secteurs.

Plusieurs organisations syndicales ont contesté la validité constitutionnelle de cette loi au motif qu'elle portait atteinte à la liberté d'association ainsi qu'au droit à l'égalité (articles 2d) et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*). Ces organisations représentaient des employés des secteurs des soins infirmiers, des services auxiliaires et installations, et du secteur des services communautaires de la Colombie-Britannique.

Ce litige a donné lieu à une importante décision de la Cour suprême, laquelle a redéfini la portée de la liberté d'association garantie par l'article 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* : l'arrêt *Health Services and Support*² rendu en juin 2007.

Pour la première fois, la Cour suprême reconnaissait que la liberté d'association au travail englobait le droit de négocier collectivement, et qu'en conséquence, une entrave

¹ S.B.C. 2002, ch. 2.

² *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Association c. Colombie-Britannique*, 8 juin 2007, 2007 SCC 27 (ci-après «*Health Services*»).

substantielle à ce droit pouvait constituer une violation de la garantie constitutionnelle. Pour arriver à cette conclusion, la Cour suprême fit notamment appel à la jurisprudence en droit international du travail pour interpréter la portée de la liberté d'association dans la sphère du travail.

Selon plusieurs auteurs, cet arrêt qui a constitué un revirement jurisprudentiel ou un changement de paradigme, signifiait qu'on devait jeter un nouveau regard sur plusieurs dimensions des interventions étatiques en matière de relations de travail, notamment sur les contours des systèmes de représentation et de négociation collective, sur les limites au droit de grève, ainsi que sur l'imposition de conditions de travail par voie législative³. En effet, compte tenu du fait que les droits et libertés protégés dans la Constitution revêtent un caractère fondamental, les législatures provinciales et fédérale doivent s'assurer que ces droits ne sont pas enfreints par les systèmes de relations industrielles qu'ils mettent en place ou par des interventions ponctuelles relatives aux relations de travail. Par exemple, l'arrêt *Health Services* pouvait être interprété comme signifiant que l'accès des salariés à un régime de représentation et de négociation collective était dorénavant un droit jouissant d'une protection constitutionnelle. De même, l'ingérence de l'État dans la négociation collective pouvait constituer une entrave à la liberté d'association.

Quatre années après la décision rendue dans *Health Services*, un second arrêt de la Cour suprême, l'affaire *Fraser*⁴, sur le droit de négociation collective des travailleurs agricoles en Ontario est venu apporter certaines précisions ou certaines nuances, de sorte qu'on a pu entrevoir que la constitutionnalisation de ce droit aurait des limites qui n'avaient pas été cernées dès le début du changement de paradigme.

Notre question de départ est de savoir quels sont les effets de la redéfinition de la portée de la liberté d'association, survenue en 2007 puis précisée en 2011, sur la validité et l'interprétation des régimes législatifs encadrant la représentation collective des salariés et la négociation, sur le droit de grève et ses limites et sur la validité des interventions législatives dans le contenu de la négociation collective.

³ Voir notamment COUTU, Michel, Laurence-Léa FONTAINE et Georges MARCEAU, «L'arrêt *Health Services and Support* de la Cour suprême du Canada: la constitutionnalisation du régime québécois des relations industrielles?», *Lex Electronica*, vol. 13, no 2 (automne 2008). Ces auteurs ont vu dans l'arrêt *Health Services* un changement paradigmatique, d'une approche libérale fondée sur l'individualisme méthodologique vers une approche sociale tenant compte de la dimension collective de la liberté d'association.

⁴ *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20 (CanLII), [2011] 2 RCS 3.

De plus, nous étudions l'impact de l'utilisation du droit international du travail comme source interprétative, car la jurisprudence des instances internationales du travail reconnaît depuis de nombreuses années que la négociation collective comporte un caractère de droit fondamental et que les États membres de l'Organisation internationale du Travail ont l'obligation d'en faire la promotion et d'en assurer le respect.

I- Contextualisation

Le litige présenté à la Cour suprême dans l'affaire *Health Services* survenait dans un contexte où celle-ci, dans une trilogie d'arrêts rendus en 1987, avait refusé de reconnaître une dimension proprement collective à la liberté d'association, en limitant sa portée aux activités licites d'un individu, exercées collectivement. Autrement dit, la liberté d'association ne protégeait jusque là que l'aspect collectif d'une activité et non l'activité elle-même, de sorte que la liberté appartenait « à l'individu, et non aux groupes formés grâce à son exercice »⁵.

1. Le Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act (Alb.)* (la trilogie de 1987)

Dans cette affaire⁶, la province de l'Alberta avait demandé à la Cour de décider de questions constitutionnelles pouvant se résumer ainsi : les dispositions législatives qui interdisent le recours aux grèves et imposent l'arbitrage obligatoire pour résoudre les impasses dans la négociation collective sont-elles incompatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés*? En second lieu, les dispositions de ces lois se rapportant à l'arbitrage, qui limitent les points qui peuvent y être soumis et qui obligent le tribunal d'arbitrage à tenir compte de certains facteurs quand il rend sa sentence, sont-elles incompatibles avec la Charte? Les lois en cause s'appliquaient aux employés de la fonction publique, aux pompiers, aux employés d'hôpitaux et aux agents de police. Comme deux autres affaires semblables étaient examinées en même temps, le *Renvoi* est généralement connu sous le nom de la « trilogie de 1987 ».

En réponse à ces questions, trois juges de la Cour suprême avaient été d'avis que la garantie constitutionnelle de la liberté d'association ne comprenait pas, dans le cas d'un

⁵ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, note 6, p. 397.

⁶ [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424 ; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460.

syndicat, la garantie du droit de négocier collectivement et du droit de faire la grève. Ils ajoutaient que la notion de liberté d'association devait viser toute une gamme d'associations ou d'organisations de nature politique, religieuse, sociale ou économique ayant des objectifs très variés, de même que les activités qui permettent de poursuivre ces objectifs. C'est dans cette perspective plus large et non simplement en fonction de la réalité d'un syndicat, que l'on devait examiner l'incidence de l'extension de la garantie constitutionnelle au droit d'exercer une certaine activité pour le motif qu'elle est essentielle à l'existence significative de l'association.

Ainsi, la Cour était d'avis que la liberté d'association au sens de la Charte signifiait la liberté d'exercer collectivement des activités garanties à chaque personne. Elle s'entendait aussi de la liberté de s'associer pour exercer les activités qui sont licites lorsqu'elles sont exercées par un seul individu. Cependant, selon la majorité, la liberté d'association ne conférait pas de droits indépendants au groupe, en ce sens que les personnes ne pouvaient pas, simplement en s'associant, conférer au groupe des droits et des libertés plus étendus que ceux que possèdent les individus.

Cette interprétation restrictive de l'article 2d) de la Charte canadienne, détachée de son contexte, a été largement critiquée⁷ et la dissidence fort étoffée du juge Dickson a été maintes fois citée pour appuyer ces critiques.

2. L'affaire *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest* (1990)

Quelques années plus tard, la Cour suprême est de nouveau appelée à se pencher sur la question de savoir si la négociation collective est protégée par la liberté d'association. Cette fois, il s'agit de déterminer si l'accès à un régime de négociation mis en place par le législateur est garanti par la constitution.

Dans cette affaire⁸, l'IPFPC était l'agent négociateur d'infirmières du gouvernement fédéral dans les territoires du Nord-Ouest jusqu'à ce qu'elles deviennent des employées du gouvernement des Territoires. À cause du changement d'employeur, les infirmières

⁷ Voir, parmi les nombreux commentaires : Brunelle, C. et P. Verge, « L'inclusion de la liberté syndicale dans la liberté générale d'association : un pari constitutionnel perdu? », (2003) 82 *R. du B. Can.* 711-755 et les références citées, et tout récemment : Coiquaud, U., « La Loi et l'accès à la syndicalisation de certains travailleurs non salariés vulnérables : une relation pathologique? », *Cahiers de droit*, vol. 48, 65-92; Coutu, M., *Les libertés syndicales dans le secteur public*, coll. Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, 234 p.

⁸ [1990] 2 R.C.S. 367.

ont cessé d'appartenir à l'unité de négociation dont l'IPFPC était l'agent négociateur accrédité et, pour pouvoir être représentées, ont dû devenir membres de la seule association reconnue comme agent négociateur par le législateur. En vertu de la Loi, une association d'employés devait être constituée en personne morale par une loi qui l'habilite à négocier collectivement au nom de ses membres. L'IPFPC a demandé la constitution en personne morale requise afin de représenter ses anciens membres, mais le gouvernement des Territoires a refusé d'adopter la loi nécessaire pour ce faire.

La Cour suprême, se fondant sur les motifs de la trilogie de 1987, a considéré que le fait que l'accréditation d'un syndicat ne reposait pas sur des critères non arbitraires (comme sa représentativité) ne violait pas la liberté d'association. Bien que le monopole créé par la mesure législative empêchait un syndicat représentatif de négocier pour ses membres, la disposition législative ne constituait pas une violation de l'al. 2d) parce que la restriction ne visait pas la constitution ou l'existence de l'association : le monopole créé par la loi n'avait aucun effet sur l'existence de l'association, ni sur la capacité pour une personne d'y adhérer. Puisque la négociation collective n'était pas elle-même protégée par la Constitution, le choix du négociateur en vertu de la loi ne l'était pas non plus.

La Cour a ajouté que puisqu'un gouvernement n'a aucune obligation de négocier en vertu de la common law et puisqu'il peut aussi suspendre une obligation légale de négocier, il ne pouvait y avoir d'obstacle constitutionnel à ce qu'il choisisse de négocier avec un représentant particulier des employés.

3. L'affaire *Dunmore c. Ontario (Procureur général)* (2001)

Près de dix ans plus tard, l'affaire *Dunmore c. Ontario (Procureur général)* (2001)⁹ a permis de franchir un pas vers une interprétation contextuelle de la liberté d'association, alors que la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelle une loi qui faisait en sorte de retirer l'accès au régime législatif de négociation collective aux travailleurs agricoles de l'Ontario.

La législature de l'Ontario avait édicté une loi (la LRTA) en 1994, qui reconnaissait aux travailleurs agricoles le droit de se syndiquer et de négocier collectivement. Avant cette loi, les travailleurs agricoles avaient toujours été exclus du régime légal des relations de

⁹ [2001] 3 R.C.S. 1016.

travail de l'Ontario. Or, en 1995, le législateur ontarien abroge la LRTA dans sa totalité, ce qui a pour effet d'exclure les travailleurs agricoles du régime des relations de travail établi pour l'ensemble des salariés. De plus, la Loi met fin aux droits d'accréditation des syndicats et aux conventions collectives signées en vertu de la LRTA. L'abrogation de la LRTA est alors contestée en raison de l'atteinte aux droits que confèrent l'al. 2d) et le par. 15(1) de la Charte canadienne.

Cette fois, la Cour conclut à une violation de la liberté d'association au motif que l'État avait empêché l'activité en raison de sa nature associative, décourageant ainsi la poursuite collective d'objectifs communs. La Cour reconnaît alors que des individus ne s'associent pas simplement pour la force du nombre, mais aussi parce qu'une collectivité peut incarner des objectifs qui n'existent pas au niveau individuel. Ainsi, partant de cet élargissement de la protection offerte par la *Charte*, la Cour décide qu'en raison des faits propres à cette affaire, la loi contestée porte atteinte à la liberté d'association, principalement au motif de la vulnérabilité des travailleurs en cause. Cette vulnérabilité, dont la preuve avait été faite, commandait une obligation positive de la part de l'État de protéger leur droit par la mise en place d'un régime législatif approprié.

Le juge Bastarache écrit au sujet de la portée de la liberté d'association :

*«16 Comme ces opinions le montrent, l'objet de l'al. 2d) commande une seule question : l'État a-t-il empêché l'activité en raison de sa nature associative, décourageant ainsi la poursuite collective d'objectifs communs? À mon avis, même si le critère à quatre volets applicable à la liberté d'association clarifie cette notion, il ne rend pas compte de toute la gamme d'activités protégées par l'al. 2d). En particulier, il y a des cas où une activité n'est pas visée par les troisième et quatrième règles énoncées par le juge Sopinka dans *IPFPC*, précité, mais où l'État l'interdit néanmoins en raison seulement de sa nature associative. Il s'agit d'activités (1) qui ne sont pas protégées par une autre liberté constitutionnelle, et (2) qui ne peuvent, pour une raison ou une autre, être considérées comme des activités licites d'un individu. Comme le dit le juge en chef Dickson dans le Renvoi relatif à l'Alberta, précité, ces activités peuvent être de nature collective en ce qu'elles ne peuvent être accomplies par une personne seule. De toute évidence, l'interdiction de telles activités doit, dans certains cas, porter atteinte à l'al. 2d) (à la p. 367) :*

Il y a cependant des cas où aucune analogie comportant des individus ne peut être trouvée pour une activité collective ou bien où la comparaison entre des groupes et des individus ne permet pas de saisir l'essence d'une éventuelle violation des droits d'association [. . .] Le facteur primordial demeure la question de savoir si un texte législatif ou un acte administratif

porte atteinte à la liberté des personnes de se joindre à d'autres personnes et de poursuivre avec elles des objectifs communs. L'objectif d'une loi qui a pour effet de la rendre invalide est la tentative d'interdire un comportement collectif en raison de sa nature concertée ou collective. [Je souligne.]

Cet extrait, que la majorité n'a pas rejeté explicitement dans le Renvoi relatif à l'Alberta ou dans IPFPC, reconnaît une différence « qualitative » entre le collectif et l'individuel : les individus ne s'associent pas simplement pour la force du nombre, mais aussi parce qu'une collectivité peut incarner des objectifs qui n'existent pas au niveau individuel. Par exemple, un « point de vue majoritaire » ne peut être exprimé par une seule personne, mais un groupe de personnes peut constituer un mouvement d'opinion et fondre leurs points de vue dans une plate-forme unique. C'est ce qui motive essentiellement l'adhésion à un parti politique, la participation à un recours collectif ou l'accréditation d'un syndicat. J'estime que limiter l'application de l'al. 2d) aux activités qui peuvent être accomplies individuellement viderait de leur sens ces actes fondamentaux. »

La décision *Health Services* survient six ans plus tard et pose directement la question de savoir si la liberté d'association protège le droit de négociation collective. En effet, la Loi n'empêche pas les individus d'appartenir à un syndicat accrédité; ce qui est en cause est l'ingérence de l'État dans le processus de négociation. Dans la prochaine section, nous abordons cet arrêt de façon détaillée, ainsi que la décision subséquente de la Cour suprême dans l'affaire *Fraser*, dans laquelle la portée du droit de négociation collective a été précisée.

II- Les arrêts *Health Services* et *Fraser*

1. Les faits de l'affaire *Health Services*

En introduction, nous avons présenté sommairement les faits ayant donné lieu à l'affaire *Health Services*, soit l'adoption de la loi intitulée *Health and Social Services Delivery Improvement Act*¹⁰ par le législateur de la Colombie-Britannique.

La Cour suprême définit l'objectif de la Loi en faisant référence aux Débats de l'Assemblée législative:

¹⁰ S.B.C. 2002, ch. 2.

«La Loi visait à réduire les coûts et à faciliter la gestion efficiente des effectifs du secteur de la santé. Ne voulant pas diminuer le salaire des travailleurs, le gouvernement a cherché à réaliser ces objectifs au moyen de solutions plus durables. Selon le gouvernement, la Loi voulait particulièrement permettre aux employeurs du secteur de la santé de réorganiser l'administration des effectifs et apporter des changements opérationnels afin que les gestionnaires disposent de plus de moyens pour restructurer la prestation des services.»¹¹

Dans les faits, la Loi intervenait pour faciliter la sous-traitance et le recours au privé en santé en invalidant les dispositions des conventions collectives qui y faisaient obstacle.

Les articles de loi contestés modifiaient aussi les droits liés aux transferts et affectations, au statut des employés contractuels, à la sécurité d'emploi, ainsi que les droits de mise en disponibilité et de supplantation. Ils accordaient aux employeurs du secteur de la santé une grande flexibilité pour réorganiser ou privatiser les services d'une manière que les conventions collectives existantes n'auraient pas autorisée et ce, sans se conformer aux exigences de consultation normalement applicables.

Les conventions collectives en vigueur ont été modifiées sans négociation et les parties ne pouvaient, par entente ultérieure, atténuer les effets de la Loi, ou s'y soustraire.

Quant à la consultation préalable, la Cour note:

«7 Aucune véritable consultation des syndicats n'est intervenue avant que le projet devienne loi. Le gouvernement savait que les syndicats accordaient beaucoup d'importance à certains domaines touchés par le projet de loi 29 et s'est déclaré disposé à consulter. Toutefois, la consultation est restée en fin de compte minimale. Quelques rencontres ont eu lieu entre les représentants des syndicats et ceux du gouvernement sur des questions générales se rattachant aux soins de santé. Celles-ci ne portaient pas spécifiquement sur le projet de loi 29 et les changements qui y étaient proposés. Les représentants syndicaux ont exprimé le désir d'être consultés davantage. Le ministre des Services de santé a téléphoné à un représentant syndical 20 minutes avant la présentation du projet de loi 29 devant l'assemblée législative pour informer le syndicat que le gouvernement déposait un texte de loi touchant à la sécurité d'emploi et à d'autres clauses de conventions collectives existantes. C'est

¹¹ Paragraphe 5 de l'arrêt.

à cela que se résume la consultation des syndicats avant l'adoption de la Loi.»

La Cour suprême de la Colombie-Britannique et la Cour d'appel de cette province ont toutes deux rejeté les contestations constitutionnelles intentées par les syndicats visés. Les deux instances ont décidé, conformément aux décisions antérieures de la Cour suprême, que la *Charte*, en protégeant l'exercice de la liberté d'association, ne protégeait pas le droit de négociation collective.

2. Les motifs de la Cour suprême dans l'arrêt *Health Services*

La décision de la majorité de six juges est rendue par les juges LeBel et McLachlin. La juge Deschamps est dissidente en partie, mais sa dissidence ne remet pas en question l'analyse de la majorité sur la portée de la liberté d'association.

Dans un premier temps, la majorité doit répondre à la question de savoir si la loi contestée viole la liberté d'association protégée par l'article 2d) de la *Charte canadienne*. Pour le déterminer, la Cour doit décider si la liberté d'association protège le droit de négociation collective. En effet, la Loi n'empêche pas les individus d'appartenir à un syndicat; ce qui est en cause est l'ingérence de l'État dans le processus de négociation.

2.1 Réexamen de la jurisprudence antérieure

Ainsi, les juges LeBel et McLachlin expliquent d'abord les raisons pour lesquelles il est nécessaire de réexaminer cette question qui avait été tranchée dans des arrêts antérieurs. Premièrement, l'arrêt *Dunmore*, précité, avait ouvert la porte à ce réexamen en remettant en question le cadre établi dans la trilogie de 1987 voulant que la liberté d'association n'incluait que des activités individuelles exercées collectivement.

Les juges énoncent les principaux motifs qui avaient été avancés au soutien de la thèse de l'exclusion de la négociation collective de la protection de l'al. 2d) de la Charte : 1) les droits de négociation collective et de faire la grève seraient des droits contemporains créés par voie législative et non des libertés fondamentales; 2) la reconnaissance du droit de négocier violerait le principe de retenue judiciaire; 3) la liberté d'association protégerait uniquement les activités individuelles et un individu ne peut négocier

collectivement et 4) l'alinéa 2d) n'aurait pas été conçu pour protéger les objectifs ou les buts d'une association. Ils précisent ensuite en quoi ces motifs ne sont pas valables et procèdent à réexaminer la question, s'autorisant principalement du chemin parcouru dans l'arrêt *Dunmore*.

Dans un premier temps, pour écarter complètement l'argument voulant que la négociation collective serait une création contemporaine du législateur qui n'a pas les caractéristiques d'une liberté fondamentale, les juges rédigeant pour la majorité procèdent à une étude fort intéressante de l'histoire de la négociation collective au Canada. De plus, ils étudient le traitement de la négociation dans le contexte du droit international relatif à la liberté d'association. Enfin, ils s'interrogent à savoir si les valeurs reconnues par la Charte favorisent une interprétation de l'al. 2d) qui engloberait une protection de la négociation collective.

«41 Selon l'intimée, le droit de négociation collective représente simplement l'oeuvre récente du législateur. Cette assertion peut être exacte dans la mesure où on assimile la négociation collective au cadre des droits de représentation et de négociation collective actuellement reconnus dans les codes du travail fédéral et provinciaux. Or, le droit de négociation collective au sens qui lui est donné en l'espèce (c.-à-d. le droit procédural des travailleurs de négocier collectivement leurs conditions de travail) est né avant l'adoption dans les années 1940 du système actuel des relations du travail. L'histoire de la négociation collective au Canada révèle que, bien avant la mise en place des régimes légaux actuels des relations du travail, la négociation collective était reconnue comme un aspect fondamental de la vie de la société canadienne. C'est dans ce contexte qu'on doit examiner la portée de l'al. 2d).»

Ainsi, les juges présentent un aperçu de l'histoire de l'organisation des travailleurs au Canada depuis la fin du 18^e siècle en résumant les trois grandes périodes de son évolution : celle caractérisée par la répression des travailleurs, celle de tolérance envers les organisations ouvrières et la négociation collective et enfin, celle marquée par la reconnaissance et l'encadrement par les législatures de cette activité. La Cour souligne ensuite, quant à la négociation collective à l'ère de la Charte:

«64 Au moment de l'entrée en vigueur de la Charte en 1982, la négociation collective était depuis longtemps implantée au Canada et reconnue comme une partie de la liberté d'association dans le contexte des relations du travail. Le Rapport Woods de 1968 explique ainsi l'importance de la négociation collective dans notre société et le rapport particulier qu'entretient la négociation collective avec la liberté d'association :

Les libertés d'association et d'action collective sont des valeurs fondamentales de la société canadienne et sont à la base du régime actuel de négociation collective. Leur réunion donne aux syndicats la liberté de grouper les travailleurs en association, de négocier avec l'employeur une convention collective et de recourir à des sanctions économiques, et même d'en appeler à l'opinion publique en cas d'impasse. [. . .]

Il faut encourager et assurer la reconnaissance du rôle social de la législation en matière de négociation collective comme instrument de progrès des libertés fondamentales de notre société industrielle. Nous recommandons en conséquence, l'insertion, dans la législation, d'un préambule qui, rompant avec l'allure plutôt neutre de la loi actuelle, dénoterait une attitude positive à l'égard de la négociation collective. (p. 152-153)

(...)

67 *Ce droit canadien de négociation collective bien établi a été reconnu lors des audiences parlementaires qui se sont déroulées avant l'adoption de la Charte. À cette occasion, le ministre suppléant de la Justice, M. Robert Kaplan, a expliqué pourquoi il n'a pas jugé nécessaire un projet d'amendement visant à inclure expressément dans l'al. 2d) la liberté de se syndiquer et de mener des négociations collectives. Ces droits, a-t-il déclaré, étaient déjà implicitement reconnus dans l'expression « liberté d'association » (...)*

En conclusion de cette analyse historique, la Cour écrit qu'on peut à juste titre considérer la protection consacrée à l'al. 2d) de la Charte comme l'aboutissement d'un mouvement historique vers la reconnaissance d'un droit procédural de négocier collectivement.

Ensuite, la Cour étudie les obligations internationales du Canada à l'égard de la liberté syndicale et de la négociation collective sous l'angle d'un outil d'interprétation qui milite en faveur de la reconnaissance du processus de négociation comme partie inhérente à la liberté fondamentale protégée par 2d) :

«71 Pour l'interprétation de l'al. 2d) de la Charte, les textes les plus utiles sont le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 R.T.N.U. 3 (le « PIDESC »), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171 (le « PIDCP ») et la Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 68 R.T.N.U. 17 (la « Convention n° 87 »), adoptée par l'Organisation internationale du Travail (l'« OIT »). Le Canada a entériné ces trois documents, en adhérant au PIDESC et au PIDCP, et en ratifiant la

Convention n° 87 en 1972. Cela signifie que ces documents dégagent non seulement le consensus international, mais aussi des principes que le Canada s'est lui-même engagé à respecter.»

L'examen des instruments internationaux et de la doctrine amène les juges à conclure en bref que les accords internationaux auxquels le Canada est partie reconnaissent que le droit des syndiqués de participer à des négociations collectives bénéficie de la protection constitutionnelle.

En dernier lieu, la majorité examine en quoi le droit de négocier collectivement favorise l'autonomie, la liberté et la dignité humaine en permettant aux travailleurs d'exercer un certain contrôle sur un aspect d'importance majeure de leur vie, à savoir, leurs conditions de travail. Selon la Cour, cette négociation favorise également la réalisation de la valeur d'égalité consacrée par la Charte, de même que la démocratie en milieu de travail. Ainsi, l'interprétation de la protection de 2d) est compatible avec l'ensemble des valeurs reconnues par la Charte, et ses objectifs¹².

2.2 Portée de la protection du droit de négocier collectivement

La Cour débute cette partie de son analyse en écrivant que la portée du droit de négociation collective doit être définie compte tenu de l'arrêt *Dunmore*, où la Cour a souligné que l'al. 2d) vise non seulement les activités individuelles exercées collectivement, mais aussi les activités associatives elles-mêmes. Elle ajoute que dans la perspective internationale, le droit constitutionnel de négocier collectivement vise à « protéger la capacité des travailleurs de participer à des activités associatives et leur capacité d'agir collectivement pour réaliser des objectifs communs concernant des questions liées au milieu de travail et leurs conditions de travail »¹³. Cela signifie, selon la Cour, que les salariés ont le droit de s'unir, de présenter collectivement des demandes à leurs employeurs et de participer à des discussions en vue d'atteindre des objectifs liés au milieu de travail. De plus, ce droit impose une obligation corollaire à l'employeur visé : accepter de rencontrer les employés pour discuter avec eux. Elle ajoute plus loin « de bonne foi ».

Au paragraphe suivant, la Cour glisse dans sa définition de la portée de la protection vers un test à notre avis sans précédent :

¹² Paragraphes 80 à 86 de l'arrêt.

¹³ Paragraphe 89.

*«90 L'alinéa 2d) de la Charte ne protège pas tous les aspects de l'activité associative liée à la négociation collective. Il protège uniquement contre les « entraves substantielles » à l'activité associative, selon le critère élaboré dans *Dunmore* par le juge Bastarache, qui soulevait la question suivante : « l'exclusion des travailleurs agricoles d'un régime légal des relations du travail, sans interdiction expresse ou intentionnelle de l'association, peut-elle constituer une atteinte substantielle à la liberté d'association? » (par. 23). En d'autres termes, il s'agit de déterminer si l'acte de l'État vise ou touche l'activité associative, « décourageant ainsi la poursuite collective d'objectifs communs » (*Dunmore*, par. 16). Il n'est cependant pas nécessaire de démontrer l'intention de porter atteinte au droit d'association lié à la négociation collective pour établir la violation de l'al. 2d) de la Charte. Il suffit que la loi ou l'acte de l'État ait pour effet d'entraver de façon substantielle l'activité de négociation collective, décourageant ainsi la poursuite collective d'objectifs communs. (...))»*

Quoique la Cour parle du «critère élaboré dans *Dunmore*» grâce à la formulation de la question par le juge Bastarache, il ne faut pas perdre de vue que dans cet arrêt, la Cour n'avait pas reconnu que la protection de la liberté d'association englobait la protection de la négociation collective à proprement parler, après une longue analyse justifiant ce constat.

La Cour suprême précise toutefois que l'État doit s'abstenir d'empêcher un syndicat d'exercer une véritable influence sur les conditions de travail par l'entremise d'un processus de négociation collective menée de bonne foi.

Par ailleurs, après avoir fait cet énoncé plus généreux, la Cour note que la protection ne s'étend pas à l'accès à un régime ou un modèle particulier de relations de travail ni une méthode particulière de négociation¹⁴, notamment parce qu'on ne peut prédire si le modèle actuel sera celui qui prévaudra dans l'avenir. Elle poursuit ensuite en restreignant encore davantage la portée de la protection :

«92 Pour qu'il s'agisse d'une atteinte substantielle à la liberté d'association, l'intention ou l'effet doit sérieusement compromettre l'activité des travailleurs qui consiste à se regrouper en vue de réaliser des objectifs communs, c'est-à-dire négocier des conditions de travail et des modalités d'emploi avec leur employeur, une activité qualifiée de négociation collective. »

¹⁴ Paragraphe 91.

2.3 Raffinement du critère

Après avoir offert une tentative de définition de la portée de la protection offerte par la Charte à la négociation collective, les juges McLachlin et LeBel terminent en proposant d'examiner deux questions : d'abord, l'importance que les aspects touchés revêtent pour le processus de négociation collective; ensuite, l'impact de la mesure sur le droit collectif à une consultation et à une négociation de bonne foi.

Nous le verrons plus loin, la première question amène la Cour dans un exercice fastidieux de découpage des mesures législatives pour mesurer l'importance de chacun des éléments pour le processus de négociation, en vue de déterminer s'il y a atteinte ou non à 2d) dans chaque cas. Il nous apparaît que dans ce dossier, l'objet de la Loi dans son ensemble, de même que le processus d'adoption de la Loi sans consultation, aurait suffi pour déclarer toute la pièce législative inconstitutionnelle et renvoyer le législateur-employeur à ses devoirs de consultation et de négociation de bonne foi.

Quoiqu'il en soit, voyons les indices qu'offre la Cour pour aider à comprendre son nouvel enlignement :

«95 Dans le cadre du premier examen, il convient essentiellement de déterminer si l'objet d'une négociation collective particulière est d'importance telle que l'ingérence dans la négociation de cette question nuirait à la capacité des syndicats de poursuivre collectivement des objectifs communs. Il peut être utile de préciser pourquoi l'importance de la question faisant l'objet de la négociation doit être prise en compte lors de cette vérification. Comme nous l'avons déjà dit, pour conclure à une violation de l'al. 2d) il faut notamment que l'État ait « empêché l'activité en raison de sa nature associative, décourageant ainsi la poursuite collective d'objectifs communs » (Dunmore, par. 16; soulignement supprimé). L'ingérence dans la négociation collective des sujets de moindre importance pour le syndicat et pour le maintien de sa capacité de poursuivre collectivement des objectifs communs peut avoir un certain degré d'importance pour les travailleurs. Toutefois, il reste plus probable que l'interférence dans la négociation collective de ces sujets de moindre importance ne découragerait pas véritablement les syndiqués d'unir leurs efforts et de poursuivre collectivement des objectifs communs. Par conséquent, lorsque le sujet de la négociation porte moins à conséquence pour le syndicat, l'atteinte au droit à un processus de négociation collective prévu par l'al. 2d) devient moins probable. L'importance qu'un sujet revêt pour le syndicat et ses membres ne possède pas de caractère déterminant en soi, mais elle influera sur la réponse que recevra la « seule question » à laquelle il faut répondre selon Dunmore, dans le contexte particulier de la négociation collective : l'ingérence dans la négociation collective d'un

certain sujet nuit-elle à la capacité des syndiqués d'unir leurs efforts et de poursuivre des objectifs communs? Plus le sujet de la négociation importe, plus probable deviendra l'existence d'une atteinte substantielle au droit garanti par l'al. 2d). Par contre, moins une question a d'incidences sur la capacité des syndiqués de poursuivre des objectifs communs, moins vraisemblable devient la présence d'une atteinte substantielle au droit de négociation collective prévu à l'al. 2d).»

Au paragraphe suivant, la Cour offre des exemples de sujets qui ne pourraient pas être suffisamment importants pour entraver la capacité de négocier des organisations syndicales, sont : la conception des uniformes, l'aménagement des cafétérias ou l'emplacement et la quantité des espaces de stationnement¹⁵.

La Cour poursuit en abordant l'obligation de négocier de bonne foi, qui se trouve au coeur de la négociation collective, pour mieux cerner la notion, plus ou moins développée plus tôt, « d'ingérence indue » dans le droit de négociation collective. Donc, à partir du paragraphe 98 de la décision, on ne semble plus parler «d'entrave substantielle» mais plutôt «d'ingérence indue». Mais il s'agit probablement de la même notion, exprimée dans un vocabulaire différent, un peu comme lorsque la Cour parlait d'erreur «manifestement déraisonnable» ou d'erreur «clairement irrationnelle» ou «non conforme à la raison»¹⁶.

Les juges de la majorité nous offrent un aperçu de l'obligation de négocier de bonne foi en droit du travail canadien pour réaffirmer qu'il s'agit d'une obligation liée au processus de négociation et non à ses résultats. On tente donc de tracer un parallèle entre cette obligation et celle faite à l'État de ne pas entraver le droit de négocier collectivement protégé par la *Charte*.

Également, la Cour précise au par. 106 que l'obligation de négocier de bonne foi porte sur toutes les conditions de travail à moins que leur objet soit contraire à la loi et que leur inclusion dans une convention soit prohibée. Cette affirmation semble contredire la position énoncée plus haut voulant que les sujets de moindre importance ne puissent être liés à des entraves substantielles.

Enfin, au paragraphe 107, la Cour affirme que pour déterminer si des dispositions législatives empiètent sur le droit collectif à une négociation de bonne foi, il faut tenir

¹⁵ La réglementation du stationnement a pourtant déjà été considérée assez importante pour être susceptible de porter atteinte à l'indépendance de la magistrature: *Bisson c. Québec (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 2581 (C.S.).

¹⁶ Voir, par exemple : *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941.

compte des circonstances de leur adoption. Elle donne l'exemple d'une situation d'urgence qui pourrait être susceptible d'influer sur le contenu et les modalités de l'obligation de négocier de bonne foi. Cet exemple semble relever davantage d'une justification sous l'article premier de la *Charte* que d'une circonstance qui doit faire varier la portée d'une protection constitutionnelle.

«En résumé», dit la Cour :

«...une loi ou un acte gouvernemental qui constitue une ingérence substantielle dans le processus de négociation collective peut contrevenir à l'al. 2d). La question de l'existence d'une atteinte substantielle doit être tranchée selon le contexte de chaque cas d'espèce, compte tenu de l'importance des sujets visés pour l'activité collective et de la manière dont la mesure a été mise en oeuvre. Il se peut que des changements importants apportés dans le cadre d'un processus de négociation menée de bonne foi ne contreviennent pas à l'al. 2d). À l'inverse, il arrivera que des changements à propos de sujets de moindre importance ne portent pas atteinte à l'al. 2d). L'atteinte à l'al. 2d) ne surviendra que dans le cas où seront en cause à la fois un sujet d'importance pour le processus de négociation collective et une mesure imposée sans égard à l'obligation de négocier de bonne foi.» (par. 109)

2.4 Application à l'espèce

Les articles de la Loi encadrant la capacité de l'employeur de réorganiser les services par voie de transferts et déplacements et via la sous-traitance, selon la Cour, constituaient une ingérence dans le processus de négociation collective, soit en mettant de côté les processus de négociation collective antérieurs, soit en compromettant à l'avance l'intégrité des futurs processus de négociation collective sur ce sujet, ou les deux à la fois.

Cependant, les articles 4 et 5 apportaient des modifications relativement mineures aux régimes existants de transfert et de nouvelle affectation des employés et selon les juges McLachlin et LeBel, d'importantes protections subsistaient. Ainsi, même si la Loi retirait désormais ces questions de la table des négociations collectives, la Cour n'y a pas vu une entrave substantielle à la capacité du syndicat d'engager des négociations collectives.

Toutefois, les dispositions concernant la sous-traitance, la mise en disponibilité et la supplantation (al. 9d)) entravaient le droit de négocier collectivement garanti par

l'al. 2d). Ces dispositions portant, selon la Cour, sur des questions d'une grande importance pour la liberté d'association, entravaient de façon substantielle les activités associatives et ne respectaient pas le droit à un processus de négociation collective. L'idée de la situation d'urgence n'a pas été retenue dans ce cas et la Cour a considéré que les mesures adoptées constituaient pratiquement une négation du droit garanti par l'al. 2d) à un processus de consultation et de négociation menée de bonne foi.

Les atteintes identifiées n'étaient pas justifiées en vertu de l'analyse que commande le test de l'arrêt *Oakes*.

On constate que la Cour se livre à un exercice qui fait en sorte qu'elle étudie véritablement le résultat en termes pratiques sur les conditions de travail, plutôt que de s'en tenir à son cadre d'analyse lié à l'obligation de négocier de bonne foi. Elle n'intervient pas au sujet des droits d'ancienneté liés aux transferts et affectations, non pas véritablement parce qu'il ne s'agit pas de sujets d'importance, mais plutôt parce qu'elle est d'avis que des protections importantes demeurent.

Cet arrêt a évidemment été commenté, tant dans sa facture que pour ses effets escomptés. Notre revue de littérature présente les constats émanant des auteurs. Cependant, les commentaires et analyses ont été écrits avant que la Cour suprême ne soit saisie d'une autre affaire portant sur la liberté d'association et le droit de négociation collective, l'affaire *Fraser*. L'impact de la décision *Health Services* a été observé dans un premier temps dans l'affaire *Fraser*, alors que la Cour d'appel de l'Ontario a jugé inconstitutionnelle la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles* au motif qu'elle n'offrait pas les garanties minimales permettant l'exercice du droit de négociation collective aux travailleurs visés¹⁷. Toutefois, la Cour suprême a infirmé cette décision à la fin avril 2011, resserrant les impacts potentiels de l'arrêt *Health Services*. Nous nous attardons maintenant à cette affaire.

3. Les faits de l'arrêt *Fraser*

En 2002, l'Ontario a adopté la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles* (la « LPEA »), qui exclut les travailleurs agricoles de la *Loi sur les relations de travail* (la « LRT »). La LPEA a été adoptée suite à l'arrêt *Dunmore*, dans lequel la Cour suprême avait statué que le texte de loi antérieur contrevenait à l'al. 2d) de la *Charte canadienne*

¹⁷ *Fraser c. Ontario (Attorney General)*, 2008 ONCA 760 (CanLII).

des droits et libertés et l'avait déclaré inconstitutionnel. La nouvelle loi ontarienne reconnaît aux travailleurs agricoles le droit de former une association et d'y adhérer, de participer à ses activités, de se réunir, et de présenter à l'employeur par l'entremise de leur association des observations relatives à leurs conditions d'emploi. En outre, des recours sont prévus en cas de représailles en raison de l'exercice de leurs droits. La LPEA confie à un tribunal – le Tribunal d'appel de l'agriculture, de l'alimentation et des affaires rurales – la fonction d'entendre les litiges relatifs à l'application de la Loi.

Les demandeurs dans l'affaire *Fraser* travaillaient pour une grande champignonnière de type industriel exploitée en Ontario. En 2002, dans la foulée de l'arrêt *Dunmore*, ils avaient joint les Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce (les « TUAC ») pour se syndiquer et au printemps 2003, 70 p. cent des travailleurs de l'entreprise avaient adhéré au syndicat.

L'employeur ayant refusé de reconnaître le syndicat comme représentant des travailleurs, une demande d'accréditation à la Commission des relations de travail de l'Ontario a été déposée sous le régime de la LRT. Les travailleurs ont voté en faveur de l'accréditation à 132 voix contre 45 mais la Commission a suspendu la procédure d'accréditation en attendant l'issue de la contestation constitutionnelle. Le syndicat a tenté d'entreprendre la négociation d'une convention collective avec l'employeur mais ce dernier n'a pas répondu à sa missive. Il a aussi été mis en preuve que les TUAC ont tenté de négocier une convention collective au nom des employés d'une autre entreprise exploitant des serres industrielles. Cet employeur a accepté de recevoir de brèves observations de la part du syndicat, la réunion ayant duré une quinzaine de minutes, durant laquelle l'employeur a nié avoir l'obligation de négocier avec le syndicat et affirmé que la réunion ne devait pas être considérée comme une séance de négociation en vue de la conclusion d'une convention collective.

Ni le syndicat ni les travailleurs n'ont tenté d'exercer les recours prévus dans la LPEA. Ils ont plutôt demandé un jugement déclarant inconstitutionnels l'al. 3b.1) de la LRT — qui exclut l'application de la LRT aux travailleurs agricoles — et la LPEA dans son ensemble.

La Cour supérieure de l'Ontario a entendu la demande des travailleurs avant que l'arrêt *Health Services* ne soit rendu. Estimant que l'al. 2d) ne protégeait pas la négociation collective, la Cour a rejeté la demande au motif que la LPEA satisfaisait minimalement aux exigences découlant de la protection constitutionnelle de la liberté d'association : la Loi confère le pouvoir de former une association (art. 1) et elle protège contre le refus de

l'employeur de donner accès à sa propriété (art. 7), son ingérence dans les activités syndicales (art. 8), la discrimination (art. 9), l'intimidation et la contrainte (art. 10), la modification des conditions de travail pendant le processus d'accréditation (art. 9 et 10), la contrainte de témoins (art. 10) et l'enlèvement d'avis dont l'affichage est exigé par la Commission (art. 10).

La Cour supérieure a été d'avis qu'elle n'avait pas la preuve que les recours prévus à la Loi seraient inefficaces pour assurer la protection de la liberté d'association. Le juge ajoute à cet égard :

«[TRADUCTION] Si pour quelque raison liée à sa compétence, le Tribunal estimait ne pas pouvoir condamner de tels actes, les demandeurs ou d'autres personnes partageant leurs vues et les TUAC auraient vraisemblablement une solide cause d'action à faire valoir en justice à cet égard. Il semble préférable de voir comment le Tribunal s'acquitte de sa tâche dans les faits avant de le déclarer inapte à réprimer de tels abus. Il vaut mieux faire preuve de pragmatisme et laisser sa chance au coureur malgré d'éventuels doutes concernant l'expérience des membres du Tribunal en matière de relations du travail. La procédure qu'établit la LPEA pour saisir le Tribunal n'a pas été suivie, les demandeurs estimant qu'il ne servait à rien de présenter une demande inutile à un tribunal inefficace. À mon avis, cette condamnation était prématurée. Une demande accueillie produit l'un ou l'autre des résultats suivants : faire effectivement avancer les choses ou infliger un « revers » moral à l'employeur fautif ou, s'il s'agit véritablement d'un processus vain, démontrer la nécessité de son resserrement par voie législative.»¹⁸

La Cour d'appel de l'Ontario a été saisie de l'appel et a rendu sa décision après l'arrêt *Health Services*. Les trois juges ont statué que la LPEA rendait essentiellement impossible l'exercice véritable, par les travailleurs agricoles, du droit de négociation collective protégé à l'al. 2d) de la Charte parce qu'elle ne prévoyait pas les mesures de protection qui s'imposent minimalement pour ce faire, à savoir : (1) l'obligation de négocier de bonne foi, (2) la reconnaissance des principes du monopole syndical et du vote majoritaire et (3) un mécanisme permettant de dénouer l'impasse des négociations et de résoudre les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective. La principale difficulté, selon la Cour d'appel, tenait au fait que le syndicat n'était pas en mesure d'obtenir que les employeurs négocient de bonne foi, puisque la loi ne prévoyait pas cette obligation.

¹⁸ Citation reprise au par. 14 de la décision de la Cour suprême.

La Cour d'appel a considéré que le législateur entravait l'exercice du droit plus qu'il n'était nécessaire, même s'il doit tenir compte des contraintes propres à l'agriculture, un secteur d'activité complexe constitué à la fois de fermes familiales et de grandes exploitations industrielles. L'exclusion en bloc des employés agricoles d'un régime de négociation collective ne constituait pas une mesure conçue adéquatement pour atteindre l'objectif de la protection des fermes familiales. La Cour a donc ordonné au gouvernement d'accorder aux travailleurs agricoles une protection suffisante pour qu'ils puissent exercer leur droit de négociation collective, tout en suspendant sa décision pour une période de 12 mois. Elle a aussi rejeté le moyen de discrimination fondé sur l'art. 15 de la Charte.

Ce jugement a été porté devant la Cour suprême qui a accordé l'autorisation d'appel le 2 avril 2009. La décision de la Cour a été rendue deux ans plus tard, soit le 29 avril 2011.

4. Les motifs de la Cour suprême dans l'arrêt *Fraser*

La composition de la Cour suprême, dans l'affaire *Health Services*, est différente de celle de l'affaire *Fraser*, la première ayant été rendue par sept juges et la seconde ayant occupé les neuf juges de la Cour. Les juges Charron et Rothstein exprimaient donc leur opinion sur le droit de négociation collective pour la première fois et entre 2007 et 2011, le juge Bastarache, qui avait écrit les motifs de la majorité dans l'arrêt *Dunmore*, avait été remplacé par le juge Cromwell.

La Cour a entendu une quinzaine d'intervenants et a cité un nombre important d'auteurs d'articles, notamment ceux qui avaient commenté le revirement jurisprudentiel survenu avec l'arrêt *Health Services*.

Dans le cadre de la décision *Health Services*, la juge Deschamps avait signifié son accord avec les motifs des six autres juges en ce qui a trait au cadre d'analyse de la portée de la liberté d'association et du droit de négociation collective (incluant son corollaire, l'obligation de négocier de bonne foi)¹⁹. Elle avait toutefois rédigé des motifs distincts quant à l'application de ce cadre d'analyse aux dispositions législatives concernées, estimant que plusieurs d'entre elles ne constituaient pas une entrave

¹⁹ Paragraphe 170 de l'arrêt *Health Services*.

substantielle au droit de négocier ou pouvaient être justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Dans l'arrêt *Fraser*, la juge Deschamps modifie son opinion sur l'étendue de la liberté d'association. Elle rédige donc des motifs qui lui sont propres, les autres juges présents dans *Health Services* n'ayant pas remis en question leur cadre d'analyse de la même façon. Elle considère que la décision *Health Services* n'a pas pour effet d'étendre aux employeurs l'obligation de négocier de bonne foi. Or, il est manifeste qu'en acceptant le cadre proposé par la majorité dans *Health Services*, la juge Deschamps avait aussi adhéré à cet aspect important de la décision, voulant que le droit de négociation collective emportait, par implication nécessaire, une obligation corollaire faite à l'employeur.

La juge Abella, pour sa part, maintient le cadre d'analyse de l'arrêt *Health Services* et conclut à l'inconstitutionnalité de la LPEA au motif que les protections qu'elle confère sont insuffisantes pour assurer l'exercice véritable du droit de négociation collective. Selon la juge Abella, l'intention du législateur et le texte clair de la Loi démontrent que la LPEA ne protège pas les droits de négociation collective, et n'a jamais eu pour objet de les protéger²⁰.

Les juges Rothstein et Charron, qui n'avaient pas pris part au jugement dans l'affaire *Health Services*, choisissent de remettre en question le fondement même de cette décision. Il s'ensuit une confrontation avec les juges majoritaires (LeBel, McLachlin, Binnie, Fish et Cromwell) qui se voient contraints de défendre les principes établis en 2007 et d'en atténuer les effets potentiels. Ils écrivent, en introduction :

«[18] Vu les thèses opposées qui s'affrontent en l'espèce concernant la garantie de la liberté d'association au travail, il peut se révéler utile d'analyser la jurisprudence et de dégager les principes qui président à l'interprétation de l'al. 2d). En effet, le sort des prétentions des intimés dépend en grande partie de l'interprétation des arrêts Dunmore et Health Services de notre Cour. Il faut essentiellement déterminer si l'al. 2d), bien interprété et appliqué, oblige le législateur ontarien à accorder aux travailleurs agricoles des droits de négociation collective d'un type particulier pour permettre un exercice réel de leur liberté d'association. Pour trancher, nous devons d'abord examiner l'évolution de la jurisprudence de notre Cour dans ce domaine du droit.»

²⁰ Paragraphe 322 de l'arrêt *Fraser*.

4.1 Examen des principes de base de l'arrêt *Health Services*

Pour bien cerner l'incidence de l'arrêt *Health Services*, les juges majoritaires en résumant les éléments essentiels aux paragraphes 34 à 43 de la décision. Ils réitèrent le principe voulant que la protection de la négociation collective comme composante de la liberté d'association implique une obligation corollaire de négocier de bonne foi de la part de l'employeur :

«[43] En résumé, l'arrêt Health Services applique les principes établis dans Dunmore et précise davantage les mesures nécessaires pour éviter d'entraver l'activité associative visant la réalisation d'objectifs liés au travail et de compromettre le droit d'association protégé à l'al. 2d). L'opinion exprimée dans l'arrêt Health Services, selon laquelle l'employeur doit dès lors prendre part de bonne foi à un processus d'examen des observations des employés et d'échange avec les représentants de ces derniers, ne saurait être considérée comme radicale. Il demeure en effet difficile de concevoir qu'une véritable démarche collective visant la réalisation d'objectifs liés au travail ne prévoie pas à tout le moins que l'employeur examine de bonne foi les observations des employés. La protection de la négociation collective au sens entendu dans l'arrêt Health Services constitue tout simplement une condition essentielle à l'exercice véritable de la liberté d'association au travail.»

La Cour rappelle également les conditions essentielles d'un processus de négociation de bonne foi : le droit exige que les parties se rencontrent et qu'elles engagent un véritable dialogue; elles doivent éviter les retards inutiles et faire un effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable²¹. Par contre, le droit n'impose pas de processus particulier; différentes situations peuvent commander différents processus et échéanciers²²; il n'oblige pas les parties à conclure une convention ni ne garantit un mécanisme de règlement des différends²³. La Cour réitère que l'alinéa 2d) de la *Charte* ne protège que le droit à un processus général de négociation collective, et non le droit de revendiquer un modèle particulier de relations de travail ou un mode particulier de négociation²⁴.

À cet égard, les juges majoritaires insistent de nouveau:

«[46] En second lieu, et de manière plus fondamentale, la logique qui

²¹ Citant les paragraphes 98, 100 et 101 de l'arrêt *Health Services*.

²² Paragraphe 107 de l'arrêt *Health Services*.

²³ Paragraphes 102 et 103 de l'arrêt *Health Services*.

²⁴ Paragraphe 91 de l'arrêt *Health Services*.

sous-tend les arrêts Dunmore et Health Services n'admet pas l'idée que l'al. 2d) protège un type particulier de négociation collective. Comme nous l'avons vu précédemment, cet alinéa 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. 2d) protège le droit de négociation collective : voir Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 (« CLA »), où la Cour statue que le droit d'accès à des renseignements gouvernementaux constitue « un droit dérivé qui peut intervenir lorsqu'il constitue une condition qui doit nécessairement être réalisée pour qu'il soit possible de s'exprimer de manière significative sur le fonctionnement du gouvernement » (par. 30). Cependant, aucun type particulier de négociation n'est protégé. La question demeure celle de savoir si la loi ou la mesure gouvernementale contestée rend impossible l'action collective visant la réalisation d'objectifs liés au travail.»

Ce faisant, la majorité campe la question en litige de manière à éviter de devoir décider si l'État a l'obligation de mettre en place un régime ou un mécanisme efficace pour assurer l'exercice réel de la négociation collective.

4.2 Réponse aux opinions des juges minoritaires

Après avoir défini le cadre qui devra servir à l'examen de la législation en cause, les juges majoritaires répondent aux opinions des juges minoritaires. Nous nous attardons à quelques remarques formulées à cette occasion, puisqu'elles serviront sans doute à alimenter les positions respectives des parties dans de futurs litiges constitutionnels.

Tout d'abord, une réponse à la juge Deschamps s'impose: les juges majoritaires considèrent que cette dernière interprète de manière trop restrictive les motifs de la Cour dans *Health Services* lorsqu'elle affirme que les propos sur l'obligation de négocier de bonne foi ne font pas partie du cœur de la décision, mais constituent uniquement des remarques incidentes. Selon la majorité, si tel avait été le cas, la décision dans *Health Services* n'aurait pas été la même: la loi contestée portait atteinte à l'al. 2d), puisqu'elle compromettrait la capacité des travailleurs d'entreprendre une «véritable négociation collective», que les juges majoritaires définissent alors comme une négociation de bonne foi. Ils rappellent qu'ils avaient décidé que:

«[Le] droit à un processus de négociation collective protège non seulement la présentation de revendications collectives, mais aussi le droit des employés de se faire entendre par le canal de consultations et discussions véritables. Ce constat permet d'écarter les arguments de l'intimée selon lesquels la Loi n'entrave pas la négociation collective parce qu'elle n'interdit pas expressément aux employés du secteur de la santé de présenter des revendications collectives. Bien qu'en principe le texte de la Loi n'interdise pas les revendications collectives auprès de l'employeur, le droit de négociation collective ne saurait se limiter à la simple possibilité de présenter des revendications.»²⁵

Après cette mise au point, la majorité s'attarde aux motifs du juge Rothstein, auxquels adhère la juge Charron. Puisque ces derniers considèrent que l'arrêt *Health Services* est erroné et qu'il faut le reléguer aux oubliettes, les juges majoritaires expriment en premier lieu leurs profondes réticences à l'idée de renverser un précédent aussi récent. Ce faisant, ils réfutent également l'argument du juge Rothstein voulant que la décision *Health Services* se démarque nettement de la jurisprudence antérieure de la Cour. Ils font valoir que *Health Services* n'est qu'une application des principes déjà énoncés dans l'arrêt *Dunmore* et que l'arrêt ne rompt pas avec l'état du droit. Nous verrons, dans notre revue de littérature, qu'un consensus se dégagait chez les auteurs qui avaient constaté que l'affaire *Health Services* constituait soit un revirement jurisprudentiel, soit un point tournant dans l'évolution de la jurisprudence sur la liberté d'association. La Cour avait d'ailleurs expliqué, dans *Health Services*, pourquoi elle devait revoir les fondements de ses décisions antérieures²⁶.

De fait, les juges Rothstein et Charron adoptent un point de vue incompatible tant avec l'arrêt *Health Services* qu'avec l'arrêt *Dunmore* puisqu'ils cherchent à restreindre la portée de la liberté d'association à la seule protection de droits individuels exercés collectivement, tel qu'avancé dans la trilogie de 1987. Les juges majoritaires répondent donc à l'ensemble des arguments qu'ils avancent, en regard des droits individuels et collectifs, la thèse voulant que l'article 2d) de la *Charte* confère une liberté et non un droit, et l'argument selon lequel l'arrêt *Health Services* favoriserait une forme particulière d'association qu'ils appellent les «groupements d'employés».

Un autre argument proposé par les juges Rothstein et Charron est le fait que *Health Services* reconnaîtrait une valeur constitutionnelle au contrat en le faisant primer sur la loi. Ils considèrent que pour la Cour, le non-respect d'une convention collective emporte celui de l'al. 2d). Les juges LeBel et McLachlin rétorquent que *Health Services*

²⁵ Paragraphe 114 de l'arrêt *Health Services*, repris au paragraphe 50 de l'arrêt *Fraser*.

²⁶ Paragraphes 22 à 37 de l'arrêt *Health Services*.

n'a jamais comporté une telle conclusion puisque les juges majoritaires dans cet arrêt décident que l'annulation unilatérale de clauses contractuelles importantes dont l'État avait convenu ou dont il avait coordonné la conclusion, de pair avec l'exclusion dans les faits de toute négociation collective ultérieure, compromet l'exercice du droit de s'associer garanti à l'al. 2d), et non qu'un contrat de travail ne peut jamais être modifié par voie législative. Toutefois, la majorité ne développe pas davantage cet aspect qui ne manquera pas d'alimenter des litiges dans l'avenir.

Les juges LeBel et McLachlin poursuivent en répondant aux autres arguments des juges minoritaires: celui selon lequel *Health Services* supprime la déférence des tribunaux envers le législateur est réfuté en disant que la déférence envers le législateur joue non pas dans la définition de la nature et de la portée d'un droit constitutionnel, mais bien dans l'appréciation que permet le cadre d'analyse sous l'article 1, établi dans l'arrêt *Oakes*.

Le juge Rothstein considère que l'arrêt *Health Services* est inapplicable en pratique et ce, pour deux raisons: Premièrement, le droit à la négociation collective qu'impose l'arrêt ne serait applicable en pratique que s'il est étayé par différents éléments du modèle du *Wagner Act*²⁷. Deuxièmement, la distinction entre le processus de négociation de bonne foi et le résultat d'une telle négociation ne tiendrait pas. À ces propositions, la majorité répond que rien ne démontre concrètement que les principes établis dans *Health Services* auraient donné des résultats absurdes ou inadmissibles. Ils ajoutent qu'ils ont reconnu un droit procédural à la négociation, que la procédure influe toujours sur le résultat, mais que tout droit procédural n'est pas inapplicable pour autant. La *Charte* peut protéger la négociation collective, mais non le fruit de ce processus.

Enfin, ils précisent de nouveau qu'il ne revient pas à la Cour de déterminer d'avance le modèle de relations du travail que devrait adopter le législateur: il lui appartient plutôt de déterminer la marge de manoeuvre dont dispose ce dernier, puis de décider si le régime établi satisfait aux exigences.

Pour justifier leur position, les juges minoritaires font état du fait que l'arrêt *Health Services* aurait été fortement critiqué par les auteurs. Nous y revenons d'ailleurs dans notre revue de littérature. À ce constat, les juges de la majorité rétorquent assez efficacement que les précédents invoqués par le juge Rothstein — la Trilogie et *IPFPC* — ont eux aussi été fortement critiqués. Ils ajoutent que l'arrêt *Health Services* a

²⁷ *National Labor Relations Act* (U.S.C. 1935, Title 29).

également été salué par les auteurs, et que certains ont écrit que la Cour n'allait pas assez loin pour protéger les droits fondamentaux des travailleurs.

Un autre commentaire des juges LeBel et McLachlin qui mérite d'être souligné ici est la réponse de la majorité aux arguments du juge Rothstein portant sur l'utilisation du droit international par la Cour dans l'affaire *Health Services*. Selon lui, le droit international ne permet pas de conclure que l'article 2d) de la *Charte* inclut la protection d'un droit à la négociation collective:

«[250] Dans Health Services, la formation majoritaire estime à tort que le droit international permet de conclure au caractère obligatoire de la négociation collective (par. 69 à 79). La Juge en chef et le juge Lebel affirment avec raison que la négociation collective obligatoire ne contrevient pas aux normes internationales (par. 95), mais cela n'est d'aucun secours pour interpréter l'al. 2d). Nombre de points de vue — dont celui voulant que la négociation collective volontaire soit comprise dans la liberté d'association — sont tout aussi conformes, sinon plus, aux normes internationales. Cependant, dans Health Services, les juges majoritaires vont plus loin : les obligations du Canada et les normes internationales permettent davantage de conclure au caractère obligatoire de la négociation collective qu'au caractère volontaire de l'association : (par. 72). En toute déférence, j'estime que le droit international n'étaye pas cette conclusion.»

Il appuie son raisonnement sur le fait que le Canada n'a pas ratifié la convention n° 98 de l'OIT sur la négociation collective:

«[248] D'abord, en analysant la protection de la négociation collective au regard du droit international, la formation majoritaire confond deux conventions distinctes de l'OIT. Le Canada a bien ratifié la Convention n° 87 de l'OIT, mais celle-ci porte sur la liberté d'association sans faire aucunement mention de la négociation collective. Dans l'arrêt Health Services, la majorité cite longuement l'article de B. Gernigon, A. Odero et H. Guido intitulé « Les principes de l'OIT sur la négociation collective » (2000), 139 Rev. int. trav. 37, pour développer sur la portée de la protection conférée à la négociation collective en droit international. Or, dans cet article, les auteurs analysent en fait la portée de la Convention (n° 98) concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective, 96 R.T.N.U. 257 (la « Convention n° 98 »), laquelle porte plus précisément sur la négociation collective. Comme le reconnaissent mes collègues la Juge en chef et le juge Lebel, le Canada n'a pas ratifié la Convention n° 98, de sorte qu'elle ne le soumet à aucune obligation suivant la Constitution de l'OIT : voir l'al. 19(5)e) de la

Constitution de l'Organisation internationale du travail; B. A. Langille, « Can We Rely on the ILO? » (2006-2007), 13 C.L.E.L.J. 273. Il est donc fautif d'interpréter la portée des obligations du Canada sur le fondement de cette convention.»

Il ajoute ensuite que même si le Canada avait ratifié la Convention n° 98 de l'OIT, cela ne permettrait pas de conclure que la liberté d'association englobe le droit de négocier collectivement au sens où ce droit impose une obligation corollaire, faite à l'employeur, de négocier de bonne foi. Le juge Rothstein note que bien que la Convention n° 98 protège le processus de négociation collective, cela s'entend d'un processus « volontaire » fondamentalement distinct de celui que prévoit le modèle du *Wagner Act*. Selon lui, il s'ensuit que le droit international ne prévoit pas l'imposition d'une obligation de négocier de bonne foi.

Les juges majoritaires, pour leur part, expliquent que dans l'arrêt *Health Services*, la majorité de la Cour se penche à la fois sur les engagements actuels du Canada en vertu du droit international, et sur « l'opinion internationale qui prévaut actuellement en matière de droits de la personne »²⁸. Ils réitèrent le fait que les droits constitutionnels doivent être interprétés à la lumière des engagements internationaux des pays en matière de droits de la personne et précisent que la question fondamentale qui se pose alors consiste à rechercher si les obligations internationales du Canada permettent de conclure que la négociation collective bénéficie de la protection constitutionnelle. S'appuyant alors sur la décision du Comité de la liberté syndicale de l'OIT dans le conflit opposant les employés des services de santé de la Colombie-Britannique et le gouvernement de la province (visant le différend à l'origine de l'arrêt *Health Services*), les juges LeBel et McLachlin notent que le comité a conclu que la mesure du gouvernement portait atteinte à la liberté d'association des employés. Le comité avait aussi conclu que l'annulation unilatérale de conventions collectives pouvait saper la confiance des salariés dans la valeur de l'appartenance à un syndicat. Par ailleurs, la majorité souligne que la Commission d'experts de l'OIT avait examiné en 1994 le régime canadien, qui oblige l'employeur à négocier avec un syndicat, et avait relevé que ce type de régime illustre le « principe selon lequel employeurs et syndicats doivent négocier de bonne foi en s'efforçant d'arriver à un accord »²⁹.

En conclusion, les juges majoritaires estiment que l'arrêt *Health Services* prend appui sur les décisions antérieures de la Cour, qu'il est compatible avec les valeurs canadiennes, qu'il respecte les engagements internationaux du Canada et qu'il s'inscrit

²⁸ Paragraphe 92 de l'arrêt *Fraser*.

²⁹ Paragraphe 95 de l'arrêt *Fraser*.

dans la foulée de l'interprétation téléologique et généreuse des autres garanties constitutionnelles, de sorte qu'il n'y a pas lieu de l'écartier. La juge Abella, dans ses motifs dissidents, souscrit entièrement à l'analyse des juges LeBel et McLachlin de l'arrêt *Health Services*, en soulignant que cet arrêt a élargi la portée de l'article 2d) de la *Charte* au-delà du formalisme que lui avait attribué la trilogie de 1987. Elle adhère également à leur critique de la décision du juge Rothstein de revenir, de son propre chef, sur le bien-fondé de cet arrêt sans y être invité par les parties. Sa dissidence porte sur l'application des principes établis dans *Health Services*, puisqu'elle est d'avis que la LPEA ne respecte pas la norme établie dans cet arrêt. Nous y revenons dans la section suivante.

4.3 Application des principes de *Health Services* à l'espèce

Aux paragraphes 98 et 99 de l'arrêt *Fraser*, les juges majoritaires posent ainsi la question en litige dans cette affaire:

«[98] La Cour doit essentiellement se demander si, à l'instar des textes législatifs considérés dans Dunmore, la LPEA rend de fait impossible l'association véritable en vue de réaliser des objectifs liés au travail. Si, considéré sous l'angle de son effet, le processus de la LPEA rend effectivement impossible le règlement de bonne foi des différends liés au travail opposant employés et employeurs, on se trouve devant une restriction du droit d'association véritable garanti à l'al. 2d) de la Charte et la loi est inconstitutionnelle sauf justification au regard de l'article premier de la Charte. Il incombe aux travailleurs agricoles d'établir que la LPEA porte ainsi atteinte à leur droit constitutionnel de s'associer.

[99] Rappelons que le droit d'une association d'employés de présenter des observations à l'employeur et de les voir prises en compte de bonne foi est dérivé de la liberté garantie à l'al. 2d) de la Charte et qu'il est nécessaire à l'exercice véritable du droit de libre association. Il faut alors rechercher si la LPEA prévoit un processus qui satisfait à cette exigence constitutionnelle.»

La Cour campe dès lors l'examen: la Loi doit prévoir un processus qui répond au «droit de présenter des observations à l'employeur et de les voir prises en compte de bonne foi». On peut se demander si la Cour s'éloigne dès lors du contenu de l'obligation de négocier de bonne foi qu'elle avait décrit dans l'arrêt *Health Services* et rappelé sommairement au paragraphe 41 de *Fraser*.

La Cour entreprend l'examen du régime législatif en notant que dans la LPEA, le droit d'une association d'employés de formuler des observations à l'intention de l'employeur est prévu à l'art. 5:

5. (1) Un employeur donne à une association d'employés une occasion raisonnable de présenter des observations au sujet des conditions d'emploi d'un ou de plusieurs de ses membres qui sont employés par cet employeur.

(. . .)

(5) L'association d'employés peut présenter ses observations oralement ou par écrit.

(6) L'employeur écoute les observations qui lui sont présentées oralement et lit celles qui lui sont présentées par écrit.

(7) Si les observations lui sont présentées par écrit, l'employeur informe l'association d'employés par écrit qu'il les a lues.

Pour répondre aux exigences de la reconnaissance d'un véritable droit de négociation collective, cet article sera lu comme imposant une obligation de négocier de bonne foi à l'employeur:

«[101] Les paragraphes 5(6) et (7) revêtent une importance cruciale. Ils disposent que l'employeur écoute les observations présentées oralement et qu'il lit celles formulées par écrit, puis qu'il informe l'association qu'il les a lues. Ils n'exigent pas expressément de l'employeur qu'il examine de bonne foi les revendications de ses employés. Ils ne l'excluent pas non plus. L'obligation lui en est faite implicitement.»

Faisant appel au principe de «présomption de constitutionnalité», les juges LeBel et McLachlin énoncent une règle d'interprétation reprise dans plusieurs décisions depuis l'adoption de la *Charte*³⁰: il faut résoudre toute ambiguïté dans la Loi en tenant compte de la présomption selon laquelle le Parlement et les législatures veulent respecter la *Charte*. Dans le présent cas, cette règle va jusqu'à pousser la majorité à déduire de l'article 5 l'existence d'une obligation implicite, faite à l'employeur, d'examiner de bonne foi les revendications des employés³¹.

³⁰ *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 RCS 1031; *Eldridge c. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Eaton c. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Allsco Building Products Ltd. c. T.U.A.C., section locale 1288P*, [1999] 2 RCS 1136; *R. c. Wust*, 2000 CSC 18, [2000] 1 RCS 455; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 RCS 665; *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 RCS 604.

³¹ Dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 RCS 559 (aux par. 62 et s.), la Cour avait insisté pour limiter l'application de cette règle d'interprétation aux situations «d'ambiguïté véritable» du texte de loi.

Les juges ajoutent que la Loi doit avoir un sens conforme à son objet et que les propos de la ministre de l'Agriculture, au moment de l'adoption de la LPEA, confirment que le législateur voulait que la liberté d'association des travailleurs agricoles ait un sens³². En conséquence, il fallait conclure que les employeurs avaient une obligation de prendre en compte de bonne foi les observations des employés, formulées par leur association en leur nom.

Comment la LPEA assure-t-elle l'efficacité du mécanisme de négociation pour répondre aux impératifs de la liberté d'association? La majorité de la Cour suprême considère qu'il est trop tôt pour faire l'examen de la capacité réelle du régime de garantir l'exercice du droit à la négociation collective:

«[108] Les intimés plaident qu'à ce jour, les faits donnent peu de raisons de croire que le processus établi par la LPEA mènera vraiment à un examen de bonne foi par l'employeur. La preuve révèle que les intimés ont tenté à quelques reprises de négocier collectivement avec leurs employeurs, mais qu'à chaque fois, ces derniers ont fait la sourde oreille ou refusé de négocier plus avant. Les employeurs ont refusé de reconnaître l'association et ils ont soit écarté toute rencontre en vue de négocier avec elle, soit omis de répondre aux demandes des intimés.

[109] La brève histoire de ces tentatives ne saurait établir que la LPEA contrevient à l'al. 2d). En effet, le syndicat n'a pas fait d'efforts significatifs pour faire fonctionner ce nouveau régime. Nous le répétons, correctement interprétée, la LPEA respecte l'al. 2d). En outre, le processus qu'elle prévoit n'a pas été pleinement exploré et mis à l'épreuve. Comme le signale le juge Farley, la LPEA a pour objet l'exercice véritable du droit de s'associer et elle crée un tribunal pour le règlement des différends.»

Selon la Cour, il appartiendra au tribunal d'assurer l'exercice véritable du droit d'association:

«[112] L'article 11 de la LPEA habilite expressément le Tribunal à déterminer s'il y a eu infraction à la Loi et à rendre des ordonnances réparatrices. De plus, le Tribunal pourrait, conformément à son mandat, interpréter téléologiquement ses pouvoirs de façon qu'ils soient efficaces

³² La ministre avait déclaré: «[TRADUCTION] Le gouvernement est informé que la décision de la Cour suprême du Canada dans *Dunmore versus Ontario* l'oblige à accorder une protection légale aux travailleurs agricoles. Il nous faut donc faire en sorte que ces employés jouissent du droit de former des associations et d'y adhérer, ainsi que de la protection voulue pour que leur liberté d'association ait un sens. Le gouvernement de l'Ontario satisfera à ces obligations. (Assemblée législative de l'Ontario, Journal des débats (Hansard), n° 46, 3^e session, 37^e législature, 22 octobre 2002, à la p. 2340, citation reprise au par. 105 de l'arrêt *Fraser*).

et utiles. Les tribunaux du travail jouissent d'une grande latitude pour appliquer leur loi constitutive aux faits particuliers des affaires dont ils sont saisis. »

En bref, la majorité de la Cour refuse d'entreprendre un « dialogue » avec la législature et elle choisit de poser les limites de son intervention de cette façon, en acceptant de faire preuve d'une grande déférence envers les choix du parlement ontarien.

La juge Abella n'est pas d'accord: d'abord, elle se refuse à étirer le sens de l'article 5 au point d'y lire une obligation de négocier de bonne foi de la part de l'employeur. Selon elle, cette obligation ne figure clairement pas dans la Loi et les propos de la ministre de l'Agriculture au moment de son adoption sont sans équivoque:

«[332] Non seulement le texte de la loi est clair, mais son objet l'est également. Le gouvernement n'a pas caché son intention d'exclure la négociation collective. La ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation de l'époque, l'honorable Helen Johns, a confirmé on ne peut plus clairement, lors du dépôt du projet de loi, qu'il ne prévoyait aucun droit à la négociation collective :

[TRADUCTION] Cependant, je dois de préciser une chose. Bien qu'un employé agricole puisse adhérer à une association constituée en syndicat, le projet de loi ne donne pas aux travailleurs agricoles le droit de négociation collective.

(Assemblée législative de l'Ontario, Journal des débats (Hansard), n° 46A, 22 octobre 2002, p. 2339 (je souligne))

Cette affirmation reposait sur l'objectif du gouvernement de se conformer seulement aux droits reconnus dans l'arrêt Dunmore. Or, comme l'a indiqué correctement la ministre, ces droits se limitaient au droit « de s'associer », et n'incluaient pas le « droit de négociation collective » :

[TRADUCTION] Permettez-moi de dire que la Cour suprême a été très claire. Les juges ont reconnu aux travailleurs agricoles de la province entière le droit de s'associer. Ils ne leur ont pas reconnu le droit de négociation collective.

(Assemblée législative de l'Ontario, Journal des débats (Hansard), n° 43A, 16 octobre 2002, p. 2128 (je souligne))»

La juge Abella ajoute que l'arrêt *Health Services* a reconnu que l'al. 2d) de la *Charte* oblige l'État à protéger le processus de négociation collective et que la question déterminante sera donc celle de savoir quelles sont « les garanties jugées essentielles à l'exercice véritable de ce droit. Selon elle, il ne sert à rien de reconnaître un droit en théorie seulement; un droit qui ne peut être exercé concrètement est privé de sens. Or,

la LPEA énonce un droit théorique puisque l'employeur agricole n'est pas tenu de négocier avec l'association qui représente ses employés:

«[341] L'article 11 de la LPEA habilite le Tribunal à accorder une réparation en cas de contravention à la LPEA. Cependant, le refus de participer de bonne foi à un processus de négociation et de faire des efforts raisonnables pour arriver à une convention collective ne constitue pas une contravention à la LPEA. Par conséquent, cette situation n'est pas prévue dans le mandat du Tribunal. Or, sans mandat, pas de compétence et sans compétence, pas de réparation.»

La juge Abella n'ayant pas réussi à rallier ses collègues, il faudra attendre les résultats de la mise en oeuvre du régime de la LPEA pour constater si les travailleurs agricoles ont un droit véritable à la négociation collective.

L'arrêt *Fraser*, malgré les lacunes du raisonnement de la majorité quant à la portée de la LPEA, offre une illustration des effets réels du changement de paradigme opéré dans *Health Services*, puisque la Cour n'accepte pas la position clairement exprimée par la ministre de l'Agriculture voulant que la LPEA n'accorde pas le droit de négociation collective. À cet égard, les juges majoritaires préfèrent écarter l'intention manifeste du législateur pour donner effet à la présomption de constitutionnalité, voulant que le législateur soit présumé vouloir respecter les droits fondamentaux protégés par la *Charte*.

III- Revue de littérature

Dans le cadre de la présente revue de littérature, nous étudierons dans un premier temps l'analyse que les auteurs font de l'arrêt et du raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Health Services*, afin de dégager le changement de paradigme qu'emporte le revirement jurisprudentiel opéré dans cette décision. Nous présenterons également les limites de ce changement identifiées dans la littérature.

Nous verrons ensuite les analyses des auteurs qui entrevoient, par ce changement de paradigme, une recrudescence de l'activisme judiciaire des organisations syndicales, ce qui pose les jalons de notre problématique de recherche: c'est par cette activité de contestation judiciaire que pourront être constatés des effets sur les régimes législatifs de représentation collective.

Enfin, nous étudions les recherches qui se penchent sur les effets potentiels et réels sur les régimes législatifs, que ce soit en droit public ou en droit privé.

1. Analyse des arrêts *Health Services* et *Fraser*

1.1 Revirement jurisprudentiel

Tous les auteurs recensés dans le cadre de la présente revue de littérature s'accordent pour dire que l'arrêt *Health Services* opère un revirement jurisprudentiel en regard de la position antérieure de la Cour suprême sur la liberté d'association.

Fudge³³ qualifie ce revirement jurisprudentiel d'imprévu, d'autant plus que le litige à sa base a trait à la négociation collective dans le secteur de la santé, un contexte donc très chargé politiquement et dans lequel les récentes incursions judiciaires ont été très controversées.

³³ FUDGE, Judy, «The Supreme Court of Canada and the Right to Bargain Collectively: the Implications of the *Health Services and Support* case in Canada and Beyond», (2008) *Industrial Law Journal*, vol. 37, no 1, pp. 25-48 (aux pp. 25-26).

Comme le note Verge³⁴, la Cour suprême renverse sa position établie moins d'une vingtaine d'années auparavant, voulant que l'al. 2d) de la Charte, qui affirme la liberté d'association de chacun, ne protège pas la négociation collective. Selon Verge, affirmer maintenant que la liberté d'association comprend l'activité de négociation collective suppose la mise au rancart des principaux arguments mis de l'avant au soutien du raisonnement antérieur de la Cour. Cette partie du jugement est qualifiée par Verge d'analyse détaillée éminemment pertinente, parce que la faculté de négociation collective ne procède pas d'un droit légiféré contemporain, mais tire plutôt son origine dans l'histoire des relations de travail au Canada et ailleurs.

Morin³⁵ qualifie le revirement jurisprudentiel de «heureux et courageux», mais est plus critique quant à la justification offerte par la Cour. Il note que les juges ne sont guère explicites sur les facteurs qui les incitèrent à en convenir lorsqu'ils écrivent:

«Nous concluons que les motifs avancés dans les arrêts précédents pour exclure les négociations collectives de la protection accordée par la Charte à la liberté d'association ne résistent pas à un examen fondé sur les principes pertinents et qu'ils devraient être écartés»³⁶

Selon Morin, ces «principes» pertinents énoncés sont les mêmes avant comme après 1987, mais qu'il s'agit plutôt d'une lecture maintenant réaliste de la situation socio-politique.

Coutu, Fontaine et Marceau³⁷ écrivent que l'arrêt *Health Services* consacre de façon remarquable un changement de paradigme amorcé en filigrane dans des arrêts antérieurs, notamment dans l'affaire *Dunmore*. Ils ajoutent³⁸ que la Cour suprême estime de manière générale que le point de vue exprimé dans la trilogie par la majorité des juges repose sur une approche insensible à son contexte, contrairement à l'interprétation téléologique donnée à d'autres garanties reconnues par la *Charte*. Ce

³⁴ VERGE, Pierre, «La Cour suprême, le «droit» à la négociation collective et le «droit» de grève», (2006) *Revue du Barreau*, Tome 66, pp. 391-399 (aux pp. 391-392).

³⁵ MORIN, Fernand, «Liberté d'association et rapports collectifs du travail», *Développements récents en droit du travail et en éducation (2007)*, Barreau du Québec, Yvon Blais, 2007, pp. 107-137 (à la p. 130).

³⁶ *Health Services*, par. 22, cité dans Morin, p. 130.

³⁷ COUTU, Michel, Laurence-Léa FONTAINE et Georges MARCEAU, «L'arrêt *Health Services and Support* de la Cour suprême du Canada: la constitutionnalisation du régime québécois des relations industrielles?», *Lex Electronica*, vol. 13, no 2 (automne 2008), p. 11.

³⁸ À la page 13.

commentaire est également fait par Etherington³⁹. La méthode formaliste, qui est rejetée par la Cour, revient à traiter sur un même pied, dans une indifférence totale aux enjeux sociaux et éthiques sous-jacents, une association de salariés ou un club de lecture. Selon la Cour suprême, ce faisant, on perd malheureusement de vue l'importance que présente la négociation collective - par le passé et à l'heure actuelle - pour l'exercice de la liberté d'association dans le cadre des relations du travail⁴⁰.

Morin⁴¹ écrit pour sa part que la Cour suprême redresse son propre tir tout en précisant que cette nouvelle position de la Cour repose sur quatre prémisses:

- a) premièrement, l'examen de la jurisprudence de la Cour sur l'article 2(d) révèle que les raisons invoquées par le passé pour expliquer que le droit à la liberté d'association qui ne s'étendaient pas à la négociation collective ne valent plus;
- b) deuxièmement, une interprétation de l'article 2(d) qui exclut la négociation collective de son champ d'application ne se concilie pas avec le fait que le Canada a toujours reconnu l'importance de ce processus en matière de liberté d'association;
- c) troisièmement, la négociation collective fait partie intégrante de la liberté d'association selon le droit international, qui peut inspirer l'interprétation des garanties reconnues par la Charte;
- d) enfin, interpréter l'article 2(d) comme comprenant le droit de négociation collective s'intègre dans la logique, voire la défense, des autres droits, libertés et valeurs consacrés par la Charte.

Suite à une analyse de même nature, Etherington⁴² fait remarquer que la majorité de la Cour déclare également qu'elle était allée trop loin dans sa retenue sur les politiques relatives au travail («*labour policy*») en raison de son interprétation trop restrictive de la liberté d'association. En conséquence, quoiqu'elle soit toujours d'avis qu'il faut faire preuve de déférence envers le pouvoir législatif et ses choix de politiques, elle ne sera plus encline à une forme d'immunité lorsque les politiques elles-mêmes ne reflètent pas les valeurs de la *Charte*. D'où un changement de paradigme.

³⁹ ETHERINGTON, Brian, «The *B.C. Health Services and Support Decision* - The Constitutionalization of a Right to Bargain Collectively in Canada: Where Did it Come From and Where Will it Lead?», (2009) *Comp. Labor Law & Pol'y Journal*, vol. 30, 715-749 (à la p. 716).

⁴⁰ *Health Services*, par. 30.

⁴¹ MORIN, précité note 35, p. 118.

⁴² ETHERINGTON, précité note 39, page 725

Enfin, Arthurs⁴³ discute de la notion même de «constitutionnalisation» du droit de négociation collective. Il propose comme définition première du concept, le fait d'intégrer dans le droit positif une norme à laquelle aucune législature ni aucun tribunal ne peut déroger, une norme qui consacre un droit susceptible de mise en oeuvre.

Toutefois, selon Arthurs, l'importance d'attribuer une protection constitutionnelle aux droits des salariés n'est pas de les rendre susceptible d'être mis en oeuvre, mais plutôt de faire en sorte que, par leur mise en oeuvre, des changements sociaux et économiques significatifs et positifs surviendront nécessairement dans le système de relations industrielles. Nous y reviendrons, en lien avec les activités de militantisme judiciaire des organisations syndicales.

Dans l'arrêt *Fraser*, les juges majoritaires considèrent que l'arrêt *Health Services* n'a pas véritablement consacré un revirement jurisprudentiel. Ils présentent cette décision comme une application des principes dégagés dans *Dunmore*, voulant qu'un régime législatif qui rend impossible l'exercice véritable du droit de poursuivre des objectifs liés au travail entrave substantiellement les libertés énoncées dans la *Charte*⁴⁴.

Les auteurs qui se sont penché sur la question après l'arrêt *Fraser* réitèrent que *Health Services* a bel et bien marqué un tournant qui n'était pas une simple application des règles préexistantes⁴⁵. Toutefois, si on doit voir les arrêts *Dunmore*, *Health Services* et *Fraser* dans un continuum, alors ce dernier constituerait, selon Fudge⁴⁶, un frein au développement de la protection constitutionnelle du droit de négociation collective. La plupart des commentateurs sont d'avis que l'arrêt *Fraser* pose des limites à la protection constitutionnelle qui n'étaient pas envisagées après la décision *Health Services*. Ces commentaires sont présentés dans les prochaines sections.

⁴³ ARTHURS, Harry, «Constitutionalizing the Right of Workers to Organize, Bargain and Strike: the Sight of One Shoulder Shrugging», (2010) *CLPE Research Paper Series*, vol. 6, no 6, 26/2010, p. 11.

⁴⁴ Aux par. 61 et 62 de l'arrêt *Fraser*.

⁴⁵ Voir FINLAYSON, Josh 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) *McGill Law Journal/Revue de droit de McGill* 57 :2, 351-374.

⁴⁶ FUDGE, Judy, «Introduction : Farm Workers, Collective Bargaining Rights, and the Meaning of Constitutional Protection» dans Faraday et al., eds, *Constitutional Labour Rights in Canada. Farm Workers and the Fraser Case*, Irwin Law, 2012, pp. 1-29.

1.2 Portée de la protection constitutionnelle du droit de négociation collective

Plusieurs auteurs se penchent sur la nouvelle définition de la protection constitutionnelle du droit de négociation collective pour en cerner les contours suivant l'arrêt *Health Services*.

Coutu, Fontaine et Marceau⁴⁷, ainsi que Fudge⁴⁸ et Etherington⁴⁹, qualifient la nouvelle protection de restreinte. Ils expliquent que la Cour se montre très prudente dans son propos, incorporant des limites internes dans l'énoncé du droit constitutionnel à la négociation collective, «*comme si elle s'étonnait elle-même de sa hardiesse dans l'analyse critique de la trilogie et la justification positive de son revirement jurisprudentiel*»⁵⁰. En conséquence, le droit à la négociation collective revêt une portée limitée, en ce sens a) qu'il protège le processus de négociation, mais non des résultats spécifiques ; b) qu'il garantit la participation à un processus général de négociation collective mais non le droit de revendiquer un régime particulier de relations de travail ; c) qu'il n'englobe pas tous les aspects du processus de négociation collective, mais seulement les «entraves substantielles » grevant ce processus. Fudge précise: «*This is a very qualified right indeed*».

Quant à la définition du concept d'«entrave substantielle», les auteurs Coutu, Fontaine et Marceau, de même que Etherington et Fudge, expliquent qu'il convient de se demander si l'acte de l'État touche l'activité associative de manière à décourager la poursuite collective d'objectifs communs. L'évaluation de l'intensité de l'atteinte comporte deux aspects : a) l'aspect *substantif* ou l'importance des aspects touchés; b) l'aspect *procédural* ou l'impact de la mesure sur le droit collectif. Ces deux aspects correspondent ainsi à deux conditions cumulatives : les aspects touchés doivent revêtir une importance particulière pour le processus de négociation collective et, en outre, doivent être sérieusement compromis par les mesures étatiques en cause. Etherington ajoute que la définition n'implique pas la preuve d'une intention d'interférer⁵¹.

À notre avis, l'arrêt *Fraser* n'entraîne pas de modification à ce cadre. La majorité des juges de la Cour suprême réitère d'ailleurs que l'analyse de l'intervention législative doit

⁴⁷ COUTU et al., précités note 37, pp. 16-17.

⁴⁸ FUDGE, précitée note 33, pp. 34-35.

⁴⁹ ETHERINGTON, précité note 39, pp. 730, 735 et 740.

⁵⁰ COUTU et al., précités note 37, p. 16

⁵¹ ETHERINGTON, précité note 39, p. 730.

se faire en vue de déterminer si elle constitue une entrave substantielle à la liberté d'association⁵².

Là où l'arrêt *Fraser* constitue un recul par rapport à la portée de la protection, c'est dans sa conception de l'obligation corollaire de négociier de bonne foi⁵³. Nous abordons maintenant cet aspect du problème.

1.3 Obligation corollaire de négociier de bonne foi

Verge⁵⁴ explique que le raisonnement de la Cour dans *Health Services* conduit à une formulation de la protection constitutionnelle dont la portée pourrait être encore plus englobante: la formulation du «droit à la négociation collective», dont le débiteur naturel est l'employeur, est un «droit à une négociation collective de bonne foi». Selon Verge, la Cour définit alors la portée obligationnelle de cette notion en transposant les aspects significatifs du concept de négociation de bonne foi véhiculée par l'ensemble des lois inspirées du *Wagner Act* américain qui régissent les rapports du travail dans les différentes juridictions canadiennes. Verge pose alors la question de savoir si la Cour a consacré l'obligation positive, pour l'État, d'assurer une négociation collective de bonne foi dans les rapports collectifs de travail.

Fudge⁵⁵ explique que l'obligation de négociier de bonne foi est principalement procédurale et implique que les parties se rencontrent et s'engagent dans un véritable dialogue en faisant des efforts raisonnables pour conclure une convention collective. Toutefois, le droit à la négociation collective de bonne foi ne garantit pas l'atteinte d'un objectif précis et n'oblige pas les parties à accepter un élément contractuel spécifique. Dans tous les cas, les parties ne peuvent pas s'engager dans une négociation en présentant des positions campées dont le but est de faire échouer le processus. Fudge note par ailleurs qu'un des éléments fondamentaux que la Cour suprême omet dans son analyse est le fait que dans le cadre d'un processus de négociation de bonne foi, les parties peuvent recourir à un mécanisme de résolution des différends en cas d'impasse. Au Canada, la principale mesure qui accompagne le processus de négociation est le droit de grève et de lock-out.

⁵² Aux par. 37 et suivants.

⁵³ FINLAYSON et MAIZE, précités note 45.

⁵⁴ VERGE, précité note 34, pp. 393-394.

⁵⁵ FUDGE, précitée note 33, p. 41.

Coutu, Fontaine et Marceau⁵⁶ notent par ailleurs que l'obligation de négocier de bonne foi comporte un volet objectif et un volet subjectif. Le premier veut que syndicat et employeur établissent un véritable dialogue, propre à permettre d'expliquer rationnellement leurs positions. Il s'agit de faire les efforts raisonnables pour conclure une entente. Le volet subjectif, par ailleurs, comporte l'appréciation du comportement réel des parties engagées dans un processus de négociation. Ces auteurs ajoutent que la Cour suprême rappelle à bon escient la distinction entre le droit américain et le droit canadien quant à la portée de l'obligation de négocier de bonne foi. En droit canadien, celle-ci s'impose sur toutes les conditions de travail, dans les limites de l'ordre public.

Cet aspect de l'arrêt *Health Services*, où la Cour associe à la protection du droit de négocier collectivement une obligation corollaire, faite à l'employeur, de reconnaître l'association et de négocier de bonne foi avec elle, a été fortement critiqué par le professeur Langille⁵⁷. Ce dernier considère que la source de droit invoquée par la Cour, soit les instruments internationaux et les décisions des instances de l'OIT, ne permet pas de soutenir que l'exercice de la liberté d'association nécessite une obligation de négocier de bonne foi de la part de l'employeur. Selon lui, le droit international reconnaît le principe de la négociation volontaire; un régime qui impose la négociation collective serait incompatible avec les obligations étatiques en droit international. Nous y reviendrons dans la section suivante, portant sur l'utilisation du droit international.

Les juges Deschamps, Charron et Rothstein, dans l'arrêt *Fraser*, s'appuient principalement sur l'opinion du professeur Langille pour contester l'imposition d'une obligation de négocier de bonne foi comme corollaire au droit de négocier collectivement. Le point de vue opposé a toutefois prévalu, les six autres juges ayant considéré que cette obligation était nécessaire à l'exercice véritable du droit de négociation collective comme composante de la liberté d'association.

Cependant, les auteurs qui ont étudié cet aspect de la décision ont considéré que la conception de l'obligation de négocier de bonne foi n'est pas la même dans les arrêts *Fraser* et *Health Services*. Finlayson et Maize écrivent :

«Finally, the putative requirement that employers negotiate in good faith without any attendant statutory duties has rendered the right to collectively bargain not only less robust than might have been expected, but also less

⁵⁶ COUTU et al, précités note 37, p. 19.

⁵⁷ LANGILLE, Brian, «Can We Rely on the ILO?», (2007) 13 *Canadian Labour and Employment Law Journal*, pp. 363-390 (aux pp. 378-385).

clear. If workers have a constitutional right to a meaningful process of collective bargaining, but this right does not correspond with any duty on employers beyond what amounts to little more than surface bargaining, it is impossible to ascertain what, exactly, workers have a positive right to, other than the right to make representations (which the SCC has claimed is inadequate).»

Quoique la Cour dans *Fraser* ait réitéré le principe issu de l'arrêt *Health Services* concernant l'obligation de négocier de bonne foi, c'est dans l'application de ces principes au moment de l'étude de la loi contestée, la LPEA, qu'on peut constater l'écart entre les deux arrêts⁵⁸. Selon Cavalluzzo⁵⁹, il est clair que la LPEA n'impose pas une obligation de négocier de bonne foi telle qu'entendue dans l'arrêt *Health Services*, de sorte de garantir un véritable processus de négociation collective.

Le débat sur l'imposition d'une obligation de négocier de bonne foi qui a eu lieu entre les juges dans le dossier *Fraser* est lié notamment aux sources de droit international, dont nous abordons l'utilisation dans la section suivante.

1.4 Utilisation du droit international

Dans l'arrêt *Health Services*, la Cour suprême fonde en partie son analyse sur les accords internationaux auxquels le Canada est partie, d'abord afin de mettre au rancart son interprétation antérieure de la liberté d'association, puis pour cerner la portée du droit de négociation collective au sens de l'article 2d) de la Charte. La Cour souligne que dans le système fédéral canadien, il revient au Parlement fédéral et aux législatures provinciales d'incorporer les accords internationaux au droit interne, mais que l'examen des obligations internationales du Canada peut guider les tribunaux dans leur interprétation de la *Charte*. La Cour estime qu'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.⁶⁰

⁵⁸ FINLAYSON et MAIZE, précités note 45, pp. 8-10.

⁵⁹ CAVALLUZZO, Paul, «The *Fraser* case : A Wrong Turn in a Fog of Judicial Deference» dans Faraday et al., eds, *Constitutional Labour Rights in Canada. Farm Workers and the Fraser Case*, Irwin Law, 2012, pp. 155-189.

⁶⁰ Au paragraphe 70 de l'arrêt *Health Services*.

L'utilisation du droit international par la Cour suprême a fait l'objet de critiques de la part de certains auteurs et d'adhésion par d'autres.

La principale critique vient de Langille qui considère que l'exposé de la Cour sur le contenu des obligations internationales du Canada manque de rigueur. Il souligne que les motifs des juges ne font mention nulle part de la Convention de l'OIT no 98 sur la négociation collective et du fait que cette convention n'a pas été ratifiée par le Canada⁶¹. Langille poursuit en expliquant que le Comité de la liberté syndicale de l'OIT ne peut imposer d'obligations à des pays qui n'ont pas ratifié les conventions pertinentes, mais peut attirer l'attention sur les principes de liberté syndicale afin de suggérer au pays d'en faire la promotion. Par conséquent, en regard des obligations du Canada, celui-ci n'ayant pas ratifié la Convention no 98, le Comité ne peut faire de commentaires relatifs à des dispositions qui vont au-delà de la Convention no 87. De plus, aucune plainte ne peut être logée ni aucune commission d'enquête ne peut être mise sur pied pour examiner comment le Canada se conforme aux dispositions de la Convention no 98.

Lorsque les juges font appel à l'article de Gernigon et al.⁶² pour résumer « les principes pertinents du droit international »⁶³ ou « le consensus obtenu à l'échelle internationale »⁶⁴, ils ne mentionnent nulle part que cet article porte principalement sur la Convention no 98 qui n'a pas été ratifiée par le Canada. À ce sujet, Langille écrit :

*«But C87 (Freedom of Association) is not the focus of the article by Gernigon, Odero and Guido. As one would expect from its title — “ILO Principles concerning Collective Bargaining” — the article is largely about C98 (Collective Bargaining), and in the critical passages relied upon by the Court, all about C98, which Canada has not ratified. Thus, the article does not provide a summary of Canada’s international law obligations. I cannot offer an explanation for this oversight.»*⁶⁵

Selon l'auteur, la principale difficulté liée au raccourci pris par les juges LeBel et McLachlin est le fait que leurs motifs énoncent que la liberté d'association englobe non seulement le droit à la négociation collective, mais également une obligation corrélative, faite à l'employeur, de négocier de bonne foi. Comme nous l'avons souligné plus haut, selon Langille, si on regarde de plus près les instruments internationaux et même

⁶¹ LANGILLE, précité note 57, pp. 378-385.

⁶² GERNIGON, Bernard, ALBERTO ODERO et HORACIO GUIDO, «Les principes de l'OIT sur la négociation collective», (2000) 139 *Revue internationale du travail* 33, p. 55-57.

⁶³ Par. 77 de l'arrêt *Health Services*.

⁶⁴ Par. 78 de l'arrêt *Health Services*.

⁶⁵ LANGILLE, précité note 57, p. 380.

l'article de Gernigon et al., on constate que ces derniers visent la négociation « volontaire » de conventions collectives :

«Des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi»⁶⁶

Gernigon et al. précisent d'ailleurs qu'il ne peut être déduit des conventions de l'OIT sur la négociation collective qu'il existe une obligation formelle de négocier ou de conclure une convention collective. Au surplus, l'obligation de promouvoir la négociation collective exclurait toute mesure coercitive parce qu'une telle mesure altérerait le caractère volontaire de la négociation. Selon Langille, une obligation de négocier serait incompatible avec l'idée centrale de la Convention no 98, soit la négociation volontaire de conventions collectives⁶⁷.

Ces remarques de Langille n'ont pas trouvé écho de la même façon chez d'autres auteurs. Verge salue plutôt le recours, à bon escient, aux sources internationales⁶⁸. Toutefois, un peu comme Langille, il note qu'il ressort de l'interprétation de cet ensemble normatif que l'État peut obliger les partenaires sociaux à entrer en négociation au sujet de termes et conditions d'emploi, en vue de promouvoir l'utilisation et le développement de ces mécanismes de négociation collective, mais qu'aucune obligation ne s'impose au législateur de le faire. Cette discussion est approfondie dans un article plus récent, écrit avec le professeur Roux, dans lequel les auteurs exposent des contradictions persistantes entre le droit international et le droit interne du travail⁶⁹. Ces contradictions sont également notées par Choko⁷⁰, qui analyse en détail les décisions du Comité de liberté syndicale de l'OIT (CLS) pour conclure que le dialogue entre le Canada et l'OIT est entré dans une nouvelle ère après que la Cour suprême ait rendu la décision *Health Services*. Selon l'auteure, dans son premier rapport suivant l'arrêt, la Commission d'experts (CEACR) a noté avec intérêt la décision de la Cour et le CLS a fait de même dans son étude de suivi de la plainte dans un des cas lié à cette affaire. Elle ajoute que

⁶⁶ Article 4 de la Convention de l'OIT no 98 (nous soulignons).

⁶⁷ LANGILLE, précité note 54, p. 381.

⁶⁸ VERGE, précité note 34, p. 395

⁶⁹ ROUX, Dominic et P. VERGE, «L'affirmation des principes de la liberté syndicale, de la négociation collective et du droit de grève selon le droit international et le droit du travail canadien : deux solitudes ?», *Développements récents en droit du travail* (2011), Barreau du Québec, Yvon Blais, 2011, pp. 120-154.

⁷⁰ CHOKO, Maude, «L'évolution du dialogue entre le Canada et l'OIT en matière de liberté d'association : vers une protection constitutionnelle du droit de grève?», *McGill Law Journal/Revue de droit de McGill*, 2011, 56 :4, pp. 1113-1185.

le ton des organes de surveillance de l'OIT est devenu plus conciliant malgré que la législation canadienne soit encore souvent non conforme aux principes de la liberté syndicale.

Adams⁷¹ répond expressément aux critiques de Langille. Il écrit que les obligations du Canada ne relèvent pas uniquement des conventions de l'OIT qu'il a ratifiées, mais également de la Constitution de l'OIT, dont le Canada est membre, ainsi que de deux pactes des Nations Unies: le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*⁷² et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁷³. L'auteur explique que les responsabilités du Canada en vertu de ces traités incluent le respect du corpus de droit international qui s'est développé sur la négociation collective et, citant Macklem⁷⁴, il ajoute que les organes compétents ont interprété la liberté d'association garantie par la Convention no 87 de l'OIT comme comprenant le droit de négociation collective.

Adams poursuit en se montrant en désaccord avec l'interprétation que fait Langille des mots «négociation volontaire de conventions collectives» dans le texte de la Convention no 98 de l'OIT. Il explique que le Comité d'experts de l'OIT considère que l'imposition de la négociation collective par voie législative répond aux normes internationales. Selon Adams, la reconnaissance du «droit» de négociation collective nécessite une obligation corollaire à ce droit, sans quoi les garanties contenues dans la convention de l'OIT no 98 n'auraient pas de sens⁷⁵.

Dans son article consacré au dialogue entre le Canada et l'OIT sur les droits de négociation collective et de grève, Choko se range du côté d'Adams, estimant que par son appartenance à l'OIT, le Canada s'engage à respecter les principes et droits fondamentaux au travail, lesquels comprennent tant le droit à la négociation collective, entendu en tant que droit et non en tant que liberté, que le droit de grève⁷⁶.

⁷¹ ADAMS, Roy, «The Supreme Court, Collective Bargaining and International Law: a Reply to Brian Langille», (2009) 14 *Canadian Labour and Employment Law Journal*, pp. 316-327 (aux pp. 317-327).

⁷² *Recueil des traités des Nations- Unies*, vol. 993 (1976), p. 13.

⁷³ *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 999 (1976). Le Canada a ratifié le Pacte le 19 mai 1976 : (1976) *R.T. Can.* N° 47.

⁷⁴ MACKLEM, P. «The Right to Bargain Collectively in International Law: Workers' Right, Human Right, International Right» dans P. Alston, ed., *Labour Rights as Human Rights* (Oxford Oxford University Press, 2005) 61, p. 73, cité à la note 27 du texte d'Adams, précité note 64.

⁷⁵ ADAMS, précité note 71, p. 327.

⁷⁶ *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, adoptée par la Conférence internationale du Travail à sa 86ème Session, Genève, 18 juin 1998 (Annexe révisée le 15 juin 2010). Son article 2 se lit : «2. Déclare que l'ensemble des Membres, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et

Coutu, Fontaine et Marceau, pour leur part, concèdent à Langille que la Cour procède rapidement sans faire toutes les nuances requises⁷⁷. Toutefois, ils sont moins sévères à l'égard du résultat de l'analyse, considérant que la Cour n'est absolument pas tenue de se limiter à l'examen du droit international formellement ratifié par le Canada, dans la mesure où les normes citées servent de sources persuasives d'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il ne s'agit pas d'une source impérative, mais plutôt d'un moyen interprétatif dont le pouvoir de légitimation est très élevé.

La majorité des juges de la Cour suprême retient l'approche d'Adams, de Coutu et al. et de Choko, en répondant au juge Rothstein dans l'arrêt *Fraser*. Ils notent que des décisions du Comité de liberté syndicale et de la Commission d'experts de l'OIT confirment leur compréhension des normes internationales en regard du droit en vigueur au Canada⁷⁸.

Cette partie du débat entre les juges minoritaires et majoritaires sera commentée par la suite. Ewing et Hendy se disent perplexes devant le fait que certains juges de la Cour aient pris au sérieux l'idée voulant que le Canada n'ait pas d'obligation en droit international en regard de la négociation collective⁷⁹. Ils critiquent par ailleurs la réponse de la majorité, étant d'avis qu'elle aurait été plus convaincante si elle avait été plus directe; en effet, il suffisait selon eux de référer aux décisions du Comité de liberté syndicale (CLS) dans les cas visés dans *Health Services* et *Fraser* pour conclure que la législation nationale ne satisfaisait pas aux obligations du Canada⁸⁰. À cet égard, Cavalluzzo se dit aussi étonné du fait que la Cour n'ait pas fait référence aux décisions du CLS dans l'affaire *Fraser* pour conclure que la LPEA satisfaisait à la protection du droit de négociation collective au sens entendu par le droit international⁸¹.

1.5 Constitutionnalisation du modèle législatif issu du *Wagner Act*

Certains auteurs considèrent que la Cour suprême, avec l'arrêt *Health Services*, a élevé au statut de droit fondamental un droit de négociation collective dont la nature est

conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet des dites conventions, à savoir: (a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective (...);

⁷⁷ COUTU et al, précités note 37, p. 25.

⁷⁸ Aux par. 94 et 95 de l'arrêt *Fraser*.

⁷⁹ EWING, Keith D. et John HENDY, «Giving Life to the ILO – Two Cheers for the SCC» dans Faraday et al., eds, *Constitutional Labour Rights in Canada. Farm Workers and the Fraser Case*, Irwin Law, 2012, p. 302.

⁸⁰ *Idem*, p. 301.

⁸¹ Cavalluzzo, précité note 59.

purement législative: une forme de négociation collective issue du modèle du *Wagner Act*, soit un régime basé sur le monopole de représentation du syndicat majoritaire, accompagné de restrictions au droit de grève et d'une obligation de négocier de bonne foi imposée par voie législative.

À ce sujet, Tucker⁸² souligne l'ironie de la décision de la Cour, notamment en regard de son analyse historique. Il écrit, en introduction :

«Indeed, as I will argue, the truth the judgment validates is the historiography of the industrial pluralists, who see the development of labour law as a natural process of interest adjustment in the name of achieving the common good, rather than that of their critics, who see labour law developing out of class conflict in ways that reproduce and only somewhat ameliorate unequal power relations. While the court's cavalier use of sources may offend academic sensibilities, the more important problem with the judgment arises from the consequences of its failure to acknowledge, let alone appreciate, the critique of industrial pluralism made in the work that it relied upon. This contributes to a judgment that both exalts and constitutionalizes a deeply flawed regime of industrial legality at a time when its limits have become increasingly apparent. Thus, while the judgment provides public sector workers with some welcome relief from assaults on their collective bargaining rights, it also endorses a set of ideological and institutional commitments that serve workers poorly. Before delving more deeply into these ironies, however, it will be helpful briefly to first locate the case in its historical context and summarize the judgment.»

Cet auteur fait remarquer que les juges LeBel et McLachlin font un récit historique des relations de travail au Canada en citant des sources associées au courant du pluralisme industriel en relations industrielles, lesquelles présentent l'approche historique en trois phases: répression, tolérance et reconnaissance. De là, il n'y avait qu'un pas à franchir pour que la Cour envisage la négociation collective comme un droit qui entraîne l'obligation corollaire de négocier de bonne foi, tel que l'entend le modèle nord-américain depuis l'adoption du *Wagner Act*. Or, selon Tucker, il s'agit là d'une utilisation douteuse des écrits des historiens du travail. Il explique d'abord :

«Thus while the court is on firm historical ground when it states in paragraph 66 that collective bargaining (understood here as a social practice) has long been recognized in Canada (in the sense that it could neither be repressed nor ignored) and that "historically it emerges as the most significant collective activity through which freedom of association is

⁸² TUCKER, Eric, «The Constitutional Right to Bargain Collectively: the Ironies of Labour History in the Supreme Court of Canada», (2008) *CLPE Research Paper Series*, vol. 4, no 1, 03/2008; *Labour/Le Travail*, Vol. 61, 2008, pp. 1-39.

expressed in the labour context,” its further claim that a procedural right to collective bargaining has long been recognized as fundamental in Canada prior to 1982 is deeply problematic as a statement of historical fact.»⁸³

Il cite ensuite des passages de son ouvrage écrit avec Judy Fudge ainsi que ceux de Karl Klare et de Fudge et Glasbeek, tous cités par la Cour, pour démontrer que les juges ont escamoté toute critique faite par ces auteurs de la vision des tenants de l'approche industrielle pluraliste. Pour l'auteur, il en résulte une décision par laquelle la Cour élève le modèle issu du *Wagner Act* à un rôle visant la reconnaissance du «*besoin fondamental des travailleurs de participer à la réglementation de leur milieu de travail*», soit en quelque sorte un modèle garant de la démocratie en milieu de travail. Or, selon Tucker, le régime nord-américain fait en sorte que les travailleurs n'ont aucun droit de négocier collectivement à moins que la majorité des personnes comprises dans une unité de négociation, déterminée par un organisme quasi-judiciaire, choisissent d'être représentées par un syndicat. Selon lui, ce modèle n'a jamais permis d'apporter la démocratie industrielle à une majorité de salariés au Canada et est de moins en moins adapté à la réalité économique contemporaine :

«Workers who are excluded because the scheme is poorly matched to emerging labour market realities will not benefit at all. In short, because the judgment adopts such an unrealistic view of the contribution made by the Wagner Act model to the achievement of workplace democracy in Canada, the court is blinded to the irony of its protection of that model in the name of democracy.»⁸⁴

Au surplus, selon Tucker, le modèle inspiré du *Wagner Act* ne répond pas adéquatement aux préoccupations de la Cour en regard de la valeur d'égalité. L'auteur fait remarquer qu'en citant l'opinion du juge Dickson dans la trilogie, la Cour reconnaît l'existence d'inégalités de classe en notant que «*historiquement, les travailleurs se sont unis pour aplanir les inégalités de puissance de négociation inhérentes aux relations employeur - employé et se prémunir contre des conditions de travail injustes, dangereuses ou favorisant l'exploitation*» mais elle refuse de reconnaître les limites du modèle du *Wagner Act* à cet égard :

«(...) both Klare and Fudge and Glasbeek argued that it was never intended that the Wagner Act model would shift the balance of power in a manner that would seriously challenge “the inherent inequalities of bargaining power in the employment relationship,” which are the product

⁸³ Id., page 21.

⁸⁴ Id., page 35.

of the underlying structure of capitalist relations of production.»⁸⁵

Langille⁸⁶ fait un constat similaire en regard de la constitutionnalisation d'un régime inspiré du modèle du *Wagner Act*, mais critique ce résultat pour d'autres raisons, liées davantage à la cohérence interne et externe du droit positif. Dans cet article, il critique très sévèrement les écrits d'Adams, au motif que son appréciation de l'arrêt *Health Services* et de la décision subséquente de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Fraser*⁸⁷, dénotent un manque de rigueur qui s'expliquerait par la position idéologique qu'Adams défend. En effet, selon Langille, Adams serait un défenseur du syndicalisme minoritaire, tout en associant à cette forme de représentation, une obligation faite à l'employeur de négocier de bonne foi avec toute association d'employés, même minoritaire. Langille considère que le régime de non-exclusivité de représentation préconisé par Adams comporte des contradictions internes, notamment l'incompatibilité de l'obligation de négocier et du caractère non-exclusif de la représentation des employés minoritaires. En bref, l'idée voulant que la constitution protège des droits susceptibles d'être reconnus uniquement dans le cadre d'un modèle tel que proposé par Adams serait un non-sens aux yeux de Langille.

En outre, Langille expose en détail dans un troisième article⁸⁸ les motifs qui le portent à décrier la constitutionnalisation du régime issu du *Wagner Act*. Notamment, il considère que les motifs fondés sur le droit international sont erronés, tel que vu plus haut. Il ajoute que l'obligation de négocier de bonne foi prend sa source dans la législation, et n'existe pas en *common law*, de sorte que l'analyse de l'histoire des relations de travail présentée par la Cour suprême est viciée par cette considération escamotée par la Cour. Enfin, Langille considère que la liberté d'association est une liberté fondamentale, et qu'on ne peut pas lui associer un droit qui confère des obligations incompatibles avec une liberté.

Ce débat prendra sans doute une nouvelle tangente suite à l'arrêt *Fraser*, puisque la Cour suprême n'a pas confirmé la décision de la Cour d'appel de l'Ontario, atténuant de ce fait les éléments qui prêtaient flanc à la critique de la part de Langille. Par ailleurs, l'arrêt confirme que l'obligation de négocier de bonne foi jouit d'une protection constitutionnelle comme corollaire à la liberté d'association en matière de relations de

⁸⁵ Id., page 36 (références omises).

⁸⁶ LANGILLE, Brian, «Why Are Canadian Judges Drafting Labour Codes - and Constitutionalizing the Wagner Act Model?», (2010) 15 *Canadian Labour and Employment Law Journal*, vol. 15, no 1, p. 101.

⁸⁷ *Fraser c. Ontario* (2008), 92 OR (3rd) 481.

⁸⁸ LANGILLE, Brian, «The Freedom of Association Mess: How We Got into It and How We Can Get out of It», (2009) *McGill Law Journal*, 54:1, pp. 177-212.

travail. Toutefois, la Cour insiste pour réitérer que la décision *Health Services* n'a pas eu pour effet de constitutionnaliser le modèle du *Wagner Act*.

D'après plusieurs auteurs qui ont commenté l'arrêt *Fraser*, ce débat a pris une importance considérable dans la décision, faussant du coup l'angle d'analyse de la Cour. C'est ainsi que Fudge résume son avis:

«The Court's préoccupation with the (ill-defined) question of « constitutionalizing » collective bargaining rights influenced how the issue was fraed. Instead of asking whether the AEPA provided support for effective collective bargaining, which was the question posed by the union that initiated the litigation, the majority stated that « the ultimate question is whether section 29d0, properly understood and applied, requires the Ontario legislature to provide a particular form of collective bargaining rights to agricultural workers, in order to secure the effective exercise of associational rights.»⁸⁹

Selon Fudge⁹⁰, ce que les travailleurs agricoles demandaient à la Cour était de décider si la LPEA offrait un véritable processus de négociation collective. Ils ne demandaient pas d'être régis par une législation spécifique; en ce sens, la question fondamentale ne consistait pas à se demander si le modèle particulier du *Wagner Act* devait être constitutionnalisé, mais plutôt à préciser ce que la protection constitutionnelle des droits syndicaux signifie et pourquoi elle est importante.

Cavalluzzo aborde aussi cette problématique en détail⁹¹. Il est d'avis que la Cour a mal cerné la question en litige en se demandant si la province avait agi conformément à la *Charte* en adoptant un modèle de législation différent du modèle du *Wagner Act*. À son avis, la Cour suprême a mal saisi l'essence de la décision de la Cour d'appel dans ce dossier lorsqu'elle a considéré que cette instance avait décidé que l'article 2d) de la *Charte* protégeait la négociation collective telle que régie dans le cadre du modèle nord-américain. Cavalluzzo soutient que cette façon de présenter la situation a été développée en défense dans le cadre du litige, après l'arrêt *Health Services*, et non au moment d'adopter la LPEA. Ainsi, aucune appréciation de la nature de l'obligation de négocier de bonne foi n'avait été faite par le législateur qui, au contraire, était convaincu du fait que la liberté d'association n'englobait pas le droit de négocier collectivement. En

⁸⁹ FUDGE (2012), précitée note 46, p. 11.

⁹⁰ *Idem*, pp. 14-15.

⁹¹ CAVALLUZZO, précité note 59, p. 180-182.

conséquence, on ne pouvait raisonnablement soutenir que la LPEA était un régime de négociation collective qui se voulait seulement différent du modèle du *Wagner Act*.

Cette critique est partagée par Finlayson en ces termes :

«The SCC claimed that the OCA misunderstood Health Services to have constitutionalized a «full-blown Wagner system of collective bargaining» and that this holding was in error since Health Services specifically rejected the idea that a particular statutory régime could be protected. I reject the SCC's characterization of the Wagner model as a statutory labour relations regime, and argue that it is better thought of as a paradigm of labour relations within which many different statutory requirements might fit.»⁹²

L'auteur note une distinction fondamentale entre le modèle et le régime législatif, ce dernier pouvant être la source d'une multitude de prescriptions réglementaires visant à encadrer le processus de négociation collective. Selon lui, la Cour d'appel de l'Ontario avait bien saisi l'essence de la protection constitutionnelle, ayant permis au législateur de corriger sa loi en suspendant la déclaration d'inconstitutionnalité afin qu'elle protège le droit des travailleurs agricoles d'avoir accès à un véritable processus de négociation collective.

2. Les stratégies de contestation judiciaire

Dans la section précédente, nous avons identifié, dans la littérature, un consensus sur le fait que l'arrêt *Health Services* opérait un changement de paradigme, tout en présentant ses limites. Dans la présente section, il s'agit de voir si, dans la littérature, les chercheurs entrevoient que ce changement de paradigme pourra avoir un effet sur le comportement de l'acteur syndical et ses stratégies de contestation judiciaire.

Discutant de la question dans «Le rôle des tribunaux: les derniers bastions contre le néo-libéralisme?», Fudge écrit que suite aux succès récents des organisations syndicales devant la Cour suprême du Canada, certains ont suggéré qu'il était maintenant temps de lancer une stratégie de contestation judiciaire proactive,

⁹² FINLAYSON, précité note 45, p. 7.

ambitieuse et coordonnée⁹³. Fudge identifie des obstacles importants à cette stratégie syndicale: a) les délais associés aux contestations constitutionnelles et l'inefficacité des remèdes qui en découlent; b) la difficulté qui pourrait naître de la constitutionnalisation du droit de non-association, ainsi que la complexité d'articuler par la voie du litige les visions opposées de ce que constituerait un régime idéal de représentation collective et c) le fait que cette stratégie mène actuellement à la défense d'un système issu du *Wagner Act* qui constitue l'un des éléments clés du pluralisme industriel. Ce dernier élément fait dire à Fudge que ce système s'est montré inefficace depuis le début des années 1980, la densité syndicale étant en déclin et les salaires en stagnation. Une telle stratégie, selon Fudge, ne se traduirait pas en l'amélioration des conditions de travail. Selon Fudge, les tribunaux ne sont au rendez-vous sur les questions de droits syndicaux que lorsque les syndicats sont en position de faiblesse.

L'analyse est sensiblement la même chez Arthurs⁹⁴. Citant une recherche dont les résultats avaient été publiés un an avant l'arrêt *Health Services*, Arthurs explique que l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'avait pas entraîné d'effets réels dans la vie politique, sociale et économique, malgré des changements profonds dans la théorie, la doctrine, la pratique et les institutions juridiques. Arthurs illustre son propos en ajoutant qu'il est fort peu probable que les décisions de la Cour suprême sur les droits syndicaux aient un effet sur l'ampleur du militantisme syndical ou sur l'appui du grand public aux revendications des syndicats et la négociation collective. Il en est de même pour des conditions de travail améliorées, la sécurité d'emploi, la participation démocratique des travailleurs à la gouvernance des entreprises et l'accès à l'emploi pour les groupes défavorisés. Selon Arthurs, l'effet des décisions des tribunaux et celui de la *Charte* elle-même sont sur-estimés; les relations de travail ne sont pas déterminées par la Constitution au sens juridique et formel, mais plutôt par la «vraie constitution», celle qui découle de la répartition inégale de la richesse dans notre société.

Perrier⁹⁵, pour sa part, offre une analyse différente. Il part de la prémisse voulant qu'avec l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982, le Canada soit passé du système de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle et que la *Charte* soit dès lors devenue la source décisive de toute validité juridique. La part prise par les tribunaux dans le processus politique n'est donc pas négligeable, le pouvoir judiciaire étant en mesure de freiner le pouvoir politique. Selon Perrier, depuis la crise

⁹³ FUDGE, précitée note 33, p. 46.

⁹⁴ ARTHURS, précité note 43.

⁹⁵ PERRIER, Yvan, «Lutte syndicale et contestation juridique à l'ère de la *Charte canadienne des droits et libertés*: du conflit ouvert à la plaidoirie feutrée...», (2009) *Lex Electronica*, vol. 14, no 2.

économique du début des années quatre-vingt, le mouvement syndical traverse une période qu'il qualifie «d'affaiblissement». Il ajoute que le rapport de force est nettement désavantageux pour les organisations syndicales et que la présente période économique est marquée par une demande, de la part des employeurs publics comme privés, de concessions syndicales majeures. Nous entrons dans une période de neutralisation et de réduction de la capacité de résistance syndicale; la limitation des droits sociaux et l'érosion de la capacité de négocier impliquent une quasi-impossibilité d'envisager un élargissement des droits syndicaux et politiques.

Toutefois, note Perrier, devant les tribunaux, les plaideurs syndicaux réussissent à l'occasion à obtenir des gains importants qui ont pour effet de freiner la volonté du Parlement et des assemblées législatives dans leurs entreprises de remise en cause des droits et libertés en cette période marquée par le néo-libéralisme et la mondialisation. La question est donc de savoir si ces gains seront durables. Selon Perrier, la voie de la contestation judiciaire semble pour le moment s'avérer porteuse de changements intéressants: le recours à la voie des tribunaux a eu pour effet de favoriser une recomposition du lien politique dans la présente période d'affaiblissement et de reculs syndicaux. Perrier considère que nous assistons à une recomposition du lien politique entre le mouvement syndical et certaines composantes du pouvoir d'État, laquelle est caractérisée par le passage du conflit ouvert à la plaidoirie feutrée pour la reconnaissance et l'application des droits associés à un régime de liberté syndicale.

Dans un article traitant plus particulièrement de l'affaire *Fraser* avant que ne soit rendue la décision de la Cour suprême, Bartkiw⁹⁶ traite aussi du rôle de la contestation judiciaire fondée sur la *Charte* à titre de véhicule pour étendre le pouvoir des organisations syndicales au Canada. Après une période marquée par un consensus voulant que l'approche syndicale devait être très prudente à l'égard de la *Charte*, les décisions récentes sur la liberté d'association ont redonné une certaine vigueur à l'examen du rôle de la *Charte* pour l'«*empowerment*» du mouvement syndical. L'auteur identifie dans les développements jurisprudentiels un paradoxe important dans la politique judiciairisée, soit le fait qu'elle offre sporadiquement des développements progressistes, mais qu'elle tend à renforcer et légitimer le *statu quo*, dans un contexte où la capacité du mouvement syndical de combattre les inégalités sociales et économiques est en déclin. Quoique les tribunaux forcent les législatures à protéger la liberté d'association, ce qui aura des conséquences positives pour certains groupes de travailleurs défavorisés, l'effet de leurs décisions est de légitimer un modèle législatif de mise en oeuvre de la liberté

⁹⁶ BARTKIW, Timothy J., «Proceed with Caution, or Stop Wherever Possible? Ongoing Paradoxes in Legalized Labour Politics» (2010) *Canadian Labour and Employment Law Journal*, vol. 15, no 1, pp. 77-100.

d'association qui est limité au syndicalisme exclusif-majoritaire et à la négociation que ce modèle permet.

Après l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Fraser*, les auteurs ont commenté la stratégie syndicale de contestation judiciaire de façon quelque peu différente. Fudge⁹⁷ considère toujours que la protection constitutionnelle des droits syndicaux ne permettra pas de pallier au déclin du syndicalisme ni de revitaliser son rôle de mouvement social. Toutefois, ajoute-t-elle, les garanties constitutionnelles pourraient être appliquées par les tribunaux de manière à freiner les pouvoirs publics dans leurs élans, afin qu'ils prennent un moment de réflexion à savoir si leurs objectifs politiques peuvent être rencontrés sans porter atteinte aux droits fondamentaux des travailleurs. Ce rempart peut agir pour améliorer le processus démocratique dans le contexte.

Son homonyme, Derek Fudge⁹⁸, considère pour sa part que la stratégie de contestation est plus que nécessaire et plaide pour une coordination nationale des litiges constitutionnels initiés par les syndicats. Dans son article, Derek Fudge répertorie 194 mesures législatives adoptées depuis 1982 au Canada qui restreignent le droit de négociation collective: lois spéciales de retour au travail (85), imposition de conditions de travail (44), restrictions en matière d'accréditation (5), restrictions au droit d'être membre d'une association (8), limites à la négociation et à d'autres activités syndicales (52). Il identifie en particulier l'intervention de l'État législateur-employeur dans les relations de travail avec les employés du secteur public comme un phénomène grandissant. Fudge soutient que ces attaques aux droits des travailleurs ont affaibli le mouvement syndical, nuisant également à sa capacité de rejoindre les non-syndiqués. En somme, cela a eu pour effet de limiter l'effet de redistribution de la richesse que devrait avoir la syndicalisation dans la société. En conséquence, une défense vigoureuse des droits syndicaux au plan judiciaire s'impose et ce, de façon organisée et coordonnée. Derek Fudge propose qu'un travail d'analyse des impacts des arrêts *Health Services* et *Fraser* se fasse pour adopter une approche stratégique de la contestation à l'échelle nationale. Enfin, il ajoute que le mouvement syndical doit continuer d'exiger que le droit canadien se conforme aux normes internationales du travail.

⁹⁷ FUDGE (2012), précitée note 46, p. 22.

⁹⁸ FUDGE, Derek, «Labour Rights : A Democratic Counterweight to Growing Income Inequality in Canada», dans Faraday et al., eds, *Constitutional Labour Rights in Canada. Farm Workers and the Fraser Case*, Irwin Law, 2012, pp. 234-260.

Barrett et Poskanzer⁹⁹ se penchent également sur l'impact de l'arrêt *Fraser* sur la stratégie de contestation des syndicats. Selon eux, la fenêtre d'opportunité s'est refermée quelque peu, mais pas complètement. Notamment, l'arrêt *Fraser* n'empêche pas les syndicats de plaider que le droit de grève devrait bénéficier d'une protection constitutionnelle; ainsi, il est à prévoir que les prochaines contestations porteront sur cet aspect de la liberté d'association plutôt que sur l'obligation de négocier de bonne foi. Selon eux, l'ingérence de l'État dans l'exercice du droit de grève s'articule plus facilement dans la vision des juges minoritaires dans *Fraser*, à savoir, que la Constitution protège contre les atteintes à la liberté fondamentale d'association mais ne garantit pas des droits syndicaux¹⁰⁰. Nous y reviendrons dans la section suivante, puisque la discussion de Barrett et Poskanzer porte davantage sur les impacts des arrêts sur l'action gouvernementale que sur la stratégie syndicale.

3. Les impacts des arrêts *Health Services* et *Fraser*

Plusieurs auteurs se sont penchés sur les impacts potentiels des décisions *Health Services* et *Fraser* sur différents aspects des régimes législatifs de représentation collective. Nous présentons ici les impacts identifiés tant en droit public qu'en droit privé.

3.1 Impacts en droit privé: particularité du Québec

Coutu, Fontaine et Marceau¹⁰¹ considèrent que l'impact de l'arrêt *Health Services* sur le droit extra-étatique est centrale; ils notent que plusieurs commentateurs au Canada ont relevé la portée limitée de la décision en raison du fait que la liberté d'association est garantie par un instrument qui ne régit que les rapports entre l'État et le citoyen. Or, la situation est radicalement différente au Québec puisque la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec vise les rapports privés et garantit la liberté d'association¹⁰². Cette disposition quasi constitutionnelle doit s'interpréter comme incorporant les garanties visées à l'article 2 d) de la *Charte canadienne*.

⁹⁹ BARRETT, Steven et Ethan POSKANZER, «What *Fraser* Means for Labour Rights in Canada» dans Faraday et al., eds, *Constitutional Labour Rights in Canada. Farm Workers and the Fraser Case*, Irwin Law, 2012, pp. 190-233.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 195 : «...the *Fraser* case was regarded by the majority, and in fact by the courts throughout, as a positive rights case (that is, one in which the applicants were seeking legislative protection), but not as a negative freedom case (that is, one involving the right to be free of legislative or governmental interference in the exercise of a fundamental freedom)».

¹⁰¹ COUTU et al., précités note 37, pp. 28-29.

¹⁰² L.R.Q., c. C-12, art. 3.

Suivant ce postulat, les mêmes auteurs identifient plusieurs impacts potentiels de la décision sur les rapports collectifs de travail et leur encadrement juridique. Tout d'abord, expliquent-ils, les situations d'entrave, d'ingérence, de domination, etc. visés par les articles 12 et suivants du *Code du travail*¹⁰³ du Québec mettent dorénavant en question un droit fondamental de portée quasi constitutionnelle de sorte que la Commission des relations de travail aura un devoir, et non seulement la possibilité, de mettre en oeuvre les mesures réparatrices prévues à la Charte québécoise, notamment les dommages punitifs en cas d'atteinte intentionnelle¹⁰⁴.

Les auteurs poursuivent en examinant la question des licenciements collectifs motivés par l'anti-syndicalisme, illustrant leur propos par le cas *Wal-Mart*. Ils suggèrent que le droit absolu de l'employeur de fermer son entreprise, reconnu dans cette affaire, devra être circonscrit à la lumière de la nouvelle hiérarchie des droits: la liberté de commerce ne primant pas sur le droit de négociation collective¹⁰⁵.

En outre, Coutu, Fontaine et Marceau soulignent que la constitutionnalisation du droit de négociation collective suppose que l'on doit considérer l'obligation de négocier de bonne foi comme étant permanente. Ils estiment alors que dans les cas de fermeture d'entreprise pour des motifs économiques légitimes, les principes de démocratie industrielle invoqués par la Cour suprême devront guider l'interprétation de l'obligation de négocier de bonne foi pour que les travailleurs touchés par une telle décision de l'entreprise aient voix au chapitre. Selon les auteurs, l'employeur doit être tenu de discuter avec le syndicat, car le fait d'agir unilatéralement représente dans ce cas une entrave sérieuse au droit à la négociation collective puisqu'on touche ici à la condition de travail la plus fondamentale, celle de conserver son emploi¹⁰⁶.

Verge ne partage pas le point de vue de Coutu, Fontaine et Marceau résumé plus haut, estimant que l'employeur n'est pas débiteur d'une obligation corollaire à la reconnaissance d'une liberté fondamentale, ni même en droit privé en raison des protections contenues à la *Charte québécoise*. Il écrit :

«L'employeur n'est pas débiteur de cette liberté, comme un débiteur peut l'être, en d'autres circonstances envers le créancier d'un droit personnel de créance.»

¹⁰³ L.R.Q., c. C-26.

¹⁰⁴ *Charte québécoise*, art. 49.

¹⁰⁵ COUTU et al., précités note 37, p. 30. Le cas Wal-Mart a depuis fait l'objet d'une décision de la Cour suprême que nous étudions au chapitre de l'analyse des résultats en droit privé, à la section 5.1.

¹⁰⁶ Id., pp. 38-39.

Il en est de même en ce qui a trait à la liberté d'association qu'affirme dans l'ordre juridique québécois la Charte des droits et libertés de la personne. Que ses prescriptions s'imposent généralement, c'est-à-dire, à la différence de la Charte canadienne, y compris aux rapports privés, ne modifie pas pour autant le contenu de cette liberté fondamentale d'association qu'elle énonce. Il correspond à celui que lui reconnaît l'interprétation du texte constitutionnel.»¹⁰⁷

Cet énoncé a été publié avant la décision *Fraser*. Le raisonnement de Verge, qui s'appuie notamment sur les écrits de Langille, a été écarté par la Cour. Ainsi, on peut croire que le droit de négociation collective emporte des obligations corollaires de la part de l'employeur qui pourront être sanctionnées grâce au recours à la *Charte* québécoise.

3.2 Impacts en droit public

3.2.1 Droit de grève

Le principal effet de la décision *Health Services* anticipé par les chercheurs est évidemment l'inclusion du droit de grève dans la liberté générale d'association. Quoique la Cour suprême ait pris soin de noter dans sa décision que le litige ne concernait pas le droit de grève, les auteurs ont tous souligné que l'analyse portait à conclure que le droit de grève devait être également constitutionnalisé.

Verge consacre un article à cette question¹⁰⁸. Il examine successivement la nature de la liberté d'association et celle du droit de grève pour conclure à leur connexité. De ce postulat découle une analyse négative de l'argumentaire antérieur de la Cour suprême qui avait justifié l'exclusion du droit de grève de la protection constitutionnelle. Il poursuit avec une justification positive de l'intégration du droit de grève à la liberté d'association en étudiant la réalité intrinsèque de la grève en tant que partie intégrante du processus de négociation collective. Il étudie également les facteurs extrinsèques qui confirment son approche: le droit international (tant par le biais d'une présomption de conformité que par l'idée d'une source persuasive d'interprétation) et l'harmonie avec les valeurs constitutionnelles.

¹⁰⁷ VERGE, Pierre, «L'affirmation constitutionnelle de la liberté d'association : une nouvelle vie pour l'autonomie collective ?», (2010) *Cahiers de droit*, vol. 51, no 2, p. 364.

¹⁰⁸ VERGE, Pierre, «Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association: justification et effets», (2009) *Cahiers de droit*, vol. 50, no. 2, pp. 267-300.

Verge considère que la constitutionnalisation du droit de grève mène à l'invalidation de l'action restrictive de l'État en cette sphère. L'examen portera sur l'objet de la mesure législative, à savoir, si le but recherché est de porter atteinte à la liberté fondamentale. Dans la négative, la considération des effets de la loi sur l'exercice de la liberté s'imposera. Cet examen devrait mener à la conclusion que l'encadrement de l'activité de grève qui lui impose des restrictions porte atteinte à la liberté fondamentale d'association, mais pourra être justifié comme étant raisonnable dans une société libre et démocratique, conformément aux critères jurisprudentiels applicables en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Verge étudie ensuite l'activité de grève dépassant le contexte de la négociation collective envisagé par la loi. Il considère que ce type de grève relève tout autant de la protection constitutionnelle, pouvant même être considéré comme une forme primaire d'association. Il conclut que certaines lois restrictives empêchant les grèves de solidarité qui dépassent le contexte des rapports collectifs d'entreprise, auxquels s'adressent trop exclusivement les lois contemporaines, pourraient bien sembler démesurées par rapport aux avantages de la «paix industrielle» sur lesquels elles prétendent se fonder.

Enfin, Verge souligne que le droit international du travail n'est pas favorable à l'utilisation de travailleurs de remplacement (ou briseurs de grève, selon le point de vue) pendant une grève légale. Ce même corpus de normes considère que le fait que les grévistes ne retrouvent pas leur emploi à la fin d'une grève légale porte gravement atteinte au droit de grève et affecte le libre exercice des droits syndicaux. Verge est d'avis qu'on pourrait déduire de ces normes internationales une obligation positive de l'État de protéger l'exercice du droit de grève, à tout le moins en adoptant des mesures de protection contre les représailles de l'employeur. Cet avis est partagé par Choko¹⁰⁹.

Coutu, Fontaine et Marceau¹¹⁰ partagent la conclusion de Verge voulant que l'analyse de la Cour suprême dans *Health Services*, appliquée au droit de grève, mène à sa constitutionnalisation. Ils abordent particulièrement l'aspect historique de la grève, sa reconnaissance en droit international et sa compatibilité avec les valeurs de la *Charte canadienne*. Ils abordent en termes concrets les limites de ce droit: limitations du droit de grève dans la fonction publique, restrictions relatives aux services essentiels, sanction de la grève illégale. Ils soulignent par ailleurs qu'en droit international, lorsque les travailleurs se voient privés de l'exercice du droit de grève du fait qu'ils assument des

¹⁰⁹ CHOKO, précitée note 70, pp. 35-37.

¹¹⁰ COUTU et al., précités note 37, pp. 39-47

tâches essentielles ou agissent à titre de fonctionnaires publics, la jurisprudence insiste pour que des procédures d'arbitrage soient instaurées: celles-ci doivent être impartiales, rapides et obligatoires pour les deux parties. Sur cette question de l'arbitrage obligatoire, Murray et Cuillerier¹¹¹ écrivent que ce mécanisme peut constituer une forme efficace de mise en oeuvre de droits syndicaux dans des contextes hostiles à ces droits. Leur étude porte sur deux cas d'arbitrage de première convention impliquant l'entreprise Wal-Mart.

Fudge et Tucker¹¹² offrent pour leur part une étude des racines historiques du droit de grève et de l'activité de grève dans la perspective où ces éléments d'histoire seront sans doute invoqués par les parties dans le cadre d'une contestation constitutionnelle portant sur des restrictions au droit de grève. Ils présentent la régulation de l'activité de grève sous quatre régimes de légalité: a) le régime «*Master and Servant*» (1800-1870); b) le volontarisme libéral (1877-1907); c) le volontarisme industriel (1907-1943); d) le pluralisme industriel (1943 à nos jours). Leur étude les porte à conclure que les grèves étaient reconnues comme un aspect fondamental de la société canadienne bien avant la mise en place des régimes statutaires contemporains. Selon Fudge et Tucker, les restrictions législatives à la liberté de faire la grève se sont accrues depuis le début du dernier siècle, en particulier avec la réception du pluralisme industriel américain à l'occasion de la Seconde guerre mondiale. Les auteurs soulignent également que les libertés des employés du secteur public ont été suspendues ou limitées de façon grandissante, sans que des mécanismes compensateurs ne leur aient été offerts; cette sphère est plutôt marquée par l'unilatéralisme de l'État-employeur sous la forme de l'imposition des conditions de travail par voie réglementaire ou législative.

Après l'arrêt *Fraser*, les opinions des auteurs au sujet de l'impact de la constitutionnalisation du droit de négociation collective sur la protection du droit de grève n'a pas changé. Les auteurs Barrett et Poskanzer¹¹³, par exemple, sont d'avis qu'il y a toujours de fortes bases juridiques pour conclure que le droit de grève jouit de la protection de l'article 2d). Notamment, l'argument est compatible avec le raisonnement de la majorité dans *Fraser* et trouve également appui dans l'opinion des juges minoritaires.

3.2.2 Accès à un régime de protection et d'encadrement

¹¹¹ MURRAY, Gregor et Julie CUIILLERIER, «The Sky is Not Falling: Unionization, Wal-Mart and First-Contract Arbitration in Canada», (2009) *Just Labour: a Canadian Journal of Work and Society*, vol. 15, pp. 78-98.

¹¹² FUDGE, Judy et Eric TUCKER, «The Freedom to Strike in Canada: A Brief Legal History», (2010) *Canadian Labour and Employment Law Journal*, vol. 15, no 2, pp. 333-353.

¹¹³ BARRETT et POSKANZER, précités note 99, pp. 225-226.

L'accès à un régime législatif d'encadrement de la négociation collective, lequel impose l'obligation de négocier de bonne foi à un employeur, doit dorénavant être apprécié en fonction du nouveau paradigme qu'impose la constitutionnalisation du droit à la négociation collective. Ce constat est confirmé par l'arrêt *Fraser*, quoique des limites sont alors posées quant à la nature de l'encadrement.

Le problème se pose sous différents angles: a) certaines catégories de salariés sont parfois exclus expressément des régimes législatifs (la situation en cause dans l'affaire *Fraser*); b) certains travailleurs n'ont pas le statut de salariés au sens de ces régimes et n'ont donc pas accès à leurs mécanismes de mise en oeuvre de la négociation collective; c) la législation peut imposer une forme d'association aux fins de la négociation collective qui ne permet pas de répondre à l'exercice de la liberté fondamentale.

Coutu, Fontaine et Marceau¹¹⁴ soulèvent cette problématique en lien avec l'accréditation: certains travailleurs étant exclus des régimes généraux d'accréditation des syndicats sans que des possibilités alternatives ne leur soient offertes pour négocier collectivement leurs conditions de travail. Ils donnent des exemples relevés au Québec: les cadres, les travailleurs agricoles, les personnes responsables de services de garde et les ressources en milieu familial. Ces exemples relèvent de situations qui ont déjà donné lieu à des contestations judiciaires. Les chercheurs constatent que ces exclusions du régime général sont incompatibles avec l'interprétation donnée par la Cour suprême à la liberté d'association.

Etherington¹¹⁵ soulève aussi cette question, et mentionne qu'au moins trois contestations constitutionnelles ont cours, fondées sur l'exclusion du régime législatif de représentation collective en vigueur dans la juridiction en cause: les travailleurs agricoles en Ontario (l'affaire *Fraser*), les employés de la Gendarmerie royale du Canada et l'exclusion des dix-sept mille (17 000) employés à temps partiel des collèges communautaires.

L'auteur ajoute que divers types de restrictions législatives à la définition des unités de négociation peuvent constituer une entrave substantielle au droit d'association aux fins de la négociation collective. Il souligne à cet égard le cas de la «Loi 30»¹¹⁶ au Québec,

¹¹⁴ COUTU et al., précités note 37, pp. 32-33.

¹¹⁵ ETHERINGTON, précité note 39, p. 741.

¹¹⁶ *Loi concernant les unités de négociation dans le secteur des affaires sociales et modifiant la Loi sur le régime de négociations des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*, L.Q. 2003, c. 25.

une loi qui a redéfini, sans l'accord des associations concernées, le contour des unités de négociation dans le secteur de la santé et des services sociaux. La Cour supérieure du Québec a déclaré cette loi inconstitutionnelle en appliquant les principes dégagés de l'arrêt *Health Services*¹¹⁷. Toutefois, suite à l'arrêt *Fraser*, la Cour d'appel a renversé cette décision en appuyant ses motifs principalement sur le fait que la Cour suprême a affirmé que la protection constitutionnelle ne garantissait pas l'accès à un régime particulier de relations de travail¹¹⁸. Cette décision, dont la demande d'autorisation d'appel a été rejetée par la Cour suprême, fera l'objet d'un examen dans le cadre de nos résultats de recherche.

Sur cette dernière affaire, Verge¹¹⁹ avait d'ailleurs écrit que la conclusion de la Cour supérieure était contraire à l'affirmation contenue dans l'arrêt *Health Services* voulant que le droit de négociation collective n'emportait pas le droit à un modèle particulier de relations de travail. Ainsi, selon cet auteur, le régime d'accréditation tel qu'il est connu présentement ne fait pas partie de ce que la Cour suprême a constitutionnalisé à titre de droit à la négociation collective. Verge conclut ainsi notamment à la lumière de l'affirmation de la liberté syndicale sur le plan international.

Verge a poursuivi la réflexion sur cette question en 2010¹²⁰. Il reconnaît alors que l'affirmation de la «liberté de négocier» peut entraîner l'imposition d'une obligation positive faite au législateur en vue d'assurer en faveur de certaines catégories de salariés particulièrement «vulnérables» quant à l'exercice de cette liberté certains des éléments constitutifs du régime légal courant de rapports collectifs du travail. Il ajoute que ce sera dans des cas exceptionnels, c'est-à-dire lorsque sans un tel soutien législatif, la liberté d'association de ces salariés ne serait qu'illusoire. Dans ces situations, l'imposition d'une obligation de négocier de bonne foi pourrait venir à figurer dans ce contenu minimal et obligé.

Verge considère que l'autonomie collective ne saurait être emprisonnée à l'intérieur d'un régime légal particulier de négociation collective. Par conséquent, l'exclusion de certaines catégories de travailleurs du régime législatif de négociation collective ne sera contraire à la liberté d'association que si elle a pour effet de les priver de l'accès à toute forme de véritable négociation.

¹¹⁷ *CSN c. Procureur général du Québec*, 2007 QCCS 5513.

¹¹⁸ *Québec (Procureur général) c. Confédération des syndicats nationaux (CSN)*, 2011 QCCA 1247 (CanLII), demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, 10 mai 2012: no 34479.

¹¹⁹ VERGE, Pierre, «La protection constitutionnelle du droit à la négociation collective et le réaménagement du régime légal de représentation collective dans le secteur des affaires sociales du Québec: *C.S.N. c. Procureur général du Québec*» (2009) 14 *Canadian Labour and Employment Law Journal*, pp. 305-315.

¹²⁰ VERGE, P. (2010), précité note 107.

De son côté, Fudge pose la question en ces termes :

«The answer to the second question, will the Health Services and Support decision make collective bargaining more accessible to workers, is easier, albeit less satisfactory for those who happen to believe that there is a need for collective bargaining legislation that departs from the Wagner model. The jurisprudence of the ILO's Committee on Freedom of Association is clear that in jurisdictions that provide exclusive bargaining rights for majority unions, in situations in which there is no union representing a majority of workers at a workplace, unions representing a minority of those workers should be entitled to represent them and to negotiate an agreement on their behalf. However, these rights derive from Convention 98, which Canada has not ratified. Since the Supreme Court has relied only on international conventions that Canada has ratified, it is unlikely that this jurisprudence will provide persuasive authority for interpreting s. 2(d).»¹²¹

Enfin, soulignons l'article de Coiquaud¹²² qui, à l'aide du cas des chauffeurs locataires de taxi, souligne le caractère inadéquat de l'encadrement juridique des travailleurs autonomes en situation précaire; leur non-inclusion dans le régime général de négociation collective mis en place dans le *Code du travail* consacre l'inscription de cette industrie dans le libre commerce. L'auteure explore l'idée d'un nouveau régime cadre de représentation collective des non-salariés, ce qui nous incite à faire le lien avec l'obligation positive de l'État d'assurer l'exercice de la liberté d'association dans le cas des travailleurs vulnérables, question abordée par Verge (2010) et discutée dans l'affaire *Dunmore*.

3.2.3 Imposition de conditions de travail par l'État et l'exclusion de certaines matières de la négociation collective

Coutu, Fontaine et Marceau¹²³ relèvent que l'exclusion de certains sujets du champ de la négociation collective (par exemple, celle qu'on retrouve à la *Loi sur la fonction publique*¹²⁴) constitue, à l'évidence, une entrave substantielle au droit de négociation collective.

¹²¹ FUDGE, précitée note 33, p. 44 (références omises).

¹²² COIQUAUD, Urwana, «Le difficile encadrement juridique des travailleurs autonomes en situation précaire: le cas des chauffeurs locataires de taxi», (2009) *Relations industrielles / Industrial Relations*, vol. 64, no 1, pp. 95-111.

¹²³ COUTU et al., précités note 11, pp. 34-35.

¹²⁴ L.R.Q., c. F-3.1.1.

Il en est de même pour la modification du contenu des conventions collectives par voie législative, chose qui est jugée comme étant contraire au droit de négociation collective par le droit international. De telles mesures ont encore cours aujourd'hui: le Parlement fédéral a notamment légiféré en 2009 des taux d'augmentation salariale différents de ceux déjà négociés par des associations et employeurs du secteur public fédéral¹²⁵.

Etherington fait écho à Coutu et al. sur la question de l'exclusion de matières de la négociation collective. Il mentionne que les deux plus importantes organisations syndicales du secteur public fédéral ont entrepris des contestations judiciaires visant la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*¹²⁶, laquelle interdit la négociation des classifications d'emploi, des régimes de retraite et d'autres éléments relatifs à la sécurité d'emploi et aux effectifs.

Après l'arrêt *Fraser*, les auteurs Barrett et Poskanzer¹²⁷ ont réitéré que la constitutionnalisation du droit de négocier collectivement, tel qu'entendue dans cet arrêt, permet la contestation des mesures par lesquelles on impose des conditions de travail sans négociation ou on interdit la négociation de certaines matières.

¹²⁵ *Loi sur le contrôle des dépenses*, L.C. (2009) c. C-10.

¹²⁶ L.C. (2003), ch. 22, art. 2.

¹²⁷ BARRETT, Steven et Ethan POSKANZER, «What *Fraser* Means for Labour Rights in Canada» dans Faraday et al., eds, *Constitutional Labour Rights in Canada. Farm Workers and the Fraser Case*, Irwin Law, 2012, pp. 190-233.

IV. Énoncé de la problématique

On constate, depuis le changement de paradigme opéré par la Cour suprême dans l'affaire *Health Services*, une recrudescence des contestations judiciaires de mesures législatives par des organisations syndicales. Compte tenu de la constitutionnalisation du droit de négociation collective, ces contestations auront sans doute des effets sur la validité de certaines dispositions des régimes législatifs de représentation collective et certaines lois spéciales. On peut également entrevoir des changements dans l'interprétation des dispositions de ces régimes en droit privé, compte tenu de la modification de la hiérarchie des sources de droit que l'arrêt *Health Services* entraîne.

Les auteurs recensés dans notre revue de littérature constatent le changement de paradigme et l'associent étroitement à l'étude qu'a fait la Cour suprême de l'histoire des relations de travail au Canada et de l'état du droit positif au plan international. Certains auteurs en dégagent le constat que la Cour suprême a constitutionnalisé un modèle de négociation collective, celui issu du *Wagner Act* américain. Quoique cet élément soit atténué par la décision *Fraser*, la Cour a quand même confirmé que la protection constitutionnelle comprenait l'obligation corollaire de négocier de bonne foi de la part de l'employeur.

Partant de ce changement de paradigme, certains auteurs entrevoient une recrudescence de l'activité syndicale de contestation judiciaire. Quelques uns d'entre eux voient dans cette stratégie un paradoxe: par la reconquête d'un certain pouvoir, via le judiciaire, à l'encontre du pouvoir politique dans un contexte politico-économique défavorable, les organisations syndicales risquent de légitimer le *statu quo* (les régimes issus du *Wagner Act*) et de nuire au développement de modèles de négociation collective plus adaptés à la réalité économique contemporaine et au syndicalisme minoritaire.

Enfin, les auteurs identifient un certain nombre d'impacts potentiels du changement de paradigme sur les régimes législatifs de représentation collective. L'impact en droit privé pourrait se limiter à la situation au Québec en raison des différences dues au fait que la protection de la liberté d'association par la *Charte des droits et libertés de la personne* n'a pas d'équivalent à l'extérieur de la province. Cet impact en droit privé prendrait la forme d'une interprétation des dispositions législatives plus favorable à l'exercice de droits syndicaux.

En droit public, l'impact de l'arrêt *Health Services* touche d'abord le droit de grève, que les auteurs considèrent connexe au droit de négociation collective et susceptible de voir constitutionnalisé par le même raisonnement. Ensuite, on entrevoit un impact sur les atteintes législatives au droit de négociation collective telles les restrictions aux matières négociables ou l'imposition unilatérale de conditions de travail par l'État. Enfin, les exclusions des régimes législatifs de représentation collective peuvent également être remises en cause, de même que l'intervention étatique dans la définition des unités de négociation, quoique les auteurs ne s'entendaient pas sur la portée exacte de la décision *Health Services* à cet égard et que la décision *Fraser* en atténue certainement les impacts.

V. Questions de recherche

Notre revue de littérature nous a permis de préciser notre question de recherche. Celle-ci se déclinera en plusieurs sous-questions:

- a) Quels sont les effets de la constitutionnalisation du droit de négociation collective sur la validité des mesures législatives qui restreignent le droit de grève?
- b) Quels sont les effets de la constitutionnalisation du droit de négociation collective sur la validité des dispositions des régimes législatifs de représentation collective qui excluent certaines catégories d'employés de leur application?
- c) Quels sont les effets de la constitutionnalisation du droit de négociation collective sur la validité des mesures législatives qui restreignent la capacité de négocier certaines matières relatives aux conditions de travail?
- d) Quels sont les effets de la constitutionnalisation du droit de négociation collective sur l'interprétation des dispositions des régimes législatifs de représentation collective en droit privé au Québec?
- e) Quel est l'impact du recours aux sources du droit international du travail sur le lien entre la constitutionnalisation du droit de négociation collective et la validité des régimes législatifs en droit interne ou l'interprétation de ces régimes?

Ces questions s'inscrivent dans l'étude du système de relations industrielles, à l'égard des intrants issus de l'environnement externe au plan juridique. Elles impliquent également la prise en considération de la stratégie de l'acteur syndical en regard du développement de politiques relatives à la représentation collective.

VII. Le modèle d'analyse

Le modèle d'analyse retenu est fondé sur une analyse qualitative de concepts jurisprudentiels. Nous présentons ici le modèle conceptuel, le cadre opératoire et les propositions de recherche.

1. Le modèle conceptuel

Dans cette section, nous offrons une définition des concepts à la base de notre modèle d'analyse, et présentons leurs différentes dimensions.

1.1 La variable indépendante

Notre variable indépendante est la constitutionnalisation du droit de négociation collective.

Par **constitutionnalisation**, nous entendons le fait d'élever une norme juridique au rang de droit fondamental, ce qui signifie qu'il s'agit d'un droit universel, inaliénable et indivisible auquel on ne peut déroger, faisant partie intégrante de la liberté d'association garantie par les *Chartes*. Cette constitutionnalisation est opérée dans l'arrêt *Health Services*¹²⁸. Toutefois, la Cour précise que la protection constitutionnelle n'englobe pas tous les aspects du processus de négociation collective, mais seulement les «entraves substantielles » grevant ce processus.

Quant à la définition de l'«entrave substantielle», il s'agit d'un acte qui touche l'activité associative de manière à décourager la poursuite collective d'objectifs communs¹²⁹.

Le **droit de négociation collective**, suivant l'arrêt *Health Services*, est un droit à portée limitée¹³⁰. Tel que défini dans cet arrêt, ce droit a trait au processus de négociation par opposition aux résultats spécifiques de cette négociation. La protection de la liberté d'association garantit la participation à un processus général de négociation collective mais non le droit de revendiquer un régime particulier de relations de travail. Le droit de

¹²⁸ ARTHURS, précité note 43, p. 11.

¹²⁹ COUTU et al., précités note 37, pp. 16-17.

¹³⁰ FUDGE, précitée note 33, pp. 34-35.

négociation collective implique une obligation corollaire, faite à l'employeur, de négocier de bonne foi, tel que confirmé dans l'arrêt *Fraser*¹³¹.

1.2 Les variables dépendantes

Selon les chercheurs recensés dans notre revue de littérature, la constitutionnalisation du droit de négociation collective aura des effets en droit public sur la validité des dispositions législatives qui comportent des restrictions au droit de grève¹³², sur les exclusions des régimes législatifs de représentation collective et sur les mesures législatives qui restreignent la capacité de négocier certaines conditions de travail.

Les auteurs québécois entrevoient aussi un effet en droit privé sur l'interprétation des dispositions des régimes de représentation collective en regard de l'obligation de négocier de bonne foi et en regard des définitions qui cernent leur champ d'application.

Nous avons donc identifié quatre concepts qui constituent des variables dépendantes, qui à leur tour se décomposent en plusieurs dimensions.

Les variables dépendantes peuvent être regroupées en deux catégories : les variables relevant du droit public et celles relevant du droit privé. Le droit public régit les rapports entre les autorités étatiques et les citoyens, tandis que le droit privé concerne les relations entre parties privées.

En droit public, l'effet de la constitutionnalisation du droit de négociation collective est anticipé sur la **validité** de mesures législatives ou réglementaires. Il nous faut donc tout d'abord définir ce concept.

1.2.1 Variables dépendantes en droit public

1.2.1.1 Le concept de validité constitutionnelle

La validité d'une mesure législative s'apprécie sous différents angles, que ce soit du point de vue du droit administratif ou du droit constitutionnel. Dans la présente

¹³¹ Ibid.

¹³² VERGE (2009), précité note 108.

recherche, nous nous attardons à la validité constitutionnelle : il s'agit de se demander si la mesure législative étudiée est autorisée par la Constitution canadienne.

Toute règle de droit incompatible avec la Constitution peut être déclarée inopérante selon l'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

«52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.»

La sanction de l'inconstitutionnalité de la mesure législative est assurée par un contrôle judiciaire et peut prendre plusieurs formes¹³³ : la mesure peut être déclarée inopérante ou inapplicable à certaines personnes ou dans certaines circonstances; il s'agit alors d'une invalidité partielle. Une invalidité totale peut aussi être déclarée, mais être suspendue quant à ses effets afin de donner la possibilité au législateur de pallier l'inconstitutionnalité. Enfin, l'incompatibilité apparente d'une disposition avec la Constitution peut être évitée par une interprétation atténuée ou par une interprétation large¹³⁴. Toutes ces formes d'invalidité sont envisagées dans le concept que nous retenons aux fins de la présente recherche.

Par ailleurs, il faut préciser qu'une atteinte à la liberté d'association garantie par l'article 2d) de la *Charte canadienne* n'entraîne pas nécessairement l'invalidité de la disposition en cause. En effet, pour qu'un tribunal prononce cette invalidité, il faut que l'atteinte ne soit pas justifiée. L'article 1 de la *Charte canadienne* prévoit :

« 1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

Il appartient à la partie qui invoque cette «justification dans une société libre et démocratique» d'en faire la preuve, en démontrant :

- que la mesure répond à un objectif réel et urgent ;
- que la mesure a un lien rationnel avec l'objectif;

¹³³ BRUN, Henri et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e édition, Yvon Blais, Cowansville, 2002, p. 198.

¹³⁴ Par exemple, l'interprétation large a été privilégiée dans l'affaire *Fraser*.

- qu'elle porte le moins possible atteinte au droit en question ;
- qu'il y a proportionnalité entre la restriction et l'objectif.

Si la démonstration est faite que l'atteinte à la liberté d'association est justifiée dans une société libre et démocratique, la mesure législative sera sauvegardée et ne sera pas déclarée **invalide** constitutionnellement.

1.2.1.2 Les restrictions au droit de grève

Selon les normes internationales du travail, un État qui restreint le droit de grève, pour des considérations qui permettent de justifier les limites imposées, doit offrir un mécanisme de résolution des différends qui permet d'assurer le respect du droit de négociation collective dans une perspective d'équilibre des rapports de force. En effet, la limitation du droit de grève devrait s'accompagner de «garanties appropriées» telles des procédures de conciliation et d'arbitrage impartiales et expéditives¹³⁵. Le recours à ces normes internationales est pertinent en raison de l'utilisation qu'en fait la Cour suprême dans l'arrêt *Health Services* et sa conclusion voulant que le droit international constitue une source persuasive d'interprétation des garanties contenues à la *Charte canadienne* en matière de liberté d'association. Nous définissons donc la restriction au droit de grève comme étant une limite à l'exercice de la grève qui n'est pas compensée par un mécanisme de règlement des différends au sens où l'entendent les organes de l'OIT.

Les restrictions au droit de grève peuvent comporter différentes dimensions. La première se manifeste par des lois spéciales de retour au travail, c'est-à-dire des lois ponctuelles qui mettent fin à une grève par ailleurs légale en vertu du régime législatif en vigueur.

En second lieu, certaines restrictions au droit de grève sont permanentes et sont liées aux services essentiels à la santé et la sécurité du public. En droit international, sont considérés comme essentiels uniquement les secteurs où une grève «serait susceptible de mettre en danger, dans tout ou partie de la population, la vie, la sécurité ou la santé des personnes». Ne sont pas considérés essentiels, par conséquent, les secteurs d'activité où l'interruption du travail entraîne un préjudice purement économique¹³⁶.

¹³⁵ GERNIGON, Bernard, Alberto ODERO et Horacio GUIDO, *Les principes de l'OIT sur le droit de grève*, Organisation internationale du Travail, Genève, 2000, p. 23; ADAMS, Roy, «*Fraser v. Ontario and International Human Rights*», 14 C.L.E.L.J. 3379 : p. 391.

¹³⁶ COUTU et al., précités note 37, p. 45.

Enfin, les lois canadiennes, fédérales et provinciales, entourent souvent l'exercice du droit de grève de certaines formalités ou exigences préalables, tels le recours à la médiation ou à la conciliation, l'envoi d'un avis à l'employeur ou les exigences relatives au scrutin autorisant le recours à la grève. Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, la grève est considérée comme illégale. Les situations de ce genre, soumises à l'appréciation des organes de l'OIT, n'ont généralement pas été déclarées incompatibles avec les principes de la liberté d'association¹³⁷. Par conséquent, elles ne feront pas l'objet de notre recherche.

1.2.1.3 Les exclusions des régimes législatifs de représentation collective

Par les termes «exclusion des régimes législatifs de représentation collective», nous référons aux dispositions qui restreignent la capacité de certaines catégories de salariés de s'associer aux fins de la négociation collective avec leur employeur.

L'exclusion du régime peut être explicite, par exemple, lorsque la loi identifie spécifiquement une catégorie de salariés et la retire du champ d'application du régime. Ce genre d'exclusion est fréquent à l'égard des postes de direction dans les entreprises.

L'exclusion du régime peut aussi être implicite et découler de l'interprétation jurisprudentielle de certaines définitions contenues aux lois du travail qui encadrent la représentation collective. À titre d'illustration, on pense aux personnes dont la relation de travail avec le donneur d'ouvrage est qualifiée de contrat de service plutôt que de contrat de travail.

1.2.1.4 Les interventions législatives relatives au contenu de la négociation

Dans l'arrêt *Health Services*, la Cour était saisie de ce type d'atteinte au droit de négociation collective : le législateur avait limité la capacité des syndicats de négocier certaines conditions de travail en excluant spécifiquement certaines matières de la négociation. Cette entrave au droit de négocier a été déclarée inconstitutionnelle.

Une intervention législative relative au contenu de la négociation peut donc constituer une entrave au droit constitutionnel de négocier collectivement. Ce type d'intervention législative peut prendre différentes formes, et nous en avons identifié deux qui sont

¹³⁷ Ibid.

susceptibles d'être invalides suivant le changement de paradigme opéré par l'arrêt *Health Services*.

Tout d'abord, le fait pour le législateur d'imposer par voie législative ou réglementaire le contenu d'une convention collective en mettant ainsi fin à une période de négociation. Ces interventions sont relativement fréquentes et prennent la forme d'une loi spéciale, d'une loi de mise en œuvre du budget ou d'un décret autorisé par une telle loi¹³⁸.

En second lieu, certaines dispositions législatives permanentes restreignent les sujets qui peuvent faire l'objet de la négociation dans le secteur public¹³⁹. Ce type de restrictions au droit de négocier constitue une ingérence relative au contenu de la négociation qui sera étudiée dans le cadre de notre recherche.

1.2.2. Variables dépendantes en droit privé

1.2.2.1 L'interprétation de la portée de l'obligation de négociateur de bonne foi

En raison de la constitutionnalisation du droit de négocier collectivement, il faut entrevoir la possibilité que l'obligation corollaire, faite à l'employeur, de négocier de bonne foi avec l'association qui représente les salariés, aura une plus grande intensité¹⁴⁰.

En transposant le raisonnement de la Cour suprême dans *Health Services* et *Fraser* en droit privé, à l'aide des garanties contenues à la *Charte québécoise des droits et libertés*¹⁴¹, le droit à un processus de négociation mené de bonne foi pourra être sanctionné à l'endroit d'un employeur privé.

Pour les fins de notre recherche, nous étudierons les effets de notre variable dépendante sur la portée de l'obligation qu'a l'employeur de négocier les conditions de travail avec l'association représentative, en vertu du *Code du travail* du Québec. Nous sommes d'avis qu'il est préférable de restreindre au territoire du Québec cette partie de la recherche, en raison du fait qu'outre le Québec, seule la Saskatchewan offre une

¹³⁸ COUTU et al., précités note 37, p. 34.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ MORIN, précité note 35, p. 15.

¹⁴¹ L.R.Q., c. C-12.

protection de la liberté d'association dans un instrument quasi constitutionnel qui s'applique en droit privé¹⁴².

Le *Code du travail du Québec*¹⁴³, contient des prescriptions relatives à l'obligation de négocier de bonne foi. Ces prescriptions se dégagent des décisions dans les litiges qui concernent l'application de l'article 53 :

«53. La phase des négociations commence à compter du moment où l'avis visé à l'article 52 a été reçu par son destinataire ou est réputé avoir été reçu suivant l'article 52.2.

Les négociations doivent commencer et se poursuivre avec diligence et bonne foi.»

La portée de l'obligation est cernée par le corpus jurisprudentiel des tribunaux du travail et des tribunaux supérieurs agissant en révision judiciaire. Par conséquent, nous étudierons cette interprétation jurisprudentielle pour déceler si la constitutionnalisation du droit de négocier a eu pour effet de la modifier par rapport à la jurisprudence antérieure.

1.2.2.2 L'interprétation des protections contre l'ingérence dans la représentation

Dans le même ordre d'idées, puisque le droit à la négociation collective a acquis un statut de droit fondamental, on doit étudier l'effet de ce changement sur l'interprétation des protections accordées à l'association syndicale en droit privé. Le *Code du travail* du Québec prévoit divers recours (articles 12 à 17 du *Code du travail*.) visant à protéger les travailleurs et leurs organisations contre certaines actions et mesures antisyndicales, notamment en cas d'entrave et de domination, d'intimidation et de menaces, de refus d'embauche et de congédiement ou autres mesures discriminatoires¹⁴⁴.

Nous regroupons l'ensemble de ces protections législatives sous le vocable **«protections contre l'ingérence dans la représentation»**.

¹⁴² Coutu et al., précités note 37, p. 28; ETHERINGTON, précité note 39. Voir: *Saskatchewan Human Rights Code*, Statutes of Saskatchewan, ch. S-24, s. 6.

¹⁴³ L.R.Q., c. C-26.

¹⁴⁴ COUTU et al, précités note 37, p. 29.

L'interprétation de ces dispositions par les tribunaux du travail et les tribunaux supérieurs définit l'ampleur des protections qu'elles accordent. Ce corpus jurisprudentiel sera étudié dans une approche comparative *pré* et *post Health Services* et constitue donc la seconde variable dépendante étudiée dans la sphère de droit privé.

1.3 La variable modératrice: le recours au droit international du travail

Suivant l'arrêt *Health Services*, et tel que l'ont confirmé les juges majoritaires dans l'affaire *Fraser*, le recours aux sources du droit international du travail permet d'interpréter la portée des protections constitutionnelles contenues à la *Charte*. Comme le notent Roux et Verge¹⁴⁵, le droit international dans son ensemble et les valeurs d'universalité qu'il véhicule, exercent de plus en plus une influence «persuasive» dans la jurisprudence canadienne. Cette influence se manifeste primordialement à l'occasion de l'interprétation d'instruments traitant des droits fondamentaux de la personne, dont la *Charte* au premier chef:

«Cette affirmation judiciaire des principes du droit international au sein du droit interne, que l'on a qualifié de «transjudicialisme», repose sur la correspondance des valeurs inhérentes à la normativité internationale par rapport à celles qui sont à la base même de la société canadienne et non pas sur la reconnaissance d'un caractère contraignant qui pourrait s'y rattacher.»¹⁴⁶

Le recours à ces sources pourra influencer l'interprétation judiciaire des droits et libertés en cause. Nous pouvons envisager cet effet principalement en droit public en raison des divergences encore observées entre les normes internationales et le droit interne au chapitre de la liberté d'association¹⁴⁷.

¹⁴⁵ ROUX et VERGE., précités note 69.

¹⁴⁶ Ibid., p. 124.

¹⁴⁷ Ibid., point 1.2.2 «*Contradictions persistantes*», pp. 132 et s.

Tableau 1 – Variables : concepts et dimensions

Concepts		Dimensions
VARIABLE INDÉPENDANTE	Constitutionnalisation du droit de négociation collective	
VARIABLES DÉPENDANTES EN DROIT PUBLIC	Validité des restrictions au droit de grève	Validité des lois spéciales de retour au travail
		Validité des limites liées aux services essentiels
	Validité des exclusions des régimes de représentation	Validité des exclusions explicites
		Validité des exclusions implicites
Validité des interventions législatives sur le contenu de la négociation	Validité des dispositions qui imposent des conditions de travail non négociées	
	Validité des restrictions quant aux matières négociables	
VARIABLE DÉPENDANTE EN DROIT PRIVÉ	Interprétation des dispositions des régimes de représentation	Interprétation de la portée de l'obligation de négocier de bonne foi
		Interprétation des protections contre l'ingérence
VARIABLE MODÉRATRICE	Recours aux sources de droit international par le tribunal	

La définition des concepts qui composent notre modèle conceptuel nous permet de présenter les propositions qui découlent de notre approche.

2. Les propositions de recherche

Nous divisons nos propositions en deux catégories : celles qui seront étudiées en droit public à travers le Canada, et celles qui seront étudiées en droit privé au Québec. Notre revue de littérature nous permet d'émettre trois propositions en droit public et deux propositions en droit privé.

2.1 Les propositions en droit public

Nous posons comme première hypothèse que la constitutionnalisation du droit de négociation collective entraîne l'invalidité des restrictions au droit de grève qui ne sont pas compensées par un mécanisme de résolution des différends, que ces restrictions s'expriment par des lois spéciales ou par des limites liées aux services essentiels (P1).

Comme seconde proposition, nous soutenons que la constitutionnalisation du droit de négociation collective entraîne l'invalidité des exclusions des régimes de représentation collective, tant implicites qu'explicites (P2).

Nous émettons une troisième proposition : la constitutionnalisation du droit de négociation collective entraîne l'invalidité des restrictions au contenu des négociations, tant dans la dimension première, soit l'imposition de conditions de travail non négociées que dans la seconde dimension, soit les restrictions permanentes à la capacité de négocier certaines matières (P3).

2.2 Les propositions en droit privé

Les auteurs recensés dans notre revue de littérature n'ont pas identifié avec précision le sens de l'influence que pourra avoir la constitutionnalisation du droit de négociation collective sur l'interprétation des régimes de représentation collective. En conséquence, nous élaborons deux propositions à cet égard, que notre recherche permettra d'étudier à titre exploratoire.

Tout d'abord, nous soumettons que la constitutionnalisation du droit de négociation collective influence l'interprétation des dispositions du *Code du travail du Québec* en ce qui a trait à la négociation de bonne foi (P4).

En second lieu, nous soumettons que la constitutionnalisation du droit de négociation collective influence l'interprétation des dispositions du *Code du travail du Québec* en ce qui a trait aux protections contre l'ingérence de l'employeur (P5).

2.3 Le recours au droit international

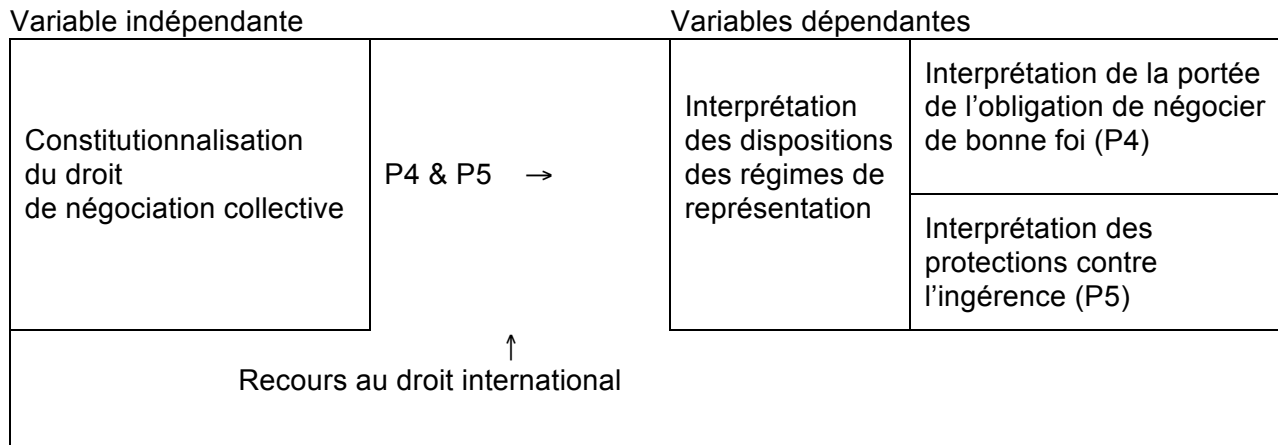
Nous soumettons enfin que le recours aux sources du droit international du travail viendra influencer positivement la relation entre la constitutionnalisation du droit de négocier collectivement et la validité des différentes dimensions des régimes qui seront étudiées en droit public.

L'utilisation du droit international en droit privé pourra également influencer l'interprétation des dispositions des régimes de représentation collective, en particulier en ce qui concerne les protections contre l'ingérence dans les activités de l'association.

Schéma 1 – Propositions en droit public

Variable indépendante		Variables dépendantes	
Constitutionnalisation du droit de négociation collective	P1 →	Invalidité des restrictions au droit de grève	Invalidité des lois spéciales de retour au travail
			Invalidité des limites liées aux services essentiels
	P2 →	Invalidité des exclusions des régimes de représentation	Invalidité des exclusions explicites
			Invalidité des exclusions implicites
	P3 →	Invalidité des interventions législatives sur le contenu de la négociation	Invalidité des dispositions qui imposent des conditions de travail non négociées
			Invalidité des restrictions quant aux matières négociables
		↑ Recours au droit international	

Schéma 2 – Propositions en droit privé



3. Le modèle opératoire

Notre recherche étant basée sur une analyse de contenu jurisprudentiel, les indicateurs sont des références aux concepts eux-mêmes et à leurs dimensions dans les décisions des tribunaux. En particulier, l'invalidité des dispositions étudiées se constate par les conclusions des décisions.

Le tableau à la page suivante présente les indicateurs associés à chaque dimension des concepts.

Tableau 2 – Variables, concepts, dimensions et indicateurs

	Concepts	Dimensions	Indicateurs	
VARIABLE INDÉPENDANTE	Constitutionnalisation du droit de négociation collective		Référence à l'arrêt <i>Health Services</i>	
			Référence à l'article 2d) de la <i>Charte canadienne</i> (liberté d'association)	
VARIABLES DÉPENDANTES EN DROIT PUBLIC	Validité des restrictions au droit de grève	Validité des lois spéciales de retour au travail	Conclusions du tribunal : déclaration d'invalidité Référence à la loi contestée	
		Validité des limites liées aux services essentiels	Conclusions du tribunal : déclaration d'invalidité Références aux dispositions législatives relatives aux services essentiels	
	Validité des exclusions des régimes de représentation	Validité des exclusions explicites	Conclusions du tribunal : déclaration d'invalidité Référence aux dispositions législatives créant l'exclusion	
		Validité des exclusions implicites	Interprétation atténuée Conclusion d'invalidité Référence à l'interprétation de la disposition créant l'exclusion	
	Validité des interventions législatives sur le contenu de la négociation	Validité des dispositions qui imposent des conditions de travail non négociées	Conclusions du tribunal : déclaration d'invalidité Référence à la mesure imposant les conditions de travail	
		Validité des restrictions quant aux matières négociables	Conclusions du tribunal : déclaration d'invalidité Référence aux dispositions législatives sur les matières négociables	
	VARIABLES DÉPENDANTES EN DROIT PRIVÉ	Interprétation des dispositions des régimes de représentation	Interprétation de la portée de l'obligation de négocier de bonne foi	Référence à l'article 52 du <i>Code du travail</i> Référence à la jurisprudence interprétant l'article 52 du <i>Code du travail</i>
			Interprétation des protections contre l'ingérence	Référence aux articles 12 à 17 du <i>Code du travail</i> Référence à la jurisprudence interprétant les articles 12 à 17 du <i>Code du travail</i>
VARIABLE MODÉRATRICE	Recours au droit international du travail		Référence aux sources du droit international du travail: traités, conventions, décisions ou doctrine	

VIII- Le plan d'observation

1. La cueillette de données et l'échantillonnage

Pour déterminer l'effet de la constitutionnalisation du droit de négociation collective sur nos variables dépendantes, nous procédons à une analyse de contenu jurisprudentiel des décisions des tribunaux du travail et des tribunaux supérieurs.

La cueillette de données a été effectuée dans les banques de jurisprudence de CANLII (Canadian Legal Information Institute) pour le Canada et de Soquij (Société québécoise d'information juridique) pour le Québec. Ces banques répertorient les décisions des tribunaux administratifs ayant compétence en droit du travail tels la Commission des relations de travail du Québec, le Conseil canadien des relations industrielles et leur équivalent dans chaque province. Ces banques répertorient également les décisions des tribunaux de droit commun et des Cours fédérales qui peuvent être appelées à se pencher sur le droit de négociation collective en révision judiciaire, ou en première instance lorsqu'ils sont saisis de demandes en matière constitutionnelle.

La collecte de données livre des résultats à jour au 31 décembre 2012.

La clé de recherche dans les banques de jurisprudence a été la référence à l'arrêt *Health Services*, pour faire en sorte de répertorier toutes les décisions citant cet arrêt. Seules ont été écartées les décisions qui ne font pas référence au droit de négociation collective et qui citent l'arrêt *Health Services* accessoirement, sans lien avec ce droit. Les banques de Soquij et de CANLII peuvent se chevaucher, puisque CANLII répertorie également la jurisprudence québécoise; les doublons ont été éliminés, et ces deux banques assurent une couverture exhaustive pour le Québec.

La population de notre recherche est composée de l'ensemble des décisions des tribunaux canadiens portant sur le droit de négociation collective et le droit de grève après l'arrêt *Health Services*. Toutefois, pour les propositions P4 et P5, s'agissant d'étudier l'effet de la constitutionnalisation du droit de négociation collective en droit privé, la population est composée de l'ensemble des décisions des tribunaux québécois. En effet, nous avons choisi d'étudier le droit privé au Québec car il est doté d'une protection de nature quasi-constitutionnelle de la liberté d'association.

Ainsi, pour les propositions P1 à P3, les décisions sont répertoriées à l'échelle canadienne tandis que pour les propositions P4 et P5, les décisions sont répertoriées parmi les tribunaux compétents en droit québécois seulement. Les grilles d'observation suivantes ont servi à l'analyse des décisions.

1.1 Grille d'observation - droit public

Instance et date de la décision	Appel ou révision judiciaire oui / non
	Historique judiciaire:
Contestation constitutionnelle	oui / non
Contestation de la validité d'une restriction au droit de grève	Loi spéciale de retour au travail oui / non Caractéristiques de la Loi
	Limites liées aux services essentiels oui / non Caractéristiques du régime
Contestation de la validité d'exclusions du régime	Exclusion explicite oui / non Caractéristiques de l'exclusion (nature des fonctions, nature du secteur, exclusion partielle ou totale, etc.):
	Exclusion implicite oui / non Caractéristiques de l'exclusion (nature des fonctions, nature du secteur, exclusion partielle ou totale, etc.):
Contestation d'une intervention législative sur le contenu de la négociation	Imposition de conditions de travail non négociées oui / non Caractéristiques de l'intervention (présence d'une négociation de bonne foi, présence d'un mécanisme l'arbitrage de différend, durée de l'intervention, intervention rétroactive ou prospective, etc.):
	Restriction aux matières négociables oui / non Caractéristiques de la restriction:
Recours aux sources de droit international du travail	1. Référence aux instruments juridiques du droit international: Pactes, traités, conventions:
	2. Référence aux décisions des instances de l'OIT: Comité de liberté syndicale: Commission d'experts: Décisions en lien avec le litige oui / non
	3. Référence à la doctrine
	Utilisation des sources de droit international au soutien des motifs oui / non
Conclusions du tribunal	Atteinte à la liberté d'association oui / non Détail des motifs: - entrave substantielle de l'état dans l'activité associative? - matière importante pour l'activité associative? - discussion sur l'obligation de négocier de bonne foi (modèle <i>Health Services</i> ou modèle <i>Fraser</i>)? - discussion relative au droit de grève?

	Justification dans une société libre et démocratique oui / non - objectif réel et urgent? - lien rationnel avec l'objectif? - atteinte minimale? - proportionnalité?
	Conclusion d'invalidité oui / non Interprétation atténuée ou large oui / non
Suivi de la décision	S'il y a lieu: modifications législatives, appel, etc.

1.2 Grille d'observation - droit privé

Instance et date de la décision	Appel ou révision judiciaire oui / non
	Historique judiciaire:
Nature du litige	Plainte relative à l'obligation de négocier de bonne foi oui / non
	Plainte relative à l'ingérence de l'employeur dans les affaires syndicales oui / non
Moyens plaidés par les parties	- Moyens prenant appui sur la liberté d'association oui / non - Référence à la hiérarchie des sources de droit oui / non
Motifs du tribunal	- Motifs prenant appui sur la liberté d'association oui / non - Référence à la hiérarchie des sources de droit oui / non
Recours aux sources de droit international du travail	1. Référence aux instruments juridiques du droit international: Pactes, traités: Conventions:
	2. Référence aux décisions des instances de l'OIT: Comité de liberté syndicale: Commission d'experts: Décisions en lien avec le litige oui / non
	3. Référence à la doctrine:
	Utilisation des sources de droit international au soutien des motifs oui / non
Conclusions du tribunal	
Suivi de la décision	

2. La validité

En ce qui concerne la **validité interne** de la recherche, nous estimons que les concepts sont déjà bien définis dans la littérature et dans l'arrêt *Health Services* lui-même, de sorte que la validité du modèle conceptuel est assurée. L'approche associée à la hiérarchie des droits est également bien ancrée dans la littérature.

Les banques de recherche de Soquij et de CANLII sont suffisamment exhaustives depuis 2007, année de l'arrêt *Health Services*, pour assurer que les décisions portant sur le droit de négociation collective sont toutes répertoriées dans l'une ou l'autre de ces banques.

Enfin, la validité interne de la recherche est limitée par le facteur temps. En effet, la constitutionnalisation du droit de négociation collective étant un changement de paradigme récent, il est possible qu'elle n'ait pas encore eu le temps de produire ses effets. Notamment, des décisions de tribunaux administratifs ou de première instance ont pu être contestées en révision judiciaire ou à un palier supérieur de sorte que nous n'ayons pas accès à des décisions ayant acquis l'autorité de la chose jugée qui pourront lier les tribunaux inférieurs selon la règle du *stare decisis*¹⁴⁸. Ceci constitue donc une limite à la validité interne de la recherche.

En regard de la **validité externe**, la population entière étant étudiée, la question de la validité externe ne se pose pas, puisqu'il n'est pas possible de généraliser nos résultats à l'échelle de systèmes juridiques étrangers.

¹⁴⁸ À cet égard, voir en matière de contestation constitutionnelle : *Association des pilotes d'Air Canada c. Procureur général du Canada*, 2012 CAF 209.

IX- Résultats

1. Aperçu des décisions répertoriées

La recherche jurisprudentielle à jour au 31 décembre 2012 a permis de répertorier quinze (15) décisions de tribunaux qui mentionnent, appliquent ou distinguent l'arrêt *Health Services* dans un contexte pertinent aux propositions P1 à P3 en droit public. Certaines décisions avaient un caractère final, d'autres étaient en instance d'appel ou de révision :

Tableau 3 – Décisions en droit public

Parties	Instance	Date	Suivi
<i>Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)</i>	Cour supérieure du Québec	31-10-2008	Décision finale
<i>SCFP et al. c. Nouveau-Brunswick</i>	Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick	17-09-2009	Décision finale
<i>Canadian Union of Public Employees, locals 189, 408, 3197, 3421, 3761 et al. v. Alberta Health Services et al.</i>	Alberta Labour Relations Board	17-02-2010	
<i>Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. L'Écuyer et Locas</i>	Commission des relations du travail du Québec	16-04-2010	Révision judiciaire pendante
<i>British Columbia Teacher's Federation v. British Columbia</i>	Supreme Court of British Columbia	13-04-2011	Décision finale
<i>Meredith c. Canada (Procureur général)</i>	Cour fédérale	21-06-2011	Appel pendant
<i>Procureur général du Québec c. Confédération des syndicats nationaux et al.</i>	Cour d'appel du Québec	06-07-2011	Demande d'autorisation d'appel rejetée
<i>Federal Government Dockyard Trades and Labour Council v. Attorney General</i>	Supreme Court of British Columbia	08-09-2011	Appel pendant
<i>Société des casinos du Québec c. Cloutier</i>	Cour supérieure du Québec (révision judiciaire)	23-01-2012	Permission d'appel accueillie
<i>Saskatchewan Federation of Labour et al. v. Saskatchewan</i>	Saskatchewan Court of Queen's Bench	06-02-2012	Appel pendant
<i>Independent Electricity System Operator v. Canadian Union of Skilled Workers</i>	Court of Appeal for Ontario (révision judiciaire)	08-05-2012	Demande d'autorisation d'appel pendante

<i>Mounted Police Association of Ontario v. Canada</i>	Court of Appeal for Ontario	01-06-2012	Demande d'autorisation d'appel accueillie
<i>Association des réalisateurs et SCFP, section locale 675 c. Procureur général du Canada</i>	Cour supérieure du Québec	11-07-2012	Appel pendant
<i>Association of Justice Counsel v. Canada (Attorney General)</i>	Court of Appeal for Ontario	07-08-2012	Demande d'autorisation d'appel pendante
<i>Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 573, SEPB CTC-FTQ et Commission de la construction du Québec</i>	Commission des relations du travail du Québec	24-09-2012	Révision judiciaire pendante

Quant aux propositions P4 et P5 en droit privé québécois, onze (11) décisions ont été répertoriées :

Tableau 4 – Décisions en droit privé

Parties	Instance	Date	Suivi
<i>Plourde c. Wal-Mart</i>	Cour suprême du Canada	27 novembre 2009	
<i>Syndicat général des professeurs et professeures de l'Université de Montréal c. Université de Montréal</i>	Commission des relations du travail	28 mai 2009	Décision finale
<i>Réseau de transport de la capitale c. Syndicat des salariés(ées) d'entretien du RTC, CSN</i>	Commission des relations du travail	18 septembre 2009	Décision finale
<i>Laporte c. Institut Philippe-Pinel de Montréal</i>	Cour supérieure du Québec (siégeant en révision judiciaire)	4 novembre 2009	Confirmée en appel
<i>Syndicat des travailleurs de l'information de La Presse (CSN) et al. c. La Presse et al</i>	Commission des relations du travail	11 novembre 2009	Décision finale
<i>Syndicat des employés de commerce du Saguenay (CSD) c. Pharmacie Lévesque et Lapierre</i>	Commission des relations du travail	5 mars 2010	Décision finale

<i>Syndicat de l'hôtellerie de la Mauricie (CSD) c. Auberge du Lac Sacacomie et al</i>	Commission des relations du travail	14 septembre 2010	Décision finale
<i>Syndicat national des employés de garage du Québec c. Trois-Rivières Nissan</i>	Commission des relations du travail	9 mars 2011	Décision finale
<i>Alimentation Sylvain Bissonnette et al. c. Syndicat des travailleuses et travailleurs du Marché d'alimentation Saint-Constant (CSN) et al</i>	Commission des relations du travail	14 mars 2011	Requête en révision judiciaire rejetée
<i>Syndicat des travailleuses et travailleurs du Mount Stephen Club – CSN c. Mount Stephen Club</i>	Commission des relations du travail	1 ^{er} novembre 2011	Décision finale
<i>Association des juristes de l'État et al. c. Gouvernement du Québec</i>	Commission des relations du travail	30 janvier 2012	Révision judiciaire pendante

La liste complète des décisions répertoriées avec leurs références se trouve à l'Annexe A. Il est à noter que dans certains cas, le suivi des décisions n'est pas répertorié, de sorte que si une contestation est pendante, il ne nous est pas possible de l'indiquer; dans ces cas, la case « suivi » est vide.

Dans la section qui suit, les décisions sont étudiées en lien avec chacune des propositions en ordre chronologique inversé, chacune d'elles étant présentée avec son historique judiciaire le cas échéant.

2. L'invalidité des restrictions au droit de grève : proposition P1

La seule décision répertoriée en lien avec cette proposition est l'affaire *Saskatchewan Federation of Labour et al. v. Saskatchewan*, [2012] S.J. 49, 2012 SKQB 62 (CanLII), par laquelle la Cour du Banc de la Reine de Saskatchewan a déclaré inconstitutionnelle la *Public Service Essential Services Act*. La décision a été portée en appel par la province.

Tableau 5 – Résultat sur la proposition P1

Parties	Tribunal et date	Élément contesté	Conclusion	Recours au droit international
Saskatchewan Federation of Labour et al. v. Saskatchewan	Alberta Labour Relations Board : 17-02-2010	Services essentiels décidés unilatéralement par l'employeur	Invalidité de certaines dispositions contestées	oui

2.1 Saskatchewan Federation of Labour et al. v. Saskatchewan

Il s'agit d'une contestation d'une loi sur les services essentiels adoptée en mai 2008, soit après que la décision *Health Services* eut été rendue. Cette loi a été promulguée en même temps que plusieurs amendements au *Trade Union Act*, six semaines après l'arrivée au pouvoir d'un nouveau gouvernement conservateur en Saskatchewan. La Saskatchewan Federation of Labour et un nombre considérables d'organisations syndicales ont contesté la constitutionnalité de ces lois devant la Court of Queen's Bench for Saskatchewan, invoquant à la fois une atteinte à la liberté d'association et une atteinte à la liberté d'expression. La partie de la décision portant sur les amendements au *Trade Union Act* est examinée plus loin, à la section 3.6.2. Nous présentons ici la décision de la Cour, rendue par le juge Ball, en ce qui a trait aux services essentiels et au droit de grève.

2.1.1 Les dispositions législatives en cause

La *Public Service Essential Services Act* (ci-après la «loi PSES») s'applique aux secteurs public et parapublic de la Saskatchewan, incluant les sociétés d'état, les services de santé et d'éducation, les municipalités et les universités. Elle met en place un modèle relatif aux services essentiels qui comporte une interdiction de faire la grève aux employés affectés à des services essentiels. La détermination de ce qui constitue un service essentiel peut être négociée entre le syndicat et l'employeur, mais à défaut d'une entente, l'employeur a la prérogative de décider seul. Cette détermination porte à la fois sur la définition du service essentiel, ainsi que sur l'identification de ses besoins d'effectifs. Le syndicat peut faire appel au Saskatchewan Labour Relations Board s'il souhaite contester la décision de l'employeur, mais le Board n'a qu'une compétence limitée : il ne peut intervenir que sur la détermination des effectifs nécessaires, et non sur le caractère essentiel des services.

Les employés visés n'ont pas accès à une adjudication indépendante et impartiale en cas de mésentente dans le cadre de la négociation de leurs conditions de travail, ni pour contester la détermination faite par l'employeur de ce que constitue un service essentiel.

2.1.2 La décision de la Cour sur la portée de la liberté d'association

La Cour débute son analyse par une étude de la notion de «grève» et de son rôle en regard de la négociation collective. Selon le juge Ball, la capacité des salariés de négocier de manière véritable nécessite trois éléments interdépendants¹⁴⁹ : 1) le droit de s'associer pour parler d'une seule voix, via un représentant désigné; 2) le droit de négocier collectivement avec leur employeur via ce représentant; 3) le droit de grève. Cette proposition est résumée en ces termes :

«The ultimate truth of free collective bargaining is that it can only operate effectively, in market terms, if it is backed up by threat of economic sanction»¹⁵⁰

La Cour poursuit en expliquant l'importance de la grève dans le processus de résolution du différend qui oppose les parties en négociation.

Par la suite, le juge Ball s'appuie sur les décisions *Health Services*, *Fraser* et sur plusieurs passages de la dissidence du juge Dickson dans le *Renvoi* de 1987 pour conclure qu'il ne fait plus de doute que l'action collective est protégée par l'al. 2d) de la *Charte*. Il présente l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême pour ensuite répondre à la position du gouvernement de la Saskatchewan voulant que l'arrêt *Fraser* ait en quelque sorte renversé *Health Services* :

«[87] The Government of Saskatchewan submits in this case that Fraser represented a substantial retreat from the « High water » mark of B.C. Health Services. It argues that, « contrary to their earlier precedents », the court in Fraser recognized only a limited right to collective bargaining – one that replaces the « bargaining » in « collective bargaining » with something akin to « listening » or perhaps « consulting ». It contends that Fraser now requires applicants claiming that laws violate s. 2(d) of the Charter to show, on a balance of probabilities, that those laws render their ability to associate « substantially impossible » - something very different

¹⁴⁹ Au par. 60; le juge Ball cite des références en droit du travail tout en notant que les écrits judiciaires et académiques qui confirment ces éléments sont trop nombreux pour être tous cités.

¹⁵⁰ Au par. 61 de la décision.

from the «substantial interference» standard established by B.C. Health Services. (...)

[90] With respect, the Government of Saskatchewan's interpretation of what was decided in Fraser cannot be correct. It would mean that the court had said one thing in B.C. Health Services and something entirely different in Fraser. It would mean that the s. 2(d) protections for collective action to achieve work place goals amount to nothing more than meaningless paper rights. And it would mean that the court's interpretation of s. 2(d) is at odds with Canada's labour history, values and labour relations realities.

[91] I do not accept that in Fraser the Supreme Court of Canada resiled from its position in B. C. Health Services, nor do I accept that the decision in Fraser is in any way incompatible with recognition of a right to strike as a fundamental freedom under s. 2(d) of the Charter. Rather, I accept at face value what the majority of the Fraser court stated at para. 97 in response to the dissent of Rothstein J.:

97 Notwithstanding the comprehensive reasons of our colleague, we conclude that Health Services is grounded in precedent, consistent with Canadian values, consistent with Canada's international commitments and consistent with this Court's purposive and generous interpretation of other Charter guarantees. In our view, it should not be overturned.

Cette mise au point permettra ensuite à la Cour de poursuivre son analyse de la portée de la protection offerte par l'al. 2d) de la *Charte* en abordant la nature du droit de grève dans le secteur public et les obligations contractées par le Canada au niveau international à cet égard.

En somme, conclut le juge Ball, le Canada est partie à des traités et instruments internationaux qui reconnaissent et protègent la liberté syndicale, le droit de négociation collective et le droit de grève¹⁵¹. Ces obligations sont pertinentes à l'interprétation de la *Charte*, puisqu'il faut présumer que cette dernière offre une protection à tout le moins équivalente. En conséquence, la Cour considère que l'article 2d) de la *Charte* protège, à titre de liberté fondamentale, le droit de grève, en conjonction avec les droits de se syndiquer et de négocier collectivement qui y sont associés¹⁵² :

«That conclusion is grounded in Canada's labour history, recent Supreme Court of Canada jurisprudence and labour relations realities. It is also

¹⁵¹ Nous présentons les constats de la Cour sur le droit international de façon plus détaillée à la section 2.1.4.

¹⁵² Au par. 115 de la décision.

supported by international instruments which Canada has undertaken to uphold. Governments may enact laws that restrict or prohibit essential service workers from striking, but those prohibitions must be justified under s.1 of the Charter.»

2.1.3 La conclusion de la Cour sur l'atteinte à la liberté d'association

Après avoir déterminé que le droit de grève est une liberté fondamentale protégée par l'al. 2d) de la *Charte*, le juge Ball conclut que la loi PSES porte atteinte à cette liberté. Le fait que la loi accorde à l'employeur la prérogative de décider unilatéralement du caractère essentiel des services à rendre, des fonctions requises pour les rendre ainsi que des effectifs nécessaires, est déterminant. Au surplus, le gouvernement a le pouvoir de déterminer par règlement les services à maintenir et ce, sans aucune obligation d'aviser les syndicats. Ces éléments, selon la Cour, constituent une entrave substantielle au droit de grève.

2.1.4 La justification dans une société libre et démocratique

C'est à l'étape de la justification que la Cour a davantage exposé l'importance de la grève dans l'histoire des relations de travail au Canada et l'impact des grèves dans le secteur public en Saskatchewan.

La Cour a d'abord reconnu que l'objectif d'assurer des services essentiels à la communauté était un objectif réel et urgent. Toutefois, en regard de la proportionnalité de l'atteinte pour satisfaire l'objectif, le juge Ball a déterminé que la province n'avait pas rencontré son fardeau. Une étude comparative de la législation sur les services essentiels en Saskatchewan et au Canada a permis à la Cour de conclure qu'aucune autre législation canadienne sur les services essentiels n'entravait le droit de grève de manière aussi vaste et aussi significative que la Loi PSES, notamment parce qu'aucune autre mesure de cette nature était dépourvue de tout mécanisme de résolution des différends portant sur la détermination des services essentiels.

Par ailleurs, la Cour examine la jurisprudence du Comité de la liberté syndicale de l'OIT pour conclure que lorsque le droit de grève est limité par l'obligation de fournir des services essentiels, un mécanisme adéquat et impartial de résolution des différends de négociation par la voie de la médiation et de l'arbitrage devrait être mis en place. Ce mécanisme doit permettre une pleine participation des parties à chacune des étapes et les décisions doivent être exécutoires.

En conclusion, le juge Ball écrit :

«[218] In my view, the PSES Act would be substantially less impairing of the right to strike protected by s. 2(d) of the Charter if in every case it made provision for an effective, independent dispute resolution process to address the propriety of public employer désignations of employées required to work during a work stoppage. In addition, the PSES Act would be substantially less impairing if it provided compensatory access to adequate, impartial and effective overall dispute resolution proceedings in those cases where employer designations effectively abrogate the right of employees to engage in meaningful strike action.»

Le juge Ball conclut donc que la Loi PSES va bien au delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre les objectifs du législateur et qu'en conséquence, elle ne satisfait pas au test de l'article 1 de la *Charte*.

La Cour déclare la Loi inconstitutionnelle dans son ensemble et suspend la déclaration d'invalidité pour une période de douze (12) mois.

2.1.5 L'utilisation du droit international

Dans cette affaire, les organisations syndicales avaient déposé une plainte auprès de l'OIT. Le Comité de la liberté syndicale avait retenu la plainte et émis des recommandations conformément à sa jurisprudence en matière de services essentiels et de limitation du droit de grève. La Cour a pris en compte les principes énoncés dans la décision du Comité de la liberté syndicale à la fois pour apprécier la portée de la protection de la liberté d'association contenue à la *Charte* et pour analyser la justification de l'atteinte au sens de l'article 1.

La Cour a repris l'énoncé du paragraphe 79 de la Cour suprême dans *Health Services* :

«79 En bref, les accords internationaux auxquels le Canada est partie reconnaissent que le droit des syndiqués de participer à des négociations collectives bénéficie de la protection accordée à la liberté d'association. Il est donc raisonnable d'inférer que l'al. 2b) de la Charte confère au moins le même degré de protection à ce droit: le Renvoi relatif à l'Alberta.»

La portée et le contenu des obligations du Canada en droit international ont fait l'objet d'une preuve d'expert devant la Cour, qui a retenu la référence à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, à la Convention no 87 de l'OIT sur la liberté

syndicale et la protection du droit syndical, au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) ainsi qu'au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)¹⁵³.

Le PIDESC garantit le droit de grève à l'article 8(2) :

1. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à assurer:

(...)

d) Le droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays.

2. Le présent article n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de la fonction publique.

La Convention no 87 ne réfère pas au droit de grève, mais son interprétation constante par l'ensemble des instances de l'OIT veut que le droit de grève soit un corollaire intrinsèque du droit syndical.

Quant aux limites au droit de grève découlant du caractère essentiel de certains services publics, le droit international peut être résumé de la façon suivante :

«Each of these instruments has been interpreted as enshrining the right to strike, and their respective supervisory bodies have insisted that the right to strike may be restricted or prohibited:

(a) in the public service only for public servants exercising authority in the name of the state;

(b) in essential services in the strict sense of the term (that is, services the interruption of which would endanger the life, personal safety or health of the whole or part of the population; or

(c) in the event of an acute national emergency and for a limited period of time.»¹⁵⁴

De plus, la jurisprudence des instances de l'OIT restreint la notion de service essentiel aux activités où une grève résulterait en une menace claire et imminente à la vie, la sécurité ou la santé d'une partie ou de l'ensemble de la population. Une série de conditions doivent être remplies pour rencontrer les normes de l'OIT en cas de restrictions au droit de grève liées aux services essentiels¹⁵⁵. Lorsque le droit de grève est supprimé (dans les situations où ces critères sont rencontrés), un mécanisme de

¹⁵³ Voir les par. 30 à 39, 100 à 113 et 127 à 1230 de la décision.

¹⁵⁴ Au par. 127 de la décision.

¹⁵⁵ Au par. 128 de la décision.

substitution doit être mis en place pour assurer l'arbitrage du différend qui oppose les parties en négociation :

«[130] In summary, canadian and international law supports the restriction or prohibition of strikes by essential services employees provided that it is based on a minimal and proportional analysis and, where strike action is substantially abrogated, accompanied by a fair and adequate dispute resolution scheme.»

Le droit international tel qu'exposé dans la décision a influencé la Cour non seulement dans son interprétation de la portée de la protection de l'al. 2d), tel que vu plus haut, mais également dans son analyse sous l'article 1, puisque ce sont les critères de l'OIT qui ont été retenus au stade de l'étude de la proportionnalité de l'atteinte, au sous-facteur de l'atteinte minimale :

[212] The CFA principle that prohibitions of strikes in essential services should be accompanied by access to binding dispute resolution procedures is intended for situations in which meaningful strike action is prohibited. At para.128 above I referred to Professor Michael Lynks summary of international law. As a reminder, the last paragraph in that summary stated:

30. (viii) where the right to strike in an essential service cannot be permitted, then the government must erect an "adequate, impartial and speedy conciliation and arbitration proceedings in which the parties concerned can take part at every stage and in which the awards, once made, are fully and promptly implemented." In such mediation and arbitration proceedings, it is essential that all the members of the bodies entrusted with such functions should be impartial and seen as such by both the employers and the workers concerned.

I refer also to the statements of Dickson, C.J. in Alberta Reference at para. 68 (as set out at para. 108 of this decision). Although the three statutes being considered in Alberta Reference all contained an arbitration process, Dickson, C.J. expressed the view that because the processes were not fair and impartial it was fatal to their validity.

Sa conclusion est en tout point conforme aux recommandations du Comité de la liberté syndicale qui a étudié la plainte dans cette affaire¹⁵⁶.

2.2 Analyse des résultats sur le droit de grève

¹⁵⁶ Telle que reproduites au par. 38 de la décision.

La décision de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan dans l'affaire *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan* confirme la proposition P1 voulant que la constitutionnalisation du droit de négociation collective entraîne l'invalidité des restrictions au droit de grève qui ne sont pas compensées par un mécanisme de résolution des différends.

En effet, la variable «Constitutionnalisation du droit de négociation collective» est identifiée dans cette décision comme étant le point de départ du raisonnement de la Cour :

«[67] The starting point for determining whether the guarantee of freedom of association under s. 2(d) of the Charter includes a right to strike must be the Supreme Court of Canada's decisions addressing the extent to which s. 2(d) protects the right to associate to achieve collective goals. The most significant of those are Dunmore v. Ontario (Attorney General) ("Dunmore"), Health Services Support-Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia ("B.C. Health Services"), Ontario (Attorney General) v. Fraser ("Fraser"), and the decisions on which they were based, most notably the dissenting judgment of Dickson C.J. in Reference Re: Public Service Employee Relations Act (Alberta), ("Alberta Reference").

(...)

[71] In B.C. Health Services, the Supreme Court unanimously overruled the majority decisions in the labour trilogy. In doing so, it relied heavily on the dissenting judgment of Dickson C.J. in Alberta Reference. It is therefore important to understand what Dickson C.J. had to say in his dissent.

(...)

[77] Having crossed that interpretational bridge, the stage was set for the Supreme Court of Canada to address the extent to which s. 2(d) of the Charter protects the capacity of union members to engage in "collective bargaining" on fundamental workplace issues. In B.C. Health Services, the court unambiguously decided that collective bargaining does indeed fall within the protections afforded by s. 2(d) of the Charter. McLachlin C.J. and LeBel J. agreed with the observation of Dickson C.J. in the Alberta Reference case that "...some collective activities may, by their very nature, be incapable of being performed by an individual". In making that observation Dickson C.J. was, of course, referring to strikes.»

(Références omises)

Ainsi, suivant le raisonnement tenu dans *Health Services*, la Cour en vient à la conclusion que les limites au droit de grève liées aux services essentiels sont invalides (notre variable dépendante).

Enfin, la variable modératrice est également identifiée comme ayant eu un effet positif sur la relation puisque le recours au droit international à titre de source persuasive d'interprétation de la *Charte* a eu pour effet de convaincre la Cour que le droit de grève était visé par la constitutionnalisation du droit de négociation collective à titre d'élément interdépendant, et que l'atteinte à la liberté d'association n'était pas justifiée en raison de son caractère disproportionné.

Cette décision est maintenant en appel, de sorte que ce résultat a pour limite qu'il ne s'agit pas d'une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée; en ce sens, elle ne constitue pas un précédent qui peut lier des instances inférieures selon la règle du *stare decisis* et les dispositions en cause sont toujours en vigueur et applicables.

3. Invalidité des exclusions des régimes de représentation: proposition P2

Nous avons pu constater à l'examen des décisions répertoriées que les exclusions des régimes de représentation qui ont été contestées par les organisations syndicales étaient de deux ordres : dans le premier, on retrouve une exclusion totale de certaines catégories de travailleurs de tout régime de représentation et de négociation collectives; le second est constitué d'exclusions du régime applicable au plus grand nombre de travailleurs, mais où les salariés sont assujettis à un régime particulier de représentation ou de négociation collective.

Par ailleurs, nous avons pu observer que le débat portant sur la «constitutionnalisation du modèle issu du *Wagner Act*» dont les auteurs recensés dans notre revue de littérature ont fait état, a donné lieu à des décisions que nous avons relevées comme étant pertinentes à la présente étude. En effet, la constitutionnalité de certaines caractéristiques particulières de différents régimes de représentation et de négociation collective a fait l'objet de débats judiciaires qui nous éclairent indirectement quant à notre proposition de recherche P2. Nous nous y attardons de façon distincte, puisque ces décisions ne portent pas directement sur une exclusion d'un régime de représentation, mais donnent des indications sur les éléments des modèles législatifs qui peuvent avoir été considérés ou non comme nécessaires à la protection de la liberté d'association.

Cinq (5) décisions ont été répertoriées en lien avec la proposition P2, posant directement la question de l'invalidité d'une exclusion du régime général de représentation applicable à la majorité des salariés d'une juridiction donnée.

Tableau 6 – Sommaire des résultats sur la proposition P2

Parties	Tribunal et date	Type d'exclusion	Conclusion	Recours au droit international
<i>Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)</i>	Cour supérieure du Québec : 31-10-2008 Décision finale	Exclusion du régime général Régime de consultation facultative	Invalidité de l'exclusion	oui
<i>SCFP et al. c. Nouveau-Brunswick</i>	Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick : 17-09-2009 Décision finale	Exclusion totale de tout régime	Invalidité de l'exclusion	non
<i>Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. L'Écuyer et Locas</i>	Commission des relations du travail du Québec : 16-04-2010 Révision judiciaire pendante	Exclusion du régime d'accréditation et de négociation collective Régime de protection contre les représailles pour activités syndicales	Invalidité de l'exclusion	non
<i>Société des casinos du Québec c. Cloutier</i>	Cour supérieure du Québec : 31-01-2012 Appel pendant	Exclusion totale de tout régime	Rejet de la demande sur une question de compétence	non
<i>Mounted Police Association of Ontario v. Canada</i>	Court of Appeal for Ontario : 01-06-2012 Appel à la CSC pendant	Exclusion du régime général Régime de représentation collective sans obligation de négocier de bonne foi	Validité de l'exclusion (conclusion d'invalidité en première instance)	non (ni en première instance, ni en appel)

Nous avons par ailleurs identifié cinq (5) décisions pertinentes à l'analyse de la proposition P2, lesquelles portent sur la contestation de différentes modalités des régimes de représentation et de négociation collective.

Tableau 7 – Sommaire des résultats pertinents à la proposition P2

Parties	Tribunal et date	Élément contesté	Conclusion	Recours au droit international
<i>Canadian Union of Public Employees, locals 189, 408, 3197, 3421, 3761 et al. v. Alberta Health Services et al.</i>	Alberta Labour Relations Board : 17-02-2010	Modification des unités de négociation par voie législative	Validité des dispositions	oui
<i>Saskatchewan Federation of Labour et al. v. Saskatchewan</i>	Saskatchewan Court of Queen's Bench : 06-02-2012 Appel pendant	Modification des exigences relatives à l'accréditation	Validité des dispositions	oui
<i>Procureur général du Québec c. Confédération des syndicats nationaux et al.</i>	Cour d'appel du Québec : 06-07-2011 Autorisation d'appel rejetée	Configuration des unités de négociation par une loi spécifique; Modification du modèle de négociation centralisée	Validité des dispositions (invalidité en première instance)	non
<i>SEPB, section locale 573, CTC-FTQ et Commission de la construction du Québec</i>	Commission des relations du travail du Québec : 24-09-2012 Révision judiciaire pendante	Configuration des unités de négociation par une loi spécifique Limites au droit de s'affilier	Validité des dispositions	oui
<i>Independent Electricity System Operator v. Canadian Union of Skilled Workers</i>	Court of Appeal for Ontario : 08-05-2012 Autorisation d'appel pendante	Accès au régime de relations de travail de la construction et annulation de conventions collectives	Validité des dispositions (invalidité en première instance)	non

3.1 Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)

La première décision portant sur une exclusion du régime général de relations de travail rendue après l'arrêt *Health Services* a été cette décision de la juge Grenier de la Cour supérieure du Québec, qui a déclaré inconstitutionnelles deux lois adoptées en 2003 par le législateur québécois. La contestation de ces lois a été entamée avant que ne soit rendue l'affaire *Health Services* et la décision a été rendue avant l'arrêt *Fraser*.

La décision¹⁵⁷, qui n'a pas été portée en appel, déclare les deux lois contestées invalides et inopérantes en raison d'une atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 2d) et 15 de la *Charte canadienne* et 3 de la *Charte québécoise* et ce, avec effet immédiat.

3.1.1 Les dispositions législatives en cause

Les lois contestées sont la *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux*¹⁵⁸ (projet de loi 7) et la *Loi modifiant la Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance*¹⁵⁹ (projet de loi 8).

Les projets de loi 7 et 8 ont été adoptés par l'Assemblée nationale afin d'exclure du champ d'application du *Code du travail* du Québec¹⁶⁰ les salariées occupant des fonctions de responsables de services de garde, de ressources intermédiaires et de ressources de type familial. Les «responsables de services de garde» (RSG) sont des personnes qui offrent à leur domicile des services de garde d'enfants d'âge préscolaire et dont les services sont encadrés par un Centre de la petite enfance (CPE). Les «ressources intermédiaires» et les «ressources de type familial» (RI/RTF) sont des personnes qui accueillent neuf personnes et moins dans leur résidence afin de leur procurer l'hébergement, les soins et l'assistance dont elles ont besoin. Les bénéficiaires sont atteints de problèmes de santé mentale ou sont en perte d'autonomie.

À compter des années 90, après plusieurs années de discussions avec des représentants du gouvernement et se trouvant insatisfaites de leurs conditions de travail, certaines de ces travailleuses ont opté pour la voie de la syndicalisation. Lors de demandes d'accréditation contestées, le Tribunal du travail a rendu des décisions¹⁶¹ voulant que les rapports entre les CPE et les RSG et entre les établissements publics et les RI/RTF étaient de la nature d'un contrat de travail ; ces travailleuses avaient le statut

¹⁵⁷ *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCS 5076, 2008T-885, 31 octobre 2008.

¹⁵⁸ L.Q. 2003, ch. 13.

¹⁵⁹ L.Q. 2003, ch. 12.

¹⁶⁰ L.R.Q., c. C-27.

¹⁶¹ Voir : *Centre de la petite enfance La Ribouldingue c. Syndicat des éducatrices et des éducateurs en milieu familial de la région de Québec-CSN*, 2003 CanLII 27094 (QC TT) ; *Centre de la petite enfance La Rose des Vents c. Alliance des intervenantes en milieu familial Laval, Laurentides, Lanaudière (CSQ)*, 2003 CanLII 48444 (QC TT) ; *Centre de la petite enfance Marie Quat'Poches c. Alliance des intervenantes en milieu familial Laval, Laurentides, Lanaudière (CSQ)*, 2003 CanLII 42801 (QC TT) ; *CLSC-CHSLD du Ruisseau-Papineau c. Syndicat des Intervenants-es en Milieu Résidentiel pour Adultes de Laval (CSN)*, 2003 CanLII 4665 (QC TT) ; *Syndicat des personnes responsables de milieux résidentiels d'hébergement des Laurentides c. Centre du Florès*, 2001 CanLII 20092 (QC TT) ; *CLSC-CHSLD du Ruisseau-Papineau c. Syndicat des Intervenants-es en Milieu Résidentiel pour Adultes de Laval (CSN)*, 2003 CanLII 4665 (QC TT).

de salariées au sens du *Code du travail* et l'accréditation pouvait donc être accordée à leurs associations.

Le législateur a adopté la loi 7 afin de préciser que malgré toute disposition inconciliable, une RI/RTF était réputée ne pas être à l'emploi ni être une salariée de l'établissement public qui recourt à ses services, et que toute entente conclue entre eux pour déterminer leurs règles de fonctionnement était réputée ne pas constituer un contrat de travail. La loi 8 précisait pour sa part que la personne reconnue comme RSG par un CPE était, quant aux services qu'elle fournissait aux parents à ce titre, une prestataire de services au sens du *Code civil* et que, nonobstant toute disposition inconciliable, elle était réputée ne pas être à l'emploi ni être salariée d'un CPE. Le législateur précisait également que les lois modificatives étaient déclaratoires et qu'elles étaient applicables à une décision administrative, quasi judiciaire ou judiciaire, rendue avant son adoption.

Ce faisant, le législateur excluait expressément ces personnes du champ d'application du *Code du travail* puisque celui-ci ne permet que l'accréditation des associations de salariés pour les fins de la négociation collective et que ses dispositions ne protègent que la liberté d'association des salariés¹⁶².

Des RSG et RI/RTF ainsi que leurs associations ont entrepris de contester la constitutionnalité de l'exclusion en invoquant à la fois une atteinte au droit à l'égalité (articles 15 de la *Charte canadienne* et 10 de la *Charte québécoise*) et une atteinte à la liberté d'association protégée par l'article 2d) de la *Charte canadienne* et par l'article 3 de la *Charte québécoise*.

3.1.2 La décision de la Cour sur l'atteinte à la liberté d'association

Selon la Cour supérieure, les lois 7 et 8 portent atteinte à la liberté d'association et cette atteinte est substantielle au sens de l'arrêt *Health Services* sans être justifiée dans une société libre et démocratique. Elle pose la question en ces termes :

«[224] *En retirant aux demanderesses le statut de salarié qui leur avait été conféré par les instances compétentes en pareille matière, ces lois violent-elles le droit procédural de négociation collective en entravant de manière significative la tenue de véritables négociations collectives?*»

¹⁶² Voir la définition de «salarié» à l'article 1 l) du *Code du travail*.

Face à l'argument du Procureur général du Québec voulant qu'il soit toujours possible pour les salariées visées de se regrouper au sein d'associations formées en dehors du régime légal prévu au *Code du travail*, la Cour note que cette position est incompatible avec les arrêts *Dunmore* et *Health Services* notamment parce que la Loi a également eu pour effet d'annuler des accreditations en vigueur, de mettre un terme à toute négociation collective entamée et d'annuler toute convention collective qui aurait pu avoir été conclue.

La Cour note également que le retrait du statut de salarié a pour effet de placer les travailleuses visées en situation de vulnérabilité, ne pouvant pas non plus bénéficier des protections contenues aux lois comme la *Loi sur les normes du travail*¹⁶³, la *Loi sur l'équité salariale*¹⁶⁴, ou la *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*¹⁶⁵.

La juge Grenier écrit :

«[271] Or, la notion de protection sociale implique le droit à des conditions minimales décentes de travail jusqu'au droit à une représentation collective réelle. C'est le statut de salarié qui, dans notre société, donne accès à la protection sociale. Un syndicat dont les membres n'ont pas ce statut est un syndicat nécessairement boiteux. Il se présente à la table de négociation les mains vides.

[272] Compte tenu de l'histoire de notre régime de rapports collectifs de travail et des traditions qui en sont issues, les Lois 7 et 8 conduisent à la négation de pratiques courantes en matière d'exercice du droit syndical. Les demanderesse avaient acquis le droit de négocier collectivement leurs conditions de travail selon un régime précis : celui du Code du travail. Le statut de salarié dont les privent les lois modificatives avait été acquis grâce à la syndicalisation. L'ingérence législative vient donc compromettre l'intégrité fondamentale du processus de négociation collective qui comprend plus que l'étape de la négociation proprement dite et qui englobe celle qui la précède, lui est indispensable et est en quelque sorte sa raison d'être.

[273] En effet, pourquoi se syndiquer si on ne peut prétendre au statut de salarié? Il s'agirait d'un non-sens. Un processus – et c'est le processus qui est protégé en vertu de l'al. 2d) – comprend un ensemble de phénomènes qui, habituellement, se déroule dans un ordre particulier, une suite ordonnée d'opérations qui aboutissent à un résultat^[184].

¹⁶³ L.R.Q., c. N-1.1.

¹⁶⁴ L.R.Q., c. E-12.001.

¹⁶⁵ L.R.Q., c. A-3.001.

[274] Tout comme dans l'arrêt *Health Services*, précité, force est de conclure que les sujets visés par les lois modificatives revêtent une importance capitale pour les syndicats et pour leurs membres : 1) la perte du statut de salarié; 2) la perte de la protection sociale qui découle des lois qui exigent que l'on soit salarié pour tirer profit des avantages qu'elles procurent; 3) la perte des accréditations acquises et de toutes les demandes d'accréditation pendantes devant la CRT; 4) la perte de conventions collectives en voie de négociation ou de conventions collectives appliquées.»

Quant à l'argument voulant que les travailleuses revendiquent l'accès à un régime particulier, la Cour l'écarte en constatant qu'elles contestent plutôt le fait que l'État leur a fait perdre la clef d'accès au processus de négociation collective, entravant ainsi de façon substantielle leur capacité d'exercer l'activité associative liée à la négociation collective. Dans cette affaire, l'exclusion du *Code* n'était pas compensée par un régime de négociation spécifique, mais les lois 7 et 8 prévoyaient un mécanisme de consultation. La Cour n'y voit pas un régime suffisant pour être qualifié de processus de négociation collective.

Les dispositions en question¹⁶⁶ prévoient que le gouvernement *peut* conclure une entente avec un ou plusieurs organismes représentatifs des salariées visées. Dans le cas des RI/RTF, cette entente détermine alors les conditions générales d'exercice des activités de l'ensemble des travailleuses de même que l'encadrement normatif des conditions de vie des usagers dont elles prennent charge et pour prévoir diverses mesures et modalités relatives à la rétribution des services offerts. Dans le cas des responsables des services de garde, l'entente porte sur l'exercice de la garde en milieu familial, son financement, la mise sur pied et le maintien de programmes et de services répondant aux besoins de l'ensemble des personnes responsables d'un service de garde en milieu familial.

La juge Grenier aborde l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême pour déterminer que les principes abordés dans l'arrêt *IPFPC* de 1990¹⁶⁷ devaient être revus à la lumière du droit de négociation collective reconnu dans l'arrêt *Health Services*¹⁶⁸. Ceci l'amène à conclure que :

«[284] Dans l'arrêt *Institut professionnel*^[187], comme en l'espèce, le

¹⁶⁶ Article 3 de la Loi 7; article 2 de la Loi 8.

¹⁶⁷ [1990] 2 R.C.S., discuté au chapitre I, point 2.

¹⁶⁸ Aux paragraphes 281 et s.

gouvernement avait décidé de ne reconnaître que les associations de son choix, dans ce cas celles constituées en personne morale par une loi spécifique qui les autorisait à négocier collectivement. Dans le cas présent, le gouvernement reconnaît celles qui ne revendiquent pas le statut de salarié.

[285] Tout comme dans l'arrêt Institut professionnel, les Lois 7 et 8 permettent au gouvernement de contrôler tous les aspects du processus de négociation collective. Il ne faut pas l'oublier, le gouvernement agit ici à titre de payeur des services rendus par les RSG et les RI/RTF aux parents et aux CPE. (...)

[286] Dans le cas présent, comme dans l'arrêt IPFPC^[189], le gouvernement s'est réservé le droit de décider avec quelles associations il entend discuter, s'il choisit d'ainsi faire, et l'entente qui en découlera, le cas échéant, liera les RI/RTF ainsi que les RSG, qu'elles soient membres ou non de l'association qui l'aura conclue. En quelque sorte, les Lois 7 et 8 privent les RSG et RI/RTF du droit de choisir l'association qui les représentera pour les fins de négociation de leurs conditions de travail.

[287] Comme le faisait remarquer le professeur Bora Laskin, plus tard juge en chef de la Cour suprême du Canada, la négociation collective est un processus par lequel les travailleurs expriment leur opinion, par l'entreprise de représentants de leur choix, et non de représentants choisis, nommés ou autorisés par les employeurs⁽¹⁹⁰⁾ (nos soulignements).

[288] Dans l'arrêt IPFPC, précité, le juge Cory soulignait qu'un syndicat ne peut exister que s'il lui est permis de négocier collectivement⁽¹⁹¹⁾. À quoi sert de former un syndicat si le but recherché est de discuter de la pluie et du beau temps?

[289] En résumé, les Lois 7 et 8 limitent la formation de syndicats en dépouillant de son sens la fonction même de ces associations dont le but ultime est de négocier des conditions de travail équitables pour leurs membres. Dire que leur existence n'est pas remise en question par les lois modificatives équivaut à dire que tant et aussi longtemps que leurs membres conservent la possibilité de se réunir pour discuter de choses et d'autres, les syndicats existent. Mais peut-on exister sans avoir une réalité? En d'autres mots, sans la possibilité de négocier aux noms de leurs membres, les syndicats ont une vie purement végétative, sans fondement véritable.» (références omises)

De plus, la Cour tient compte du contexte de l'adoption des lois 7 et 8 et retient que tant au moment de la présentation des projets de loi que lors de leur adoption, le gouvernement poursuivait l'objectif de mettre un terme à des campagnes de

syndicalisation et de reconnaissance du statut de salarié ainsi qu'au processus judiciaire entrepris par les centrales syndicales impliquées¹⁶⁹.

Elle conclut en ces termes à la violation de l'article 2d) :

«[314] Bref, en faisant fi des instruments internationaux et de la décision du Comité de la liberté syndicale, en ne reconnaissant que les associations qui ne revendiquent pas le statut de salarié, en choisissant de mettre en place un système de reconnaissance purement discrétionnaire qui n'offre aucune garantie de neutralité et d'objectivité, qui ne prévoit aucune protection contre l'ingérence du gouvernement et qui n'incorpore aucune obligation pour celui-ci de négocier les conditions de travail ni ne sanctionne le refus de négocier ou les pratiques déloyales liées à la négociation, ces lois empêchent les RSG, les RI/RTF et leur syndicat d'exercer leur liberté syndicale et violent l'al. 2d) de la Charte et l'art. 3 de la Charte québécoise. Ce contrôle total constitue une ingérence sur les questions importantes de la négociation et sur l'existence même du syndicat. Cette atteinte au droit d'association garantie par l'al. 2d) est substantielle au sens de l'arrêt Health Services, précité.»

Cette conclusion, ajoute la Cour, est suffisante et il n'est pas nécessaire d'étudier si les salariées visées constituent un groupe vulnérable comme les travailleurs agricoles dans l'arrêt *Dunmore*.

3.1.3 La décision de la Cour sur l'atteinte au droit à l'égalité

Il est intéressant de noter que la Cour supérieure était saisie dans cette affaire de la question de savoir si les lois 7 et 8 établissaient une distinction entre les salariées qu'elles visent et les autres salariés, laquelle serait contraire au droit à l'égalité protégé par l'article 15 de la *Charte*. Dans l'affaire *Health Services*, la Cour suprême avait décidé que le fait que les travailleuses affectées par les dispositions contestées étaient en grande majorité des femmes n'était pas un critère pertinent pour y voir une atteinte au droit à l'égalité. Or ici la Cour supérieure conclut au contraire. La juge Grenier a été d'avis qu'en privant les RSG et les RI/RTF de l'accès à des institutions sociales fondamentales, les lois avaient pour effet de les traiter injustement, de les dévaloriser et de les marginaliser au sein de la société canadienne. Selon la Cour, ces mesures portaient atteinte à la dignité humaine et imposaient aux RSG et RI/RTF un traitement discriminatoire incompatible avec l'objet du par. 15(1) de la *Charte* :

¹⁶⁹ Au paragraphe 299 de la décision.

«[388] De ce qui précède, le Tribunal conclut que les Lois 7 et 8 créent une distinction fondée sur un motif énuméré (sexe) et analogue (travail de care à domicile exécuté majoritairement par des femmes), et que cette distinction a pour effet de perpétuer un préjugé défavorable à l'égard des personnes qui exécutent ce travail, par l'application d'un stéréotype voulant que ce type de travail ne soit pas du vrai travail.»

Ce constat de la Cour supérieure rejoint en quelque sorte l'analyse de la vulnérabilité des travailleurs et de l'obligation positive de l'État de leur assurer une protection des droits fondamentaux, tel que discuté dans l'arrêt *Dunmore*. En effet, pour conclure à l'atteinte au droit à l'égalité, la Cour devait constater une discrimination qui implique un désavantage préexistant et la perpétuation du préjudice lié à ce désavantage.

Le raisonnement de la Cour trouve écho dans les motifs de la juge Deschamps dans *Fraser*, lorsqu'elle critique l'approche qu'on retrouve dans l'arrêt *Dunmore* où on établit une distinction entre droits positifs et droits négatifs et qu'on base l'obligation d'intervention de l'État sur la preuve d'une vulnérabilité économique. La juge Deschamps est d'avis qu'une analyse fondée sur le droit à l'égalité et les motifs analogues est préférable¹⁷⁰. Toutefois, dans l'arrêt *Fraser*, aucun des juges ne retient l'argument fondé sur l'article 15, notamment parce que le préjudice qu'entraîne le régime incomplet de négociation collective n'est pas prouvé au vu du dossier.

3.1.4 La justification dans une société libre et démocratique

Sur la question de la justification dans une société libre et démocratique¹⁷¹, la Cour supérieure décide que l'adoption des lois 7 et 8 ne satisfait à aucun des critères de l'arrêt *Oakes* et qu'en conséquence, le Procureur général n'a pas su démontrer une justification au sens de l'article 1 de la *Charte canadienne* ou de l'article 9.1 de la *Charte québécoise*.

3.1.5 L'utilisation du droit international

Dans cette affaire, les centrales syndicales avaient déposé des plaintes auprès de l'OIT¹⁷². Le Comité de la liberté syndicale avait retenu les plaintes et fait des recommandations, en abordant quatre aspects du dossier:

¹⁷⁰ *Fraser*, précité, aux paragraphes 313 et suivants.

¹⁷¹ Aux paragraphes 400 et suivants de la décision.

¹⁷² Plaintes contre le Canada concernant la province de Québec présentées par : Cas no 2314, la Confédération des syndicats nationaux (CSN), appuyée par l'Internationale des services publics (ISP); Cas no 2333, la Centrale des

1) le droit des travailleurs de constituer des organisations de leur choix :

«Le comité doit donc rappeler à nouveau au gouvernement que les seules exclusions possibles prévues par la convention no 87 concernent les forces armées et la police, et souligner une fois de plus que cette exclusion doit être définie de façon restrictive. [...] Les travailleurs visés par les présentes plaintes devraient donc pouvoir bénéficier, comme les autres travailleurs du Québec, des dispositions du Code du travail, ou jouir de droits véritablement équivalents»

2) l'annulation des accréditations obtenues :

«(...) il s'agit dans les faits d'une annulation par voie législative d'accréditations existantes, ce qui est contraire aux principes de la liberté syndicale»

3) la représentativité des regroupements prévus par chacune des deux lois :

«Le comité note que les lois en question prévoient certes des critères précis et objectifs de représentativité, mais observe toutefois que, s'agissant de travailleurs isolés et dispersés sur un vaste territoire, les seuils prévus (20 pour cent du nombre total de ressources ou 30 pour cent du nombre total d'usagers en ce qui concerne les ressources intermédiaires; 350 personnes responsables d'un service de garde en milieu familial) sont élevés au point de risquer d'entraver, voire empêcher, la constitution d'associations ou d'organismes représentatifs. (Voir Recueil, op. cit., par. 2534-250. (...)) Toutefois, cela laisse entier le point essentiel, soit que ces travailleurs ne sont pas légalement considérés comme des salariés au sens du code et ne peuvent jouir de tous les droits et protections qui y sont établis»

4) la détermination des conditions de travail :

«(...) ce mécanisme [de consultation] ne constitue pas un véritable processus de négociation collective au sens des principes de la liberté syndicale et, en tout état de cause, offre beaucoup moins de droits et de garanties que le régime général des rapports collectifs du travail établi par le code. Le comité note aussi qu'en raison de l'exclusion du Code du travail, les travailleurs concernés ne peuvent pas bénéficier du mécanisme prévu aux articles 93.1 à 93.9 du code, dont l'objet est de faciliter l'adoption d'une première convention collective, dispositions précisément importantes pour des travailleurs vulnérables, faisant face à des difficultés d'organisation et de négociation.»

Fait à noter, les recommandations du CLS demandaient aux tribunaux nationaux chargés de l'examen de la contestation des lois 7 et 8 de tenir compte des principes de la liberté syndicale et demandait aux parties de le tenir informé des procédures et de lui faire parvenir une copie des jugements une fois rendus¹⁷³.

syndicats démocratiques (CSD), la Centrale des syndicats du Québec (CSQ) et la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec (FTQ) Rapport No. 340, Cas No(s) 2314, 2333, Vol. LXXXIX, 2006, Série B, no 1.

¹⁷³ Tel que rapporté au paragraphe 309 de la décision.

Après avoir rappelé les principes en matière d'utilisation du droit international, la Cour supérieure note :

«[313] *En s'inspirant des décisions rendues par le CLS qui, en l'instance, constituent une source persuasive pour l'interprétation de la portée de la Charte*^[213], *force est de conclure que pour cette instance internationale, le mécanisme mis en place par les Lois 7 et 8 ne constitue pas un véritable processus de négociation collective au sens des principes de la liberté syndicale.*»

Le recours au droit international a donc permis à la Cour supérieure d'asseoir son constat relatif à l'absence d'un véritable processus de négociation collective, alors que la jurisprudence canadienne n'offrait pas d'appui en ce sens.

3.1.6 Les conclusions

Le jugement ne discute pas de l'opportunité de suspendre ou non la déclaration d'invalidité pour permettre au législateur d'apporter les correctifs nécessaires au régime qu'il souhaitait mettre en place pour la détermination des conditions d'exercice des RSG et des RI/RTF. En conséquence, la Cour déclare les lois 7 et 8 inconstitutionnelles, invalides et sans effet en raison de contraventions injustifiées aux articles 2d) et 15 de la *Charte canadienne* et 3 de la *Charte québécoise*. L'effet concret de cette déclaration est de permettre aux salariées d'être assujetties au *Code du travail* et aux associations accréditées de bénéficier des mesures qui y sont prévues.

Toutefois, le législateur québécois a par la suite adopté la *Loi sur la représentation des ressources de type familial et de certaines ressources intermédiaires et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant*¹⁷⁴ et la *Loi sur la représentation de certaines personnes responsables d'un service de garde en milieu familial et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant*¹⁷⁵ qui mettent en place des régimes particuliers de négociation collective. Ces lois n'ont pas été contestées.

3.2 Syndicat canadien de la fonction publique c. Nouveau-Brunswick

¹⁷⁴ LRQ, c R-24.0.2.

¹⁷⁵ LRQ, c R-24.0.1.

Il s'agit ici d'une décision de la juge Garnett de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick qui n'a pas été portée en appel¹⁷⁶. La Cour a considéré que l'exclusion des employés occasionnels ou temporaires de l'application de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* (la «LRTSP»)¹⁷⁷ était une violation de leur liberté d'association protégée par l'article 2d) de la *Charte*. La déclaration d'invalidité a été suspendue pour une période de douze mois et la décision n'a pas été portée en appel, le législateur ayant choisi d'amender la loi conformément au jugement¹⁷⁸.

3.2.1 Les dispositions législatives en cause

La LRTSP régit la négociation collective dans le secteur public du Nouveau-Brunswick (ministères, sociétés d'état, conseils scolaires, etc.). Elle définit le mot «employé» comme désignant les employés des services publics mais en exclut expressément les employés occasionnels ou temporaires :

*«1. Dans la présente loi, (...)
«employé» désigne un employé des services publics, sauf (...)
e) une personne qui est employée à titre occasionnel ou temporaire, à moins qu'elle n'ait été employée ainsi pour une période continue de six mois au plus, (...).»*

Cette exclusion prive ces employés de leur droit de devenir membres de l'association accréditée aux fins de négocier leurs conditions de travail et les prive des protections contre l'intimidation que comporte la LRTSP. La disposition existait depuis plus de quarante ans au moment du jugement.

Les organisations syndicales ont contesté cette exclusion en vertu de l'article 2d) de la *Charte*. Devant la Cour, il a été mis en preuve que le nombre d'employés dits occasionnels avait sensiblement augmenté au cours des dernières années et il a été mis en preuve que bon nombre d'entre eux étaient de «faux occasionnels». Par exemple, des employés ont témoigné qu'ils étaient forcés de prendre deux semaines sans solde tous les six mois pour conserver leur emploi, ce qui les empêchait d'accéder au statut d'employé régulier. D'autres ont témoigné de la précarité de leur emploi et de l'absence d'avantages sociaux.

¹⁷⁶ *Syndicat canadien de la fonction publique et al. c. Nouveau-Brunswick*, 2009 NBBR 164, 17 juin 2009.

¹⁷⁷ L.R.N.-B., ch. P-25.

¹⁷⁸ *Loi modifiant la Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.N.-B. (2010) c. 20.

La Cour a conclu de la preuve que cette catégorie d'employés formait un groupe vulnérable.

3.2.2 La décision de la Cour sur l'atteinte à la liberté d'association

La première remarque de la juge Garnett sur la l'al. 2d) de la *Charte* consiste à dire que jusqu'à tout récemment, cette disposition avait une application limitée dans le contexte des relations de travail, mais que cela avait changé à partir de 2001¹⁷⁹. Elle poursuit en présentant les affaires *Dunmore*, *Health Services* puis *Fraser*, dont seule la décision de la Cour d'appel avait été rendue à ce moment.

La Cour pose la question en litige en ces termes :

«(...) il s'agit en l'espèce de déterminer si l'exclusion d'employés «occasionnels» ou «temporaires» de l'application de la Loi contribue substantiellement à la violation de libertés».

Suivant le raisonnement du juge Bastarache dans *Dunmore*, la Cour analyse la preuve de l'effet de la Loi sur les travailleurs qu'elle considère constituer un groupe vulnérable à l'instar des travailleurs agricoles dans cette affaire. Elle ajoute qu'en raison de l'exclusion, les organisations syndicales n'ont jamais réussi, malgré leurs multiples tentatives, à négocier des conditions de travail ayant force exécutoire à l'intention des employés occasionnels. Elle retient de la preuve que la Province, en sa qualité d'employeur, a soumis les employés occasionnels à des pratiques qui ne peuvent qu'être qualifiées d'injustes et ce, pendant de nombreuses années. La Cour conclut comme le juge Bastarache dans *Dunmore* que *«(...) l'histoire a montré qu'un attitude de retenue de la part du gouvernement expose la plupart des travailleurs à diverses pratiques déloyales»*¹⁸⁰. La Cour fait ces remarques en réponse à la position de la Province dans le litige, voulant qu'elle n'ait *«rien fait pour empêcher les employés occasionnels de former des associations et de négocier afin d'améliorer leurs conditions de travail»*.

En somme, la preuve présentée dans ce dossier illustre bien à quel point il est nécessaire que l'employeur ait l'obligation de négocier de bonne foi pour que l'activité de négociation collective ait un sens. Dans le cas du Nouveau-Brunswick, le gouvernement refusait de discuter des conditions de travail des employés occasionnels

¹⁷⁹ Au paragraphe 33 de la décision.

¹⁸⁰ Au paragraphe 56 de la décision.

avec les syndicats au motif qu'ils étaient exclus du champ d'application de la Loi et que les syndicats n'avaient pas donc pas l'intérêt juridique pour négocier en leur nom.

En se fondant essentiellement sur cette preuve et sur les conditions précaires des employés visés, la Cour détermine qu'il y a violation de l'article 2d) de la *Charte*.

3.2.3 La justification dans une société libre et démocratique

Le gouvernement du Nouveau-Brunswick n'a présenté aucune défense en vertu de l'article 1 de la *Charte*.

3.2.4 L'utilisation du droit international

Dans cette affaire, les organisations syndicales avaient déposé une plainte auprès de l'OIT quelques années avant l'institution des procédures¹⁸¹. Le Comité de la liberté syndicale avait fait des recommandations et noté ceci:

«Le comité rappelle à ce sujet que tous les agents de la fonction publique, à l'exception de ceux qui sont commis à l'administration de l'Etat, devraient bénéficier du droit de négociation collective [voir Recueil, op. cit., paragr. 793], et que, selon les principes de la liberté syndicale, le personnel contractuel devrait jouir de ce droit. [Voir Recueil, op. cit., paragr. 802.] Le comité demande au gouvernement de prendre des mesures dans un proche avenir pour veiller à ce que les travailleurs occasionnels et autres, qui sont actuellement exclus de la définition d'employé dans la loi relative aux relations de travail dans les services publics, bénéficient du droit de négociation collective, conformément aux principes de la liberté syndicale.»

La décision de la Cour du Banc de la Reine ne fait pas mention de cette plainte ni de la jurisprudence des instances de l'OIT. Les motifs sont complètement muets sur la question du droit international. Il n'est pas possible de savoir si cette information a été portée à l'attention de la Cour, ni si une partie a plaidé que l'interprétation de la *Charte* devait se faire à la lumière droit international.

3.2.5 Les conclusions

En conclusion, la Cour écrit quant aux mesures de redressement :

¹⁸¹ OIT, 324^e Rapport du Comité de la liberté syndicale, cas 2083, Bulletin officiel no 1, série B, vol. LXXXIV, BIT, Genève, 2001.

«[64] Bien que notre Cour ne soit pas liée par la conclusion de la Cour d'appel dans l'arrêt Fraser, je souscris au raisonnement du juge Winkler quant aux exigences législatives minimales qui sont nécessaires en l'espèce pour protéger les droits d'association et de négociation collective des employés occasionnels.»

En conséquence, la Cour suspend sa déclaration d'invalidité pour permettre au législateur d'adopter un cadre législatif conforme avec ces principes.

3.3 Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. L'Écuyer et Locas

Cette affaire découle d'une demande d'accréditation en vertu du *Code du travail* visant les salariés d'une entreprise agricole. Les six salariés visés par la requête sont des travailleurs agricoles saisonniers migrants. La Commission des relations du travail a rendu une décision¹⁸² par laquelle elle déclare que l'exclusion des travailleurs en cause du régime d'accréditation est inconstitutionnelle et inopérante dans le cadre de l'examen de la requête en accréditation devant elle. Cette décision, qui a été rendue avant l'affaire *Fraser*, a été portée en révision judiciaire par le Procureur général du Québec.

3.3.1 Les dispositions législatives en cause

La contestation porte sur le cinquième alinéa de l'article 21 du *Code du travail* :

«21. A droit à l'accréditation l'association de salariés groupant la majorité absolue des salariés d'un employeur ou, dans les cas prévus au paragraphe b de l'article 28 ou aux articles 32 et 37, celle qui obtient, à la suite du scrutin prévu auxdits articles, la majorité absolue des voix des salariés de l'employeur, qui ont droit de vote.

A également droit à l'accréditation l'association de salariés qui, dans le cas prévu à l'article 37.1, obtient le plus grand nombre de voix à la suite d'un scrutin.

Le droit à l'accréditation existe à l'égard de la totalité des salariés de l'employeur ou de chaque groupe desdits salariés qui forme un groupe distinct aux fins du présent code, suivant l'accord intervenu entre l'employeur et l'association de salariés et constaté par l'agent de relations du travail, ou suivant la décision de la Commission.

Un seul salarié peut former un groupe aux fins du présent article.

¹⁸² *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. L'Écuyer et Locas*, 2010 QCCRT 0191, 16 avril 2010 (Requête en révision judiciaire pendante : 500-17-058367-106)

Les personnes employées à l'exploitation d'une ferme ne sont pas réputées être des salariés aux fins de la présente section, à moins qu'elles n'y soient ordinairement et continuellement employées au nombre minimal de trois.» (les caractères gras ajoutés indiquent la partie de l'article contestée)

Cet article fait en sorte¹⁸³ que les employés d'exploitations agricoles saisonnières ne sont pas considérés comme des salariés «aux fins de la présente section» parce que ces dernières n'emploient pas «ordinairement et continuellement» au moins trois personnes. La «présente section» signifie la section III portant sur l'accréditation des associations de salariés. Ainsi, les travailleurs agricoles saisonniers demeurent des «salariés» pour l'application des autres sections du *Code du travail*, notamment la section sur le droit d'association qui comprend les protections contre les représailles pour activités syndicales¹⁸⁴ et les dispositions entraînant l'interdiction de faire la grève¹⁸⁵.

En somme, les travailleurs à l'emploi d'une ferme dont l'exploitation est saisonnière ont le droit d'appartenir à une association de salariés, cette activité étant également protégée contre des représailles, mais n'ayant pas accès à l'accréditation, ils sont privés du droit de négociation collective et du droit de grève.

La disposition existe depuis l'entrée en vigueur du *Code du travail* actuel en 1964. Avant cette date, tous les travailleurs agricoles étaient exclus du régime. L'adoption de cette mesure a donc consisté en un élargissement de la couverture du *Code*.

3.3.2 La décision de la Commission sur l'atteinte à la liberté d'association

S'agissant d'une contestation devant un tribunal administratif, dans le cadre d'une requête en accréditation visant un groupe spécifique de travailleurs, la preuve administrée devant la Commission a été à la fois spécifique à ce groupe et de portée plus générale sur les travailleurs agricoles saisonniers qui sont majoritairement des travailleurs migrants.

Le commissaire Côté de la Commission des relations du travail (CRT) relate dans sa décision l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême sur la liberté d'association,

¹⁸³ Tel qu'interprété par la Commission des relations du travail dans le passé : voir *TUAC, section locale 501 c. La Légumière Y.C.*, 2007 QCCRT 0467.

¹⁸⁴ Articles 3 à 20.0.1 du *Code du travail*.

¹⁸⁵ Combinaison des articles 106 et 1g) du *Code du travail*.

notant que l'arrêt *Health Services* constitue un «virage majeur»¹⁸⁶ par lequel la Cour écarte expressément la jurisprudence de la trilogie et ainsi que certaines décisions qui ont suivi.

La CRT poursuit en présentant les décisions de la Cour supérieure qui ont invalidé des lois du travail, soit les lois 7 et 8¹⁸⁷ et la loi 30 portant sur la configuration des unités de négociation¹⁸⁸. Le commissaire Côté s'attarde ensuite à la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Fraser*. Il va sans dire que s'agissant également de l'exclusion de travailleurs agricoles du régime général, mais qui bénéficient par ailleurs d'une certaine protection de la liberté d'association, le parallèle avec le dossier devant la CRT était évident. Enfin, il expose la décision de la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire *Mounted Police*¹⁸⁹, qui a aussi été renversée par la suite.

La Commission étudie ensuite la question en litige en précisant d'entrée de jeu que :

«[297] Le droit dont sont privés les travailleurs agricoles exclus concerne donc directement leur liberté d'association. Cette liberté ne se limite pas à un droit théorique de s'associer avec d'autres personnes ou adhérer à une association déjà formée. Le droit revendiqué est celui de s'associer pour exercer une influence véritable sur leurs conditions de travail et jouir des avantages d'un processus de négociation véritable.»

La CRT adhère à l'idée que le droit protégé implique une obligation corollaire, faite à l'employeur, de reconnaître l'association et de négocier avec elle :

«[305] Il ne suffit cependant pas, pour que soit véritablement exercée la liberté d'association, que les travailleurs aient pu adhérer à un syndicat si par la suite l'association née de la volonté des salariés ne peut s'imposer auprès de l'employeur comme interlocuteur légitime, voire obligé, des salariés pour la négociation des conditions de travail de ces derniers.»

Quant à l'argument voulant que la protection de la *Charte* ne va pas jusqu'à garantir l'accès à un régime particulier de négociation, le commissaire répond :

«[306] Le Code du travail du Québec ne constitue évidemment pas le seul modèle permettant d'assurer que la liberté d'association, incluant le droit de négocier collectivement ses conditions de travail, puisse se réaliser véritablement. Il est cependant beaucoup plus qu'un régime

¹⁸⁶ Au paragraphe 263 de la décision.

¹⁸⁷ *Confédération des syndicats nationaux*, présentée à la section 3.1.

¹⁸⁸ *Confédération des syndicats nationaux*, présentée à la section 3.6.3.

¹⁸⁹ *Mounted Police*, dont la décision en Cour d'appel est présentée à la section 3.5.

particulier. Malgré l'existence de certains modèles comparables, le Code constitue, pour reprendre les termes employés par la Cour suprême dans l'affaire Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada inc., 2009 CSC 54 (CanLII), 2009 CSC 54 « l'expression concrète et le mécanisme de mise en œuvre de la liberté d'association en milieu de travail au Québec ». Comme le souligne la Cour suprême dans Health Services précitée, le Code et lois équivalentes au fédéral et dans les autres provinces, « confèrent le droit et imposent l'obligation aux employeurs et aux syndicats de négocier de bonne foi ».

(...)

[308] En l'absence de tout autre régime pouvant permettre d'atteindre les mêmes fins, l'exclusion du régime général prévue au Code empêche les travailleurs saisonniers exclus d'influencer véritablement sur leurs conditions de travail. L'État contribue ainsi à ce que soit nié à ce groupe de personnes la plénitude des avantages qui découlent de la liberté d'association qui est constitutionnellement garantie à leur égard.»

On constate que la CRT considère que c'est l'exclusion totale de tout régime qui pose problème¹⁹⁰ : l'exclusion du régime mis en place dans le Code a cet effet puisque le législateur n'a prévu aucun mécanisme qui comporte des garanties suffisantes pour assurer l'exercice véritable de la négociation collective. La CRT ajoute toutefois que cette conclusion s'inscrit dans le contexte où le groupe visé est composé de travailleurs défavorisés et vulnérables :

«[347] Ces personnes effectuent un travail difficile, peu payé et généralement peu valorisé. Le caractère saisonnier de cette activité implique une précarité évidente de l'emploi. Cette précarité ne se manifeste pas seulement quant à la possibilité d'obtenir du travail d'une année à l'autre. En effet, il n'y a pas d'assurance d'avoir du travail de façon ininterrompue auprès d'un seul employeur au cours de la même saison. L'isolement des lieux de travail par rapport aux centres urbains et les difficultés de transport inhérentes doivent aussi être considérés.

[348] Par ailleurs, la preuve révèle aussi qu'une partie appréciable de ceux et celles qui sont visés par l'exclusion de l'article 21, alinéa 5 du Code sont des travailleurs migrants. La preuve révèle que cette portion de la main-d'œuvre est en forte croissance et que le pourcentage des travailleurs agricoles exclus qui proviennent de l'extérieur du pays ira en grandissant. De plus, une autre partie de cette main-d'œuvre est constituée de travailleurs à la journée ou à la semaine qui, souvent, proviennent de communautés de récente immigration.

¹⁹⁰ Au paragraphe 322 de la décision.

[349] *Les caractéristiques propres aux travailleurs agricoles migrants en font un groupe encore plus vulnérable que l'ensemble des travailleurs agricoles saisonniers. Qu'il suffise de rappeler les problèmes de langue, les différences culturelles, le bas niveau d'éducation et la méconnaissance de leurs droits pour conclure à la vulnérabilité de ce groupe. À ce chapitre, il faut aussi souligner l'insécurité qu'entraîne la possibilité de rapatriement unilatéral sans droit de contestation pour le salarié, de même que l'absence de toute garantie de rappel par l'employeur l'année subséquente.»*

La CRT s'appuie également sur la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Fraser* pour conclure que la situation des travailleurs agricoles québécois est encore moins avantageuse que celle qui a cours en Ontario¹⁹¹ ; si le régime ontarien est insuffisant, a *fortiori* celui du Québec ne peut répondre aux exigences de la *Charte*.

3.3.3 La justification dans une société libre et démocratique

La CRT considère qu'il n'y a pas d'objectif réel et urgent de légiférer pour protéger les petites fermes familiales¹⁹², mais comme cet objectif est celui invoqué par le Procureur général, le commissaire se penche sur les critères de lien rationnel et de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*¹⁹³.

Quant au lien rationnel, la CRT note qu'il n'y a pas de preuve concluante permettant d'établir que l'accès des travailleurs agricoles au régime de représentation syndicale du *Code* entrainerait des conséquences néfastes pour les petites fermes. Le commissaire précise :

*«L'affirmation des experts du Procureur général voulant que « en cas de grève de la main-d'œuvre, cela aurait également pour effet de générer une défaillance de l'entreprise » ne repose sur aucune analyse ni donnée scientifique. Il s'agit d'une simple spéculation et, à la limite, d'une conclusion qui ne se base que sur l'idée reçue que la syndicalisation des travailleurs dans un secteur d'activités a un effet nécessairement négatif pour la santé économique de ce secteur.»*¹⁹⁴

L'absence de lien rationnel semble encore plus manifeste à la CRT dans le contexte où le *Code* permet l'accréditation à l'égard d'entreprises de tous les secteurs, sans égard à leur santé financière ou même à leur taille, une accréditation pouvant même être

¹⁹¹ Aux paragraphes 339 à 343.

¹⁹² Au paragraphe 382 de la décision.

¹⁹³ [1986] 1 R.C.S. 103.

¹⁹⁴ Au paragraphe 386 de la décision.

accordée pour une unité ne comptant qu'une seule personne. Par ailleurs, l'exclusion vise tout autant de grandes exploitations agricoles, mais dont les activités sont saisonnières.

Enfin, quant à l'atteinte minimale et la proportionnalité, le commissaire détermine que si l'objectif était réel, il pourrait être atteint en employant des mesures moins attentatoires que l'exclusion totale de tout régime ; le législateur pourrait mettre en place un régime de représentativité syndicale particulier et instaurer un mécanisme de négociation adapté à ce secteur, par exemple, par l'introduction de négociations régionales ou par secteurs d'activités¹⁹⁵.

3.3.4 L'utilisation du droit international

Dans ce dossier, la situation des travailleurs en cause n'a pas été portée à l'attention de l'OIT. Toutefois, l'ensemble des instruments internationaux pertinents a été déposé en preuve devant le Tribunal¹⁹⁶.

Après avoir reçu cette preuve, la CRT a été d'avis que si ces accords démontrent l'importance des engagements pris par les signataires, ils ne constituent pas un élément qui permette, ou même nécessite, d'aller au delà de ce qui a été décidé dans les récents arrêts de la Cour suprême concernant la liberté d'association. Le commissaire Côté juge donc qu'ils ne sont pas pertinents pour le travail d'interprétation et d'analyse auquel la Commission doit se livrer¹⁹⁷.

3.3.5 Les conclusions

La réparation appropriée dans cette affaire a fait l'objet d'un débat en raison de son effet : si l'exclusion prévue au cinquième alinéa de l'article 21 est déclarée inopérante par la CRT, il en découle nécessairement un accès à un régime particulier pour les travailleurs agricoles, soit celui du *Code du travail*.

La Commission décide que ses pouvoirs se limitent à cette solution. En effet, n'étant pas autorisée à prononcer l'invalidité d'une disposition, elle ne peut que la déclarer inopérante dans le dossier qui lui est soumis et cette décision n'aura d'effet qu'entre les parties au litige. En conséquence, la CRT déclare inopérant le cinquième alinéa de l'article 21 et accrédite l'association requérante.

¹⁹⁵ Au paragraphe 395 de la décision.

¹⁹⁶ Voir la section 4.1.1

¹⁹⁷ Au paragraphe 232 de la décision.

La décision est contestée en révision judiciaire par le Procureur général¹⁹⁸.

3.4 Société des casinos du Québec c. Cloutier

Par cette décision¹⁹⁹, la Cour supérieure accueille la requête en révision judiciaire présentée par l'employeur Société des casinos du Québec à l'encontre d'une décision²⁰⁰ de la Commission des relations du travail (CRT). Comme dans l'affaire des travailleurs agricoles étudiée au point 3.3, une requête en accréditation avait été déposée par une association représentant des cadres exclus du champ d'application du *Code du travail*. L'association demandait à la CRT de déclarer inopérante l'exclusion des cadres et d'accorder l'accréditation suivant les règles applicables au *Code*. Le Procureur général et l'employeur ont présenté une requête en irrecevabilité pour défaut de compétence de la CRT, que celle-ci a rejetée sans se prononcer sur le fond du litige constitutionnel.

La Société des casinos a porté l'affaire en révision judiciaire et la Cour supérieure a accueilli la requête, au motif que la CRT n'avait pas compétence pour accorder la réparation demandée et qu'en conséquence, elle n'était pas valablement saisie du dossier. La décision de la Cour supérieure est pertinente à notre étude, parce que sa conclusion quant à l'absence de compétence de la CRT repose en fait sur des motifs qui relèvent du fond de la question en litige.

Il faut noter que la permission d'appeler de cette décision a été accordée à l'Association par la Cour d'appel.

3.4.1 Les dispositions législatives en cause

Le *Code du travail* définit le «salarié» comme suit :

«1 (...) l) "salarié" : une personne qui travaille pour un employeur moyennant rémunération, cependant ce mot ne comprend pas :

1. une personne qui, au jugement de la Commission, est employée à titre de gérant, surintendant, contremaître ou représentant de l'employeur dans ses relations avec ses salariés;

¹⁹⁸ Cour supérieure de Montréal, dossier 500-17-058367-106, en délibéré.

¹⁹⁹ *Société des casinos du Québec c. Cloutier (Association des cadres de la Société des casinos du Québec et Société des casinos du Québec inc.)*, 2012 QCCS 112; Requête pour permission d'appeler accueillie : 2012 QCCA 599 (28-03-2012).

²⁰⁰ 2010 QCCRT 0187.

(...))»

L'exclusion qu'on retrouve au paragraphe 1 de l'alinéa l) de l'article 1 fait en sorte que les salariés membres de l'Association des cadres de la Société des casinos sont exclus du champ d'application du *Code du travail* parce qu'ils occupent des fonctions qui entrent dans cette définition.

Contrairement aux travailleurs agricoles qui sont des salariés mais dont l'association ne peut être accréditée, les cadres, gérants, surintendants, contremaîtres ou représentants de l'employeur ne bénéficient pas des protections du *Code* pour l'exercice de la liberté d'association. Ils sont exclus de tout régime législatif.

3.4.2 La décision de la Commission des relations du travail sur sa propre compétence

Saisie de la requête en irrecevabilité portant sur sa compétence pour disposer du litige, la Commission a repris la jurisprudence de la Cour suprême sur la compétence des tribunaux administratifs en matière constitutionnelle pour décider que la requête en accréditation était recevable et qu'elle pouvait trancher les questions soulevées par l'Association. Cette dernière demandait à la CRT de déclarer que l'exclusion du statut de cadre prévue à l'article 1 l) par. 1 du *Code* lui était inopposable constitutionnellement et d'accréditer l'Association pour représenter les membres de l'unité décrite dans sa requête.

La CRT se fonde principalement sur les affaires *Nouvelle-Écosse (W.C.B.) c. Martin*²⁰¹ et *Okwuobi c. Lester B. Pearson School Board*²⁰² pour décider qu'un demandeur doit s'adresser au tribunal administratif chargé de l'interprétation et de l'application de la législation en cause et que si ce tribunal décide qu'il y a violation injustifiée de la *Charte canadienne*, il peut refuser d'appliquer la disposition pour des motifs constitutionnels et statuer sur la demande comme si elle n'était pas en vigueur.

3.4.3 La décision de la Cour supérieure sur la compétence de la CRT

La Cour supérieure s'est rangée derrière l'argument du Procureur général et de l'employeur voulant que la CRT ne pouvait pas avoir compétence sur le litige constitutionnel parce qu'elle n'avait pas compétence sur la réparation demandée et n'était pas valablement saisie du dossier.

²⁰¹ [2003] 2 R.C.S. 504.

²⁰² [2005] 1 R.C.S. 257.

Cet argument diffère quelque peu de ce qui avait été présenté à la CRT. Devant la Commission, l'employeur et le Procureur général avaient exposé un argument circulaire qui consistait essentiellement à prétendre que la CRT ne pouvait pas être compétente parce que les cadres étaient exclus du champ d'application du Code. Ce n'était qu'en accueillant la demande de déclaration d'inconstitutionnalité qu'elle pouvait devenir compétente. À notre avis, en présentant cet argument comme une question préliminaire, on faisait indirectement appel à la théorie la compétence initiale qui a été rejetée depuis longtemps par la Cour suprême²⁰³.

Le nouvel argument, présenté à la Cour supérieure, peut se résumer ainsi : selon l'arrêt *Cuddy Chicks*, qui précède les affaires *Martin* et *Okwuobi* précitées, le tribunal administratif qui s'apprête à étudier une question ayant trait à la Charte doit avoir compétence à l'égard de l'ensemble de la question qui lui est soumise, c'est-à-dire à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée. Or, la réparation recherchée par l'Association est l'accès à un régime particulier de relations de travail, soit le Code du travail du Québec, alors que la Cour suprême a clairement indiqué dans les arrêts *Health Services* et *Fraser* que l'article 2d) de la Charte ne garantit pas l'accès à un régime particulier.

La Cour supérieure a retenu les deux arguments pour décider que la CRT ne pouvait entendre l'affaire. La Cour supérieure décide que la CRT ne pouvait être valablement saisie du dossier puisqu'elle n'avait pas compétence sur la réparation demandée.

À notre avis, la Cour supérieure fait fi des enseignements de la Cour suprême dans les décisions *Martin* et *Okwuobi*, précitées, lorsqu'elle décide :

«36 Il y a dans ce dossier, des considérations particulières qui font en sorte que la question en cause est tellement importante qu'elle se doit d'être adressée à la Cour supérieure. Il semble tout à fait raisonnable de ne pas laisser à un tribunal administratif, le soin de décider d'appliquer à un nouveau groupe de travailleurs, soit les cadres de la Société des casinos du Québec, le régime particulier prévu par le Code du travail pour les salariés. Surtout qu'il a toujours été reconnu et accepté que l'Association des cadres ne répond pas à la définition de "salarié" au sens de 1 l) du Code du travail.

«43 N'ayant pas de compétence pour se prononcer sur des questions de droit touchant les cadres, demander à la CRT de se prononcer sur une

²⁰³ *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon*, 1985 CanLII 609 (CSC), [1985] 1 RCS 596.

question constitutionnelle comme celle en cause, revient à lui demander de se prononcer de façon déclaratoire, ce qu'elle n'a pas le pouvoir de faire. Cette question doit être soumise au tribunal de droit commun soit la Cour supérieure.»²⁰⁴

On constate à la lecture de la décision que celle-ci repose essentiellement sur la conclusion de la Cour voulant que la demande de l'Association vise à obtenir accès au régime du Code :

«55 Dans la présente affaire, ce que l'Association demande, c'est d'être accréditée en vertu du Code du travail au même titre qu'un salarié suivant l'article 1 I) de cette loi. Cette demande implique de donner accès à un régime légal précis, soit celui mis en place dans le Code du travail. Il s'agit de la réparation demandée par l'Association.

56 Cela n'est pas permis. Cela va à l'encontre des enseignements de la Cour suprême dans les affaires Baier et Delisle telles que résumées ci-haut. Ces décisions indiquent clairement que la CRT ne peut octroyer une telle réparation.»

La Cour supérieure cite les affaires *Delisle*²⁰⁵ et *Baier*²⁰⁶ pour poser le principe voulant qu'un demandeur ne peut jamais réclamer l'accès à un régime légal donné à titre de réparation, tout en confondant l'atteinte et la réparation²⁰⁷. Par la suite, elle traite des arrêts *Dunmore* et *Fraser*²⁰⁸ pour conclure que l'effet de la décision de la CRT est d'accorder à l'Association un régime déjà en vigueur, qui a été mis en place en pensé pour des salariés. La Cour ajoute :

«78 (...) La syndicalisation des cadres n'est pas une simple demande sans conséquence pour le droit du travail au Québec. Cette demande, si elle était acceptée comme telle, modifierait le régime des relations de travail au Québec. La syndicalisation des cadres (souhaitable ou non, cela n'est pas la question posée), va à l'encontre de ce que l'on a connu au Québec depuis plus de 50 ans en matière de relations de travail. Il s'agit d'un bouleversement important qui ne peut être adressé de la manière présentée par l'Association.

²⁰⁴ À notre avis, cet élément mis en relief dans la citation est tout à fait erroné puisque la CRT a compétence exclusive pour interpréter la portée des exclusions et pour décider si une fonction ou une personne est visée par la définition de l'article 1 I).

²⁰⁵ *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 RCS 989.

²⁰⁶ *Baier c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S.

²⁰⁷ Au paragraphe 54 de la décision.

²⁰⁸ En citant principalement des passages de l'opinion du juge Rothstein.

79 Il faut aussi considérer le choix du législateur. Ce dernier a voulu exclure les cadres dans la loi telle que rédigée. Le choix du législateur a été fait. Il est possible que les cadres aient droit à un régime particulier de relations de travail, mais il appartient au législateur de le concevoir. Le législateur ne doit pas se retrouver devant un fait accompli. Il faut favoriser une certaine cohérence institutionnelle.»

On voit que la Cour se prononce véritablement sur l'opportunité du redressement demandé et non sur la compétence de la CRT pour l'accorder, puisque en réalité, la compétence limitée du tribunal administratif en matière constitutionnelle ne lui permet pas de rendre le Code applicable à tous les cadres de la province, mais bien de déclarer une disposition inopérante dans un cas donné, à l'égard uniquement des parties au litige spécifique dont il est saisi. D'ailleurs, dans l'arrêt *Okuwobi*, dont ne traite pas la Cour supérieure, la Cour suprême avait précisé que la décision du tribunal administratif sur des questions constitutionnelles pourrait toujours être révisée via le contrôle judiciaire des tribunaux supérieurs et qu'à ce moment, une déclaration générale d'invalidité pourrait être accordée le cas échéant. À notre avis, la décision de la Cour supérieure est contraire à ce processus préconisé par la Cour suprême.

La Cour supérieure décide en fait de la question de fond sans étudier si l'absence de régime législatif de négociation collective englobant les demandeurs a pour effet de violer leur liberté d'association. Puisqu'elle fait erreur quand elle se prononce sur les effets potentiels d'une déclaration d'inconstitutionnalité de la part de la CRT, il n'est pas clair comment sa décision pourrait être transposée si le litige était porté devant le tribunal de droit commun plutôt que devant la Commission des relations du travail.

De plus, la Cour se méprend à plusieurs reprises sur la décision de la CRT comme telle, puisqu'elle déclare²⁰⁹ que l'accréditation a été accordée par le commissaire, ce qui n'est pas le cas.

En conclusion, la Cour écrit :

«84 En se prononçant sur le rejet de la requête en irrecevabilité, elle a rendu une décision illégale puisqu'elle n'a pas compétence à l'égard de la réparation octroyée, soit de permettre l'accès à un régime particulier de relations de travail (Code du travail). La CRT ne pouvait accréditer l'Association des cadres en vertu de ce régime particulier de relations de travail.»

²⁰⁹ Au par. 60 de la décision; elle le laisse entendre également aux par. 78 et 84. De plus, elle écrit au par. 26 que la CRT «dispose du fond du litige, elle accorde une réparation et permet que l'Association soit accréditée». Pourtant, la CRT a uniquement décidé qu'elle avait la compétence requise pour trancher la question constitutionnelle.

Ceci l'amène à annuler la décision de la CRT et à rejeter la requête en accréditation.

3.4.4 L'utilisation du droit international

Dans cette affaire, la jurisprudence des organes de l'OIT en matière de droit d'association aurait pu être pertinente puisque le CLS s'est déjà penché sur l'exclusion des cadres du champ d'application du *Code du travail*²¹⁰. Toutefois, comme la Cour supérieure a tranché l'affaire sur une question qu'elle a qualifiée d'attributive de compétence, l'argumentation sur le fond du dossier n'a pas pu être faite. Les décisions de la CRT et de la Cour supérieure ne traitent donc pas du droit international.

3.5 Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)

Les agents à l'emploi de la Gendarmerie Royale du Canada ont offert une grande contribution au droit constitutionnel canadien, portant à deux reprises devant les tribunaux la contestation de leur exclusion du régime de relations de travail applicable à la fonction publique fédérale. Dans cette décision²¹¹, la Cour d'appel leur impose un revers pour la deuxième fois.

La Cour d'appel de l'Ontario résume l'affaire au second paragraphe de la décision en disant que l'appel soulève des questions qui n'ont pas été étudiées dans les affaires *Delisle*, *Dunmore*, *Health Services* et *Fraser*, à savoir si : a) le droit de négociation collective tel qu'entendu sous l'art. 2d) garantit aux travailleurs le droit d'être représenté par l'association de leur choix pour les fins de leur relation avec l'employeur ; et b) la protection du droit de négociation collective requiert que le véhicule servant à traiter des enjeux collectifs des travailleurs soit structurellement indépendant de l'employeur.

La Cour supérieure de l'Ontario a d'abord accordé la demande d'inconstitutionnalité et ce, avant que l'arrêt *Fraser* ne soit rendu. La Cour d'appel a accueilli l'appel à l'unanimité et la Cour suprême a accepté d'entendre l'affaire.

²¹⁰ Cas 2257, 335^e Rapport du Comité de la liberté syndicale, Bulletin officiel n^o1, série B, vol. LXXXVII, Genève, BIT, 2004.

²¹¹ *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2012 ONCA 363; Demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada accueillie : 34948, 20 décembre 2012.

3.5.1 Les dispositions législatives en cause

La *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (LRTFP)²¹² met en place un régime de représentation et de négociation collective propre à la fonction publique fédérale. Les membres de la Gendarmerie Royale du Canada (GRC) sont exclus du champ d'application de cette loi²¹³.

Par ailleurs, les membres de la GRC sont assujettis au *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada*²¹⁴ qui met en place un «programme de représentants divisionnaires des relations fonctionnelles» qui a pour objet «d'assurer la représentation des membres en matière de relations fonctionnelles»²¹⁵. Ce programme fait en sorte que les membres de la GRC peuvent élire des représentants qui seront à leur tour consultés par la GRC sur des questions professionnelles. Cette consultation a lieu aux termes d'une entente entre la direction de la GRC et ces représentants réunis sous le vocable «Programme des RRF».

La Cour d'appel résume comme suit la teneur de cette consultation :

«[16] As set out in the SRRP Constitution, the duties of SRRs include providing information, guidance and support to RCMP members and representing RCMP members' interests in negotiations with the management of the RCMP: RCMP Staff Relations Representative Program Constitution, July 14, 2004. SRRs attend divisional management meetings at which issues affecting the employment conditions of their constituents are considered.

[17] A formal agreement between the Commissioner and the SRRP provides that management will recognize the role of the SRRP, respond to proposals and requests from SRRs in a timely and open fashion, and provide rationales for major decisions: Agreement Between the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police and the Staff Relations Representative Program, clause 11, October 28, 2002. The agreement also provides that management and the SRRP will consult on specific human resources initiatives in a meaningful and timely fashion and participate together in national policy centre committees. Although final decisions rest with management, consultation is meant to promote an active participatory regime.»

La Cour ajoute le Conseil du trésor a la prérogative de décider seul des questions de rémunération, mais qu'il reçoit les recommandations du «Pay Council». Ce conseil

²¹² S.C. 2003, c. 22.

²¹³ Via la définition du mot «fonctionnaire», art. 2(1) d).

²¹⁴ (1988), DORS/88-361.

²¹⁵ À l'article 96 du Règlement précité.

paritaire est formé de deux représentants des salariés et de deux membres de la direction, et est présidé par un tiers neutre. Il sollicite l'opinion des membres de la GRC avant de formuler ses recommandations.

3.5.2 La décision de la Cour sur la portée du droit de négociation collective

Aux paragraphes 23 et suivants, la Cour d'appel de l'Ontario présente certaines caractéristiques du «Wagner Model», expliquant que ce modèle «majoritaire/exclusif» fait l'objet de critiques de la part de différents auteurs. Elle donne l'exemple du professeur Adams qui considère que ce modèle, parce qu'il prohibe la représentation syndicale d'employés minoritaires, viole leur liberté d'association. La Cour souligne que ces critiques servent à rappeler qu'il existe plus d'une conception de ce qu'est la négociation collective et que l'article 2d) de la *Charte* ne garantit pas un modèle particulier. La Cour omet cependant de mentionner que le professeur Adams considère que la négociation collective implique toutefois qu'il doit y avoir une obligation de reconnaître l'association de salariés, et de négocier de bonne foi avec les représentants désignés.

La Cour n'aborde pas la question de savoir si le droit de négociation collective, tel qu'entendu dans *Health Services* et *Fraser*, implique qu'il doit y avoir négociation dans le but d'arriver à une entente, et si cela signifie davantage qu'un processus de consultation.

La Cour choisit une toute autre voie pour disposer de la demande. Elle décide de redéfinir comment s'articule la protection du droit de négociation collective à l'intérieur de la liberté d'association à la lumière de sa propre compréhension de la jurisprudence de la Cour suprême. La Cour se livre à cet exercice tout en tenant pour acquis que les enseignements contenus dans la décision *Delisle* n'ont pas à être revus suite aux jugements rendus dans *Health Services* et *Fraser*.

La Cour d'appel de l'Ontario arrive à la conclusion que l'affaire *Fraser* ne fait pas en sorte que l'État ait l'obligation d'assurer aux travailleurs qu'ils aient accès à un régime qui impose une obligation de négocier de bonne foi à l'employeur, comme corollaire du droit de négociation collective protégé par l'al. 2d) de la *Charte*. La Cour décide que cette obligation positive de l'État ne naît que lorsque les salariés sont vulnérables et incapables de s'associer pour la poursuite d'objectif commun reliés au travail de sorte de rendre impossible la négociation collective.

Vu ainsi, le droit de négociation collective n'est protégé que lorsqu'il est nécessaire de le faire pour garantir l'exercice véritable de la liberté d'association. Il s'agirait donc uniquement d'un «droit dérivé» de la liberté d'association, mais qui n'existerait que dans des circonstances particulières.

Le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario nous semble revenir à la case départ : la décision s'inscrit complètement dans les pourtours des arrêts *Delisle* et *Dunmore*, le premier ayant nié le droit de négociation collective, et le second ayant imposé une obligation positive de protection de la liberté d'association au législateur devant la vulnérabilité prouvée des travailleurs en cause. Or, il est difficile concilier ce cadre restreint avec les arrêts *Health Services* et *Fraser* qui ont reconnu que le droit à la négociation collective était partie intégrante de la liberté d'association protégée par l'al. 2d) et que ce droit impliquait une obligation corollaire faite à l'employeur de négocier de bonne foi.

La Cour d'appel souligne au paragraphe 84 que les juges majoritaires dans *Fraser* ont affirmé que l'arrêt *Health Services* reconnaît que dans le contexte des relations de travail, l'article 2d) protège la négociation de bonne foi des questions importantes liées au travail et que cette négociation de bonne foi n'est pas limitée à faire des représentations à l'employeur, mais que ce dernier est également tenu de les prendre en considération dans le cadre d'un processus d'examen et d'échange. La Cour rappelle également les éléments de la négociation de bonne foi tels que résumés dans l'arrêt *Health Services*, ce qui inclut de faire des efforts raisonnables «pour arriver à un contrat acceptable». Puis, dans la partie suivante, la Cour d'appel de l'Ontario note ceci :

«[91] The Fraser majority concludes that the Court of Appeal overstated the ambit of the s. 2(d) right, by misreading B.C. Health's affirmation of the right to collective bargaining as constitutionalizing a full-blown Wagner Act system. The court in B.C. Health had "unequivocally stated that s. 2(d) does not guarantee a particular model of collective bargaining or a particular outcome": Fraser, at para. 45 (emphasis added).»

Cette idée de la constitutionnalisation du modèle du *Wagner Act* revient sur le tapis pour permettre à la Cour de décider que l'obligation de négocier de bonne foi avec le représentant choisi par les salariés est en fait une caractéristique des régimes issus du *Wagner Act* et qu'en conséquence, on ne peut conclure que cette obligation fait partie du contenu de la liberté protégée par l'art. 2d) de la *Charte*.

En fait, la Cour d'appel de l'Ontario considère que la Cour suprême n'a pas imposé une obligation de négocier de bonne foi dans le cas des travailleurs agricoles, mais qu'elle a

simplement reconnu que le régime prévoyait implicitement cette obligation. Or, il est clair dans l'arrêt *Fraser* que la Cour emploie une technique d'interprétation de type «reading in» parce qu'à défaut de voir une telle obligation dans la LPEA applicable au secteur agricole, les juges majoritaires auraient considéré que la loi ne répondait pas aux exigences de la *Charte*²¹⁶.

L'essentiel de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario repose sur sa compréhension de la nature «dérivée» du droit de négociation collective. Elle écrit, au par. 99 :

«[98] I would like to highlight one aspect of the Fraser decision that sheds light on the nature of the s. 2(d) right to bargain collectively. The majority in Fraser, at para. 46, states that s. 2(d) protects the right to collective bargaining in a “derivative sense”.

[99] To understand what the Supreme Court means by a derivative right, we must return first to Delisle. At para. 26, Bastarache J. points out that “s. 2 [of the Charter] generally imposes a negative obligation on the government and not a positive obligation of protection or assistance.” He draws an analogy to freedom of expression, echoing the court’s remark in Haig v. Canada, 1993 CanLII 58 (SCC), [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1035, that “the freedom of expression contained in s. 2(b) prohibits gags, but does not compel the distribution of megaphones.” He notes, however, that in Haig, the court did leave open the possibility that “a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required”: Haig, at p. 1039.»

Elle poursuit en traitant de l'analogie avec la liberté d'expression et l'arrêt *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*²¹⁷ cité dans *Fraser* afin de conclure que le droit dérivé peut intervenir lorsqu'il constitue une condition qui doit nécessairement être réalisée pour qu'il soit possible d'exercer la liberté d'association de façon significative :

«[111] Therefore, as I understand the Fraser majority’s discussion of collective bargaining as a derivative constitutional right, a positive obligation to engage in good faith collective bargaining will only be imposed on an employer when it is effectively impossible for the workers to act collectively to achieve workplace goals.»

De plus, la Cour interprète *Fraser* de façon à réduire le sens des mots «négociation collective» à l'équivalent de «faire des représentations collectives qui seront

²¹⁶ Voir le paragraphe 104 de *Fraser*.

²¹⁷ 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, cité au par. 46 de *Fraser*.

considérées de bonne foi par l'employeur» et ajoute qu'il faut cerner le concept de négociation collective de façon plus étroite que ce qui est prévu dans les régimes basés sur le modèle du *Wagner Act*²¹⁸.

Partant de cette conception de la protection offerte par la *Charte* à la négociation collective, la Cour d'appel de l'Ontario étudie le régime mis en place pour les membres de la GRC.

3.5.3 L'utilisation du droit international

La Cour d'appel de l'Ontario ne mentionne aucune source ni aucune règle de droit international au soutien de ses motifs. Par contre, elle est d'avis que l'argument présenté par les demandeurs aurait pour effet d'interdire des modèles de relations de travail de type consultatif :

«[139] Without the benefit of the Supreme Court's decision in Fraser, the application judge proceeded with an inflated view of the content of "collective bargaining" protected by s. 2(d). He did not appreciate the derivative nature of the right, and he brought to bear values from the Wagner model. His conception of the constitutionally required attributes of an employee association would preclude models of employee relations that bring employees into the decision making structures in a non-adversarial, collaborative fashion. Such alternative models of employer-employee relations are widely used in other industrial democracies.[1]

[1] Alternative labour relations regimes were described in detail in the affidavit of Professor Richard Chaykowski. As he notes:

Variations exist across jurisdictions and within jurisdictions in traditional labour relations legislation and policy....

There exist a variety of alternative models of employee representation both within Canada and among industrialized democracies that constitute legitimate alternatives to the traditional Canadian model of unionism and collective bargaining.... One important example is works councils, which constitute a quite different model of employee representation from unions and collective bargaining:

"... work councils ... are workplace level committees of employee (and sometimes employer) representatives with information sharing, consultation, and/or joint decision making rights. In theory, these mechanisms not only extend democratic rights, they also make for more inclusive decision processes, so that workers and their representatives are in a proactive rather than reactive position. In theory, this should in turn help to facilitate a more consensual relationship, with potentially positive performance implications."

Work councils are extensively utilized, internationally, in a range of industrialized countries, including Germany, Belgium, Denmark, Spain, France, Great Britain,

²¹⁸ Au paragraphe 119 de la décision.

Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, and Portugal. [Citations omitted.]»

La Cour semble poser comme postulat que ces modèles sont mutuellement exclusifs, ce qui n'est pas nécessairement le cas.

Les demandeurs ne semblent pas avoir plaidé d'argument fondé sur la jurisprudence des instances de l'OIT, puisqu'il n'en est pas fait mention dans la décision. La Cour supérieure de l'Ontario n'a pas fait allusion au droit international non plus.

3.5.4 Les conclusions

Pour décider si les dispositions contestées portent atteinte à l'art. 2d), la Cour considère d'abord qu'on doit retenir la décision *Delisle* comme un précédent auquel on ne peut déroger :

«In my view this is enough to dispose of this issue: the Supreme Court has already decided that it is not effectively impossible for RCMP members to exercise their fundamental freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the Charter.»²¹⁹

Ainsi, malgré qu'elle reconnaisse que le système mis en place pour les membres de la GRC ne soit pas un régime de négociation collective à proprement parler, que le représentant des employés n'est pas indépendant de l'employeur et que ce représentant n'est pas choisi par les employés mais imposé par règlement, la Cour décide que ce cadre législatif ne rend pas de fait impossible l'association véritable en vue de réaliser des objectifs liés au travail²²⁰.

En conséquence, elle accueille l'appel et rejette la demande des associations et des membres de la GRC.

3.6 Autres décisions pertinentes à l'analyse de la proposition P2

Lors de notre collecte de données, nous avons pu identifier quelques décisions qui ne portent pas directement sur l'objet de la proposition P2, soit la validité de l'exclusion d'un régime, mais qui abordent indirectement la question du contenu de la protection du droit de négociation collective et la responsabilité de l'état à l'égard de cette protection. Des

²¹⁹ Au paragraphe 127.

²²⁰ Aux paragraphes 128 à 135 de la décision.

éléments de cette jurisprudence sont pertinents pour pousser plus loin l'analyse des résultats sur la proposition P2.

Certaines décisions portent sur des mesures législatives particulières qui font en sorte que le régime de négociation collective applicable à certains groupes comporte des caractéristiques différentes du régime général applicable à la majorité des salariés. Par exemple, deux décisions portent sur la validité d'interventions législatives touchant aux unités de négociation. Dans un autre cas, le législateur intervient pour encadrer d'une manière spécifique le processus d'accréditation ou l'affiliation syndicale. Les contestations de ces mesures soulèvent la question de l'ingérence du législateur dans le choix par les salariés de leur association pour les fins de la négociation collective.

3.6.1 Canadian Union of Public Employees, locals 189, 408, 3197, 3421, 3671 et al. –and Alberta Health Services et al.

Dans cette affaire²²¹, les demandeurs contestaient devant l'Alberta Labour Relations Board (ALRB) la constitutionnalité de règlements adoptés par la province qui avaient pour effet de modifier la configuration des unités de négociation dans le secteur de la santé. Les mesures devaient servir à organiser les unités de façon à ce que la négociation collective puisse avoir lieu à l'échelle provinciale plutôt qu'à l'échelle régionale. Les syndicats demandeurs étaient accrédités auprès d'entités régionales que le gouvernement allait remplacer par une structure d'administration provinciale. La réglementation adoptée à l'occasion de cette restructuration des services de santé créait quatre unités de négociation pour l'ensemble de la province et donnait le mandat au ALRB d'accréditer une association par unité en fonction de règles tenant compte de l'appartenance syndicale, ou d'un vote si l'appartenance ne permettait pas de dégager une majorité.

Saisi de la contestation, l'ALRB a considéré que la réglementation adoptée par la province ne constituait pas une ingérence substantielle dans la liberté d'association et ne violait pas l'article 2d) de la *Charte*. L'ALRB a d'abord reconnu que l'affaire *Health Services* allait sans doute élargir son propre rôle à l'égard du contrôle de l'action de l'État en matière de réglementation du travail :

«[134] *A by-product of Health Service, will be a larger role for labour boards in assessing the constitutionality of state action, particularly labour legislation. We also recognize that our own decisions, which are subject to*

²²¹ 2010 CanLII 6565.

constitutional scrutiny (see Slaight Communications Inc. v. Davidson, 1989 CanLII 92 (SCC), [1989] 1 S.C.R. 1038), are more likely to be challenged on the basis they infringe section 2(d). Labour boards routinely make decisions that have a significant impact on the collective bargaining interests of the parties that appear before us.

[135] Decisions about bargaining unit appropriateness; the merger or consolidation of bargaining units; bargaining in bad faith complaints; employee and trade union status determinations; common employer determinations; (to name but a few), can all have a significant impact on the collective bargaining interests of the affected parties.

[136] Upon judicial review, labour board decisions of this nature have been afforded substantial deference by the courts. We do not interpret Health Services as requiring every labour board decision that has a significant impact on the collective bargaining interests of an affected party to be justified by application of the section 1 Oakes test. »

Par ailleurs, selon l'ALRB, l'organisation des relations de travail par le législateur commande une certaine déférence de la part du tribunal, d'où le constat nécessaire d'une entrave substantielle pour pouvoir conclure à une atteinte à la liberté d'association. Le Board note :

«[146] This articulation of the requisite inquiry emphasizes the focus is on the capacity of the affected parties to engage in good faith negotiations, which is the fundamental underpinning of collective bargaining. This leaves considerable flexibility for legislatures to design labour legislation that supports their Policy objectives.»

Par la suite, l'ALRB répond à la question de savoir si l'intervention du législateur dans la configuration des unités de négociation peut constituer une entrave substantielle à l'activité associative en décidant qu'il n'y a rien de foncièrement inconstitutionnel au fait de laisser le législateur définir la portée d'une unité de négociation plutôt que de laisser cette détermination à un tribunal. L'ALRB reconnaît toutefois qu'il y a une différence entre une détermination unilatérale par le législateur, qui affecte ses propres employés, et celle d'un tribunal indépendant où il sera possible d'être entendu. Toutefois, la décision quant à la portée de l'unité aura toujours un impact significatif sur le choix et la capacité des employés de s'organiser de telle ou telle manière. Par conséquent, le Board considère qu'il n'est pas approprié de faire des distinctions qui viendraient limiter le pouvoir du législateur de moduler le régime de relations de travail en fonction des politiques publiques de son choix.

Quant au droit international, l'ALRB fait une remarque intéressante :

«[176] Finally, the Applicants urge the Board to consider international human rights principles and specifically interpretations by the ILO's Committee on Freedom of Association in our assessment of the constitutionality of establishment of region-wide bargaining units. We are particularly cautious to do so, as it is difficult to reconcile many of the Committee's decisions in the area of « Trade Union Unity and Pluralism» with the Canadian model of majoritarian exclusivity (...)»

Toutefois, le tribunal fait référence à une décision du CLS concernant l'Alberta alors que le Comité concluait qu'il était légitime pour le gouvernement de déterminer la portée et le nombre d'unités de négociation²²².

L'ALRB a donc rejeté la contestation constitutionnelle des nouveaux règlements adoptés par l'Alberta dans le secteur de la santé.

3.6.2 Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan

Dans cette affaire²²³ portant principalement sur le droit de grève, présentée à la section 2.1 ci-haut, les organisations syndicales contestaient également des amendements apportés aux dispositions concernant la procédure d'accréditation. Les changements faisaient en sorte de porter le seuil minimal de représentativité démontrée par la signature de cartes d'adhésion de 25% à 45% pour obtenir la tenue d'un vote et ce vote devenait obligatoire dans tous les cas, même lorsque plus de 50% des membres de l'unité avaient adhéré au syndicat. La période de validité des cartes avait été réduite également. Enfin, la procédure de révocation de l'accréditation avait été simplifiée.

Les syndicats contestaient de plus des amendements permettant à l'employeur de communiquer ses opinions aux employés.

Une plainte a été logée auprès de l'OIT à ce sujet et le Comité de la liberté syndicale a conclu que le seuil de 45% était trop élevé²²⁴.

La Cour a été convaincue par la preuve d'experts que les amendements avaient diminué le taux de succès des campagnes d'organisation et continueraient de le faire, mais que la protection de l'article 2d) de la *Charte canadienne* était une protection d'un

²²² Cas no. 2277, Rapport n° 333 du Comité de la liberté syndicale, Bulletin officielle no1, série B, vol LXXXVII par. 272, BIT, Genève, 2004.

²²³ 2012 SKQB 62.

²²⁴ Voir le paragraphe 241 de la décision.

niveau minimal et ne servait pas à promouvoir la syndicalisation. Par conséquent, il fallait respecter les choix du législateur quant au niveau de protection ou de promotion requis. La Cour poursuit ses motifs en se disant d'accord avec l'idée qu'on ne pouvait pas exiger, via l'article 2d), que soit adopté un régime élaboré, modelé sur le *Wagner Act*, pour assurer l'exercice de la liberté d'association au travail :

«[263] *In my view, an « elaborate legislative superstructure » is not required to protect the basic freedom of individual employees to associate to achieve workplace goals. What is required is a rudimentary structure that protects the essential components of collective bargaining. (...)*»

La Cour a donc rejeté cet aspect de la contestation constitutionnelle des organisations syndicales.

3.6.3 Procureur général du Québec c. Confédération des syndicats nationaux et al.

Cette décision²²⁵ de la Cour d'appel du Québec porte sur la contestation de la *Loi concernant les unités de négociation dans le secteur des affaires sociales*²²⁶. La Cour supérieure avait rendu sa décision après l'arrêt *Health Services* mais avant l'arrêt *Fraser* et avait conclu à une violation injustifiée de l'al. 2d) de la *Charte*. La Cour d'appel a renversé cette décision et la Cour suprême a refusé l'autorisation d'appel.

Adoptée après la suspension de l'application de certaines règles de procédure de l'Assemblée nationale, cette loi réorganise les unités de négociation dans le secteur de la santé et des services sociaux au Québec. La Loi impose un maximum de quatre unités de négociation par établissement, et définit les catégories d'emplois devant s'y retrouver. Un des effets les plus criants était d'empêcher la constitution de regroupements sur une base professionnelle, de sorte que certains corps d'emplois étaient obligés de cohabiter avec d'autres dont les intérêts pouvaient être divergents. De plus, la loi force la négociation de certains sujets à l'échelle locale – sans droit de grève – alors qu'ils étaient négociés par les parties au niveau national auparavant.

La Cour d'appel du Québec, après avoir rappelé l'évolution jurisprudentielle quant à la liberté d'association, décide que l'arrêt *Fraser* fait obstacle à l'interprétation de l'arrêt *Health Services* qui a conduit à la déclaration d'inconstitutionnalité. Elle cerne la question en litige comme étant une demande d'accès au régime du *Code du travail* applicable à la majorité des salariés, qu'elle qualifie de «régime de droit commun». La

²²⁵ 2011 QCCA 1247; demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée : dossier 34479.

²²⁶ «Loi 30», L.R.Q. c. U-0.1.

Cour explique que même si au Québec le régime de droit commun en matière de rapports collectifs de travail se trouve dans le *Code du travail*, il ne s'agit pas du seul modèle : plusieurs autres régimes coexistent avec celui inspiré du *Wagner Act* et chacun de ceux-ci constitue un modèle particulier de négociation. L'article 2 d) de la *Charte canadienne* n'en impose aucun préférablement à un autre.

Selon la Cour, la détermination du caractère approprié d'une unité de négociation par un tribunal administratif ou au moyen d'un accord entre un employeur et une association de salariés est une composante parmi d'autres du modèle Wagner, et elle ne constitue que l'une des nombreuses modalités susceptibles de mieux structurer l'exercice de la liberté d'association. Ainsi, la liberté d'association n'emporte pas le droit à l'accréditation auprès d'un employeur sur la base d'une unité de négociation déterminée en fonction de la seule volonté des salariés :

« [92] Le modèle Wagner comporte comme composante essentielle le principe du monopole de représentation syndicale. Ce monopole, qui est rendu possible par des règles de droit, profite à l'association représentative, c'est-à-dire celle qui est soutenue par une majorité des salariés compris dans l'unité de négociation (articles 21 et 37.1 du Code du travail). Mais, comme beaucoup de régimes de relations du travail, ce modèle incorpore un arbitrage ou un compromis qui peut s'avérer contraignant pour une minorité de salariés : ainsi en est-il de ceux qui auraient souhaité appartenir à une autre unité appropriée de négociation, ainsi que de ceux qui n'ont pas adhéré à l'association majoritaire ou ne lui ont pas donné leur voix lors d'un scrutin. En un sens autre que juridique, la liberté d'association individuelle de ces salariés est brimée par le compromis sur lequel repose le modèle Wagner. On notera aussi que les salariés n'ont pas voix au chapitre dans la détermination de l'unité de négociation à laquelle ils appartiendront, processus qui se fait sans leur concours^[100]. On aurait tort, cependant, de conclure de tout cela qu'il en résulte par le fait même une atteinte illicite au droit que protège l'alinéa 2d) de la Charte canadienne. » [références omises]

Par ailleurs, la Cour d'appel décide que le nouveau modèle de représentation mis sur pied par la Loi 30 satisfait aux conditions énumérées au paragraphe 41 de l'arrêt *Fraser*. Il ne touche que le processus de négociation, et non le contenu des conventions collectives passées ou à venir.

En ce qui concerne les paliers de négociation et la procédure d'arbitrage obligatoire mise en place par la Loi 30, la Cour d'appel est d'avis qu'il s'agit de modalités qui ont d'abord été légiférées, puis modifiées par le législateur ; les modifications auront sans doute des effets sur l'organisation syndicale et ses stratégies, mais cela ne peut être

considéré comme une entrave substantielle au processus de négociation. Selon la Cour, ces éléments ne sont pas des composantes obligatoires de la notion de « négociation de bonne foi » comprise dans l'article 2 d) de la *Charte canadienne*, mais de modalités usuelles dans beaucoup de régimes inspirés du modèle Wagner. La Cour conclut que celles qu'a choisies le législateur sont raisonnables, conjuguant le respect d'un processus de négociation véritable et l'atteinte d'un résultat, dans un tout équilibré.

Dans sa décision, la Cour d'appel du Québec ne fait nullement référence au droit international. Par contre, la Cour supérieure, qui avait déclaré certains aspects de la Loi 30 inconstitutionnels, avait en partie fondé ses motifs sur les décisions du Comité de la liberté syndicale de l'OIT qui portaient sur la problématique de la multiplicité d'organisations syndicales représentatives :

« 319. Si les travailleurs peuvent avoir généralement avantage à éviter la multiplication du nombre des organisations syndicales, l'unité du mouvement syndical ne doit pas être imposée par une intervention de l'État par voie législative, une telle intervention allant à l'encontre du principe énoncé aux articles 2 et 11 de la convention n° 87. [...] « Le fait que les travailleurs et les employeurs ont en général avantage à éviter une multiplication du nombre des organisations concurrentes ne semble pas, en effet, suffisant pour justifier une intervention directe ou indirecte de l'État et notamment l'intervention de celui-ci par voie législative ». [...]

333. Le libre exercice du droit de constituer des syndicats et de s'y affilier implique la libre détermination de la structure et de la composition de ces syndicats.

334. Les travailleurs devraient pouvoir décider s'ils préfèrent former, au premier niveau, un syndicat d'entreprise ou une autre forme de regroupement à la base, tel un syndicat d'industrie ou de métier.»²²⁷

Certaines organisations avaient d'ailleurs porté plainte à l'OIT au sujet de la Loi 30 et la Cour supérieure fait référence à la décision du CLS²²⁸. Ce dernier n'avait pas retenu la plainte en regard de la configuration des unités de négociation, mais avait considéré que le fait d'imposer le niveau de la négociation par voie législative était contraire aux principes du droit de négociation collective, de même qu'un processus de négociation locale où le droit de grève était interdit.

La Cour d'appel ne discute pas de cette décision du CLS ni de ces éléments tels que traités en droit international.

²²⁷ *Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, Genève, Bureau international du Travail, 5^e éd., 2006, cité au par. 313 de la décision de la Cour supérieure (2007 QCCS 5513).

²²⁸ Cas 2343, 2401 et 2403, 338^e Rapport du Comité de la liberté syndicale, Bulletin officiel no 3, série B, vol. LXXXVIII, BIT, Genève, 2005.

Elle conclut en infirmant le jugement de la Cour supérieure quant à la déclaration d'inconstitutionnalité.

3.6.4 Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 573, SEPB CTC-FTQ et Commission de la construction du Québec

Dans ce dossier²²⁹, la Commission des relations du travail (CRT) était saisie de demandes d'accréditations déposées par une section locale du Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau (SEPB) qui représentait les enquêteurs au sein de la Commission de la construction du Québec (CCQ). Ces fonctions étaient incluses dans une unité de négociation générale, laquelle avait été scindée par voie législative²³⁰. Lors de l'adoption de la *Loi éliminant le placement syndical et visant l'amélioration du fonctionnement de l'industrie de la construction*, le législateur a adopté une mesure visant à interdire à l'association représentant les enquêteurs de la CCQ d'être affiliée à un groupe syndical auquel les salariés de la construction seraient également affiliés :

«L'association accréditée pour représenter les salariés visés par le premier alinéa ne peut être affiliée à une association représentative ou à une organisation à laquelle une telle association ou tout autre groupement de salariés de la construction est affilié ou autrement lié, ni conclure une entente de service avec l'un d'eux.»

Le SEPB étant affilié à la Fédération des travailleurs et travailleuses du Québec (FTQ), laquelle compte parmi ses syndicats membres plusieurs associations de salariés de la construction, la section locale 573 du SEPB se voyait nier la possibilité d'être accréditée. Elle a contesté la constitutionnalité de l'amendement législatif imposant cette contrainte.

La Commission des relations du travail a rejeté la requête, mais en décidant qu'il y avait atteinte à la liberté d'association, laquelle était justifiée en vertu de l'article 1 de la *Charte canadienne*.

Tout d'abord, la CRT a rappelé que la liberté d'affiliation est une composante de la liberté d'association protégée par la *Charte*, qualifiant la proposition contraire soutenue par le procureur général de théorique et dépourvue de tout ancrage dans la réalité.

²²⁹ *Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 573, SEPB CTC-FTQ et Commission de la construction du Québec*, 2012 QCCRT 0448; Requête en révision judiciaire pendante : 500-17-074094-122.

²³⁰ Articles 61 et 68 à 72 de la *Loi concernant la lutte contre la corruption* (2011, c. 17).

Cette conclusion est fondée à la fois sur la preuve d'expert présentée à l'audience, sur la jurisprudence de la Cour suprême et sur les instruments internationaux pertinents.

La CRT constate donc une atteinte à la liberté d'association :

«[78] En l'espèce, lorsqu'il stipule à l'article 69 de la Loi 15 que la section locale 573 n'est autorisée à continuer de représenter ses membres que jusqu'à « l'accréditation d'une autre association de salariés » et qu'il la disqualifie d'emblée du processus d'accréditation prévu pour permettre à ses membres de lui choisir un successeur, non seulement le législateur prive-t-il les salariés du choix de leur agent négociateur, mais il anéantit d'un trait l'association qu'ils ont formée et en laquelle ils ont toujours confiance, presque 30 ans plus tard, la privant de son objet. Compte tenu de ce qui précède, force est de conclure que le législateur porte ainsi atteinte à la liberté individuelle d'association de ses membres et que la disposition contestée constitue une entrave substantielle à leur droit à un processus de négociation, dont le libre choix de l'agent négociateur est une composante essentielle.»

En regard de la justification dans une société libre et démocratique, la Commission est d'avis qu'il est essentiel de considérer la nature particulière du travail des inspecteurs de la CCQ qui sont appelés à surveiller les chantiers de construction. À ce titre, ils s'assurent que les travailleurs et les entrepreneurs sont titulaires des certificats de compétence et des licences exigés par les règlements et que les heures de travail déclarées correspondent à celles réellement effectuées. De plus, ils sont appelés à enquêter sur les plaintes d'intimidation, de discrimination, de maraudage illégal, de ralentissement de travail illégal, et de non-admissibilité au poste de délégué de chantier.

Selon le commissaire Bussière, l'objectif de prévenir et lutter contre la corruption en matière contractuelle dans le secteur public et la constitution d'un groupe de personnes spécialisées et la volonté qu'elles puissent exercer leurs fonctions à l'abri de toute influence, constituaient des objectifs réels et urgents. Dans ce contexte, l'affiliation de la section locale 573 avec la FTQ posait un problème réel de conflit d'intérêts ou, à tout le moins, d'apparence de conflit d'intérêts. La CRT considère par ailleurs qu'il est difficile de concevoir une mesure moins attentatoire à la liberté d'association que celle adoptée par le législateur ; la disposition en cause n'ayant pas un effet disproportionné par rapport à son objectif.

En conséquence, la CRT rejette la contestation constitutionnelle. Cette décision a été portée en révision judiciaire.

3.6.5 Independent Electricity System Operator v. Canadian Union of Skilled Workers

Cette décision de la Cour d'appel de l'Ontario²³¹ soulève des enjeux qui chevauchent la question de l'intervention législative ayant pour effet d'annuler des conventions collectives existantes (comme dans l'arrêt *Health Services*) et celle de l'accès à un régime particulier de relations de travail (comme dans l'arrêt *Fraser*).

La Cour résume l'effet de la disposition contestée²³² en ces termes :

[2] Section 127.2 permits a “non-construction employer” – essentially, an employer that does not sell construction services to third parties – to bring an application to the Labour Relations Board (the “Board”) for a “non-construction employer” declaration. If an employer is found to be a non-construction employer, two things happen. First, the Board must declare that any trade union that represents, or may represent, construction employees of the employer, no longer represents them. Second, any collective agreement binding the employer and the trade union ceases to apply with respect to the employer insofar as it relates to the construction industry.

Dans cette affaire, l'employeur a fait une demande au Board pour être déclaré un « non-construction employer » ; l'OLRB a considéré que l'employeur rencontrait les critères pour obtenir la déclaration et a donc considéré l'argument d'inconstitutionnalité présenté par le syndicat affecté. Le Board a déclaré que l'article 127.2 était inopérant dans les circonstances du dossier, puisqu'il constituait une ingérence substantielle dans le processus de négociation collective qui ne pouvait être sauvegardé en vertu de l'art. 1 de la *Charte*. En révision judiciaire, la Cour divisionnaire de l'Ontario a cassé la décision et la Cour d'appel a rejeté l'appel. Une demande d'autorisation à la Cour suprême est pendante.

La Cour d'appel de l'Ontario distingue la situation créée par l'article 127.2 *LRA* dans cette affaire de celle qui se présentait dans *Health Services* en mentionnant que dans cette dernière affaire, la loi interdisait la négociation de certaines matières pour l'avenir, en plus d'annuler des conventions existantes. Elle ajoute que :

«[60] The threshold for establishing substantial interference with the process of collective bargaining is a high one. « In every case », writes the majority Fraser at para. 46, « the question is whether the impugned law or

²³¹ 2012 ONCA 293; demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême pendante : dossier 34915.

²³² L'article 127.2 du *Labour Relations Act*, 1995, S.O. 1995, c. 1.

state action has the effect of making it impossible to act collectively to achieve workplace goals.»

Selon la Cour d'appel, dans la présente affaire, les conventions collectives et les droits de négociation collective en vertu des dispositions sur l'industrie de la construction ont été annulés parce que l'employeur ne rencontrait plus la définition d'employeur de la construction. Le législateur avait déterminé que le régime particulier n'était pas approprié pour ce genre d'employeur ; les employés étaient toutefois libres de s'associer et de voir leur association accréditée ou reconnue volontairement sous le régime général de la *LRA*.

Ainsi, puisque la Cour d'appel est d'avis que l'art. 2d) ne garantit pas l'accès à un régime particulier de relations de travail, puisque l'annulation des conventions collectives était en quelque sorte un dommage collatéral du changement de régime et puisque les employés étaient toujours en mesure de s'engager dans un processus de négociation collective, il n'y avait pas lieu de déclarer l'article 127.2 inconstitutionnel.

La Cour d'appel ne fait aucune mention du droit international dans cette décision, tandis que l'OLRB, qui avait déclaré l'article 127.2 *LRA* inopérant, avait fondé ses motifs en partie sur la jurisprudence des organes de l'OIT, notamment pour affirmer le principe que l'annulation de conventions collectives négociées portait atteinte au droit de négociation collective.

3.7 Synthèse et analyse des résultats sur la proposition P2

Notre seconde proposition voulait que la constitutionnalisation du droit de négociation collective entraîne l'invalidité des exclusions des régimes de représentation collective. L'analyse de nos résultats nous porte à conclure qu'il nous faut nuancer l'énoncé en fonction des effets de l'exclusion et ce, depuis que la Cour suprême a apporté des précisions dans l'affaire *Fraser*.

Trois décisions²³³, dont deux qui ont acquis l'autorité de la chose jugée, ont été rendues avant l'arrêt *Fraser* et ont conclu à l'invalidité des exclusions. Dans ces trois cas, aucun régime spécifique ou particulier ne s'appliquait aux travailleurs visés par l'exclusion de sorte d'offrir au minimum un processus obligatoire de consultation sur les conditions de

²³³ *CSN c. Québec*, point 3.1; *SCFP c. Nouveau-Brunswick*, point 3.2; *TUAC 501 c. L'Écuyer et Locas*, point 3.3.

travail. Après l'arrêt *Fraser*, deux décisions ont été rendues²³⁴, mais qui sont en instance d'appel. La première a conclu, en application de l'arrêt *Fraser*, que la *Charte* ne garantissait pas l'accès au régime général de représentation, peu importe la présence d'une atteinte à la liberté d'association ; la seconde a conclu que la *Charte* ne garantissait pas l'accès à un régime de type «Wagner Act» de négociation collective, et qu'une simple consultation avec des représentants des employés dans le cadre d'une structure et d'un processus contrôlé par l'employeur suffisait pour répondre aux exigences de l'al. 2d) de la *Charte*.

Dans la dernière décision, au sujet des membres de la GRC, le niveau de protection de l'al. 2d) a été considérablement limité par rapport à ce que les auteurs ont pu noter, tel que présenté dans notre revue de littérature, puisqu'on a fait du droit de négociation collective un «droit dérivé» qui jouira d'une protection constitutionnelle uniquement lorsque le contexte (tel la vulnérabilité des travailleurs concernés) le rendra nécessaire pour assurer l'exercice de la liberté d'association.

On constate donc que les résultats portant directement sur des exclusions des régimes de représentation collective confirment en partie notre proposition de recherche P2. Dans l'état actuel de la jurisprudence, les résultats confirment la proposition à certaines conditions :

- lorsque l'exclusion a pour effet l'absence totale de tout processus de négociation ou de consultation de bonne foi des salariés ;
- lorsque l'absence de processus emporte dans les faits l'incapacité des employés de s'associer dans le but de poursuivre des objectifs liés au travail.

Par ailleurs, la constitutionnalisation du droit de négociation collective ne doit pas être comprise comme une garantie d'accès à un processus de négociation qui comporte des caractéristiques calquées sur le modèle du *Wagner Act*. Ceci est devenu particulièrement clair après l'arrêt *Fraser*.

Toute la question du bénéfice des modalités d'un régime issu du modèle du *Wagner Act* a teinté l'ensemble des décisions qui ont porté sur la contestation de différentes mesures spécifiques ou dérogatoires. Trois des quatre décisions ont eu lieu après *Fraser* et dans tous les cas, la validité des dispositions législatives a été confirmée. De ces décisions, on retient que la configuration des unités de négociation ne jouit d'aucune protection constitutionnelle, s'agissant essentiellement d'une caractéristique des régimes de type majoritaire-exclusif comme le *Wagner Act*. Par conséquent, le choix de

²³⁴ *Société des casinos c. Cloutier*, point 3.4; *Mounted Police Association c. Canada*, point 3.5.

la façon de s'associer et avec quels autres salariés *pour les fins de la négociation collective* ne relèverait pas de la protection offerte par l'al. 2d).

Il en est de même des conditions régissant l'octroi de l'accréditation ou de l'accès à un régime législatif particulier. Par contre, ces conditions ne doivent pas porter atteinte au droit des salariés de voir leur association affiliée à d'autres organisations syndicales, à moins qu'on puisse justifier cette mesure au sens de l'article 1 de la *Charte*, ce qui peut être le cas si le législateur vise à éviter des conflits d'intérêt manifestes.

Enfin, nous avons émis la proposition que l'utilisation du droit international viendrait influencer l'effet de la constitutionnalisation du droit de négociation collective sur la validité des dispositions législatives. Notre analyse des résultats ne nous permet pas de confirmer que cette variable modératrice a un effet sur la relation dans le cas de la proposition P2. Des trois instances qui ont invalidé des dispositions législatives, une seule a eu recours au droit international dans ses motifs²³⁵. D'un autre côté, trois décisions sur quatre confirmant la validité de dispositions législatives, autres que des exclusions spécifiques, font appel au droit international²³⁶. En somme, l'analyse de l'effet de cette variable n'est pas concluante.

4. Invalidité des restrictions au contenu des négociations et des mesures imposant des conditions de travail : proposition P3

Notre collecte de données nous a permis d'identifier cinq décisions portant sur des mesures imposant des conditions de travail et limitant le contenu des négociations futures. Quatre de ces décisions portent sur la contestation de la même loi fédérale, par des groupes différents : la *Loi sur le contrôle des dépenses*²³⁷ de 2009. Trois de ces décisions sont en instance d'appel. Enfin, nous avons retenu une décision portant sur une loi adoptée par la province de Colombie-Britannique au même moment que celle adoptée dans l'affaire *Health Services*, et de facture similaire.

Tableau 8 – Sommaire des résultats sur la proposition P3

²³⁵ La Cour supérieure dans *CSN c. Québec*, point 3.1.

²³⁶ *CUPE c. Alberta*, point 3.6.1, *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, point 3.6.2 et *SEPB 573 c. CCQ*, point 3.6.4

²³⁷ L.C. 2009, c. 2, s. 393 (adoptée dans le cadre de la *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 27 janvier 2009 et mettant en oeuvre des mesures fiscales connexes*).

Parties	Tribunal et date	Conclusion	Recours au droit international
<i>British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia</i>	Supreme Court of British Columbia : 13-04-2011	Invalidité de certaines dispositions contestées	oui
<i>Meredith et Procureur général du Canada</i>	Cour fédérale : 21-06-2011 Appel pendant	Invalidité des dispositions contestées	non
<i>Federal Government Dockyard Trades and Labour Council v. Attorney General</i>	Supreme Court of British Columbia : 08-09-2011	Validité des dispositions	oui
<i>Association des réalisateurs et SCFP 675 c. Procureur général</i>	Cour supérieure du Québec : 11-07-2012 Appel pendant	Invalidité des dispositions contestées	non
<i>Association of Justice Counsel and Attorney General of Canada</i>	Court of Appeal for Ontario : 07-08-2012 Demande d'autorisation d'appel pendante	Validité des dispositions	non

4.1 *British Columbia Teacher's Federation v. British Columbia*

Cette première décision²³⁸ rendue après l'arrêt *Health Services* et portant également sur l'annulation de certaines clauses de conventions collectives négociées, associée à l'interdiction de renégociation, porte sur une loi semblable à celle examinée dans l'arrêt de la Cour suprême.

4.1.1 *Les dispositions législatives en cause*

La province de Colombie-Britannique a adopté en 2002 une série de mesures par lesquelles elle annulait certaines clauses de conventions collectives dans les secteurs de la santé et de l'éducation. Les lois affectant les conventions de la santé ont été contestées avec succès pendant que les contestations portées par les associations du secteur de l'éducation étaient suspendues en attendant l'issue de l'affaire *Health Services*. La *Public Education Flexibility and Choice Act*²³⁹ et la *Education Services Collective Agreement Amendment Act*²⁴⁰ font l'objet de la présente décision.

²³⁸ 2011 BCSC 469.

²³⁹ S.B.C. 2002, c. 3.

²⁴⁰ S.B.C. 2004, c. 16.

Dans leurs grandes lignes, les dispositions contestées de ces lois font en sorte :

- d'annuler des centaines de clauses de conventions collectives portant sur la taille des groupes scolaires, la composition des classes et les ratios élèves/enseignants ;
- d'annuler les nombreuses clauses de conventions limitant la discrétion de l'employeur en ce qui concerne le calendrier scolaire, les horaires et les heures d'enseignement;
- d'interdire la négociation de nouvelles clauses portant sur ces sujets.

Par ailleurs, une disposition avait pour effet d'annuler certaines clauses de conventions locales pour assujettir l'ensemble du personnel enseignant à une seule convention collective et uniformiser leurs conditions de travail suite à une réorganisation administrative. Cet article²⁴¹ avait un effet temporaire et n'empêchait pas l'association de renégocier les clauses à la prochaine ronde de négociation.

4.1.2 Décision de la Cour sur l'atteinte à la liberté d'association

Appliquant la démarche d'analyse suivie dans l'arrêt *Health Services*, la Cour suprême de Colombie-Britannique a conclu que les articles de loi contestés portaient sur des matières d'importance et constituaient une entrave substantielle au processus de négociation collective :

«[255] *The legislation deleted hundreds of terms of the collective agreement. Many of these terms dealt with subject matters that the parties had been actively negotiating for several months, with the BCTF providing several proposals dealing with these terms at the bargaining table. All of this negotiating exercise and effort was for naught.*

[256] *Further, the ability to bargain in the future was considerably restricted. Boards were given wide discretion. For practical purposes, it is likely that the best the union might be able to do is negotiate over the consequences of the board's exercise of discretion. This had substantially less scope than the ability to bargain over the establishment of class size and composition limits and workload limits.*

[257] *By negating terms of a collective agreement, and precluding a significant scope of bargaining in the future, I conclude that ss. 8 and 9 of*

²⁴¹ Article 4 de l'*Education Services Collective Agreement Amendment Act*, S.B.C. 2004, c. 16

PEFCA and s. 5 of the Amendment Act interfered with collective bargaining.»

L'ingérence de la législature portait sur des matières importantes pour le processus de négociation collective :

«[283] There can be little doubt that issues of class size and composition, non-enrolling ratios, work load, and hours and days of work, are important issues to teachers. These matters can greatly affect their working conditions.

[284] Teachers have been trying to influence these working conditions since they first began to form associations.»

Le procureur général a fait valoir en défense, sur la question de l'entrave substantielle, que les conventions collectives en cause n'étaient pas le fruit d'une libre négociation collective, mais qu'elles avaient en partie été imposées par arbitrage. Selon le gouvernement, il ne pouvait y avoir entrave à la négociation collective dans ce contexte. La Cour rejette cet argument :

«[199] The government's argument relies on a distinction made in Health Services. In Health Services, two sections of the challenged legislation, sections 7 and 8 of the Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2 [Health and Social Services Delivery Improvement Act], were found not to interfere with collective bargaining, because these sections eliminated programs unilaterally imposed by the government that did not arise out of a process of collective bargaining: at paras. 124-125. These programs provided one year of training, assistance and financial support for employees, administered by a separate society. The Supreme Court of Canada noted that since these programs were outside the power of the employer and did not arise out of collective bargaining, there was no potential for future collective bargaining on them. As such, the Court held that the two sections of legislation modifying these programs did not interfere with collective bargaining.

[200] The circumstances of the impugned sections 8 and 9 of PEFCA in this case are very different than sections 7 and 8 of the Health and Social Services Delivery Improvement Act discussed in Health Services.»

De fait, la Cour a été convaincue que les dispositions des conventions collectives qui étaient visées par les lois contestées avaient été négociées dans le passé, même si la dernière convention avait été imposée par voie législative :

[202] As I have noted earlier, the 1998-2001 Collective Agreement continued most of the negotiated terms that formed part of the parties' Transitional Collective Agreement, which itself rolled over terms that had been locally negotiated between teachers and school boards.

On constate donc que la Cour rejette l'argument sur la base des faits mis en preuve. Elle rejette également la position du Procureur général voulant que la législation porte davantage sur des politiques en matière d'éducation que sur des conditions de travail :

«[213] The second argument advanced by the government as an answer to the suggestion that the legislation interfered with collective bargaining was its "educational policy" argument. While the government conceded that class size and composition and staffing levels of non-enrolled teachers may affect teachers' working conditions, it argued that these are not "traditional" labour concerns. It asserted that these are more importantly matters of educational policy. The government argued that determination of these matters requires taking into account a variety of interests: teachers, principals and vice principals, school trustees, parents and students. It submitted that the balancing of these interests is not appropriately done in the "polarized environment of collective bargaining".»

La Cour répond que ces considérations sont pertinentes au stade de l'analyse de la justification de l'atteinte, mais ne doivent pas être prises en compte pour déterminer s'il y a entrave au processus de négociation collective.

Par contre, la Cour adopte la position du gouvernement lorsqu'elle examine l'effet de l'article portant sur la fusion d'établissements. Elle retient que si cette disposition annule effectivement certaines clauses d'ententes locales, elle assujettit les salariés concernés à des mesures uniformes de même nature, qui ont bel et bien été négociées par leur association, quoique pour d'autres milieux de travail. Enfin, elle note que la mesure a un effet temporaire puisque l'association est libre de renégocier les clauses en question.

On constate donc que la Cour prête peu d'attention aux particularités locales qui ont été démocratiquement décidées par les enseignants dans le cadre d'un processus de négociation qui répondait à leurs intérêts immédiats. La substitution de conditions de travail différentes, sans leur consentement, n'est pas suffisante aux yeux de la Cour pour constituer une entrave substantielle à la négociation collective, du seul fait que les conditions de travail imposées ont été agréées par d'autres salariés.

Enfin, la Cour décide que l'absence de consultation et de processus de négociation à l'occasion de l'adoption des lois en cause rend également l'entrave substantielle :

«[297] *If the government prohibited collective bargaining through legislation, but otherwise in the process of implementing the legislation replaced collective bargaining with an equivalent process of good faith consultation or negotiation, then the legislation might not be an interference with freedom of association. However, if in the process of legislating limits to collective bargaining the government did not otherwise allow employees to influence the legislative process or outcome in association, then the interference with s.2 (d) rights will be considered substantial.*

[298] *Here, the legislative changes were brought about without any consultation with the teachers' union.*

[299] *In addition, when considering the changes, the government informed and sought the advice of only one side to the bargaining table about its proposed changes, the employer side, BCPSEA. This occurred in the midst of collective bargaining, distorting the balance of power at the negotiating table and giving BCTF a distinct disadvantage in the bargaining.»*

Ce commentaire est intéressant en l'espèce : puisque le législateur a consulté uniquement les employeurs et a légiféré pour répondre à leurs besoins et ce, pendant la tenue des négociations, il a entravé ce processus en déséquilibrant le rapport de force.

4.1.3 La justification dans une société libre et démocratique

Suivant le même raisonnement que celui de la Cour suprême dans *Health Services*, la Cour conclut que le Procureur général n'a pas réussi à rencontrer son fardeau de démontrer la justification à l'étape de l'atteinte minimale. Ce constat vaut tant quant au résultat que quant au processus législatif, puisque le gouvernement n'a pas pu démontrer qu'il avait cherché ou envisagé des solutions alternatives²⁴².

Quant à la proportionnalité, la Cour note que la législation a été perçue par les enseignants comme signifiant qu'ils n'étaient pas dignes de contribuer à la détermination de leurs propres conditions de travail. Cet effet délétère était disproportionné par rapport aux bénéfices escomptés.

4.1.4 L'utilisation du droit international

²⁴² Au paragraphe 375 de la décision.

Le droit international n'est pas mentionné au soutien des motifs de la Cour sur la portée de la liberté d'association ou sur le droit de négociation collective. Par contre, le Procureur général avait soumis quelques décisions d'organes de l'OIT pour illustrer son argument portant sur les questions de politiques en matière d'éducation, que la Cour n'a pas retenues comme étant pertinentes.

4.1.5 Les conclusions

La Cour suprême de Colombie-Britannique déclare que les articles de loi contestés sont inconstitutionnels et invalides, à l'exception de celui portant sur la fusion d'établissements²⁴³, et suspend sa déclaration d'invalidité pour une période de 12 mois.

4.2 Les contestations de la *Loi sur le contrôle des dépenses de 2009*

À l'hiver 2009, alors que le gouvernement conservateur dirigé par Stephen Harper était minoritaire, la *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 27 janvier 2009 et mettant en oeuvre des mesures fiscales connexes*²⁴⁴ a été adoptée par la majorité des députés de la Chambre des communes. Elle prévoyait une série de mesures visant à répondre à la crise financière à laquelle le Canada était confronté. Son principal objectif était alors de mitiger une importante récession qui pointait à l'horizon et de stabiliser l'économie.

Parmi les mesures qu'entend alors prendre le gouvernement canadien figure celle de fixer, au moment où se renégocient la plupart des conventions collectives de la fonction publique fédérale, une limite à la hausse salariale de ses employés et de ceux des sociétés d'État tributaires d'affectations budgétaires, qu'ils soient syndiqués ou non. Sont aussi visés les membres de la Gendarmerie royale du Canada et des Forces canadiennes. Ainsi, la *Loi sur le contrôle des dépenses*²⁴⁵ est adoptée, laquelle ne porte en fait que sur le contrôle de la rémunération.

La Loi limite, pour la période du 1er avril 2006 au 31 mars 2011 les taux d'augmentation de salaire des employés visés. Les augmentations de salaire sont imposées malgré toute convention collective applicable pour les exercices de 2008 à 2011. La Loi rend par ailleurs inopérante toute disposition d'une convention collective en vigueur et

²⁴³ Article 4 de l'*Education Services Collective Agreement Amendment Act*, S.B.C. 2004, c. 16.

²⁴⁴ L.C. 2009, c. 2.

²⁴⁵ Titre abrégé de la *Loi visant à contrôler les dépenses du gouvernement du Canada à l'égard de l'emploi*, L.C. 2009, c.2, art.393.

prévoyant une augmentation du montant ou du taux de toute rémunération additionnelle applicable (allocation, boni, prime ou autre rémunération semblable) ou une rémunération additionnelle qui est nouvelle. La Loi interdit également la négociation de toute disposition prévoyant, au cours de toute la période de contrôle, une restructuration des taux de salaire ou une augmentation du montant ou du taux de toute rémunération additionnelle applicable. En bref, la Loi interdit la négociation de toute mesure compensatoire.

Cette Loi a eu des effets différents selon l'état et l'avancement des négociations chez chaque groupe d'employés visés. Huit contestations distinctes ont été entreprises devant les tribunaux, couvrant un ou plusieurs groupes distincts chacune, et quatre dossiers ont fait l'objet de jugements jusqu'à maintenant, lesquels sont tous en appel:

- les employés de la GRC ont obtenu une déclaration d'invalidité de la part de la Cour fédérale ;
- les employés des chantiers maritimes fédéraux ont échoué dans leur contestation devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique ;
- deux syndicats d'employés de Radio-Canada ont obtenu une déclaration d'invalidité en Cour supérieure au Québec ;
- les juristes à l'emploi du gouvernement fédéral ont obtenu une déclaration d'invalidité de la Superior Court of Justice de l'Ontario, mais qui a été renversée par la Cour d'appel de l'Ontario ;

Chaque décision analyse l'effet de la Loi dans le contexte factuel propre à chaque groupe. Nous en présentons ici les grandes lignes.

4.2.1 Meredith (membres de la GRC) c. Procureur général du Canada

La juge Heneghan de la Cour fédérale a rendu la première décision²⁴⁶ portant sur la contestation de la *Loi sur le contrôle des dépenses (LCD)*. Les membres de la GRC ont saisi la Cour fédérale de la contestation constitutionnelle, accompagnée d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Conseil du trésor, car cette décision imposait les augmentations de salaire prévues à la *LCD*, en vertu de l'article 22 de la *Loi sur la GRC*, qui prévoit que « le Conseil du Trésor établit la solde et les indemnités versées aux membres de la Gendarmerie ».

²⁴⁶ 2011 CF 735.

Dans le cas de la GRC, la *Loi sur le contrôle des dépenses* avait pour effet de supplanter les conditions de travail déjà établies par le Conseil du trésor suite à la consultation du *Pay Council* mis sur pied dans le cadre du programme pour la « négociation » des questions salariales à la GRC²⁴⁷.

Il a été mis en preuve devant la Cour que la décision du Conseil du trésor de modifier les augmentations de salaire déjà annoncées avait eu lieu suite à l'intervention du ministère des Finances et dans le but de réduire les augmentations de salaire de façon uniforme dans l'ensemble de la fonction publique.

En pratique, les représentants des membres de la GRC au sein du PRRF ont été avisés de ce changement de cap en même temps que l'ensemble des employés. Par la suite, les représentants ont tenté à plusieurs reprises d'avoir des rencontres et des pourparlers avec le Conseil du trésor au sujet de la rémunération ou d'engager des discussions sur des solutions de rechange, mais toujours sans succès. Par exemple, la Cour note :

« [43] Le 3 mars 2009, MM. Meredith, Dalziel et Roach ont rencontré le commissaire au sujet de la rémunération. Lors de cette rencontre, le commissaire a fait savoir que le premier ministre et les autres ministres ne répondraient pas à leurs demandes de rencontres. Étant donné que les ministres refusaient de rencontrer les syndicats de la fonction publique, ils ne pouvaient paraître appuyer la position de la GRC. »

Ainsi, il n'y a pas eu de tentative de la part de l'employeur ou de l'État d'engager des négociations ni même des consultations avec les représentants des employés sur des moyens de réduire les dépenses pour faire face à la crise. La décision a été prise unilatéralement de diminuer les augmentations de salaire et la LCD a mis en œuvre cette décision.

La Cour fédérale aborde l'analyse de la question de l'entrave au processus de négociation en notant que :

« [72] Le travail du Conseil de la solde ne peut être considéré comme un processus équivalant tout à fait à la négociation collective. Néanmoins, c'est le seul mécanisme formel qui permet aux membres de la

²⁴⁷ Au moment de la décision de la Cour fédérale, ce régime avait été déclaré inconstitutionnel par la Cour supérieure de l'Ontario et la Cour d'appel n'avait pas encore rendu la décision *Mounted Police* présentée au point 3.5 plus haut. Nous savons maintenant que la Cour d'appel de l'Ontario considère que ce système est un régime qui répond aux exigences de la *Charte* en tant que mécanisme de consultation au sens de l'arrêt *Fraser*. Cette décision est en appel devant la Cour suprême du Canada.

GRC de poursuivre collectivement des objectifs liés à la rémunération avec leur employeur, en l'occurrence le Conseil du Trésor.

[73] Dans l'arrêt Fraser, la Cour suprême du Canada a décidé que tous les employés, et non seulement ceux qui sont assujettis à un régime de négociation collective semblable au modèle Wagner, ont le droit de formuler des observations collectives et de les voir prises en compte de bonne foi : voir les paragraphes 42 et 46 à 48. Il s'ensuit que le processus du Conseil de la solde est important et devrait bénéficier de la protection prévue à l'alinéa 2d) de la Charte.»

La juge Heneghan poursuit en examinant l'argument du Procureur général voulant que la Cour suprême ait resserré le critère de l'entrave substantielle dans l'arrêt *Fraser*. En effet, selon le gouvernement, la Cour aurait précisé qu'il fallait que la mesure contestée rende *impossible* l'exercice de la liberté d'association. La Cour ne retient pas cette approche :

«[77] Il faut examiner le mot « impossible » dans le contexte d'autres mots, comme « meaningfully » (véritable) et « effectively » (de fait), et de l'expression « good faith » (bonne foi). Si la mesure législative permet aux employés de formuler des observations collectives qui ne sont pas réelles ou véritables ou s'il est possible de formuler des observations, mais que la conduite du gouvernement est entachée de mauvaise foi, il y aura encore violation de l'alinéa 2d) de la Charte.

[78] À mon avis, la notion d'impossibilité qu'utilise la Cour suprême du Canada ne constitue pas un seuil ou un facteur primordial. Il fait plutôt partie du critère global énoncé et appliqué dans l'arrêt Fraser.

[79] Il est facile de reformuler le test appliqué dans Fraser pour en illustrer l'applicabilité à la présente affaire : la LCD et la décision du Conseil du Trésor rendent-elles de fait impossible pour le Conseil de la solde de présenter des observations au nom des membres de la GRC et de les voir prises en compte de bonne foi?»

La Cour est d'avis que les répercussions financières sur les membres de la GRC ne sont pas pertinentes à l'examen qu'elle doit faire de la validité de la Loi ; ce sont les effets sur le processus de négociation collective qui doivent être étudiés. Or, selon la Cour, la LCD et la décision du Conseil du trésor prise en application de la LCD rendent de fait impossible pour le *Pay Council* de présenter des observations au nom des membres de la GRC et de les voir prises en compte de bonne foi.

Face au constat d'une entrave substantielle au processus de «négociation collective» pour les membres de la GRC, la Cour aborde ensuite la justification dans une société

libre et démocratique. Elle décide que la *LCD* n'est pas justifiée, et ce en raison de l'absence de lien rationnel entre la mesure et l'objectif de faire face à la crise, en raison du fait que l'atteinte n'est pas minimale et à cause de l'effet disproportionné sur les droits des membres de la GRC par rapport à l'effet bénéfique de la *LCD* sur les finances publiques (ce montant n'ayant même pas été dévoilé).

Sur l'atteinte minimale, la Cour fédérale fait le constat suivant :

«[131] Dans l'ensemble, le Conseil du Trésor et différents organismes gouvernementaux distincts ont signé plus de 44 ententes avec des agents négociateurs faisant ou non partie de l'administration publique centrale. Si d'autres agents négociateurs ont été informés et qu'ils ont eu la possibilité de consulter, voire de signer des ententes, il est évident que l'atteinte découlant de la mesure unilatérale et de l'indifférence totale à l'égard du processus du Conseil de la solde n'était pas une atteinte minimale.»

La Cour ne fait pas mention du droit international pour disposer du litige. Enfin, elle conclut que la décision du Conseil du trésor et les dispositions contestées de la *LCD* sont contraires à l'al. 2d) de la *Charte* ; en conséquence, elle accueille la demande de révision judiciaire.

4.2.2 Federal Government Dockyard Trades and Labour Council v. The Attorney General

Le cas particulier des travailleurs de chantiers maritimes fédéraux a été examiné par la Cour suprême de Colombie-Britannique²⁴⁸. Ces employés étaient couverts par une convention collective issue d'une décision arbitrale en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*²⁴⁹. Cette convention avait fait l'objet de négociations de juin 2006 à avril 2007, date à laquelle les membres du syndicat ont rejeté une entente de principe. Par la suite, un processus d'arbitrage de différend a été enclenché et une sentence est intervenue en janvier 2009 après quelques tentatives de médiation. La convention collective issue de la sentence octroyait aux employés une augmentation de salaire de 5,2% à compter de 2006. Selon la preuve présentée, la question des salaires était au cœur du différend parce qu'elle visait à compenser le préjudice causé par l'introduction de changements opérationnels :

«[77] A central issue the parties bargained had to do with the potential to increase compensation by implementing a Broader Employability (BE) initiative. Essentially, this involved introducing greater

²⁴⁸ *Federal Government Dockyard Trades and Labour Council v. Attorney General*, 2011 BCSC 1210.

²⁴⁹ L.C. 2003, ch. 22, art. 2.

flexibility in working practices to facilitate productivity gains, some portion of which could be passed back to the members in the form of increased compensation. Apparently, the issue was complex because it required reclassification of traditional jurisdictional job boundaries, and the creation of new job descriptions, as well as the determination of the relative value of work done within these new job descriptions.»

L'effet de la LCD sur ce groupe était d'annuler la hausse de salaire de façon rétroactive, étant donné que les dispositions prévoyaient que seules les conventions collectives conclues avant le 8 décembre 2008 pouvaient prévoir des augmentations différentes pour les années antérieures à cette date. Le groupe des employés de chantiers navals fédéraux était affecté d'une manière plus importante que les autres syndiqués.

Le Procureur général a présenté les mêmes arguments que dans l'affaire *Meredith*, notamment sur la question du critère de l'entrave substantielle resserré dans *Fraser*. La Cour rejette ces prétentions sommairement, pour se concentrer sur l'aspect particulier du dossier, soit le fait que l'augmentation de salaire annulée par la LCD ne résultait pas de la négociation collective, mais bien d'une sentence arbitrale :

«[170] *There is, in my view, merit in the Attorney General's position deriving from several critical facts. First, the wage increase was not a term of the collective agreement that was included as a result of an agreement bargained for between employer and union. It was imposed on the parties through binding arbitration. This in my view is the critical fact. Secondly, the issue of the wage adjustment that was ultimately awarded was not the subject of the collective bargaining process that broke down when the membership rejected a tentative agreement in 2007. The tentative agreement contemplated a 2.5% increase that was both consistent with the going rate for negotiated increases for that year and the limit imposed by the ERA. The demand for an additional and higher increase that ultimately underlay the award was made only after the union had demanded arbitration.»*

Pour la Cour, l'annulation par voie législative d'une sentence arbitrale de différend ne constitue pas une entrave au processus de négociation collective. Selon ses motifs, comme le résultat de la négociation n'est pas protégé, mais uniquement le processus de négociation, on ne peut déduire que le résultat d'une sentence arbitrale est protégé. De plus, elle ajoute que la Cour suprême dans l'arrêt *Health Services* a indiqué aux par. 92 et 96 que d'«annuler de façon unilatérale des modalités négociées, sans véritables discussions et consultations, peut aussi grandement saper le processus de négociation collective.»

De là, reste entière la question de savoir si le recours à une méthode de règlement des différends fait partie du processus de négociation protégé par l'art. 2d). La Cour pose effectivement cette question, pour y répondre par la négative :

«[180] I am satisfied that the decision not to continue to bargain after May 2007 and to invoke arbitration was a decision that was made by the plaintiffs, albeit for what appeared to them to be good reasons, but was not one driven by a breach of the duty of good faith by the employer. No doubt the plaintiffs decided for tactical or strategic reasons that they would likely achieve a better collective agreement through arbitration than negotiation. That does not mean, however, that nullifying the award undermined collective bargaining processes since the award was not the outcome of a protected process. It was the outcome of a process invoked only when one party decided that it could not achieve its objects through a process of negotiation. Arbitration reflects the breakdown of the bargaining process and is a substitute for it, not one form of its culmination.»

La Cour ne va pas jusqu'à évaluer en quoi la possibilité pour le législateur de mettre de côté une sentence arbitrale ne constitue pas une entrave dans le processus de négociation de bonne foi dans la mesure où le syndicat pouvait se fier sur la légitimité et le bon fonctionnement de l'arbitrage au moment où il a pris la décision de s'en remettre à ce mécanisme plutôt que de recourir à des moyens de pression tout en continuant de négocier.

Cependant, la Cour ajoute ce commentaire :

«[186] It is pertinent in my view that the right to take advantage of binding arbitration in the event of an impasse in negotiation is a statutory right and not one that itself is the result of agreement. If the right to invoke third-party binding arbitration to resolve disagreements were itself the product of an agreement between the parties, then unilaterally nullifying its results may interfere with the constitutionally protected process of collective bargaining because this was the method the parties had voluntarily agreed to use to resolve disputes. The interference would lie in abrogating a process that had been agreed to.»

Il semble selon cette décision que si le recours à l'arbitrage avait été consensuel, la législation aurait constitué une entrave substantielle, mais parce que l'arbitrage était prévu dans la Loi, ce n'était pas le cas.

Il est important de noter que la Cour suprême de Colombie-Britannique appuie son raisonnement sommairement sur le droit international, notant que l'imposition de

conditions de travail par voie d'arbitrage est contraire au principe de libres négociations collectives :

«[188] *I am supported in the view of take of this matter by certain of the international documents referred to in Health Services. There, the majority considered the ambit of the right to bargain collectively in light of international law principles and commitments. At para. 77, the majority referred to ILO principles governing collective bargaining. It is instructive that those principles focus on commitments entered into through good faith negotiations and posit that annulling or modifying the content of freely concluded collective agreements is contrary to the principle of voluntary collective bargaining. Pointedly, the learned authors note that the “imposition of compulsory arbitration in cases where the parties do not reach agreement is generally contrary to the principle of voluntary collective bargaining”.*»

Après avoir disposé du dossier sur cette base, la Cour poursuit son analyse en décidant que si on devait considérer la sentence arbitrale de la même façon qu'une clause de convention collective, alors la *LCD* constituerait une atteinte à la liberté d'association, rejetant du coup l'ensemble des arguments du Procureur général. Ceci la porte ensuite justifier la mesure dans une société libre et démocratique pour rejeter la contestation sur cette base de façon subsidiaire. L'appel de cette décision est toujours pendant.

4.2.3 Association des réalisateurs et SCFP-675 c. Procureur général du Canada

Dans cette affaire qui réunit deux contestations distinctes²⁵⁰, deux groupes d'employés de Radio-Canada – les réalisateurs et les employés de l'administration – avaient négocié des augmentations de salaire supérieures aux termes de la *LCD* pour certaines années d'application de la loi et leurs conventions collectives arrivaient à échéance pendant la période de contrôle. Ils voyaient donc des clauses de leurs conventions en vigueur annulées, et il leur était interdit de négocier les salaires pour les premières années d'application de leur contrat de travail subséquent.

Il faut préciser que la Société Radio-Canada (SRC) est une société d'État qui a le pouvoir d'embaucher du personnel, de déterminer leurs conditions d'emploi et de négocier elle-même les conventions collectives de ses employés. Le Conseil du Trésor ne participe ni à l'établissement du mandat de négociation ni au processus de négociation ; les relations de travail sont régies par le *Code canadien du travail*.

²⁵⁰ *Association des réalisateurs c. Canada (Procureur général)*, 2012 QCCS 3223.

La SRC est visée par la LCD parce qu'elle est assujettie à la «réserve de rémunération», mécanisme comptable utilisé par le Secrétariat du Conseil du Trésor afin de s'assurer qu'il dispose de fonds suffisants pour financer les organismes dont les frais de personnel ont augmenté, dans les limites établies par le gouvernement. De fait, près de 60% des revenus de la SRC proviennent du financement gouvernemental.

La preuve présentée à la Cour supérieure a révélé que ni la SRC ni les syndicats demandeurs n'avaient été avisés que la LCD s'appliquerait à leur égard. Ainsi, aucune consultation ni aucune négociation n'a précédé l'adoption de la loi. Par ailleurs, il a également été démontré que la négociation des conventions collectives en vigueur pour les groupes visés avait eu lieu avant l'allocation budgétaire du Conseil du trésor, laquelle ne tient pas compte des augmentations réelles, mais bien de celles déterminées dans le cadre de la «réserve de rémunération». En d'autres termes, le fait de déterminer ou non les augmentations de salaire par voie législative n'avait aucun effet sur ces allocations budgétaires.

Dans un tel contexte, la Cour supérieure du Québec, sous la plume de la juge Matteau, a considéré que la LCD constituait une ingérence substantielle dans le processus de négociation et qu'elle n'était pas justifiée dans une société libre et démocratique.

D'abord, la juge Matteau répond à l'argument du Procureur général de la même façon que ses homologues de Colombie-Britannique et de la Cour fédérale quant au resserrement du critère de l'atteinte substantielle. Tout comme dans les deux affaires précitées aux points 4.2.1 et 4.2.2, le gouvernement prétendait que le fardeau de la partie qui plaide une atteinte à l'article 2 d) de la Charte est désormais beaucoup plus exigeant en ce qu'il requiert la démonstration que la loi ou la mesure gouvernementale contestée rend « impossible » l'action collective visant la réalisation d'objectifs liés au travail. La Cour écrit qu'elle ne partage pas cette interprétation :

« [72] D'abord, dans l'arrêt Fraser, la Cour ne fait que réitérer ce qu'elle enseignait dans l'arrêt Health Services, savoir que c'est lorsqu'il y a entrave substantielle de la part de l'État qu'il y a alors impossibilité d'exercer un véritable processus de négociation garanti par l'article 2 d) de la Charte.

(...)

[74] La Cour confirme par ailleurs à nouveau les principes qui président à l'interprétation de l'article 2 d) de la Charte et dont elle faisait état dans l'arrêt Health Services. Elle conclut en effet que l'arrêt Health Services « (...) prend appui dans les décisions antérieures, qu'il est comparable avec les valeurs canadiennes, qu'il respecte les engagements internationaux du Canada et qu'il s'inscrit dans la foulée de l'interprétation

téléologique et généreuse des autres garanties constitutionnelles, en sorte qu'il n'y a pas lieu selon nous de l'écartier.»

(...)

*[77] L'utilisation du terme « impossible » doit ainsi être interprété dans son contexte, à telle enseigne qu'une entrave sera jugée inconstitutionnelle si elle rend impossible une négociation collective véritable, effective et de bonne foi, des notions clairement établies par la Cour suprême dans les arrêts *Health Services* et *Fraser*.»*

Elle constate ensuite que les articles de loi contestés, parce qu'ils invalident des dispositions des conventions collectives existantes, ébranlent la validité du processus de négociation antérieur qui a servi d'assise à la conclusion des conventions. De même, parce que la Loi interdit la négociation future de toute forme de rémunération différente de celles énoncées, elle constitue une ingérence dans la négociation car il ne saurait se créer un véritable dialogue sur des conditions qui ne peuvent être intégrées dans une convention collective. Face à ce constat, la Cour tient compte du fait que les syndicats touchés n'ont pas été consultés, ni même avisés, qu'ils seraient englobés dans la législation s'appliquant à la fonction publique.

La Cour examine par la suite le caractère substantiel de l'ingérence pour décider si elle constitue une atteinte à la liberté d'association. Elle conclut au caractère fondamental de la rémunération comme condition de travail et de son importance dans le processus de négociation collective. Ainsi, en l'absence de toute consultation, on ne peut illustrer de meilleure façon la négation du droit garanti par l'article 2d), soit le droit à un processus de consultation et de négociation mené de bonne foi²⁵¹.

Enfin, quant à la justification dans une société libre et démocratique, la juge Matteau accepte que le législateur avait un objectif réel et urgent de mitiger une importante récession et stabiliser l'économie. Toutefois, elle considère qu'il n'y a pas de lien rationnel entre le contrôle des dépenses du gouvernement et le contrôle des salaires à la SRC, puisque le rôle du gouvernement à l'égard de la SRC consiste à lui transférer des fonds pour son fonctionnement général et qu'il appartient alors à la société d'État de décider la façon dont elle entend utiliser ces fonds. En conséquence, la Loi n'a aucun impact sur les finances publiques.

Enfin, quant à l'atteinte minimale, la Cour supérieure considère qu'il était facile de consulter les syndicats visés et qu'en omettant de le faire, le gouvernement avait adopté une attitude surprenante et contraire au critère de l'arrêt *Oakes*. Puisque les dispositions de la Loi appliquées à la SRC n'entraînaient aucun effet bénéfique, mais avait des

²⁵¹ Par. 124 de la décision.

répercussions importantes sur les employés visés, il n'y avait pas non plus de proportionnalité entre l'objectif et les mesures adoptées. En conséquence, les articles touchant aux négociations collectives sont déclarés inopérants et invalides lorsque conjugués avec l'inclusion de la SRC dans le champ d'application défini à l'annexe de la Loi.

Il est intéressant de noter que dans ses motifs, la Cour ne fait pas la distinction entre l'intention du gouvernement, les actes du gouvernement, et l'intention du législateur. À notre avis, cette confusion des genres est aussi présente dans l'arrêt *Health Services* et est exacerbée par la présence ici d'un gouvernement minoritaire dont les objectifs ne sont pas nécessairement ceux de la Chambre des communes. Cette confusion entre le législatif et l'administratif pose un problème analytique particulier dans les situations où l'État est l'employeur des salariés visés par une mesure législative contraire à l'al. 2d).

Quoique certains principes du droit international aient été portés à l'attention de la Cour, celle-ci n'en fait pas mention dans sa décision.

4.2.4 Association of Justice Counsel c. Canada (Attorney General)

La décision la plus récente concernant la contestation de la LCD est celle rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans le dossier des l'Association des juristes de justice. La Cour supérieure avait déclaré inconstitutionnels certains articles de la Loi en novembre 2011, jugement qui a été renversé par la Cour d'appel²⁵².

Les juristes contestaient tout particulièrement la portée rétroactive de la Loi dans leur cas, à savoir, l'inclusion des années 2006-2007 et 2007-2008 dans la période de contrôle, mais avec une exemption pour les périodes d'application des conventions déjà conclues avant 2008. L'Association des juristes est le seul groupe qui était toujours en négociation pour la rémunération de ces années là. La Cour supérieure de l'Ontario a conclu à une atteinte à la liberté d'association, mais a justifié l'atteinte pour les années où la crise économique avait commencé à avoir des effets, mais pas pour l'année 2006-2007.

La Cour d'appel de l'Ontario a plutôt considéré qu'il n'y avait aucune atteinte à l'al. 2d) de la *Charte*.

Le constat sur lequel reposent les motifs de la Cour est le suivant :

²⁵² 2012 ONCA 530 (inf. 2011 ONSC 645).

«[35] As I have explained in my discussion of the facts giving rise to this appeal, by the time the ERA came into force, the parties had engaged in a lengthy process of collective bargaining over a two-year period. The parties had conducted sixteen face-to-face negotiating sessions and participated in five days of mediation. This process led to an impasse that took the parties to arbitration. The AJC had made very full representations to TBS as to the terms it proposed for its first collective agreement. TBS set forth its position on those issues.

[36] The PSLRA, s. 106, requires the parties “to meet and...bargain collectively in good faith”. The AJC did not complain that TBS failed to comply with that duty. The application judge noted, at para. 68, that the AJC “seemed to maintain [that] the Treasury Board did not negotiate in good faith”, but he found that despite the substantial record before him, that he “was unable to form even a tentative view on this topic”. That finding is not challenged before us.»

Selon la Cour d’appel, l’arrêt *Fraser* est venu clarifier et limiter la portée de *Health Services*²⁵³. Puisque selon cet arrêt, l’al. 2d) garantit un processus de négociation et non un résultat, on ne peut conclure que la législation porte atteinte à la liberté d’association au motif que les parties n’ont pu s’entendre au terme du processus qui a été mené de bonne foi²⁵⁴.

La Cour considère donc que si deux parties négocient avec l’expectative d’un arbitrage de différend en cas d’échec des pourparlers, la décision unilatérale d’une des parties de ne pas se soumettre à cet arbitrage et d’imposer sa position par voie législative ne constitue pas une ingérence substantielle dans le processus de négociation mené de bonne foi. Voici comment elle aborde la question :

[39] There can be little doubt that once the ERA was enacted, the wage settlement flowing from the arbitration was a foregone conclusion and that the AJC had no hope of achieving its objective of eliminating the salary gap of which it complained. The AJC does not and cannot maintain that the statutory right to arbitration attracts constitutional protection. As *Fraser* also makes clear, s. 2(d) only protects “the right to collective bargaining in the minimal sense of good faith exchanges” (para. 90) but “does not impose a particular process” and “does not guarantee a legislated dispute resolution mechanism in the case of an impasse”: para. 41. Accordingly, although the ERA had the effect of taking wages off the table for the arbitration, that does not, standing alone, amount to an infringement of s. 2(d).

²⁵³ Par. 26 de la décision.

²⁵⁴ Par. 38 de la décision.

On voit donc que la protection envisagée dans *Health Services*, avec la notion de négociation de bonne foi telle qu'appréciée par les tribunaux du travail, n'est pas appliquée comme telle après l'arrêt *Fraser*. Il semble que la bonne foi devrait commander qu'une négociation menée avec l'expectative d'un mécanisme arbitrage en cas d'impasse ne puisse être compromise par l'anéantissement unilatéral de ce mécanisme après que le différend ait été soumis.

Il est à noter qu'aucune mention n'est faite du droit international.

4.3 Synthèse et analyse des résultats sur la proposition P3

Nous avons posé comme hypothèse que la constitutionnalisation du droit de négociation collective entraînerait l'invalidité des restrictions au contenu des négociations et des interventions législatives visant à imposer des conditions de travail non négociées. Les cinq décisions répertoriées ne nous permettent pas de confirmer cette proposition sans faire quelques nuances.

Quant à la seconde dimension de notre proposition, c'est-à-dire l'effet du changement de paradigme sur les restrictions permanentes au contenu des négociations, aucune décision n'a été répertoriée.

Des cinq jugements étudiés, les situations où les dispositions ont été invalidées sont celles où les associations requérantes n'ont été consultées d'aucune manière avant l'adoption de la loi imposant des conditions de travail différentes de celles qu'elles avaient négociées, à savoir le cas des enseignants en Colombie-Britannique, le cas des employés de Radio-Canada et le cas des membres de la GRC. Dans ces situations, les gouvernements sont intervenus pour imposer des conditions de travail alors que les syndicats n'avaient pas eu la chance de participer à un processus de négociation de bonne foi avant l'adoption de la législation.

On constate à partir de nos résultats que s'il y a eu une certaine négociation et que le caractère de bonne foi de cette négociation n'est pas contesté, le législateur sera justifié d'adopter une loi imposant des conditions de travail et ce, sans égard à l'impact sur la négociation elle-même. Cela nous semble contraire aux motifs de la Cour dans *Health Services* lorsqu'elle cherche à protéger l'intégrité d'un processus de négociation.

Dans les décisions étudiées, les tribunaux ne semblent pas se formaliser de la distinction entre le législateur et le gouvernement et ne semblent pas imposer au législateur l'obligation procédurale de s'assurer qu'une négociation de bonne foi a eu lieu ou d'assurer la tenue d'une consultation formelle sur le contenu du projet de loi. Ainsi, il nous semble que la dimension démocratique du droit de négociation collective est occultée au profit de sa dimension économique, laquelle ne jouit pas d'une reconnaissance du caractère fondamental. En effet, avec certains commentaires de la majorité dans l'arrêt *Fraser*, il est plus facile d'argumenter que le contenu de la négociation ne jouit pas de la protection de l'article 2d), mais que seul le processus est protégé. Pourtant, dans l'arrêt *Health Services*, la démarche d'analyse suivie portait nécessairement à se pencher sur le contenu de la négociation.

À notre avis, le caractère de droit fondamental de la négociation collective prend source dans l'importance de la participation des travailleurs à la définition de leurs conditions de travail. Aussi il nous semble que cet aspect n'est pas reconnu dans les décisions où on ne se penche pas sur la façon dont les salariés ont eu voix au chapitre, ou non, face à la détermination unilatérale des conditions de travail par le législateur.

Nous avons également proposé que l'utilisation du droit international aurait un effet positif sur les déclarations d'invalidité. Nos résultats ne confirment pas ce lien. Les tribunaux qui ont constaté une atteinte à la liberté d'association dans le cadre de l'imposition de conditions de travail n'ont pas eu recours au droit international pour ce faire.

Dans le cas des enseignants de Colombie-Britannique, s'agissant d'une situation très semblable à celle étudiée dans *Health Services*, il n'était sans doute pas nécessaire de référer aux règles internationales pour appuyer le raisonnement. Dans les autres cas, les décisions sont silencieuses sur cet aspect, à l'exception d'une où le droit international est utilisé de façon paradoxale pour appuyer la conclusion de la Cour voulant que le résultat d'une sentence arbitrale ne soit aucunement protégé par la *Charte* car l'arbitrage serait contraire au principe de libres négociations collectives. Cela nous semble un raisonnement plutôt faible.

En bref, le droit international ne semble pas remplir la fonction que la Cour suprême lui avait attribuée dans *Health Services*.

5. L'interprétation des dispositions des régimes de représentation en droit privé : propositions P4 et P5

Dès 2009, la Cour suprême a eu à se pencher sur un litige de droit privé dans le cadre duquel les appelants ont soumis que l'interprétation antérieure de certaines protections contenues au *Code du travail* du Québec devait être revue à la lumière de la constitutionnalisation du droit de négociation collective. Il s'agit de l'affaire *Plourde c. Wal-Mart*²⁵⁵. Nous présentons cet arrêt dans un premier temps. Nous avons en outre répertorié dix (10) décisions citant l'arrêt *Health Services* dans le cadre de litiges portant sur la négociation de bonne foi ou l'ingérence de l'employeur dans les activités syndicales. Huit (8) d'entre elles traitent directement de l'obligation de négocier de bonne foi dans le cadre d'un recours invoquant l'article 53 du *Code du travail*, une décision porte sur un recours en vertu de l'article 15 du *Code du travail* et une décision porte sur l'ingérence dans la représentation syndicale dans le cadre d'un recours formé en vertu de l'article 12 du *Code*.

Notre étude des résultats nous a permis de constater que l'arrêt *Health Services* pouvait être cité uniquement pour sa synthèse sur les principes entourant l'obligation de négocier de bonne foi, sans que la constitutionnalisation du droit de négociation collective soit un facteur considéré par le tribunal. Nous avons donc catégorisé ainsi les décisions, soit celles qui traitent du caractère de droit fondamental de la négociation collective (pour accepter l'argument ou pour le rejeter) et celles qui n'en font aucunement mention.

Outre l'arrêt *Plourde c. Wal-Mart*, nous avons identifié seulement deux décisions citant l'arrêt *Health Services* dans un litige de droit privé au Québec, qui traitent de la constitutionnalisation du droit de négociation collective et qui portent sur l'ingérence de l'employeur dans les activités syndicales ou sur la négociation de bonne foi.

Enfin, aucune des décisions répertoriées ne cite de sources de droit international.

²⁵⁵ [2009] 3 R.C.S. 465; 2009 CSC 54.

Tableau 9 – Sommaire des résultats sur les propositions P4 et P5

Parties	Tribunal et date	Motifs référant aux droits fondamentaux	Recours au droit international
<i>Plourde c. Wal-Mart</i>	Cour suprême du Canada, 27-11-2009	Oui	Non
<i>Laporte c. CRT et Institut Philippe Pinel</i>	Cour supérieure, 04-11-2009	Oui	Non
<i>Syndicat général des professeurs et professeures de l'Université de Montréal c. Université de Montréal</i>	Commission des relations du travail, 28-05-2009	Oui	Non
<i>Réseau de transport de la capitale c. Syndicat des salariées d'entretien du RTC CSN</i>	Commission des relations du travail, 18-09-2009	Non	Non
<i>Syndicat des travailleurs de l'information de La Presse (CSN) c. La Presse</i>	Commission des relations du travail, 11-11-2009	Non	Non
<i>Syndicat des employés de commerce du Saguenay CSD c. Pharmacie Lévesque et Lapierre</i>	Commission des relations du travail, 05-03-2010	Non	Non
<i>Syndicat de l'hôtellerie de la Mauricie (CSD) c. Auberge du Lac Sacacomie</i>	Commission des relations du travail, 14-09-2010	Non	Non
<i>Syndicat des travailleuses et travailleurs du Mount Stephen Club-CSN c. Mount Stephen Club</i>	Commission des relations du travail, 01-11-2011	Non	Non
<i>Syndicat national des employés de garage c. Trois-Rivières Nissan</i>	Commission des relations du travail, 09-03-2011	Non	Non
<i>Alimentation Sylvain Bissonnette c. Syndicat des travailleuses et des travailleurs du Marché d'alimentation Saint-Constant (CSN)</i>	Commission des relations du travail, 14-03-2011	Non	Non
<i>Association des juristes de l'État et al. c. Procureur général</i>	Commission des relations du travail, 30-01-2012 (révision judiciaire pendante)	Non	Non

5.1 L'arrêt *Plourde c. Wal-Mart*

Il s'agit ici d'un litige portant sur les protections contre les représailles pour activités syndicales contenues aux articles 14 à 17 du *Code du travail*. La compagnie Wal-Mart Canada avait fermé le premier de ses magasins syndiqué en Amérique du nord et ce, dans les jours suivant une demande d'arbitrage de première convention formulée par le syndicat. Parmi les 190 employés congédiés à cette occasion, monsieur Plourde avait intenté un recours contestant la décision de Wal-Mart, soutenant avoir perdu son emploi en raison de ses activités syndicales.

La Commission des relations du travail avait rejeté sa plainte, estimant que malgré l'établissement de la présomption de l'article 17 en sa faveur, l'employeur avait démontré que la fermeture du magasin était réelle et définitive ce qui, suivant la jurisprudence en vertu du *Code du travail*, constituait une cause juste et suffisante de congédiement. Monsieur Plourde soutenait qu'il fallait s'écarter de cette jurisprudence traditionnelle en invoquant la liberté d'association.

La Cour supérieure a rejeté la demande de révision judiciaire de monsieur Plourde et la Cour d'appel a refusé la permission d'appel. La Cour suprême a pour sa part accueilli la demande d'autorisation, mais pour rejeter la révision judiciaire au fond. Trois juges sur neuf sont dissidents.

La majorité des juges de la Cour suprême a considéré que la plainte de congédiement pour activités syndicales n'était pas le recours approprié pour se plaindre du comportement antisyndical de Wal-Mart. La majorité est d'avis que dans le contexte des articles 15 à 17 C.t., le tribunal doit se prononcer sur les raisons du congédiement, alors que l'application des articles 12 à 14, portant sur l'ingérence dans la représentation syndicale, permet de mettre en cause la stratégie antisyndicale d'un employeur. Elle ajoute que la Cour suprême a reconnu dans un arrêt antérieur²⁵⁶ qu'aucune loi québécoise n'oblige un employeur à poursuivre ses activités et que ce dernier peut fermer un établissement pour des motifs condamnables socialement. Ainsi, lorsqu'un établissement n'existe plus, un salarié ne peut se prévaloir du mécanisme procédural et de la présomption établis par les articles 15 à 17 C.t. parce que la réintégration prévue dans le cadre de ce recours présuppose l'existence d'un lieu de travail dans lequel la réintégration est possible.

²⁵⁶ *A.I.E.S.T., local de scène no 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 CSC 2, [2004] 1 R.C.S. 43.

Monsieur Plourde invoquait que la jurisprudence portant sur le «droit» de l'employeur de fermer son entreprise devait être nuancée vu la constitutionnalisation du droit de négociation collective. La Cour répond à cet argument de façon lapidaire :

[55] L'appelant et les intervenants qui l'appuient soutiennent qu'il y a lieu de reconsidérer la jurisprudence susmentionnée compte tenu de l'arrêt que notre Cour a rendu dans Health Services. Dans ce pourvoi, notre Cour a reconnu que la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la Charte canadienne comprend le droit procédural de négocier collectivement. Les juges majoritaires ont énoncé le principe constitutionnel suivant :

Ainsi défini, le droit de négociation collective demeure un droit à portée restreinte. Premièrement, [...] il concerne un processus, il ne garantit pas l'atteinte de résultats quant au fond de la négociation ou à ses effets économiques. Deuxièmement, il confère le droit de participer à un processus général de négociation collective et non le droit de revendiquer un modèle particulier de relations du travail ou une méthode particulière de négociation. Comme le fait remarquer P. A. Gall, 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 . . . [Je souligne; par. 91.]

[56] L'argument de l'appelant élargit la portée du raisonnement exposé dans Health Services bien au-delà de ses limites naturelles. Dans cette affaire, l'État était non seulement le législateur, mais également l'employeur, alors qu'en l'espèce l'employeur est une société privée. L'article 3 du Code protège le droit d'association des salariés du Québec. D'autres dispositions mettent en œuvre cette garantie générale. Le législateur a établi un équilibre entre les droits des salariés et les droits de la direction d'une manière qui respecte la liberté d'association. L'appelant et les intervenants n'ont invoqué l'inconstitutionnalité d'aucune disposition du Code ni soutenu que le Code en entier porterait atteinte à la liberté d'association. L'appelant prétend que le Code devrait être interprété de façon à refléter les « valeurs consacrées par la Charte », mais le Code entier est l'expression concrète et le mécanisme législatif de mise en œuvre de la liberté d'association en milieu de travail au Québec. Le Code doit être considéré dans son ensemble. Il est impossible que la Constitution exige que chacune des dispositions du Code (y compris l'art. 17) soit interprétée en faveur du syndicat et des salariés.

[57] Il faut éviter non seulement de rompre l'équilibre que le législateur a établi dans le Code, pris dans son ensemble, mais aussi d'accorder à une partie (les salariés) un avantage disproportionné parce que les salariés négocient par l'entremise de leur syndicat (et peuvent en conséquence invoquer la liberté d'association) alors que les employeurs, dans la plupart des cas, négocient individuellement.

Ces courtes observations auront sans doute l'effet de stériliser tout effort visant à reconnaître en droit privé le caractère fondamental du droit à la négociation collective en tant que processus démocratique.

Quoique la Cour mentionne au passage l'article 3 de la *Charte québécoise*, elle ne se penche aucunement sur les implications de cette protection de la liberté d'association en droit privé, comme si la *Charte québécoise* n'était que le reflet provincial des garanties constitutionnelles canadiennes. Or, si la liberté d'association comprend le droit de négociation collective (même à titre de «droit dérivé»), Wal-Mart ne violait-elle pas l'article 3 en fermant un établissement de son entreprise pour faire échec à l'exercice de ce droit par ses salariés ? La question méritait d'être ainsi posée et répondue. Or, la Cour escamote cette discussion.

La majorité occulte également les principes de base quant à la hiérarchie des sources de droit en écrivant que la loi ne saurait être interprétée à la lumière de la garantie constitutionnelle.

Dès lors, les prémisses de nos propositions de recherche P4 et P5 sont affaiblies et nous pouvons entrevoir que la constitutionnalisation du droit de négociation collective n'aura pas ou peu d'impact en droit privé.

5.2 L'affaire *Laporte c. Institut Philippe-Pinel de Montréal*

La première décision citant l'arrêt *Health Services* a été rendue par la Cour supérieure avant l'affaire *Wal-Mart* et a été confirmée par un juge de la Cour d'appel siégeant seul sur une requête pour permission d'appel. Il s'agit de l'affaire *Laporte c. Institut Philippe-Pinel de Montréal*²⁵⁷. La Cour supérieure était saisie d'une demande de révision judiciaire à l'encontre d'une décision de la Commission des relations du travail qui avait rejeté une demande en vertu de l'article 15 du Code. La CRT écrit en introduction :

«En septembre 2008, Line Laporte demande un renouvellement de la libération syndicale qu'elle a obtenue en 2005, pour une durée équivalente, soit une période de trois ans. L'employeur, l'Institut Philippe-Pinel de Montréal, accepte le principe d'une libération de trois ans. Par contre, le nom de Line Laporte sera placé sur la liste de rappel, si la libération se continue après une année. Elle se trouvera donc à perdre son poste à temps plein à l'Institut. Le 8 octobre, elle dépose une plainte en

²⁵⁷ 2009 QCCS 4978, permission d'appel refusée : 2009 QCCA 2345.

vertu des articles 15 et suivants du Code du travail, L.R.Q., c. C-27 (le Code).»

Madame Laporte considérait qu'elle était victime d'un congédiement déguisé en raison de ses activités syndicales. La CRT a décidé que la décision de l'Institut ne constituait pas des représailles en raison de l'exercice, par la plaignante, d'un droit lui résultant du Code car l'employeur avait réussi à repousser la présomption en démontrant qu'il avait une autre cause pour refuser d'octroyer la libération.

La plaignante a argumenté que s'agissant de l'exercice de droits fondamentaux, ses activités syndicales devaient en quelque sorte être accommodées ; l'employeur devait donc démontrer un inconvénient majeur (ou une contrainte excessive) pour justifier sa décision. Dans ses motifs, la CRT ne cite pas l'affaire *Health Services*, mais répond à l'argumentation syndicale en ces termes :

«[30] La Commission ne peut donc partager la prétention syndicale. Les parties ont négocié de bonne foi des modalités pour atteindre un équilibre entre la nécessité pour les salariés de fournir leur prestation de travail et le respect de leur droit de s'associer et de participer aux activités de leur syndicat. Poussée à l'extrême, la prétention syndicale pourrait mener au résultat absurde d'empêcher, en pratique, un employeur de refuser quelque demande de libération syndicale que ce soit ou d'y poser une quelconque limitation puisqu'il s'agirait alors d'enfreindre des droits garantis par les chartes des droits. Dans cette optique, on pourrait même se demander pourquoi le syndicat a accepté de transiger sur ses droits fondamentaux dans la convention.»

En révision judiciaire, madame Laporte invoque comme premier argument que la décision de l'employeur constitue de l'ingérence et une entrave au droit de négociation collective protégé par la *Charte* et que la décision de la CRT doit être révisée pour cette raison. La Cour supérieure ne retient pas cette prétention :

[35] Le Tribunal ne partage pas son interprétation quant à la portée élargie de cet arrêt. Bien que la Cour suprême affirme que le droit de négociation fait partie du droit d'association protégé par les Chartes, nulle part dans l'arrêt ne trouve-t-on, comme Laporte l'affirme, que ...le droit de participer à la vie syndicale par voie de libération syndicale fait partie du droit d'association^[22].

[36] Dans ses Commentaires à ce sujet, le procureur de l'Institut tire les conclusions suivantes quant à la portée de cet arrêt :

- *...l'arrêt Health Services n'impose pas aux employeurs de nouvelles obligations en matière de relations de travail.*
- *Le processus de négociation collective est protégé, mais non le résultat de ce processus*
- *En d'autres termes, cela veut dire que la liberté d'association ne garantit pas les résultats d'une négociation collective, mais garantit plutôt que cette négociation ait effectivement lieu.*
- *La liberté de négociation protège uniquement contre les entraves substantielles à l'activité associative*

[37] *À la lumière des considérants précités, quant à (1) la portée du droit à la liberté d'association; et (2) l'enseignement de l'arrêt dans Health Services, il conclut ainsi à la page 5 de ses Commentaires :*

- Conclusion relative aux points 1 et 2

Pour tous ces motifs, nous sommes d'avis que l'arrêt Health Services, bien qu'introduisant le droit à la négociation collective comme faisant partie de la liberté d'association, n'est pas transposable au litige opposant les parties.

De même, nous sommes d'avis qu'il ne s'agit pas d'un litige dans lequel une violation de la liberté d'association, outre le droit à la négociation collective, a été démontrée. En effet, à la lumière des décisions ci-haut citées, aucun cas pour lequel un tribunal a statué qu'il y avait contravention à la liberté d'association ne s'apparente à la situation factuelle du présent dossier.

[38] *Le Tribunal partage son analyse et ses conclusions.*

La Cour n'examine pas si le fait de refuser des libérations syndicales dans le contexte de cette affaire constitue une entrave substantielle au droit de négociation collective. Elle adopte cependant un raisonnement qui s'apparente à celui de la Cour suprême dans l'arrêt *Wal-Mart*, qui a été rendu quelques semaines plus tard.

Saisi de la requête pour permission d'appeler, le juge Morissette de la Cour d'appel apporte une légère nuance aux motifs de la Cour supérieure, tout en refusant la permission et en confirmant généralement l'approche suivie par la Cour supérieure:

«[2] *Il est loin d'être certain, à mon avis, que les paragraphes 34 et 35 de ce jugement, paragraphes qui concernent la portée de l'arrêt Health Services and Support c. Colombie-Britannique^[1], ont nécessairement le sens que leur prête la requérante, c'est-à-dire que le droit de participer à la vie syndicale par voie de libération ne peut en aucune circonstance constituer une attribut de la liberté d'association protégée par l'article 2 de*

la Charte canadienne des droits et libertés et l'article 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec.

[3] Cela dit, même si cette lecture du jugement sur ce point était justifiée, il demeure que le passage en question est un obiter dictum, et que la réfutation spécifique de l'argument fondé sur la liberté d'association est celle formulée en l'espèce par la Commission des relations du travail au paragraphe 30 de sa décision.

[4] Cette réfutation implique que l'intimé, en l'occurrence, a établi l'existence d'une cause autre que l'exercice d'un droit en vertu du Code du travail pour restreindre dans le cas de la requérante la durée totale de ses libérations syndicales. Une telle interprétation des articles 15 et 17 du Code du travail me paraît conforme à l'énoncé du juge Binnie dans l'arrêt *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada Inc.*²⁵⁸, lorsque, en exprimant les motifs de la majorité de la Cour suprême du Canada, il écrit au paragraphe 56 : « [i] est impossible que la Constitution exige que chacune des dispositions du Code [du travail] [...] soit interprétée en faveur du syndicat et des salariés. »

À la lecture de ces décisions, il n'est pas clair si le refus de libérer la plaignante entravait de quelque façon le processus de négociation collective, ce qui aurait pu permettre une analyse mieux arrimée sur l'affaire *Health Services*. Quoiqu'il en soit, la Cour d'appel souscrit entièrement aux motifs de la Cour suprême dans *Wal-Mart* voulant que la constitutionnalisation du droit de négociation collective ne devrait pas modifier l'interprétation des dispositions du *Code du travail*.

5.3 La décision *SGPUM c. Université de Montréal*

La seconde décision répertoriée relativement aux propositions P4 et P5 est l'affaire *Syndicat général des professeurs et professeures de l'Université de Montréal c. Université de Montréal*²⁵⁸. Une plainte d'ingérence avait été déposée par le SGPUM dans le cadre de la négociation de la convention collective, au motif que l'Université avait communiqué directement avec les membres du syndicat de manière à entraver la négociation collective. L'université avait fait la promotion de sa dernière offre globale en envoyant un courriel directement aux membres, sans aviser le SGPUM.

La jurisprudence sur ce genre de question réfère généralement à la décision du Tribunal du travail dans *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, local*

²⁵⁸ 2009 QCCRT 0230.

194 c. *Disque Americ*²⁵⁹ dans laquelle des critères relatifs à l'équilibre entre la liberté d'association et la liberté d'expression de l'employeur ont été développés. La Commission des relations du travail y fait référence, mais ajoute qu'il faut aussi tenir compte du fait que dans la présente situation, les communications ont lieu pendant la négociation collective et que dans l'arrêt *Health Services*, la Cour suprême a décidé que le processus de négociation collective était protégé constitutionnellement.

La CRT ne fait pas d'autre lien que celui là avec le caractère fondamental du droit protégé, mais dans son analyse des faits, elle insiste sur l'ingérence dans la gestion syndicale de la négociation et accueille la plainte en vertu de l'article 12 du *Code*.

Il n'est pas possible d'affirmer que la décision aurait été différente n'eut été de la constitutionnalisation du droit de négociation collective, mais on constate que cet élément sert à appuyer les motifs de la Commission.

5.4 Autres décisions citant l'arrêt *Health Services* sur la négociation de bonne foi

Les huit autres décisions répertoriées sont rendues par la Commission des relations du travail entre septembre 2009 et janvier 2012 et citent l'affaire *Health Services* dans un contexte où l'obligation de négocier de bonne foi énoncée à l'article 53 du *Code du travail* est étudiée. Cinq de ces décisions²⁶⁰ ne font que citer le paragraphe 101 de l'arrêt :

«101 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 (Adams, p. 10- 107; Carrother, Palmer et Rayner, p. 453). (...).»

Les trois autres décisions²⁶¹ font référence également à des extraits de l'arrêt pour rappeler les principes d'application de l'obligation de négocier de bonne foi.

²⁵⁹ [1996] T.T. 451.

²⁶⁰ *Réseau de transport de la capitale c. Syndicat des salariés(ées) d'entretien du RTC, CSN*, 2009 QCCRT 0420, par. 33; *Syndicat des employés de commerce du Saguenay (CSD) c. Pharmacie Lévesque et Lapierre*, 2010 QCCRT 2010, par. 90; *Syndicat de l'hôtellerie de la Mauricie (CSD) c. Auberge du Lac Sacacomie et al.*, 2010 QCCRT 0425, par. 37; *Syndicat national des employés de garage du Québec c. Trois-Rivières Nissan*, 2011 QCCRT 0133, par. 36; *Association des juristes de l'État et al. c. Gouvernement du Québec*, 2012 QCCRT 43, par. 70.

²⁶¹ *Syndicat des travailleurs de l'information de La Presse (CSN) et al. c. La Presse et al.*, 2009 QCCRT 0500, par. 53; *Alimentation Sylvain Bissonnette et al. c. Syndicat des travailleuses et travailleurs du Marché d'alimentation Saint-Constant (CSN) et al.*, 2011 QCCRT 0140, par. 124; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du Mount Stephen Club – CSN c. Mount Stephen Club*, 2011 QCCRT 0499, par. 56.

Aucune de ces décisions ne traite de la protection constitutionnelle à l'égard du processus.

On peut donc conclure que la constitutionnalisation du droit de négociation collective n'a pas d'impact sur l'interprétation de l'article 53 dans ces décisions, puisque la référence à la décision de la Cour suprême ne sert qu'à rappeler le contenu de la jurisprudence antérieure sur cette obligation.

Enfin, il faut noter que parmi ces huit décisions, deux cas font suite à des plaintes logées par des employeurs²⁶². Cela nous porte à réfléchir sur la façon dont la CRT aurait pu être amenée à traiter de la protection constitutionnelle du processus de négociation collective à titre de composante de la liberté d'association alors que c'est l'association qui est accusée de ne pas négocier de bonne foi. Cela nous semble poser un problème conceptuel intéressant. Ce questionnement vient appuyer les motifs de la Cour suprême lorsqu'elle considère le *Code du travail* comme étant le fruit d'un exercice d'équilibrage des relations de travail par le législateur.

5.5 Synthèse des résultats sur les propositions P4 et P5

En bref, nos données ne nous permettent pas de confirmer nos propositions P4 et P5 voulant que la constitutionnalisation du droit de négociation collective influence l'interprétation des dispositions du *Code du travail du Québec* en ce qui a trait à la négociation de bonne foi (P4) ainsi que l'interprétation des dispositions du *Code* en ce qui a trait aux protections contre l'ingérence de l'employeur (P5).

L'arrêt *Plourde c. Wal-Mart* rendu dès 2009 a sonné le glas, limitant tout impact du changement de paradigme en droit privé et ce, malgré la faiblesse des motifs de la Cour en regard de la *Charte québécoise*. Par la suite, dans la seule affaire où l'influence de la constitutionnalisation du droit de négociation collective est véritablement discutée, la Cour d'appel épouse l'approche de *Plourde c. Wal-Mart*.

Ces résultats infirment les propositions P4 et P5, tandis que les autres décisions répertoriées ne sont pas concluantes ou illustrent l'absence d'influence, de sorte d'infirmer nos propositions.

Dans aucun cas n'est-il question de droit international ; aussi nous ne pouvons confirmer l'effet de cette variable.

²⁶² Réseau de transport de la capitale et Alimentation Sylvain Bissonette, précitées notes 260 et 261.

Conclusion

En conclusion, nous présentons une réponse synthèse aux questions de recherche, rappelons les limites de la recherche, offrons une discussion des résultats et proposons des pistes de réflexion pour des recherches futures.

1. Réponse synthèse aux questions de recherche

Rappelons tout d'abord que notre question de recherche se déclinait en cinq sous-questions. Nous posons d'abord la question de savoir quels seraient les effets de la constitutionnalisation du droit de négociation collective sur :

- a) la validité des mesures législatives qui restreignent le droit de grève
- b) la validité des dispositions des régimes de représentation collective qui excluent certaines catégories d'employés de leur application
- c) la validité des mesures législatives qui restreignent la capacité de négocier certaines matières relatives aux conditions de travail
- d) l'interprétation des dispositions des régimes de représentation collective en droit privé au Québec

De plus, nous posons la question de savoir si le recours aux normes du droit international du travail aurait un impact sur les effets de la constitutionnalisation du droit de négociation collective à la fois en droit public et en droit privé.

En droit public, quinze (15) décisions ont été répertoriées dans des cas de contestations constitutionnelles. Parmi ces affaires, sept (7) ont donné lieu à une déclaration d'invalidité de certaines dispositions.

En regard du droit de grève, nos résultats tendent à confirmer l'invalidité des mesures qui restreignent le droit de grève, quoique nous ayons répertorié une seule décision et que le jugement rendu par la cour en première instance ait été porté en appel (chapitre IX, section 2). Cette affaire portait sur l'obligation de fournir des services essentiels en cas de grève, services qui pouvaient être déterminés unilatéralement par l'employeur.

Quant aux exclusions de certaines catégories d'employés des régimes de représentation collectives généralement applicables, nous avons étudié cinq (5) décisions de tribunaux. Trois (3) jugements, dont deux (2) qui ont acquis l'autorité de la

chose jugée, concluent à l'invalidité de l'exclusion. Les deux décisions finales ont été rendues en première instance avant l'arrêt *Fraser* et n'ont pas été contestées en appel. Il s'agit de l'exclusion des employés occasionnels au Nouveau-Brunswick et de l'exclusion des responsables de services de garde et des ressources intermédiaires en santé au Québec. La troisième décision porte sur l'exclusion des travailleurs agricoles saisonniers et est en instance de révision judiciaire.

Enfin, les décisions qui concluent à la validité des exclusions, soit celle concernant les cadres de la Société des casinos du Québec et celle portant sur les membres de la GRC, sont toutes deux en appel.

À la lumière de l'analyse de cinq autres jugements abordant des questions connexes, nos résultats nous ont permis de dresser le constat suivant : la constitutionnalisation du droit de négociation collective aura un effet sur la validité des exclusions des régimes de négociation lorsque a) l'exclusion a pour effet l'absence totale de tout processus de négociation ou de consultation de bonne foi des salariés et b) l'absence de processus emporte dans les faits l'incapacité des employés de s'associer dans le but de poursuivre des objectifs liés au travail.

L'analyse de nos résultats nous porte à conclure que l'arrêt *Fraser* a eu un effet déterminant pour limiter l'impact de la constitutionnalisation du droit de négociation collective sur la validité des exclusions des régimes de relations de travail. En effet, par cette décision, la Cour suprême semble avoir permis d'exclure de l'examen constitutionnel les mesures législatives qui encadrent la façon dont les salariés s'associent aux fins de la négociation collective (tel que la définition des unités de négociation ou les modalités de l'accréditation), et celles qui encadrent le processus de négociation comme tel (par exemple, le niveau de négociation ou la définition même de ce qui constitue de la négociation, par opposition à une simple consultation).

En regard du contenu de la négociation et de la capacité pour l'État d'imposer des conditions de travail non négociées, cinq (5) jugements ont été étudiés, dont trois (3) sont en instance d'appel. Les situations où les dispositions législatives ont été invalidées sont celles où les associations requérantes n'ont été consultées d'aucune manière avant l'adoption de la loi imposant des conditions de travail différentes de celles qu'elles avaient négociées, à savoir le cas des enseignants en Colombie-Britannique, le cas des employés de Radio-Canada et le cas des membres de la GRC. Dans ces affaires, les gouvernements sont intervenus pour imposer des conditions de travail alors que les syndicats n'avaient pas eu la chance de participer à un processus de négociation de

bonne foi – ni même de consultation – avant l’adoption de la législation. Il s’agissait donc de circonstances très similaires à celles de l’arrêt *Health Services*.

Quant à l’effet de l’utilisation du droit international en droit public, nos résultats ne sont pas concluants dans l’ensemble. Nous n’avons pas pu observer d’effet significatif dans un sens ou dans l’autre.

En droit privé, la constitutionnalisation du droit de négociation collective n’a pas eu d’effet sur l’interprétation des régimes législatifs de relations de travail, notamment en raison de l’arrêt *Plourde c. Wal-Mart* dans lequel la Cour suprême a rejeté l’argument voulant que la jurisprudence antérieure sur la fermeture d’entreprise devait être réévaluée à la lumière de la hiérarchie des normes établie depuis l’arrêt *Health Services*. Le recours au droit international est par ailleurs inexistant selon nos résultats en droit privé.

2. Limites de la recherche

La principale limite à la recherche en droit public est liée au fait que dix (10) des quinze (15) décisions répertoriées soient en appel. L’analyse contenue dans chacune de ces décisions n’a donc pas l’autorité d’un précédent et peut évidemment être renversée.

En droit privé, la principale limite de la recherche est liée au très faible nombre de décisions qui traitent directement de la constitutionnalisation du droit de négociation collective ou de la hiérarchie des normes. Par ailleurs, il ne nous est pas possible de déterminer si ce phénomène est dû au fait que cette perspective n’est pas présentée au tribunal par les plaideurs, ou si la plaidoirie n’est pas rapportée comme telle par le décideur. Il ne nous semble donc pas possible de mesurer à quel point la décision dans l’affaire *Wal-Mart* aura freiné les plaideurs en les décourageant d’invoquer la protection constitutionnelle de la négociation collective contenue dans la *Charte québécoise*.

Cette difficulté est également présente quant à l’utilisation du droit international. Par exemple, nous savons que les sources du droit du travail international ont été portées à l’attention de la Cour supérieure dans l’affaire *Association des réalisateurs c. Procureur général du Canada*, mais cela n’est pas rapporté dans la décision. Par conséquent, on peut se demander si les tribunaux font la sourde oreille quant à la jurisprudence de l’OIT, ou si les organisations syndicales n’y ont tout simplement pas recours dans le cadre des contestations constitutionnelles ou des litiges en droit privé.

3. Discussion

Nos résultats démontrent que les effets du changement de paradigme observé dans l'arrêt *Health Services* ont été beaucoup plus timides que ce qui avait été envisagé au départ par la majorité des spécialistes qui avaient commenté l'arrêt. Il nous semble que l'évolution jurisprudentielle a été freinée en droit public par l'arrêt *Fraser* et en droit privé par l'arrêt *Wal-Mart*. Le revirement jurisprudentiel en droit public n'a pas tardé à produire des résultats devant les tribunaux de première instance; c'est aux paliers d'appel, et après la décision *Fraser*, que nous avons vu les limites apparaître.

Le tableau suivant illustre notre propos à cet égard :

Tableau 10 – Décisions en droit public, avant et après *Fraser*

Parties et instance	Proposition	Date	Suivi
<i>Procureur général du Québec c. Confédération des syndicats nationaux et al.</i> Cour supérieure du Québec	Proposition P2 (résultat pertinent à l'analyse) Invalidité des dispositions	30-11-2007	Appel accueilli 8-07-2011
<i>Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)</i> Cour supérieure du Québec	Proposition P2 Invalidité des dispositions	31-10-2008	Décision finale
<i>Mounted Police Association of Ontario v. Canada</i> Ontario Superior Court	Proposition P3 Invalidité des dispositions	04-06-2009	Appel accueilli Demande d'autorisation d'appel accueillie
<i>SCFP et al. c. Nouveau-Brunswick</i> Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick	Proposition P2 Invalidité des dispositions	17-09-2009	Décision finale
<i>Independent Electricity System Operator v. Canadian Union of Skilled Workers</i> Ontario Labour Relations Board	Proposition P2 (résultat pertinent à l'analyse) Invalidité des dispositions	23-11-2009	Révision judiciaire accueillie
<i>Canadian Union of Public Employees, locals 189, 408, 3197, 3421, 3761 et al. v. Alberta Health Services et al.</i> Alberta Labour Relations Board	Proposition P2 (résultat pertinent à l'analyse) Validité des dispositions	17-02-2010	Décision finale
<i>Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. L'Écuyer et Locas</i> Commission des relations du travail du Québec	Proposition P2 Invalidité des dispositions	16-04-2010	Révision judiciaire pendante

<i>British Columbia Teacher's Federation v. British Columbia</i> Supreme Court of British Columbia	Proposition P3 Invalidité des dispositions	13-04-2011	Décision finale
<i>Ontario c. Fraser</i> Cour suprême du Canada	Proposition P2 Validité des dispositions	29-04-2011	
<i>Meredith c. Canada (Procureur général)</i> Cour fédérale	Proposition P3 Invalidité des dispositions	21-06-2011	Appel pendant
<i>Procureur général du Québec c. Confédération des syndicats nationaux et al.</i> Cour d'appel du Québec	Proposition P3 Validité des dispositions	06-07-2011	Demande d'autorisation d'appel rejetée
<i>Federal Government Dockyard Trades and Labour Council v. Attorney General</i> Supreme Court of British Columbia	Proposition P3 Validité des dispositions	08-09-2011	Appel pendant
<i>Association of Justice Counsel v. Canada (Attorney General)</i> Ontario Superior Court	Proposition P3 Invalidité partielle des dispositions	01-11-2011	Appel accueilli
<i>Société des casinos du Québec c. Cloutier</i> Cour supérieure du Québec (révision judiciaire)	Proposition P2 Validité des dispositions	23-01-2012	Permission d'appel accueillie
<i>Saskatchewan Federation of Labour et al. v. Saskatchewan</i> Saskatchewan Court of Queen's Bench	Proposition P1 Invalidité des dispositions	06-02-2012	Appel pendant
<i>Independent Electricity System Operator v. Canadian Union of Skilled Workers</i> Court of Appeal for Ontario (révision judiciaire)	Proposition P2 (résultat pertinent à l'analyse) Validité des dispositions	08-05-2012	Demande d'autorisation d'appel pendante
<i>Mounted Police Association of Ontario v. Canada</i> Court of Appeal for Ontario	Proposition P3 Validité des dispositions	01-06-2012	Demande d'autorisation d'appel accueillie
<i>Association des réalisateurs et SCFP, section locale 675 c. Procureur général du Canada</i> Cour supérieure du Québec	Proposition P3 Invalidité des dispositions	11-07-2012	Appel pendant
<i>Association of Justice Counsel v. Canada (Attorney General)</i> Court of Appeal for Ontario	Proposition P3 Validité des dispositions	07-08-2012	Demande d'autorisation d'appel pendante
<i>Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 573, SEPB CTC-FTQ et Commission de la construction du Québec</i>	Proposition P2 (résultat pertinent à l'analyse) Validité des dispositions	24-09-2012	Révision judiciaire pendante

Commission des relations du travail du Québec			
---	--	--	--

On constate tout d'abord que suite à l'arrêt *Fraser*, aucune cour d'appel au pays n'a invalidé de dispositions législatives en appliquant les principes de l'arrêt *Health Services*. On remarque aussi que les décisions qui ont invalidé des dispositions législatives et qui n'ont pas été portées en appel, ont toutes été rendues avant l'arrêt *Fraser*.

Il est certain qu'il faudra examiner le suivi des décisions rendues après *Fraser* et qui ont conclu à la violation de l'article 2d) de la *Charte* avant d'affirmer que cet arrêt aura eu pour conséquence de neutraliser en pratique les effets juridiques de la constitutionnalisation du droit de négociation collective; pour l'instant toutefois, la tendance observée appuie cette idée.

Par contre, il ne faut pas perdre de vue que l'appel de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Mounted Police Association of Ontario v. Canada* sera entendu par la Cour suprême du Canada. La Cour se penchera sur l'exclusion des membres de la GRC du régime de relations de travail applicable à la fonction publique fédérale (proposition P2). Ainsi, des précisions supplémentaires seront sans doute apportées, lesquelles devraient être pertinentes pour déterminer quels éléments d'un régime législatif sont essentiels à l'exercice véritable du droit de négociation collective.

Suite à l'arrêt *Fraser*, cette question demeure entière étant donné les contradictions contenues dans les motifs de la Cour en regard de la négociation de bonne foi. Doit-on définir l'obligation de négocier de bonne foi comme étant simplement le «droit de présenter des observations à l'employeur et de les voir prises en compte de bonne foi» (par. 99 de *Fraser*)? Ceci équivaut essentiellement au droit d'être consulté. Doit-on plutôt définir l'obligation comme nécessitant un véritable dialogue et un effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable (par. 41 de *Fraser*)? Les motifs des juges majoritaires dans *Fraser* n'offrent pas de réponse claire à cette question, ce qui permet aux tribunaux saisis des questions relatives à nos propositions P2 et P3 de faire preuve de davantage de retenue face aux choix du législateur. Nous espérons que la Cour suprême résoudra cette contradiction et ce, en faisant appel au droit international qui reconnaît que la négociation collective n'est pas qu'un simple processus de consultation²⁶³.

²⁶³ Voir notamment GERNIGON et al., précités note 53.

L'affaire *Mounted Police* soulève également la question de l'ingérence de l'État dans la désignation des représentants des salariés aux fins de la négociation collective. Cette question n'a pas été abordée dans *Health Services* ni dans *Fraser*, mais elle a été l'objet de débats dans les décisions *Institut professionnel de la fonction publique c. Territoires du Nord-Ouest* (1990), présentée au à la section I, au point 2, et *Confédération des syndicats nationaux c. Procureur général du Québec*, discutée à la section IX, au point 3.1. Cet enjeu pourrait avoir un impact sur la définition législative des unités de négociation ou sur la reconnaissance par voie législative du caractère représentatif d'une association.

L'arrêt que rendra la Cour devrait influencer les tribunaux qui entendront les causes répertoriées sous la proposition P2 et qui sont encore pendantes.

Dans l'intervalle, nous nous permettons une critique de l'approche suivie par les tribunaux jusqu'à maintenant. Le droit de négociation collective, qui est considéré en soi comme un droit de la personne par les constituants tripartites de l'OIT, ne semble toujours pas reconnu comme tel en droit canadien. Malgré une avancée significative avec l'arrêt *Health Services*, quoique la Cour ait limité la protection constitutionnelle aux «entraves substantielles», le droit de négociation collective semble, après l'arrêt *Fraser*, avoir été relégué en pratique à un simple droit statutaire non loin de ce qu'avait décidé la Cour suprême dans la *Trilogie* de 1987. Du droit fondamental à un processus de négociation de bonne foi (*Health Services*), nous sommes passés à un «droit dérivé» à un processus de consultation, qui de surcroît n'entre en jeu que si on peut démontrer l'impossibilité d'exercer la liberté d'association dans une situation donnée (*Mounted Police*).

Le droit de négociation collective, tout comme le droit à l'égalité d'ailleurs, est perçu comme un mécanisme qui vise la redistribution du pouvoir économique dans la société. Il est présenté par ses détracteurs comme un droit à caractère économique plutôt que comme un attribut de la démocratie. Ainsi, dans une approche instrumentale, les tribunaux semblent vouloir en limiter la portée, sans doute pour éviter de rompre ce qu'ils perçoivent actuellement comme une situation d'équilibre des forces en présence. En effet, ce n'est que lorsque le déséquilibre est manifeste, de par l'évidente vulnérabilité des travailleurs, que les tribunaux interviennent et reconnaissent le caractère fondamental de la négociation collective.

Dans ce contexte, le droit international du travail peut servir à insuffler une dimension davantage axée sur les valeurs : démocratie, participation des individus à la définition de

leur environnement, autonomie et dignité de la personne. Les juges majoritaires dans *Health Services*, avaient envisagé le droit de négociation collective de cette façon :

«82 *Le droit de négocier collectivement avec l'employeur favorise la dignité humaine, la liberté et l'autonomie des travailleurs en leur donnant l'occasion d'exercer une influence sur l'adoption des règles régissant leur milieu de travail et, de ce fait, d'exercer un certain contrôle sur un aspect d'importance majeure de leur vie, à savoir leur travail (voir le Renvoi relatif à l'Alberta, p. 368, et Wallace c. United Grain Growers Ltd., 1997 CanLII 332 (CSC), [1997] 3 R.C.S. 701, par. 93). Le professeur P. C. Weiler a commenté cet aspect du droit à la négociation collective dans son ouvrage Reconcilable Differences (1980) :*

[TRADUCTION] La négociation collective ne constitue pas simplement un moyen de poursuivre des fins extrinsèques, qu'il s'agisse des avantages pécuniaires habituels ou de règles de droit privées établies pour protéger la dignité du travailleur face au pouvoir de gestion. Elle est plutôt intrinsèquement valable comme expérience en matière d'autonomie. Elle constitue le mode par lequel les employés jouent un rôle dans l'établissement des conditions de travail au lieu de simplement accepter celles que l'employeur décide d'offrir [. . .]. [p. 33] »

Or, dans la jurisprudence subséquente et à quelques exceptions près, on ne retrouve plus cette analyse fondée sur les valeurs associées aux droits de la personne. Une approche à la fois formelle et instrumentale (mais qui présume de l'égalité des acteurs en l'absence d'une preuve formelle de vulnérabilité) semble prévaloir, tandis que les tribunaux s'éloignent de l'interprétation axiologique et généreuse des droits fondamentaux²⁶⁴.

La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Mounted Police* sera sans doute l'occasion de confirmer ou d'infirmier ce constat.

4. Pistes de réflexion pour la recherche

Nous avons abordé sommairement dans notre revue de littérature les stratégies syndicales de contestation judiciaire, pour souligner que les chercheurs entrevoyaient, au lendemain de l'arrêt *Health Services*, que le changement de paradigme aurait un effet sur le comportement judiciaire de l'acteur syndical. Nos résultats de recherche

²⁶⁴ Sur la distinction entre les approches formelle, instrumentale et axiologique en droit constitutionnel, voir COUTU, Michel, «Légitimité et constitution. Les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle», *Droit et société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 56-57, 2004, pp. 233-257.

pointent dans cette direction puisque quinze (15) dossiers de contestation constitutionnelle initiés par des syndicats ont déjà donné lieu à des décisions.

Toutefois, à la lumière des décisions rendues après l'arrêt *Fraser*, le succès judiciaire ne semble plus au rendez-vous. Il faudrait à notre avis jeter un regard sur l'opportunité de poursuivre dans la voie de la contestation et sur le comportement des organisations syndicales à cet égard.

Les organisations syndicales peuvent être appelées à contester des mesures législatives dans différents contextes. Il peut s'agir d'une réaction à une mesure ponctuelle, telle une loi spéciale, qui commande une opposition immédiate en raison de ses effets. Ces situations ne s'inscrivent pas forcément dans un plan stratégique et la réaction peut dépendre du niveau de mobilisation des membres. On peut citer l'exemple de la contestation de la *Loi sur le contrôle des dépenses* (section IX, point 4.2). Dans un autre type de contexte, la contestation peut survenir dans une stratégie d'organisation à long terme, telle celle entreprise par les Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce à l'égard des travailleurs agricoles et qui a donné lieu aux décisions *Dunmore* (section I, point 3), *Fraser* (section II, points 3 et 4), et *L'Écuyer & Locas* (section IX, point 3.3).

Il serait pertinent d'examiner les objectifs des organisations syndicales lorsqu'elles intentent des procédures de contestation, leurs attentes face à la stratégie judiciaire ainsi que la façon dont la décision de contester (ou non) une mesure peut être prise, le tout, en fonction du contexte politique qui prévaut tant à l'interne qu'à l'externe.

Dans cet ordre d'idées, plusieurs auteurs²⁶⁵ ont souligné que la contestation constitutionnelle qui vise à permettre l'accès de travailleurs vulnérables aux régimes de représentation et de négociation collective en place pourrait être une stratégie vaine dans la mesure où ces régimes ne sont pas adéquats pour assurer l'exercice de leurs droits. Certains soulignent que les énergies devraient être concentrées à réformer les régimes inspirés du *Wagner Act* pour répondre aux impératifs du marché du travail d'aujourd'hui.

Cette discussion est pertinente sur plusieurs plans. D'abord, en raison de la retenue que semble imposer aux tribunaux la décision *Fraser* quant à la détermination plus précise du contenu du droit de négociation collective et de la portée de la négociation de bonne foi. En effet, si les procédures judiciaires sont inappropriées pour établir le contenu

²⁶⁵ FUDGE (2008), précitée note 33; FUDGE (2012), précitée note 46, ARTHURS, précité note 43; BARTKIW, précité note 96; MACNEIL (2011); *a contrario* : FUDGE, D. (2012), précité note 98.

minimal de la protection qui devrait être accordée par l'État à l'activité de négociation collective, cette analyse devra être faite dans un autre forum.

Dans un deuxième temps, il serait pertinent de poursuivre la réflexion à savoir si les régimes de type *Wagner Act* constituent eux-mêmes une forme d'entrave au droit de négociation collective, dans la mesure où ils requièrent l'adhésion de la majorité des membres d'une unité donnée pour que la négociation puisse s'exercer. Certains auteurs ont qualifié ce système de contraire aux droits fondamentaux²⁶⁶ notamment parce qu'il risque de brimer les intérêts minoritaires des salariés, en particulier dans le contexte actuel où la main d'œuvre est moins homogène qu'au moment de l'adoption du modèle.

Dès 2007, Tucker²⁶⁷ soulevait le paradoxe : en voulant ériger un rempart contre les attaques étatiques au droit de négociation collective, la Cour suprême cautionnait un modèle qui n'avait pas permis d'équilibrer le rapport de force entre les employeurs et la majorité des salariés sensés être bénéficiaires de sa protection. Avec l'arrêt *Fraser*, cette critique doit être nuancée, mais qu'en est-il de l'adoption de nouveaux modèles de représentation et de négociation collective ?

Cette question mérite d'être approfondie. Suite à la décision concernant les responsables de services de garde et les ressources intermédiaires au Québec (section IX, point 3.1), un régime spécifique a été adopté pour la négociation sectorielle de certaines de leurs conditions de travail²⁶⁸. L'examen de ce régime et de ses effets, en regard du droit de négociation collective, mériterait une attention particulière.

Également, compte tenu de la position adoptée par la Cour suprême dans l'arrêt *Fraser*, voulant que la contestation de la *LPEA* était prématurée, il serait opportun d'étudier en profondeur la capacité du régime mis en place par cette loi à assurer l'exercice véritable de la négociation collective pour les travailleurs agricoles. La Cour écrivait à ce sujet :

«[108] Les intimés plaident qu'à ce jour, les faits donnent peu de raisons de croire que le processus établi par la LPEA mènera vraiment à un examen de bonne foi par l'employeur. La preuve révèle que les intimés ont tenté à quelques reprises de négocier collectivement avec leurs employeurs, mais qu'à chaque fois, ces derniers ont fait la sourde oreille ou refusé de négocier plus avant. Les employeurs ont refusé de

²⁶⁶ HARCOURT, Mark et Helen LAM, « Non-Majority Union Representation Conforms to ILO Freedom of Association Principles And (Potentially) Promotes Inter-Union Collaboration: New Zealand Lessons For Canada, (2011) *Dalhousie Law Journal*, vol. 34, p. 115.

²⁶⁷ Précité, note 82.

²⁶⁸ *Loi sur la représentation des ressources de type familial et de certaines ressources intermédiaires et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant*, LRQ, c. R-24.0.2.

reconnaître l'association et ils ont soit écarté toute rencontre en vue de négocier avec elle, soit omis de répondre aux demandes des intimés.

[109] La brève histoire de ces tentatives ne saurait établir que la LPEA contrevient à l'al. 2d). En effet, le syndicat n'a pas fait d'efforts significatifs pour faire fonctionner ce nouveau régime. Nous le répétons, correctement interprétée, la LPEA respecte l'al. 2d). En outre, le processus qu'elle prévoit n'a pas été pleinement exploré et mis à l'épreuve. Comme le signale le juge Farley, la LPEA a pour objet l'exercice véritable du droit de s'associer et elle crée un tribunal pour le règlement des différends.»

Il serait donc pertinent d'étudier le nombre d'ententes collectives que les travailleurs agricoles auront réussi à conclure avec des employeurs dans le cadre de ce régime de négociation à l'échelle de l'entreprise, ainsi que les difficultés rencontrées dans ce parcours, le cas échéant. Cet examen pourrait être réalisé en adoptant une approche comparative avec le régime de négociation sectorielle adopté au Québec pour les responsables de services de garde et les ressources intermédiaires, quoique dans ce dernier cas, le financement et l'encadrement gouvernemental des activités en cause favorisait au départ l'approche sectorielle.

Dans le même ordre d'idées, suite à la déclaration d'inconstitutionnalité de l'exclusion des travailleurs agricoles saisonniers de l'application du *Code du travail du Québec* (section IX, point 3.3), le législateur pourrait être tenté d'examiner les expériences de négociation collective sectorielle à l'international pour élaborer un régime adapté à la main d'œuvre migrante et vulnérable. Des développements sont à prévoir dans ce secteur, ce qui pourrait générer un intérêt pour une telle recherche.

Par ailleurs, en ce qui concerne l'imposition de conditions de travail par voie législative et la limitation du droit de grève, il sera pertinent de voir l'évolution jurisprudentielle dans les années à venir, ainsi que l'influence du droit international. Dans cette sphère, il nous semble qu'un décalage existe encore clairement entre la jurisprudence canadienne et la jurisprudence au plan international. Nos résultats tendent pourtant à démontrer que malgré les motifs de la Cour suprême dans *Health Services*, le droit international du travail n'a pas influencé les tribunaux dans les affaires subséquentes. Ce constat devrait nous pousser à creuser la question : pourquoi l'écart entre la jurisprudence des instances de l'OIT et le droit canadien n'est-il pas davantage source de préoccupations ? Quelles sont les stratégies des requérants et des plaideurs à cet égard ? Cette question est-elle abordée dans des efforts de lobby au plan politique ?

Ces éléments de réflexion devraient permettre d'ouvrir un nouveau champ de recherche sur les stratégies syndicales à cet égard à la fois sur les plans politique et judiciaire.

Bibliographie

ADAMS, Roy, «The Supreme Court, Collective Bargaining and International Law: a Reply to Brian Langille», (2009) 14 *Canadian Labour and Employment Law Journal*, pp. 316-327.

ADAMS, Roy, «The Right to Strike in Canada: Comment on a Recent Saskatchewan Court Decision», (2012) *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, vol. 1, no 1-2.

ARTHURS, Harry, «Constitutionalizing the Right of Workers to Organize, Bargain and Strike: the Sight of One Shoulder Shrugging», (2010) *CLPE Research Paper Series*, vol. 6, no 6, 26/2010.

BARRETT, Steven et Ethan POSKANZER, «What *Fraser* Means for Labour Rights in Canada» dans Faraday et al., eds, *Constitutional Labour Rights in Canada. Farm Workers and the Fraser Case*, Irwin Law, 2012, pp. 190-233.

BARTKIW, Timothy J., «Proceed with Caution, or Stop Wherever Possible? Ongoing Paradoxes in Legalized Labour Politics», (2010) *Canadian Labour and Employment Law Journal*, vol. 15, no 1, pp. 77-100.

CAVALLUZZO, Paul, «The *Fraser* case : A Wrong Turn in a Fog of Judicial Deference» dans Faraday et al., eds, *Constitutional Labour Rights in Canada. Farm Workers and the Fraser Case*, Irwin Law, 2012, pp. 155-189.

CHOKO, Maude, «L'évolution du dialogue entre le Canada et l'OIT en matière de liberté d'association : vers une protection constitutionnelle du droit de grève?» *McGill Law Journal/Revue de droit de McGill*, 2011, 56 :4, pp. 1113-1185.

COIQUAUD, Urwana, «Le difficile encadrement juridique des travailleurs autonomes en situation précaire: le cas des chauffeurs locataires de taxi», *Relations industrielles / Industrial Relations*, vol. 64, no 1, pp. 95-111.

COUTU, Michel, Laurence-Léa FONTAINE et Georges MARCEAU, «L'arrêt *Health Services and Support* de la Cour suprême du Canada: la constitutionnalisation du régime québécois des relations industrielles?», *Lex Electronica*, vol. 13, no 2 (automne 2008).

COUTU, Michel, «Légitimité et constitution. Les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle», *Droit et société. Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique*, n° 56-57, 2004, pp. 233-257.

ETHERINGTON, Brian, «The *B.C. Health Services and Support* Decision - The Constitutionalization of a Right to Bargain Collectively in Canada: Where Did it Come From and Where Will it Lead?», (2009) *Comp. Labor Law & Pol'y Journal*, vol. 30, 715-749.

EWING, Keith D. et John HENDY, «Giving Life to the ILO – Two Cheers for the SCC» dans Faraday et al., eds, *Constitutional Labour Rights in Canada. Farm Workers and the Fraser Case*, Irwin Law, 2012, pp. 286-317.

FINLAYSON, Josh 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) *McGill Law journal/Revue de droit de McGill* 57 :2, 351-374.

FUDGE, Derek, «Labour Rights : A Democratic Counterweight to Growing Income Inequality in Canada», dans Faraday et al., eds, *Constitutional Labour Rights in Canada. Farm Workers and the Fraser Case*, Irwin Law, 2012, pp. 234-260.

FUDGE, Judy, «The Supreme Court of Canada and the Right to Bargain Collectively: the Implications of the *Health Services and Support* case in Canada and Beyond», (2008) *Industrial Law Journal*, vol. 37, no 1, pp. 25-48.

FUDGE, Judy et Eric TUCKER, «The Freedom to Strike in Canada: A Brief Legal History», (2010) 15 *Canadian Labour and Employment Law Journal*, 333-353.

FUDGE, Judy, «Introduction : Farm Workers, Collective Bargaining Rights, and the Meaning of Constitutional Protection» dans Faraday et al., eds, *Constitutional Labour Rights in Canada. Farm Workers and the Fraser Case*, Irwin Law, 2012, pp. 1-29

GERNIGON, Bernard, Alberto ODERO et Horacio GUIDO, « Les principes de l'OIT sur la négociation collective », (2000) 139 *Revue internationale du travail* 33, p. 55-57.

HARCOURT, Mark et Helen LAM, « Non-Majority Union Representation Conforms to ILO Freedom of Association Principles And (Potentially) Promotes Inter-Union Collaboration: New Zealand Lessons For Canada, (2011) *Dalhousie Law Journal*, vol. 34, p. 115.

LANGILLE, Brian, «Can We Rely on the ILO?», (2007) 13 *Canadian Labour and Employment Law Journal*, pp. 363-390.

LANGILLE, Brian, «The Freedom of Association Mess: How We Got into It and How We Can Get out of It», (2009) *McGill Law Journal*, 54:1, pp. 177-212.

LANGILLE, Brian, «Why Are Canadian Judges Drafting Labour Codes - and Constitutionalizing the Wagner Act Model?», (2010) 15 *Canadian Labour and Employment Law Journal*, vol. 15, no 1, p. 101.

MACNEIL, Michael, «Collective Bargaining in the Shadow of the Charter Cathedral: Union Strategies in a Post-BC Health World», (2011) *Dalhousie Law Journal*, vol. 34, p. 19.

MORIN, Fernand, «Liberté d'association et rapports collectifs du travail!», *Développements récents en droit du travail et en éducation (2007)*, Barreau du Québec, Yvon Blais, 2007, pp. 107-137.

MURRAY, Gregor et Julie CUILLERIER, «The Sky is Not Falling: Unionization, Wal-Mart and First-Contract Arbitration in Canada», (2009) *Just Labour: a Canadian Journal of Work and Society*, vol. 15, pp. 78-98.

PERRIER, Yvan, «Lutte syndicale et contestation juridique à l'ère de la *Charte canadienne des droits et libertés*: du conflit ouvert à la plaidoirie feutrée...», *Lex Electronica*, vol. 14, no 2 (automne 2009).

ROLLMANN, Hans, «Disproportionately Disenfranchised: Gendered Impacts of Interference in Collective Bargaining in Canada», (2012) *Just Labour*, vol. 17, pp. 70-82.

ROUX, Dominic et P. VERGE, «L'affirmation des principes de la liberté syndicale, de la négociation collective et du droit de grève selon le droit international et le droit du travail canadien: deux solitudes?», *Développements récents en droit du travail* (2011), Barreau du Québec, Yvon Blais, 2011, pp. 120-154.

TUCKER, Eric, «The Constitutional Right to Bargain Collectively: the Ironies of Labour History in the Supreme Court of Canada», (2008) *CLPE Research Paper Series*, vol. 4, no 1, 03/2008; *Labour/Le Travail*, Vol. 61, 2008.

VERGE, Pierre, «La Cour suprême, le «droit» à la négociation collective et le «droit» de grève», (2006) *Revue du Barreau*, Tome 66, pp. 391-399.

VERGE, Pierre, «La protection constitutionnelle du droit à la négociation collective et le réaménagement du régime légal de représentation collective dans le secteur des affaires sociales du Québec: *C.S.N. c. Procureur général du Québec*» (2009) 14 *Canadian Labour and Employment Law Journal*, pp. 305-315.

VERGE, Pierre, «Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association: justification et effets», (2009) *Cahiers de droit*, vol. 50, no. 2, pp. 267-300.

VERGE, Pierre, «L'affirmation constitutionnelle de la liberté d'association : une nouvelle vie pour l'autonomie collective ?», (2010) *Cahiers de droit*, vol. 51, no 2, pp. 353-374.

Annexe A – Liste des décisions répertoriées

Droit public : Québec et Canada

Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général), 2008 QCCS 5076, 2008T-885, 31 octobre 2008

Syndicat canadien de la fonction publique et al. c. Nouveau-Brunswick, 2009 NBBR 164, 17 juin 2009.

Canadian Union of Public Employees, locals 189, 408, 3197, 3421, 3761 et al. v. Alberta Health Services et al., 2010 CanLII 6565, 17 février 2010 (AB LRB)

Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 c. L'Écuyer et Locas, 2010 QCCRT 0191, 16 avril 2010 (Requête en révision judiciaire pendante : 500-17-058367-106)

Alberta (Attorney General) v. United Food and Commercial Workers Union, local 401, 2010 ABQB 777, 8 décembre 2010

British Columbia Teacher's Federation v. British Columbia, 2011 BCSC 469, 13 avril 2011

Meredith c. Canada (Procureur général), 2011 CF 735, 21 juin 2011 (Appel pendant : A-268-11)

Procureur général du Québec c. Confédération des syndicats nationaux et al., 2011 QCCA 1247, 6 juillet 2011, demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada rejetée, 10 mai 2012 : 34479

Federal Government Dockyard Trades and Labour Council v. Attorney General, 2011 BCSC 1210, 8 septembre 2011 (Appel pendant)

Société des casinos du Québec c. Cloutier, 2012 QCCS 112, 23 janvier 2012 (Requête pour permission d'appeler accueillie, 28 mars 2012 : 2012 QCCA 599)

Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan, 2012 SKQB 62, 6 février 2012 (Appel pendant: CACV2242)

Independent Electricity System Operator v. Canadian Union of Skilled Workers, 2012 ONCA 293, 8 mai 2012 (Demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada pendante : 34915)

Mounted Police Association of Ontario v. Canada, 2012 ONCA 363, 1^{er} juin 2012 (Autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada accueillie : 20 décembre 2012, 34948)

Association of Justice Counsel v. Canada (Attorney General), 2012 ONCA 530, 7 août 2012 (Demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada pendante : 35027)

Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 573, SEPB CTC-FTQ et Commission de la construction du Québec, 2012 QCCRT 0448, 24 septembre 2012 (Requête en révision judiciaire pendante : 500-17-074094-122)

Droit privé : Québec

Plourde c. Wal-Mart, [2009] 3 R.C.S. 465, 2009 CSC 54.

Syndicat général des professeurs et professeures de l'Université de Montréal c. Université de Montréal, 2009 QCCRT 0230, 28 mai 2009

Réseau de transport de la capitale c. Syndicat des salariés(es) d'entretien du RTC, CSN, 2009 QCCRT 0420, 18 septembre 2009

Syndicat des travailleurs de l'information de La Presse (CSN) et al. c. La Presse et al., 2009 QCCRT 0500, 11 novembre 2009

Laporte c. Institut Philippe-Pinel de Montréal, 2009 QCCS 4978, 4 novembre 2009, requête pour permission d'appeler rejetée (C.A. 01-12-2009) 500-09-020135-091, 2009 QCCA 2345, requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée : 33541, 8 avril 2010

Syndicat des employés de commerce du Saguenay (CSD) c. Pharmacie Lévesque et Lapierre, 2010 QCCRT 2010, 5 mars 2010

Syndicat de l'hôtellerie de la Mauricie (CSD) c. Auberge du Lac Sacacomie et al., 2010 QCCRT 0425, 14 septembre 2010

Syndicat national des employés de garage du Québec c. Trois-Rivières Nissan, 2011 QCCRT 0133, 9 mars 2011

Alimentation Sylvain Bissonnette et al. c. Syndicat des travailleuses et travailleurs du Marché d'alimentation Saint-Constant (CSN) et al., 2011 QCCRT 0140, 14 mars 2011, requête en révision rejetée : 2011 QCCRT 0559

Syndicat des travailleuses et travailleurs du Mount Stephen Club – CSN c. Mount Stephen Club, 2011 QCCRT 0499, 1^{er} novembre 2011

Association des juristes de l'État et al. c. Gouvernement du Québec, 2012 QCCRT 43, 30 janvier 2012 (révision judiciaire pendante : 500-17-070724-128)