Document generated on 07/11/2025 10:59 p.m.

Les Cahiers de droit

Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association : justification et effets

Pierre Verge

Volume 50, Number 2, juin 2009

URI: https://id.erudit.org/iderudit/043969ar
DOI: https://doi.org/10.7202/043969ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Verge, P. (2009). Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association : justification et effets. *Les Cahiers de droit*, *50*(2), 267–299. https://doi.org/10.7202/043969ar

Article abstract

Is the right to strike protected by the constitutional affirmation guaranteeing general freedom of association as stated in section 2 (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ? Over twenty years ago the Supreme Court of Canada took a negative stance with regard to this issue, just as it had also done in the case of the right to collective bargaining. The reversal brought about by its decision in *B.C. Health Services* as concerns the right to collective bargaining reignites the debate on the right to strike, despite the fact that the Supreme Court then stated that this latter issue was not at cause.

This paper examines the validity of the grounds supporting the refusal to grant constitutional protection to the right to strike ; it also calls upon various considerations that militate positively in favour of freedom to strike as against State action seeking to block the exercising of such a right. The paper then examines the effects of such constitutional protection on legal restrictions to the right to strike, whether they be of general or specific application. Does it also lie with the legislator to offer some positive protection to a freedom to strike whose roots run deeper and which is both distinct from and more general than the current right to strike found in the Canadian statutes that govern collective labour relations ?

Tous droits réservés © Université Laval, 2009

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association : justification et effets*

Pierre VERGE**

Le droit de grève peut-il se réclamer de l'affirmation constitutionnelle de la liberté générale d'association présente dans l'alinéa 2 (d) de la Charte canadienne des droits et libertés *? La Cour suprême du Canada a répondu négativement à cette question il y a plus d'une vingtaine d'années, comme elle l'avait alors aussi fait dans le cas du droit à la négociation collective. Le revirement jurisprudentiel apporté par son arrêt* B.C. Health Services *en ce dernier cas réactualise le débat quant au droit de grève, bien que la Cour suprême ait alors affirmé ne pas en traiter.*

Le présent texte examine à cet effet le bien-fondé de l'argumentaire au soutien de ce refus d'accorder la protection constitutionnelle au droit de grève ; il fait aussi appel à différentes considérations qui militent positivement en faveur de la liberté de recourir à la grève à l'encontre de l'action de l'État faisant obstacle à son exercice. Il examine ensuite les effets d'une telle protection en ce qui a trait aux restrictions légales du droit de grève, d'application aussi bien générale que ponctuelle. Incomberait-il également au législateur d'accorder positivement une certaine protection à cette liberté de grève qui est à la fois antérieure, distincte et plus générale que l'actuel droit de grève prévu dans les lois canadiennes qui régissent couramment les relations collectives du travail ?

---

* L'auteur remercie ses collègues, les professeurs Anne-Marie Laflamme, Christian Brunelle et Dominic Roux, pour leurs judicieuses observations au sujet de ce texte, dont il assume l'exclusive responsabilité. Il en est de même à l'endroit des évaluateurs anonymes.

** Professeur émérite, Faculté de droit, Université Laval ; membre du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT).

***Les Cahiers de Droit*, vol. 50, nº 2, juin 2009, p. 267-299**

Is the right to strike protected by the constitutional affirmation guaranteeing general freedom of association as stated in section 2 (d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms *? Over twenty years ago the Supreme Court of Canada took a negative stance with regard to this issue, just as it had also done in the case of the right to collective bargaining. The reversal brought about by its decision in* B.C. Health Services *as concerns the right to collective bargaining reignites the debate on the right to strike, despite the fact that the Supreme Court then stated that this latter issue was not at cause.*

This paper examines the validity of the grounds supporting the refusal to grant constitutional protection to the right to strike ; it also calls upon various considerations that militate positively in favour of freedom to strike as against State action seeking to block the exercising of such a right. The paper then examines the effects of such constitutional protection on legal restrictions to the right to strike, whether they be of general or specific application. Does it also lie with the legislator to offer some positive protection to a freedom to strike whose roots run deeper and which is both distinct from and more general than the current right to strike found in the Canadian statutes that govern collective labour relations ?

Pages

1 Justification 270
1.1 Éléments en présence 271
1.1.1 Liberté d'association 271
1.1.2 Droit de grève 273
1.2 Justification négative 276
1.3 Justification positive 280
1.3.1 Réalité intrinsèque 281
1.3.2 Apport extrinsèque 284
2 Effets 288
2.1 Invalidation de l'action restrictive du droit de grève de la part de l'État 289
2.1.1 Restrictions légales courantes 289
2.1.1.1 Grève se situant dans le cours du régime de négociation établi par la loi 289
2.1.1.2 Grève dépassant le contexte de la négociation collective envisagé par la loi 293
2.1.2 Restrictions ponctuelles 295

2.2 Une action positive de la part du législateur ? 296
Conclusion 298

Le recours à la grève ne peut présentement se réclamer d'une interprétation judiciaire déterminante concluant à son inclusion dans la compréhension de la protection constitutionnelle de la liberté générale d'association selon l'alinéa 2 (d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*[1]. Au contraire, règne toujours en droit positif canadien le refus d'assurer ainsi la garantie constitutionnelle du droit de grève selon des arrêts majoritaires de la Cour suprême du Canada rendus en 1987[2]. Cette dernière instance prenait d'ailleurs récemment bien soin de préciser qu'elle ne traitait pas du droit de grève en acceptant dorénavant que l'alinéa 2 (d) « protège la capacité des syndiqués d'engager des négociations collectives sur des problèmes reliés au milieu de travail[3] ». L'argumentaire de la Cour suprême à l'appui de ce revirement jurisprudentiel inciterait cependant à penser qu'elle pourrait également accepter de revoir sa position en ce qui a trait au droit de grève, si l'occasion lui en était donnée…

Toutefois, dans les faits, la précédente question ne serait-elle pas de plus en plus dépourvue d'actualité, pourrions-nous aussi nous demander avec un certain scepticisme ? La grève serait en déclin dans les sociétés occidentales industrialisées, où la distribution des services, publics et

---

1. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après « Charte canadienne »), al. 2 (d).
2. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (ci-après « *Re Alberta* ») et *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons* c. *Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460.
3. *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn.* c. *Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391 (ci-après « *B.C. Health Services* »), par. 2 et 19. Analyses de l'arrêt et de sa portée : Michel COUTU, 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 ? », (2008) 13-2 *Lex Electronica* 1, [En ligne], [www.lex-electronica.org/docs/articles_3.pdf] (30 janvier 2009) ; Judy FUDGE, « 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) 37 *Indus. L.J.* 25. Voir aussi, notamment au sujet de la portée de l'arrêt sur l'interprétation générale de la liberté d'association, Jamie CAMERON, « Due Process, Collective Bargaining and s. 2(d) of the *Charter* : A Comment on *B.C. Health Services* », (2006-2007) 13 *C.L.E.L.J.* 233.

privés, prédomine sur la production industrielle de biens : l'impact négatif de la grève en vient ainsi couramment à atteindre davantage des segments de la société étrangers au conflit de travail que la partie patronale de ce dernier, de là sa défaveur croissante. Les syndicats, posent alors certaines personnes, devraient privilégier d'autres moyens d'action, davantage axés sur la persuasion du public consommateur et moins socialement perturbateurs que la grève. Les milieux syndicaux, qui doivent par ailleurs faire face aux pressions qu'exerce le phénomène de la mondialisation de la production sur le marché du travail, doivent, certes, se montrer sensibles à tout ce contexte ici simplement mentionné[4]. Le droit de grève n'en conserve pas moins son caractère fondamental, sa centralité. Il en est ainsi, comme nous le démontrerons, de son apport nécessaire au fonctionnement des régimes de négociation collective, de l'autonomie collective dans la société, de même que de la contribution du droit de grève à la vitalité démocratique de cette dernière, qu'il s'agisse non seulement des milieux de travail, mais aussi plus largement. De là l'intérêt toujours bien présent de la question soulevée.

Si la protection constitutionnelle du droit de grève se justifie (1), il y aura ensuite lieu d'examiner la portée, les effets d'une telle protection à l'endroit des législateurs et des gouvernements canadiens[5] (2).

1 Justification

La question de savoir si la liberté d'association garantit le droit de grève conduit d'abord à préciser le contenu de ces deux éléments (1.1), puis à examiner le bien-fondé des arguments jusqu'ici retenus au soutien de la solution négative actuelle (1.2) et, enfin, à élaborer un argumentaire positif à l'appui de la protection constitutionnelle du droit de grève (1.3).

4. Voir ainsi Gilles TRUDEAU, « La grève au Canada et aux États-Unis : d'un passé glorieux à un avenir incertain », (2004) 38 *R.J.T.* 1, 30 et suiv.
5. Charte canadienne, art. 32. La problématique est aussi transposable en ce qui a trait à l'affirmation de la liberté d'association selon l'article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, loi de portée dite « quasi constitutionnelle » dans l'ordre juridique québécois. À la différence de la Charte canadienne, la Charte québécoise régit les rapports privés ; par ailleurs « [a]ucune disposition d'une loi […] ne peut déroger aux articles 1 à 38 [de la Charte québécoise], sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte » (art. 52).

1.1 Éléments en présence

L'examen successif de la nature de la liberté d'association (1.1.1) et du droit de grève (1.1.2) permettra subséquemment de déterminer leur connexité.

1.1.1 Liberté d'association

La liberté d'association est cette faculté de toute personne de s'unir à d'autres dans la poursuite d'un but commun[6]. Générale, cette liberté ne distingue pas au départ selon le statut de ses titulaires ou, encore, en fonction du domaine de l'activité ainsi poursuivie en commun ; si générale soit-elle, sa portée précise devra néanmoins se dégager en tenant compte concrètement de son contexte d'application[7]. Fondamentale, elle appartient à l'univers des droits civils et politiques de la personne, dont les libertés d'opinion et d'expression, avec lesquelles elle partage l'affirmation constitutionnelle et qu'elle étaye d'ailleurs en maintes circonstances. Son respect s'impose ainsi à l'État, qui ne peut y déroger « 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[8] ». Essentielle au fonctionnement et au développement d'une telle société, elle correspond à la nature sociale de l'individu, qu'elle protège « de la vulnérabilité résultant de l'isolement et [à qui elle] assure la possibilité d'avoir une participation efficace dans la société[9] ». Son apologie n'est plus à faire[10].

L'activité poursuivie collectivement dans l'exercice de cette liberté comprend, certes, celle à laquelle l'individu qui en est le titulaire peut lui-même légitimement se livrer[11]. Elle ne se limite toutefois pas à ces seules formes d'action accessibles à un individu envisagé isolément, mais elle peut tout aussi bien correspondre à des agissements d'une nature nécessairement collective auxquels cet individu ne pourrait se livrer sans le concours d'autrui. En effet, « une collectivité peut incarner des objectifs qui n'existent pas au niveau individuel[12] ». Tout comme dans le cas précédent, c'est bien un individu qui participe à une action à laquelle s'associent une pluralité d'individus et qui exerce ainsi sa liberté d'association. Il serait de

6. Voir aussi les notes du juge en chef Dickson dans *Re Alberta*, préc., note 2, 334.
7. Voir en ce sens les notes du juge LeBel dans *B.C. Health Services*, préc., note 3, par. 30 et 33.
8. Charte canadienne, art. 1.
9. *Re Alberta*, préc., note 2, 334, par. 22 (j. en chef Dickson).
10. Voir *id.*, 365 (j. en chef Dickson) et 393 et suiv. (j. McIntyre).
11. *Id.*, 366 (j. en chef Dickson) et 404 (j. McIntyre).
12. *Dunmore* c. *Ontario (Procureur general)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 1040, par. 16 (j. Bastarache).

surcroît paradoxal que le caractère nécessairement collectif de l'activité des personnes regroupées dans sa poursuite exclue leur association… De toute façon, l'énoncé de la liberté d'association est général et ne laisse aucunement entrevoir une volonté d'exclure l'association dans la poursuite d'une activité nécessairement collective ; le caractère fondamental de la liberté dont il s'agit doit conduire à une interprétation libérale de son contenu. La nature proprement collective de l'activité constitutive d'association n'est donc plus un obstacle jurisprudentiel à son inclusion dans le champ naturel de la liberté d'association qu'affirme l'alinéa 2 (d), comme cela a longtemps été le cas[13].

La poursuite d'une fin commune par une pluralité de personnes pourra se réaliser par l'entremise d'un groupement associatif, c'est-à-dire d'une association au sens technique du terme, soit que ces individus, dans la poursuite de leur fin commune, choisissent de structurer ainsi leur action, soit qu'ils adhèrent à un ensemble associatif préexistant. Il s'agira d'une adhésion d'une pluralité de personnes physiques à un groupement minimalement structuré et stable ou encore, mais pas nécessairement, à un groupement constituant lui-même une personne morale, soit une entité distincte des individus qui y adhèrent. L'intermédiation alors d'un tel groupement, par voie de représentation consensuelle ou légale, dans la poursuite de la fin collective à laquelle s'identifient une pluralité d'individus ne fera pas obstacle à l'attribution de l'activité associative à ces personnes qui adhèrent au groupement ainsi formé, et ce, aux fins de la protection constitutionnelle de la liberté d'association[14]. Cependant, il n'a pas du tout à en être toujours ainsi : l'activité associative peut tout aussi bien s'identifier, simplement et directement, à la poursuite informelle d'une fin commune par une pluralité d'individus[15]. Ici encore, la notion de liberté d'association est énoncée

13. *Id.*, par. 1039-1042 et 1052 ; position réitérée dans l'arrêt *B.C. Health Services*, préc., note 3, par. 19, 27 et 28. Elle avait antérieurement été exprimée par le juge en chef Dickson, dissident, dans *Re Alberta*, préc., note 2, 367. Voir aussi, en général, Mélanie Samson, « Interprétation large et libérale et interprétation contextuelle : convergence ou divergence ? », (2008) 49 *C. de D.* 297. La position restrictive antérieure, qui avait, comme nous le verrons ci-après, servi à exclure le droit de grève du champ de la protection de l'alinéa 2 (d), avait été notamment exprimée par le juge McIntyre, à la page 397 de ce dernier arrêt majoritaire.
14. Ainsi, l'arrêt *B.C. Health Services*, préc., note 3, par. 2 et 19 (j. en chef McLachlin et j. LeBel) consacre la protection constitutionnelle de la capacité des « syndiqués » de s'engager dans un processus de négociation collective, même si la négociation collective que la loi envisageait avait pour partie des instances syndicales.
15. En ce sens, voir les notes de la juge Wilson, dissidente, dans *R.* c. *Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235, par. 28 et suiv.

généralement à l'alinéa 2 (d) et son interprétation exclut toute restriction artificielle en ce qui a trait à l'existence d'une réalité associative.

Enfin, la liberté d'association protégée réside dans le fait associatif lui-même et la protection constitutionnelle s'attache à ce dernier : elle ne s'adresse pas à la fin ni à l'objectif que poursuit cette réalité associative. Il y a en effet lieu de distinguer l'aspect collectif d'une activité de l'activité elle-même[16]. Dans cet esprit, avons-nous pu observer, l'interdiction de se livrer collectivement à une activité à laquelle un individu peut se livrer est suspecte, mais non celle qui touche indistinctement un comportement, qu'il soit collectif ou individuel.

1.1.2 Droit de grève

Le fait de grève consiste dans le retrait concerté de la part d'un groupe de salariés de la prestation de travail qu'ils doivent à leur employeur. Il se manifeste ainsi dans la cessation collective du travail ou, en certaines circonstances, dans le refus collectif de reprendre un travail auquel les salariés-grévistes s'étaient, d'une façon ou d'une autre, antérieurement obligés. Dans le présent contexte, la définition de la grève doit être générale et universelle et ne doit pas être restreinte par les exigences particulières d'une loi déterminée. Dans cet esprit, rien ne s'oppose à ce que le fait de grève inclue également une altération concertée de la prestation de travail en cours, comme ce serait notamment le cas d'une grève dite « du zèle » ou de son contraire. En revanche, la grève, même entendue ainsi généralement, se distingue de différents comportements collectifs pendant son cours et à son soutien, comme le serait, par exemple, un piquet de grève, action qui peut d'ailleurs avoir cours indépendamment d'une grève. Cette dernière se réalise donc dans le refus collectif de la prestation de travail due à l'employeur. Ce refus sera tantôt fondé sur l'insuffisance des conditions de travail aux yeux des grévistes, tantôt motivé par des considérations éloignées de leur milieu de travail immédiat. Une volonté de coercition s'attache naturellement à la grève. Quant à l'auteur de la grève, ainsi entendue d'une façon générale et non pas en fonction d'une loi particulière, c'est une collectivité de personnes dont le statut de travail entraîne une obligation de travailler à l'endroit d'un employeur, soit, dit généralement, des « salariés » ou des « employés », ou personnes assimilées,

16. *Dunmore* c. *Ontario (Procureur général)*, préc., note 12, 1042 (j. Bastarache). La distinction se trouvait initialement dans les notes du juge McIntyre dans *Re Alberta*, préc., note 2, 406. Elle avait aussi été subséquemment à la base de l'arrêt *Office canadien de commercialisation des œufs* c. *Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157 (voir, en particulier, les paragraphes 104, 105 et 111 à 113).

par exemple, des « entrepreneurs dépendants » selon certaines lois régissant les rapports collectifs de travail, sans entendre limiter la notion de « salarié » ou d'« employé » par des considérations particulières propres à de telles lois[17]. En somme, une situation de dépendance ou de subordination sur le plan du travail de la part des grévistes à l'endroit d'une autre personne, leur employeur, se trouve généralement postulée, ce qui exclut la cessation collective d'un travail indépendant, c'est-à-dire dont le produit est proposé généralement au public[18].

Le droit de grève en cause doit s'envisager tout aussi généralement aux fins de la présente préoccupation, c'est-à-dire abstraction faite, ici encore, de tout apport distinctif d'une loi quelconque, notamment une loi établissant un régime de rapports collectifs de travail. Ainsi, la question de savoir si la liberté d'association s'étend, ou non, au « droit de grève » ne concerne pas nécessairement un droit de grève légal, véritablement opposable à l'employeur, en ce qu'il comporte une obligation légale de maintien du statut de salarié pendant la grève, comme le prévoient des lois canadiennes contemporaines[19]. C'est, au contraire, plus généralement, la liberté, la faculté de faire grève sans contrainte de la part de l'État. Une telle liberté de grève a d'ailleurs — nous y reviendrons — des racines historiques beaucoup plus profondes que le précédent droit de grève légal ; elle se trouvait initialement reconnue par voie d'« immunités », c'est-à-dire d'absence de sanctions pénales, par les droits britanniques et canadiens de la fin du XIXe siècle. À cette époque, en effet, dans ce dernier cas, le législateur fédéral appréhendait le phénomène syndical dans son ensemble, indistinctement, dans ses manifestations aussi bien ponctuelles, comme la grève, qu'organisées, comme le syndicat. Il traitait alors de l'« association ouvrière », c'est-à-dire « telle combinaison, soit temporaire ou permanente, pour réglementer les rapports entre les ouvriers et les maîtres, ou pour imposer des conditions

17. Ainsi, la définition d'« employé » de la partie I du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2 (ci-après « C.c.t. »), art. 3 (1), comprend l'« entrepreneur dépendant » au sens de cette loi, mais elle exclut le personnel de direction ou ayant accès à des renseignements confidentiels en matière de travail.

18. Par ailleurs, n'admettre la grève que dans le cas de salariés liés à un employeur en vertu d'un contrat (individuel) de travail au sens du droit civil (*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2085), qui suppose direction et contrôle de la prestation de travail de la part de ce dernier, pourrait se révéler tout aussi indûment restrictif dans le présent contexte ; cela pourrait notamment conduire à nier que des « entrepreneurs dépendants » puissent faire grève. La légalité d'actions collectives dans ce dernier cas s'apprécie notamment en fonction de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, qui ne s'applique pas « aux coalitions d'ouvriers ou d'employés, formées en vue de leur assurer une protection constitutionnelle convenable, ni à leurs activités à cette fin » (art. 4 (1) (a)).

19. Voir ainsi : C.c.t., art. 3 (2) ; *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, art. 110 (ci-après « C.t. »).

restrictives à l'égard de l'exploitation de tout métier ou industrie[20] », et il prohibait les poursuites pour conspiration dans le cas de toute « coalition ouvrière[21] ». Le droit de grève légiféré, selon les lois canadiennes contemporaines du travail, se superpose ainsi historiquement à la liberté de grève, et c'est cette dernière, dans toute son amplitude, qui est à la recherche de la protection constitutionnelle : une atteinte au premier joue à l'encontre de la seconde, mais cette dernière liberté — ou « droit », au sens large de grève — peut aussi être restreinte sans que le droit de grève au sens strict des lois actuelles du travail le soit, comme nous le verrons ci-après.

La finalité du droit de grève le lie d'abord au processus de négociation collective : tel est du moins son aspect prédominant en milieu nord-américain. En tant que système, la négociation collective est d'ailleurs impraticable — nous y reviendrons aussi — sans la possibilité pour un ensemble de travailleurs de recourir à cette forme de pression économique. La conception instrumentale du recours à la grève explique d'ailleurs la centralité du droit de grève légiféré dans l'encadrement juridique du processus de négociation collective selon les lois canadiennes contemporaines des rapports collectifs du travail[22]. Envisagé à travers le prisme de la négociation collective, le droit de grève revêt, à l'instar de cette dernière, une dimension socioéconomique prédominante mais non exclusive. Cependant, la finalité du droit de grève ne saurait se réduire ainsi au seul terrain de la négociation collective. Ce pouvoir de coalition se présente en effet plus largement et généralement en tant que moyen d'assurer à des ensembles de travailleurs une voix efficace au sein de l'entreprise à laquelle ils se rattachent pour y manifester leur intérêt à l'égard des différentes politiques et positions de l'employeur, sans qu'il s'agisse nécessairement de sujets ressortissant à la négociation collective. Un tel contrepoids s'impose particulièrement devant la concentration de pouvoir que représente l'entreprise transnationale

20. Voir l'*Acte concernant les Associations Ouvrières (Trade Unions)*, S.C. 1872, c. 30, art. 22. Il s'agissait d'ailleurs d'une loi adoptée à la suite de la condamnation pénale de grévistes, en l'occurrence, des typographes de Toronto. Voir Mark CHARTRAND, « The First Canadian Trade Union Legislation : An Historical Perspective », (1984) 16 *Ottawa L. Rev.* 267. Voir aussi Christian BRUNELLE et Pierre VERGE, « L'inclusion de la liberté syndicale dans la liberté générale d'association : un pari constitutionnel perdu ? », (2003) 82 *R. du B. can.* 711, 735-740. Voir aujourd'hui : *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 467 ; *Loi sur la concurrence*, préc., note 18, art. 4 (1) (a). Pour la réception à cette époque de l'évolution du droit criminel sur le plan de la responsabilité civile, voir : *Perreault* c. *Gauthier*, [1898] 28 R.C.S. 241.

21. *Acte concernant les Associations Ouvrières (Trade Unions)*, préc., note 20, art. 2 ; *Acte pour amender la loi criminelle relative à la violence, aux menaces et à la molestation*, S.C. 1876, c. 37, art. 4 ; *Code criminel*, 55-56 Vict., c. 29, art. 517 et 518.

22. Voir ainsi : C.t., art. 58 ; C.c.t., art. 89.

contemporaine, pourrions-nous observer en passant. Le droit de grève est alors le gage d'une véritable « démocratie industrielle[23] ». Il en est aussi de même de la grève au soutien de l'intérêt d'ensembles de salariés, voire du salariat, dans la société tout entière : le droit de grève est alors un ferment de vie démocratique dans cette société pluraliste[24]. Cette dernière vision de la grève est davantage ancrée dans certains pays européens qu'en milieu nord-américain, où, nous l'avons vu, la grève est d'abord et avant tout liée à la négociation collective et où, en conséquence, l'encadrement légal du recours à la grève en fonction de cette dernière est loin de la favoriser. En France, par exemple, le droit de grève constitutionnellement reconnu depuis 1946 exprime une liberté publique individuelle exercée collectivement[25]. Cette vision plus large de la finalité de la grève la conçoit, en plus de son rôle en matière de négociation collective, tout aussi bien comme un moyen de protester contre des politiques économiques et sociales de l'État touchant aux intérêts du salariat. La légitimité de principe de tels mouvements de grève, à l'exclusion de celle de grèves d'ordre proprement politique, est acquise au regard du droit international du travail en tant qu'exercice de la liberté syndicale[26]. Dans ces derniers aspects, le droit de grève se présente davantage, mais non exclusivement, comme un droit civil et politique, de la nature des droits fondamentaux de la personne qu'affirme la Charte canadienne, dont la liberté générale d'association.

1.2 Justification négative

Les motifs de l'exclusion du droit de grève de l'aire de la protection constitutionnelle rattachée à la liberté générale d'association, motifs à la base des positions majoritaires des arrêts de 1987 de la Cour suprême, toujours actuelles en droit positif canadien, sont-ils toujours valables ?

L'argumentaire mis en avant dans ces arrêts de 1987 comporte des considérations tenant à la fois à la nature de la grève elle-même, à celle du droit de grève et, d'une façon plus externe par rapport à ces premiers éléments, au rôle approprié du judiciaire s'agissant de déterminer la portée

23. Voir ainsi Tonia Novitz, *International and European Protection of the Right to Strike. A Comparative Study of Standards Set by the International Labour Organization, the Council of Europe and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 57-61.
24. *Id.*, p. 61-75.
25. Voir notamment Hélène Sinay et Jean-Claude Javillier, *La grève*, t. 6, 2e éd., coll. « Droit du travail », Paris, Dalloz, 1984, p. 100.
26. Voir *La liberté syndicale. Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, 5e éd. rév., Genève, Bureau international du travail, 2006, par. 526-544 (ci-après « C.L.S. »).

de la Charte canadienne dans le contexte des relations collectives du travail.

En premier lieu, le phénomène de grève lui-même ne pouvait satisfaire à la conception prédominante d'alors de la liberté d'association, soit celle qui consiste à exercer collectivement une activité à laquelle un individu peut légitimement se livrer[27]. À cet égard, il était tout à fait exact d'insister sur le caractère nécessairement collectif de la grève, en raison de l'élément de concertation qui lui est inhérent et d'affirmer qu'« [i]l n'y a pas d'équivalent individuel à une grève[28] ». Toutefois, cela n'importe plus, puisque la Cour suprême reconnaît désormais avec raison, avons-nous vu, que l'application de l'alinéa 2 (d) peut s'étendre à différents actes ou comportements d'une nature nécessairement collective, ce qui rend ainsi « désuète » la position antérieure[29].

De même, reconnaître le caractère nécessairement collectif de la grève, partant, la différence « qualitative » essentielle entre cette dernière et la cessation de travail individuelle rend illogique de refuser la protection constitutionnelle en raison de l'illégitimité de la cessation individuelle de travail qui résulterait, prétendraient certains, d'une violation de l'obligation contractuelle de travailler de chaque salarié-gréviste envers son employeur[30]. L'élément en cause, en effet, est l'affirmation juridique d'un phénomène collectif qui a une valeur sociale propre et qui doit être envisagé en tant que tel, pour ce qu'il est essentiellement, c'est-à-dire une action d'une nature collective. Quant à la détermination des conséquences contractuelles de la participation à la grève, elle ne pourra d'ailleurs elle-même s'accomplir en faisant abstraction de cette dernière perspective, verrons-nous dans la seconde partie de notre texte.

Cependant, selon des opposants à cette position, le retrait collectif de la prestation de travail se veut nocif à l'endroit de l'employeur ; de plus, avons-nous noté, il a aussi tendance à incommoder de plus en plus de tiers étrangers à la situation de travail en cause : ces conséquences de l'exercice de la grève devraient-elles l'exclure du domaine de la liberté d'association ? Pour ce qui est des effets recherchés de la part des grévistes sur l'employeur, répondre affirmativement reviendrait en définitive à tenir compte de la finalité du comportement collectif, plutôt que de rechercher uniquement s'il représente en lui-même un comportement associatif. La

27. *Re Alberta*, préc., note 2, 409 (j. McIntyre).
28. *Id.*, 412, par. 176, propos du juge en chef Dickson repris par le juge McIntyre.
29. *Dunmore* c. *Ontario (Procureur général)*, préc., note 12, par. 18 (j. Bastarache), confirmé dans l'arrêt *B.C. Health Services*, préc., note 3, par. 28 (j. en chef McLachlin et j. LeBel).
30. *Contra* : *Re Alberta*, préc., note 2, 410 (j. McIntyre).

grève ne se singularise d'ailleurs pas à cet égard ; l'exercice de la liberté d'association sur bien des plans a naturellement pour objet d'orienter le comportement d'autrui en faisant, directement ou indirectement, pression sur lui. Tel est, par exemple, l'impact recherché d'une action collective de la part d'un groupe de consommateurs. Relativement aux inconvénients de la grève sur différents segments du public, c'est plutôt là une considération dont le judiciaire doit tenir compte dans l'application de la disposition de sauvegarde possible de l'action législative (ou gouvernementale) que constitue l'article premier de la Charte canadienne, mais non un facteur d'exclusion initial de la liberté de grève de la compréhension de la liberté d'association[31].

Refuser la protection constitutionnelle au droit de grève en raison de son origine « récente » et législative[32] est d'abord historiquement inexact. Inextricable, nous l'avons vu, du droit à la négociation collective durant tout le cheminement historique de ces droits vers leur reconnaissance, puis leur protection, le droit de grève, entendu généralement au sens de liberté ou de faculté de recourir à ce procédé, se distingue, avons-nous observé, du droit légiféré et syndical des lois contemporaines du travail dans les différentes juridictions canadiennes, lequel semble avoir obnubilé le banc majoritaire de 1987 dans l'affaire *Re Alberta*. Les lois contemporaines du travail, comme le démontre l'histoire des relations du travail au Canada, n'ont pas créé ces droits, mais elles les protègent techniquement et les « amplifient », du moins à certains égards[33]. L'arrêt *B.C. Health Services*, vingt ans après la trilogie de 1987, devait apporter une démonstration détaillée à ce sujet à

31. Voir, en ce sens, les notes du juge en chef Dickson dans l'affaire *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons* c. *Saskatchewan*, préc., note 2, 477. Dans l'affaire *Hospital Employees' Union* v. *Health Employers' Assn. of British Columbia* (2007), 154 C.R.R. (2d) 108 (B.C.S.Ct.), un juge, appelé à juger de la constitutionnalité de l'interdiction d'une grève à connotation politique au regard des libertés fondamentales d'expression, d'association et de réunion, posait plus indistinctement ceci : « the harm to unrelated third parties caused by work stoppages, whether defined as strike activity or a form of political expression, is a factor to be weighed in balancing the competing interests affected by the activity » (par. 88). Observons aussi, par analogie, que le seul préjudice économique résultant d'un piquetage, lui-même manifestation de la liberté d'expression, ne le rend pas illégal, que la victime soit l'employeur partie au conflit de travail ou même un tiers : *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, section locale 558* c. *Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, par. 24 (employeur) et 90 (tiers) (j. en chef McLachlin et j. LeBel).
32. *Re Alberta*, préc., note 2, 413 (j. McIntyre) et 391 (j. Le Dain et autres).
33. Il demeure possible de prétendre que ces lois contemporaines, comme nous le verrons dans la partie 2 ci-après, ont aussi un effet restrictif à différents égards sur les libertés antérieures de grève et de négociation collective. Voir à ce sujet Eric TUCKER, « The Constitutional Right to Bargain Collectively : The Ironies of Labour History in the Supreme Court of Canada », *Labour*, vol. 61, printemps 2008, p. 151, aux pages 168-170.

l'occasion du revirement jurisprudentiel qu'il effectuait en reconnaissant que l'alinéa 2 (d) de la Charte canadienne protège le « droit » à la négociation collective[34]. Réitérant cette démonstration et l'appliquant plus précisément à l'historique de l'émergence du droit de grève au Canada, puisqu'il s'agit bien globalement d'un seul et même parcours historique[35], il n'est donc pas justifié de refuser de reconnaître au droit de grève ce caractère « fondamental », ainsi que le voulaient les arrêts de 1987.

Par ailleurs, la Cour suprême, dans l'arrêt *B.C. Health Services*, écarte aussi l'argument voulant que la protection constitutionnelle ne s'étende pas au droit de négocier collectivement parce qu'elle ne protège pas le but ou les objectifs d'une association : elle le fait en distinguant le « processus » de négociation d'avec l'« issue » de celle-ci[36]. Il serait possible d'en dire autant de l'acte de grève tenu lui-même pour associatif, comme nous allons le préconiser. Si nous prétendions au contraire rattacher la présente difficulté au droit de grève légiféré et syndical de la loi contemporaine des rapports collectifs de travail — le droit de grève se présente alors comme un moyen de réaliser un droit tout autant légiféré et syndical, celui de négocier collectivement, et qui est tenu pour la fin du syndicat, représentant collectif des salariés —, il y aurait d'abord lieu de contester le bien-fondé d'une telle perspective compte tenu du redressement historique de l'émergence des droits de grève et de négociation collective précédemment mentionné et exposé dans l'arrêt *B.C. Health Services*. De toute façon, la distinction entre le processus de négociation, envisagé dans son ensemble, et l'issue de celle-ci, mise en avant dans ce même arrêt, serait également pertinente dans cette dernière perspective[37].

---

34. *B.C. Health Services*, préc., note 3, par. 25 et 40-63 : les notes des juges McLachlin et LeBel y font état des différents développements historiques à ce sujet. Voir également G. TRUDEAU, préc., note 4.
35. Voir, en particulier, les paragraphes 53 à 55 et 63 de l'arrêt *B.C. Health Services*, préc., note 3, au sujet de la connexité du développement historique des droits de négociation collective et de grève.
36. *Id.*, par. 29. L'argument écarté avait notamment été formulé dans l'affaire *Institut professionnel de la fonction publique du Canada* c. *Territoires du nord-ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367, 391-393 (j. L'Heureux-Dubé, qui s'appuyait alors notamment sur l'arrêt *R.* c. *Skinner*, préc., note 15).
37. Deux autres arguments jadis invoqués au soutien du refus de protéger constitutionnellement le droit de grève paraissent moins lourds d'impact que les précédents. D'une part, rien de déterminant à son sujet ne ressort véritablement des délibérations du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada (*Re Alberta*, préc., note 2, 413 ; voir notamment à ce sujet E. TUCKER, préc., note 33, à la page 167). D'autre part, la qualification du droit de grève en tant que droit économique et social, par opposition au contexte des droits civils et politiques de l'article 2 de la Charte canadienne (*Re Alberta*, préc., note 2, 412) ne conduit pas à une dichotomie étanche entre

Enfin, la Cour suprême préconisait en 1987 une attitude de retenue judiciaire devant la « constitutionnalisation » des droits de grève et de négociation collective, de manière à laisser les coudées franches au législateur en ce contexte hautement évolutif et politique que sont les relations collectives du travail, de même que, par ricochet, aux instances spécialisées du travail[38]. Quelle qu'ait été la sagesse « politique » de cette position, elle a été jugée, comme il se devait, inappropriée compte tenu du caractère fondamental de l'enjeu constitutionnel lié au droit de négociation collective dans l'arrêt *B.C. Health Services*[39]. Or, le droit de grève soulève un enjeu de même ordre.

D'une façon particulière, pour ce qui est de l'opportunité d'un contrôle judiciaire de constitutionnalité de la législation du travail, marquée par une recherche d'équilibre entre le pouvoir patronal et le pouvoir syndical, l'argument voulant que n'accorder la protection constitutionnelle qu'à l'un des deux protagonistes en matière de négociation collective et ne protéger que la liberté de grève en ignorant celle de lock-out entraînerait un « déséquilibre » des forces en présence[40] paraît discutable compte tenu du caractère subordonné du salarié individuel devant l'employeur, à plus forte raison dans le cas de plus en plus fréquent de la concentration de pouvoir caractéristique des entreprises transnationales majoritairement présentes dans l'économie nationale. De toute façon, la présence d'un enjeu fondamental fait toujours obstacle à l'abstentionnisme judiciaire…

1.3 Justification positive

La nature même du droit de grève porte à l'inclure dans la portée de la protection constitutionnelle de la liberté d'association. À ce regard sur la réalité intrinsèque du droit de grève (1.3.1) s'ajoute l'effet extrinsèque de différents instruments juridiques, en particulier d'ordre international (1.3.2).

---

les deux types de droit, qu'il s'agisse, comme nous l'avons vu, de la qualification du droit de grève lui-même ou, plus généralement, de l'unicité des droits fondamentaux de la personne, dichotomie affirmée notamment dans la *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, 25 juin 1993, Doc. off. A.G. N.U., A/CONF.157/23 (12 juillet 1993), art. 5 et 8 en particulier.

38. *Re Alberta*, préc., note 2, 414-416 (j. McIntyre) ; voir aussi 391 (j. Le Dain et autres).
39. *B.C. Health Services*, préc., note 3, par. 26 (j. en chef McLachlin et j. LeBel).
40. *Re Alberta*, préc., note 2, 414 (j. McIntyre).

1.3.1 Réalité intrinsèque

La faculté de faire grève peut s'envisager comme un instrument de négociation collective ; elle peut aussi se concevoir plus largement en tant que liberté de coalition.

L'ensemble du processus de négociation collective se trouve inclus dans l'aire de la liberté constitutionnelle d'association depuis l'arrêt *B.C. Health Services*. Si le droit de grève (dont n'entendait pas traiter, une fois encore, ce dernier arrêt) était partie de ce processus de négociation, il jouirait donc lui-même de cette protection à ce titre. Or, diverses considérations militent en ce sens. En premier lieu, le droit à la négociation collective trouve son fondement historique dans la reconnaissance progressive de la liberté ou du droit de grève au Canada. Cela se vérifie à partir de chacune des trois grandes périodes de l'évolution du droit des rapports collectifs du travail dans ce pays selon l'arrêt *B.C. Health Services*[41]. La répression judiciaire et législative initiale des organisations de travailleurs, tant en Angleterre qu'au Canada, s'est manifestée principalement à l'occasion de grèves en vue d'une amélioration des conditions de travail des salariés ; l'action syndicale a ensuite été tolérée et alors « [l]es employeurs pouvaient refuser de reconnaître les syndicats et de négocier avec eux, mais les employés disposaient d'une arme économique puissante : la capacité de déclencher une grève pour forcer un employeur à reconnaître leur syndicat et à négocier collectivement avec lui[42] ». Des lois, tant provinciales que fédérales, dont, dans ce dernier cas, la *Loi des enquêtes en matière de différends industriels* de 1907[43], prévoyaient diverses formes de tierce intervention à l'occasion de différends de négociation collective de manière à favoriser le compromis aux dépens des grèves et de contre-grèves ; les lois provinciales et fédérales de l'après-guerre ont par la suite retenu, d'une manière ou d'une autre, une forme de moratoire avant de recourir à ces mesures dans l'exercice d'un droit à la négociation collective qu'elles établissaient. Et la Cour suprême de résumer ainsi ce parcours historique : « Ces dispositions législatives ont confirmé la validité de l'objectif central des luttes syndicales depuis des siècles, que le mouvement syndical a atteint pendant

41. *B.C. Health Services*, préc., note 3, par. 44-63.
42. *Id.*, par. 54.
43. *Loi des enquêtes en matière de différends industriels*, S.C. 1907, c. 20 ; voir en particulier les articles 2 (e) (définition de « différend ») et 56 (légalité de la grève avant ou pendant l'intervention d'un conseil de conciliation et d'enquête) ; voir notamment Harry Douglas Woods, Sylvia Ostry et Mahmood A. Zaidi, *Labour Policy in Canada*, 2e éd., Toronto, Macmillan of Canada, 1973, p. 48-63.

la période de laissez-faire en déclenchant des grèves : le droit de négocier collectivement avec les employeurs[44]. »

Il ne pouvait qu'en être ainsi, car, dans les faits, un système général de négociation collective requiert la présence d'une faculté de recourir à la grève. La possibilité d'utiliser la forme de pression économique et psychologique que représente le retrait collectif de la force de travail d'un groupe de salariés favorise un certain équilibre dans le pouvoir de négociation. Il tend à générer des propositions de négociation réalistes et est aussi de nature à assurer la progression du dialogue collectif entre les parties à la négociation. De plus, advenant une impasse véritable, le recours à la grève (comme d'ailleurs le lock-out dans le cas de l'employeur) est de nature à la résoudre positivement dans une société qui aura généralement préféré le libéralisme collectif à l'intervention étatique à cet effet. En définitive, « accepter un régime de négociation collective, c'est implicitement reconnaître le droit de recours aux sanctions économiques [que sont la grève et le lock-out][45] ».

La connexité entre le recours à la grève et la négociation collective est d'ordre général et ne s'attache pas à un aménagement juridique particulier des relations collectives de travail ; elle se manifeste également dans les lois contemporaines canadiennes de portée générale, comme la partie I du *Code canadien du travail*, ou encore, de façon représentative des lois provinciales, dans le *Code du travail* du Québec. Selon l'aménagement de la négociation collective que ces lois formulent, le recours à la grève s'insère dans le processus de négociation collective en tant que dernière étape[46]. L'obligation générale et bilatérale de négociation de bonne foi qui sous-tend l'ensemble de ce processus continue d'ailleurs de prévaloir en principe durant la grève[47].

Cependant, le lien entre la négociation collective et le droit de grève n'est pas exclusif : la faculté de grève, considérée en elle-même, s'envisage

44. *B.C. Health Services*, préc., note 3, par. 63.
45. Bureau du conseil privé, *Les relations du travail au Canada. Rapport de l'équipe spécialisée en relations du travail*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968, p. 192. À la page 142 du même rapport, se trouve aussi le passage suivant, repris dans les notes du juge en chef Dickson, dissident dans l'arrêt *Re Alberta*, préc., note 2, 370 : « Les grèves et les lock-out font partie intégrante du régime canadien de relations du travail et il est probable qu'ils le demeureront dans notre actuel régime social, économique et politique. » Voir aussi diverses autres autorités, tant judiciaires que doctrinales, citées en ce sens par le juge en chef Dickson aux pages 369-371.
46. C.c.t., art. 89 ; C.t., art. 58.
47. Voir ainsi : *Travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, local 501 (TUAC)* c. *Steinberg*, D.T.E. 89T-617 (T.T.), [1989] nº AZ-89147054 ; *Salariés de New Carlisle, section locale 610* et *Radio CHNC Ltée* (1985), 63 di 26, 41 (C.C.R.T. nº 537).

plus largement au regard de la liberté d'association. Cela peut conduire, avons-nous vu, à la poursuite d'objectifs liés à des politiques de l'employeur qui ne ressortissent pas à la négociation collective et même, plus largement, à des politiques publiques touchant, dans l'un et l'autre cas, aux intérêts collectifs des salariés grévistes. Il peut en être ainsi puisque la grève, comportement concerté d'une pluralité d'individus, se présente elle-même comme un phénomène associatif « primaire » ou de première ligne : l'aspect en cause est simplement le droit d'une pluralité de personnes de poursuivre ensemble une fin commune. La grève, malgré l'apport des lois contemporaines du travail qui établissent un droit syndical de grève à des fins de négociation collective, n'a donc pas perdu sa nature originelle de « coalition[48] ». Et c'est cette réalité foncièrement associative de la grève qui fonde la liberté constitutionnelle d'y recourir.

48. La protection constitutionnelle du droit de grève pourrait, par ailleurs, faire appel à des libertés fondamentales énoncées à l'article 2 de la Charte canadienne autres que la liberté d'association. Il en est ainsi de la liberté d'expression (al. 2 (b)). Différentes activités humaines peuvent en effet transmettre une signification, avoir un contenu d'expression, que cela découle de leur nature même ou qu'il soit requis de le démontrer : *Irwin Toy Ltd.* c. *Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S 927, 969. Ainsi, « le piquetage comporte toujours une action expressive » : *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, section locale 558* c. *Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, préc., note 31, par. 32. Cela avait aussi été reconnu au départ dans le cas d'une grève de protestation pacifique à l'encontre de politiques gouvernementales, grève déclenchée, contrairement à une loi, pendant la convention collective : *Hospital Employees' Union* v. *Health Employers' Assn. of British Columbia*, préc., note 31, 145 ; la Cour devait cependant conclure que la loi l'interdisant n'avait pas pour effet de porter atteinte à la liberté d'expression, garantie par l'alinéa 2 (b) de la Charte canadienne, puisque les grévistes pouvaient faire valoir leurs vues par d'autres moyens (p. 150) ; elle s'était aussi montrée sensible à l'impact nocif de cette grève sur des tiers (p. 133). D'autres espèces ont toutefois refusé la protection de l'alinéa 2 (b), en tenant le droit de grève pour un « droit légiféré contemporain », ce qui a déjà été discuté au regard de l'alinéa 2 (d) : *Association provinciale des enseignants et enseignantes du Québec (A.P.E.Q.)* c. *Conseil des services essentiels*, J.E. 2002-2200 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S. Can., 24-04-2003) ; *Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes* c. *Canada (Procureur général)*, D.T.E. 99T-399 (C.S.) (désistement d'appel, C.A., 15-04-2002). En ce qui a trait, cette fois, à la liberté de réunion pacifique (al. 2 (c)), l'acte de grève peut être, ou non, l'occasion d'une telle réunion, mais il semble bien s'en distinguer par le refus concerté de la prestation de travail qui lui est inhérent. Dans l'affaire *Hospital Employees' Union* v. *Health Employers' Assn. of British Columbia*, préc., note 31, 150, la Cour supérieure a conclu que l'impossibilité de se livrer à une grève de protestation politique pendant la convention collective ne constituait pas une atteinte à la liberté de réunion, la loi n'apportant alors que des restrictions quant à la forme ou au moment de la réunion.

1.3.2 Apport extrinsèque

Différentes affirmations du droit de grève distinctes de celle qui peut se réclamer de l'énoncé de la liberté d'association de l'alinéa 2 (d) de la Charte canadienne viennent conforter l'inclusion de ce droit dans la compréhension de ce dernier énoncé. Elles émanent à la fois du droit international et des droits canadiens.

Le contenu pertinent du droit international porte à y distinguer les instruments auxquels le Canada a adhéré des autres qui, comme eux, participent à l'affirmation des droits fondamentaux de la personne sur le plan international. Pour ce qui est de leur influence sur l'interprétation du droit interne, y compris celui de portée prééminente, les tribunaux canadiens en viennent, certes, à reconnaître de plus en plus une portée « persuasive » à l'ensemble de ce droit international des droits fondamentaux de la personne et à ses valeurs[49] ; il devrait néanmoins être indiqué de faire découler plus strictement une présomption de conformité du droit national lorsqu'il s'agit d'engagements internationaux souscrits par le Canada[50]. Dans ce dernier cas, en ratifiant en 1976 le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, le Canada a expressément pris l'engagement d'« assurer […] [l]e droit de grève, exercé conformément [à ses lois][51] ». Cette dernière réserve ne saurait justifier le déni pur et simple du droit en cause[52]. Par ailleurs, l'assurance donnée de garantir « le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts », selon l'article 22 du *Pacte international relatif aux droits civils et politique*s, également ratifié par le Canada en 1976, soulevait par la généralité relative de son objet un questionnement semblable à celui qui se rattache à l'alinéa 2 (d) de la Charte

49. Voir ainsi : J.-Maurice Arbour et Geneviève Parent, *Droit international public*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 201 ; France Houle, « La légitimité constitutionnelle de la réception directe des normes du droit international des droits de la personne en droit interne canadien », (2004) 45 *C. de D.* 295.
50. Voir ainsi Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 654.
51. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, (1976) 993 R.T.N.U. 3, art. 8 (1) (d).
52. Ainsi, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, chargé de la surveillance de la mise à exécution du Pacte se disait-il, en 2006, « préoccupé par le fait que certaines catégories de travailleurs […] sont privés du droit de grève au Canada ». Voir Comité des droits économiques, sociaux et culturels (36e session, 1er-19 mai 2006, Genève), *Examen des rapports présentés par les États parties conformément aux articles 16 et 17 du Pacte*, Doc. N.U. E/C.12/CAN/CO/4 et E/C.12/CAN/CO/5 (22 mai 2006), par. 19.

canadienne quant à l'inclusion du droit de grève[53] : une réponse affirmative s'impose maintenant aux yeux du Comité des droits de l'homme[54]. Sur le plan régional, en adhérant à l'Organisation des États américains (OEA) en 1990, le Canada a convenu de « consacrer tous [ses] efforts à l'application [du droit des travailleurs] de s'associer librement pour la défense et la promotion de leurs intérêts, notamment le droit de négociation collective et le droit de grève […], conformément à la législation pertinente[55] ». Enfin, il est acquis au sein des instances de l'Organisation internationale du travail (OIT) que la *Convention (nº 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, ratifiée par le Canada en 1972, inclut le droit de grève dans son affirmation de la liberté syndicale, et ce, même si cet instrument ne l'énonce pas expressément[56]. Ainsi, la Commission d'experts

53. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, (1976) 999 R.T.N.U. 171, art. 22 (1).

54. Voir les positions relativement récentes du Comité des droits de l'homme citées dans Patrick MACKLEM, « The Right to Bargain Collectively in International Law : Workers' Right, Human Right, International Right ? », dans Philip ALSTON (dir.), *Labour Rights as Human Rights*, t. 14, vol. 1, coll. « Collected Courses of the Academy of European Law », Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 61, aux pages 72 et 73.

55. *Charte de l'Organisation des États américains*, 30 avril 1948, (1952) 119 R.T.N.U. 3, telle qu'elle a été amendée par le *Protocole de réforme de la Charte de l'Organisation des États Américains* – « Protocole de Buenos Aires », 27 février 1967, (1970) 721 R.T.N.U. 324, art. 43 (c). Le Canada est également lié par la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* (adoptée à la Neuvième Conférence internationale américaine, tenue à Bogotá, en Colombie, en 1948), dont l'article 22 énonce le droit général de toute personne de s'associer. Par ailleurs, certains accords internationaux de coopération en matière de travail auxquels le Canada a souscrit font mention, à certaines fins, du droit de grève. Il en est ainsi du troisième « Principe relatif au travail », annexe 1, dans l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail ente le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, 14 septembre 1993, (1994) R.T. Can. nº 4, [En ligne], [http://fr.naalc.org/naalc_fr.htm] (5 février 2008).

56. *Convention (nº 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit d'association*, 9 juillet 1948, (1950) 68 R.T.N.U. 17. Le droit de grève s'infère alors principalement du droit des associations de travailleurs « d'organiser […] leur activité, et de formuler leur programme d'action » (art. 3). Voir notamment à ce sujet les notes du juge en chef Dickson, dissident dans l'arrêt *Re Alberta*, préc., note 2, 352-359, lequel conclut alors que « la convention nº 87 ne se borne pas uniquement à protéger la formation des syndicats mais protège leurs activités fondamentales, soit la négociation collective et le droit de grève » (p. 359, par. 72). À noter toutefois qu'au sein de l'OIT, les associations d'employeurs, sans contester le principe du droit de grève, n'en admettent pas pour autant toutes les modalités d'application qui en sont déduites. Voir notamment Jean-Maurice VERDIER, « Débat sur le droit de grève à la Conférence internationale du travail », (1994) *Droit social* 968, 970 ; voir aussi : Ruth BEN-ISRAËL, *International Labour Standards : The Case of Freedom to Strike*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988, p. 45 et 46 ; Nicolas VALTICOS et Geraldo VON POTOBSKY, *International Labour Law*,

pour l'application tient le droit de grève pour « un corollaire indissociable du droit d'association protégé par la convention nº 87[57] ». De même, le Comité de la liberté syndicale, qui fait sienne cette dernière affirmation, voit dans le droit de grève l'« un des droits fondamentaux des travailleurs et de leurs organisations[58] ».

D'une façon uniquement persuasive cette fois, un État qui adhère au *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels*, garantit de ce fait « le droit de grève[59] ». Cette dernière convention, à laquelle le Canada n'a pas encore adhéré, se contente d'affirmer la liberté générale d'association[60].

Toujours à ce niveau « persuasif », mais en Europe cette fois, la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, proclamée le 7 décembre 2000, voit, en vertu du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, son contenu normatif acquérir la même valeur que les traités communautaires. Après avoir proclamé la « liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans les domaines politique, syndical et civique[61] », elle assure par une disposition subséquente le droit des travailleurs et des employeurs à la négociation collective et celui « de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève[62] ». La *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux* faisait essen-

---

2e éd. rév., Cambridge, Kluwer, 1995, p. 706-708. La Cour internationale de justice, dont les interprétations des conventions font seules formellement autorité, ne s'est jamais prononcée sur la question. Voir au sujet de la réception en général des positions des organes de l'OIT dans l'arrêt *B.C. Health Services*, préc., note 3 : Brian A. Langille, « Can We Rely on the ILO ? », (2006-7) 13 *C.L.E.L.J.* 273.

57. Conférence internationale du travail, *Liberté syndicale et négociation collective : troisième question à l'ordre du jour : informations et rapports sur l'application des conventions et recommandations. Étude d'ensemble des rapports sur la Convention (nº 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, et la Convention (nº 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective*, *1949. Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (articles 19, 22 et 35 de la Constitution)*, 81e session, Genève, 1994, rapport III (partie 4B), p. 63, 65 et 80 (ci-après « R.C.E. »).
58. C.L.S., préc., note 26, par. 520 et 523.
59. Organisation des États Américains – Assemblée générale, *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels* – « Protocole de San Salvador », 18e session, San Salvador, 17 novembre 1988, O.A.S.T.S., nº 69, art. 8 (1) (b).
60. *Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica »*, 22 novembre 1969, (1979) 1144 R.T.N.U. 123, art. 16.
61. *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [2000] J.O. C 364/1, art. 12.
62. *Id.*, art. 28.

tiellement de même depuis 1989[63]. La Cour de justice des communautés européennes a reconnu que les droits fondamentaux de la cette charte ont le rang de principes généraux du droit communautaire. Elle a ainsi confirmé que « [le précédent] droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, doit donc être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect [même si] son exercice peut être soumis à certaines restrictions[64] ». Dans cette mesure, il s'impose aux États membres, même si le droit de grève ne relève pas de la compétence de la Communauté. Dans le contexte cette fois du Conseil de l'Europe, l'article 11 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* proclame, à l'instar de la Charte canadienne, la liberté générale d'association et ne fait pas mention du droit de grève[65]. La Cour européenne des droits de l'homme a énoncé avec constance que la disposition « protège la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci, action dont les États contractants doivent à la fois autoriser et rendre possibles la conduite et le développement[66] ». La disposition « laisse cependant à chaque État le choix des moyens à employer à cette fin ; l'octroi du droit de grève représente sans doute l'un des plus importants d'entre eux, mais il y en a d'autres. Un tel droit, que l'article 11 (art. 11) ne consacre pas expressément, peut être soumis par le droit interne à une réglementation de nature à en limiter dans certains cas l'exercice[67]. » La *Charte sociale européenne*, signée à Turin en 1961 et révisée en 1996, énonce « [e]n vue d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective […] le droit des travailleurs et des employeurs à

63. *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*, art. 11 et 13, [En ligne], [www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Conventions%20internationales/CharteComDroitsSociauxFondamentaux.pdf] (23 avril 2009).
64. *International Transport Workers' Federation* c. *Viking Line ABP*, affaire C-438/05, 11 décembre 2007 (Grande Chambre), par. 44. Voir notamment Brian Bercusson, « Qu'attendre de la protection de la Charte des droits fondamentaux par le traité de Lisbonne ? », (2008) *Revue de droit du travail* 74.
65. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, (1955) 213 R.T.N.U. 221, art. 11 (ci-après « Convention européenne des droits de l'homme »).
66. *Schmidt et Dahlström* c. *Suède*, arrêt du 6 février 1976, nº 5589/72, par. 36 (CEDH).
67. *Id.*, position de principe notamment réitérée dans les arrêts suivants : *Unison* c. *Royaume-Uni*, décision du 10 janvier 2002, nº 53574/99, p. 522 (CEDH) ; *Fédération des syndicats des travailleurs offshore* c. *Norvège*, décision du 22 juin 2002, nº 38190/97, p. 345 (CEDH) ; *Dilek et autres* c. *Turquie*, arrêt du 17 juillet 2007, nºs 74611/01, 26876/02 et 27628/02, par. 65 et 68 (CEDH) ; ce dernier arrêt formule toutefois sa conclusion de violation de l'article 11 en fait d'atteinte à la « liberté de réunion pacifique », que la disposition assure également (par. 71).

des actions collectives en cas de conflits d'intérêts, y compris le droit de grève, sous réserve des obligations qui pourraient résulter des conventions collectives en vigueur[68] ».

De son côté, la Cour suprême avait bien reconnu l'apport du droit international pertinent à l'interprétation de l'alinéa 2 (d) de la Charte canadienne en dégageant de cet énoncé l'existence d'un droit constitutionnel à la négociation collective[69]. Le procédé est évidemment à réitérer à l'occasion de la présente recherche d'une protection constitutionnelle du droit de grève.

Enfin, la liberté de grève est en synergie avec le droit interne canadien, abstraction faite ici de tout rattachement à l'alinéa 2 (d) de la Charte canadienne qui garantit la liberté d'association. En effet, elle favorise les valeurs inhérentes véhiculées par cet instrument prééminent : dignité humaine, égalité, respect de l'autonomie de la personne et mise en valeur de la démocratie[70]. En premier lieu, il ne peut qu'en être ainsi dans la mesure où le droit de grève se rattache au processus de négociation collective. Cependant, la faculté de recourir à la grève conçue à des fins plus large d'affirmation des intérêts des salariés, sans lien nécessaire avec la négociation collective, que ce soit à des fins liées, elles aussi, au milieu de travail ou, plus largement encore, à la société dans son ensemble, favorise tout aussi bien ces valeurs constitutionnelles. En particulier en est-il ainsi de la recherche d'égalité en raison de l'inégalité caractéristique du statut de salarié devant le pouvoir patronal. Toujours dans une perspective systémique, la contribution de grève, action collective, à la vitalité de l'expérience démocratique participative de l'action collective, tant dans les milieux de travail que dans la société, a déjà été signalée[71].

Ainsi assurée en raison de son appartenance à la liberté d'association, quels sont les effets de cette affirmation constitutionnelle du droit de grève ?

2 Effets

La protection constitutionnelle du droit de grève conduit à invalider l'action de l'État, gouvernementale et législative, dans l'ordre tant central que provincial, dont l'objet serait de le restreindre ou encore qui aurait un tel effet[72] (2.1). Il y a aussi lieu d'examiner dans quelle mesure elle emporte

68. *Charte sociale européenne (révisée)*, 3 mai 1996, S.T.E. nº 163, art. 6.
69. *B.C. Health Services*, préc., note 3, par. 69-79.
70. *Id.*, par. 80-86.
71. Voir *supra*, partie 1.1.1.
72. Charte canadienne, art. 32.

une obligation de la part de l'État d'intervenir positivement pour l'assurer (2.2).

2.1 Invalidation de l'action restrictive du droit de grève de la part de l'État

Les restrictions étatiques du droit de grève sont, dans les faits, l'œuvre du législateur au Canada. Elles résultent à la fois de lois régissant couramment les rapports collectifs du travail dans les différentes juridictions de l'État fédéral (2.1.1) et de lois interdisant ponctuellement le déclenchement ou la poursuite de la grève dans certaines situations particulières où l'arrêt de travail met en cause l'intérêt public d'une façon aiguë, du moins selon l'appréciation du législateur (2.1.2).

Dans tous ces cas, le premier critère de constitutionnalité porte sur l'objet de la loi, à savoir si le but recherché est, ou non, de porter atteinte à une liberté fondamentale : un constat affirmatif sera déterminant ; dans la négative, la considération des effets de la loi sur l'exercice de la liberté fondamentale, dont, ici, celle d'association, s'imposera[73].

2.1.1 Restrictions légales courantes

Le régime de la grève, qu'établissent typiquement les différentes lois canadiennes régissant couramment les rapports collectifs du travail, restreint non seulement l'exercice du droit de grève s'attachant à la poursuite de la négociation collective dont traite cette législation (2.1.1.1), mais aussi celui qui est orienté à des fins étrangères à cette négociation collective dont traite la loi (2.1.1.2).

2.1.1.1 Grève se situant dans le cours du régime de négociation établi par la loi

Les restrictions légales générales du droit de grève, que nous devons d'abord préciser, s'insèrent dans un régime légal dont la teneur d'ensemble contribue à en préciser l'orientation et la portée.

Dans ses aspects essentiels, la loi régissant les rapports collectifs du travail accorde au syndicat jugé représentatif d'un groupe de salariés selon ses termes le droit de grève qu'elle établit elle-même en faveur d'une telle association de salariés en vue de négocier une convention collective, qu'il s'agisse d'une première entente entre les parties ou d'une entente

73. Voir *R.* c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 334 (j. en chef Dickson), passage repris dans *Irwin Toy Ltd.* c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 48, 972 (j. en chef Dickson et autres).

subséquente[74]. Ce droit de grève est acquis, selon des modalités propres à chacune des lois de ce modèle canadien, à un stade donné de la négociation, ce qui suppose en particulier l'écoulement d'une période de temps à la suite de l'envoi d'un avis de négociation par une partie à l'autre[75]. La convention conclue, la grève est interdite pendant sa durée[76].

Ainsi circonscrit, ce droit de grève s'insère dans une loi qui a pour objet de favoriser la pratique de la négociation collective dans les différentes entreprises ; à cette fin, cette loi protège l'exercice de la liberté syndicale comme elle la conçoit, comporte des recours particuliers et adaptés, prévoit un mécanisme de détermination de la représentativité de groupements syndicaux et établit même un droit à la négociation collective périodique en faveur à la fois du syndicat tenu pour représentatif d'un groupe de salariés et de l'employeur de ces derniers. Globalement, ce régime légal de rapports collectifs de travail mise sur l'autonomie collective en tant que mode de détermination des conditions de travail dans différents milieux de la société et cherche en définitive, par ce moyen, à y favoriser la « paix industrielle[77] ». Il est possible de voir dans ce régime légal de rapports collectifs du travail l'expression d'un certain « compromis social », l'élément syndical s'imposant, à certaines conditions, en tant qu'interlocuteur obligé de l'employeur, lequel, en contrepartie de cette sécurité relative dont jouit le représentant collectif des salariés, se voit en particulier assuré de la stabilité des rapports de travail pendant la durée de la convention collective[78].

Par rapport à la liberté générale de grève qui existait généralement avant la mise en place du précédent régime légal contemporain — mais sans faire pour autant abstraction des précédents aspects positifs de ce

---

74. Nous retenons toujours, à titre illustratif de ce régime de la grève dans les juridictions canadiennes, le *Code canadien du travail*, au niveau fédéral (art. 88 et 89), et, pour ce qui est des lois provinciales, le *Code du travail* (art. 58 et 107). Les différences accessoires qui peuvent distinguer certaines de ces lois entre elles ne sont pas ici significatives. Par exemple, une intervention conciliatrice antérieurement au déclenchement de la grève peut en être une condition de légalité selon le *Code canadien du travail* (art. 89 (1)), ce qui n'est pas le cas en vertu du *Code du travail* (art. 58).
75. C.c.t., art. 89 (1) (art. 49 (1)) ; C.t., art. 58 (art. 52.1 et 52.2).
76. C.c.t., art. 88.1 et 57(1). L'introduction d'un changement technologique dans l'entreprise peut toutefois donner lieu exceptionnellement à une grève légale, si le cours de la négociation établi par la loi à ce sujet est infructueux (C.c.t., art. 55) ; de même en est-il d'une grève en vue de la révision des modalités de la convention, si les signataires l'ont ainsi prévu (art. 49), solution qui a également cours selon le *Code du travail* (art. 107).
77. *Labour relations Board of Saskatchewan* v. *John East Iron Works Ltd.*, [1949] A.C. 134, 150 (Lord Simons). Voir aussi les notes de la juge Wilson dans *Lavigne* c. *Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, 282.
78. Sur ce « compromis » et son évaluation, voir aussi E. Tucker, préc., note 33, aux pages 164 et 168.

dernier en ce qui a trait à l'exercice de la liberté syndicale—, les restrictions suivantes sont marquantes dans le cas des « salariés » ou des « employés » que concerne cette législation[79] : illégalité de toute grève qui ne se déroule pas sous l'égide du syndicat reconnu en tant que représentant collectif des salariés en cause, donc de toute grève « spontanée » de la part d'un ensemble de salariés et de toute grève à l'instigation d'un syndicat autre que ce syndicat dont la représentativité a été établie selon la loi, en particulier illégalité de toute grève de reconnaissance syndicale ; dans le cas du syndicat officiellement reconnu, illégalité de toute grève qui ne se situe pas à l'intérieur de la période prévue à ce sujet, laquelle correspond à un stade du déroulement de la négociation collective que précise la loi, en particulier illégalité, en principe, réitérons-le, de toute grève pendant la convention collective[80]. C'est dans ce dernier cas une obligation absolue, l'interdiction de grève valant généralement et non seulement en ce qui a trait à des conditions de travail mentionnées dans la convention collective en cours. Un substitut juridictionnel à la grève s'impose alors dans le cas des conflits de droit auxquels cette convention peut donner lieu : l'arbitrage de grief[81].

S'agissant de personnes qui ne sont pas tenues pour « salariées » ou « employées » au sens de la loi, le régime de représentation et de négociation collectives ne s'adresse pas à elles ; les restrictions précédentes du droit de grève établi par cette même loi ne leur sont donc pas applicables et ces catégories de personnes — en particulier les cadres exerçant des fonctions de direction dans l'entreprise — peuvent toujours se réclamer de la liberté préexistante de grève antérieure à la loi.

Ces différentes restrictions apportées au recours à la grève sont, il va de soi, ouvertement recherchées par le législateur qui poursuit en les édictant les objectifs d'ensemble de son aménagement des relations collectives de travail. Elles atteignent la liberté d'association à double titre : la grève représente en elle-même une manifestation « primaire » d'association — avenue que nous préconisons ; d'autre part, elle est inhérente au processus de négociation collective, dont le rattachement à la liberté d'association est maintenant acquis.

79. C.c.t., art. 3 (1) ; C.t., art. 1 (l).
80. Voir *supra*, note 76.
81. C.c.t., art. 57 (1) : « arbitrage » ou « [autre mode] de règlement définitif » ; C.t., art. 100 (possibilité pour les parties de prévoir un mode de règlement, par arbitrage ou autrement dans le cas d'une mésentente autre qu'un grief ou un différend portant sur la révision de modalités de la convention : art. 102).

Les précédentes restrictions légales au droit de grève, partant à la liberté d'association, ne peuvent alors être sauvegardées que par une démonstration de leur caractère « raisonnable » et de leur justification dans le « cadre d'une société libre et démocratique » selon la disposition de sauvegarde de l'article premier de la Charte : il y alors considération, selon les critères jurisprudentiels dégagés, de l'importance de l'objectif poursuivi en imposant la restriction au regard de la nature et de la portée de la suppression de la liberté fondamentale en cause et application d'« une sorte de critère de proportionnalité [entre le moyen utilisé et l'objectif recherché][82] ». Une telle analyse, si elle devait être entreprise, conduirait inévitablement à jauger chacune des précédentes restrictions du droit de grève en fonction de l'ensemble de la loi dans laquelle elles s'insèrent, c'est-à-dire à tenir compte à la fois des objectifs qu'elle poursuit et de l'ensemble des techniques de représentation et de négociation collectives qu'elle met en avant à ces fins. Ce sera alors à bon escient, à ce stade second de la détermination de la constitutionnalité de la disposition restrictive, que le judiciaire sera naturellement enclin à tenir compte notamment du poids traditionnel du mode d'aménagement légal des rapports collectifs du travail dans les différentes juridictions canadiennes, de même que de l'importance du pouvoir d'appréciation du législateur en cette matière[83].

---

82. Il y a application alors des critères d'analyse formulés dans l'arrêt *R.* c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, par. 70 (j. en chef Dickson).

83. C'est ce que la majorité des juges ont fait dans l'arrêt *Re Alberta*, préc., note 2, mais, alors, d'une façon inappropriée, au stade initial, à savoir, pour déterminer si la liberté d'association comprenait, ou non, le droit de grève ; voir *supra*, note 38. À noter toutefois que, dans un arrêt subséquent à l'arrêt *B.C. Health Services*, préc., note 3, la Cour d'appel de l'Ontario a posé, relativement au cas particulier d'une catégorie de salariés vulnérables exclus de la portée de la loi régissant généralement les rapports collectifs du travail, que le droit à la négociation collective compris dans la liberté constitutionnelle d'association devait conduire à l'édiction d'une loi assurant à ces salariés le droit à la négociation collective de bonne foi, un régime de représentation collective majoritaire et exclusive, selon la tradition canadienne, de même qu'un mode obligatoire de règlement des griefs. Voir l'arrêt *Fraser* v. *Ontario (Attorney General)*, 2008 ONCA 760 (ci-après « *Fraser* »), en particulier les paragraphes 80, 87, 91 et 92. S'il devait être ultérieurement fait abstraction du particularisme, pourtant accentué, de l'espèce, l'arrêt pourrait conduire à asseoir, cette fois généralement, la validité constitutionnelle de certaines des précédentes restrictions légales du droit de grève. Cependant, une telle extrapolation n'équivaudrait-elle pas, en définitive, à consacrer dans ses aspects essentiels un régime particulier de négociation collective, soit celui qui est véhiculé par les lois contemporaines régissant généralement les relations collectives de travail au Canada ? La Cour suprême, dans l'arrêt *B.C. Health Services*, préc., note 3, s'y était pourtant refusée (par. 19 et 91). Plus particulièrement, la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Fraser*, n'a pas fait mention du droit de grève parmi les éléments devant figurer dans le régime de négociation collective de la catégorie de salariés en cause, droit auquel les demandeurs ne prétendaient d'ailleurs pas (par. 57).

2.1.1.2 Grève dépassant le contexte de la négociation collective envisagé par la loi

Les précédentes restrictions du droit de grève édictées par la loi qui aménage généralement la représentation et la négociation collectives dans l'entreprise ont un effet négatif sur ce droit beaucoup plus large que ce contexte de négociation collective. Sont ainsi en cause, d'abord, dans l'entreprise elle-même, la grève à l'encontre de politiques de l'employeur qui se situent en marge de la négociation collective d'entreprise traditionnelle, la grève de solidarité, soit qu'elle concerne — situation la plus fréquente — des salariés d'une même entreprise, en particulier des salariés de différentes entités composantes d'une même entreprise transnationale, soit qu'elle se manifeste encore plus largement à l'intérieur du salariat, sur la scène nationale ou internationale et, enfin, la grève à connotation politique, c'est-à-dire à l'appui des intérêts du salariat devant l'État. En effet, dans tous ces cas, une première position pourrait vouloir que l'objet des restrictions de la grève soit d'assurer à l'employeur des grévistes une stabilité des relations de travail absolue dans l'entreprise, hormis les périodes du déroulement de la négociation collective où la loi laisse cours à la grève. Les différentes restrictions de la grève atteindraient alors absolument toutes les précédentes formes atypiques de grève mentionnées. Sans attribuer une telle portée à la loi et tout en reconnaissant que le législateur n'a alors traité expressément que de la grève dans le cours de la négociation collective d'entreprise, nous devrions néanmoins tenir compte des effets pratiques des restrictions ainsi apportées au recours à la grève : elle ne serait légale que lorsque son déroulement se situerait, plutôt fortuitement, à l'intérieur des périodes de licéité de la grève établies en fonction de la négociation d'entreprise, tout autre arrêt collectif de travail se trouvant juridiquement exclu. Tels seraient alors les effets des restrictions au droit de grève se rattachant au régime de négociation collective qu'encadre la loi et dont la portée serait tout à fait dysfonctionnelle dès lors que la grève se situerait sur des plans étrangers à cette négociation[84].

Cependant, ces situations de grèves atypiques par rapport à la grève envisagée par la loi régissant couramment la négociation collective au Canada peuvent-elles vraiment se réclamer de la liberté d'association ? Assurément, pour qui accepte de voir en la grève une coalition, une forme « primaire » d'association, sans égard à son envergure ou encore à la nature des intérêts des salariés qui y ont recours. Par contre, si l'inclusion du

84. Voir ainsi, au sujet de la légalité de la grève de solidarité et de la grève politique, Pierre VERGE, *Le droit de grève : fondements et limites*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 191-226.

droit de grève dans la compréhension de la liberté d'association ne devait se fonder que sur son lien avec le processus de négociation collective, l'affirmative serait loin de s'imposer. Certaines des précédentes situations sont, en effet, étrangères à la négociation collective, par exemple, la grève à connotation politique. Quant à celles qui ne le sont pas, comme certaines situations de grèves de solidarité au sein d'entreprises transnationales, tout dépendra alors de la nature du processus de négociation collective inclus dans la compréhension de la liberté générale d'association. Ces grèves ne pourraient ainsi se réclamer de cette liberté si la négociation collective retenue n'était que celle qui correspond à la négociation collective d'entreprise encadrée par la législation contemporaine régissant généralement les rapports collectifs du travail au Canada, c'est-à-dire celle qui représente l'exercice du droit à la négociation collective de bonne foi selon ce système ; il en serait autrement si la négociation collective devait s'envisager plus souplement, c'est-à-dire en tant que manifestation d'autonomie collective sans référence obligée à un système particulier de négociation. À ce sujet, l'arrêt *B.C. Health Services* portait, certes, sur une loi provinciale reproduisant le modèle courant de négociation collective basé sur le droit à la négociation collective de bonne foi légiféré ; il comportait aussi un large exposé relatif à ce droit[85]. Toutefois, dans son argumentaire à l'appui de la constitutionnalisation des processus de négociation collective, la Cour suprême s'appuyait tout aussi bien sur l'ensemble du déroulement historique de la négociation collective au pays, y compris des phases plus larges et plus souples de négociation pratiquées antérieurement à la mise en place des lois courantes de l'après-guerre en la matière[86]. Elle se réclamait également du droit international du travail, lequel est tout à fait perméable à différents types de négociation collective, sans égard à leur envergure[87]. D'ailleurs, ainsi assuré, de préciser la Cour suprême elle-même, ce droit à la négociation collective « confère le droit de participer à un processus général de négociation collective et non le droit de revendiquer un modèle particu-

85. *B.C. Health Services*, préc., note 3, en particulier aux paragraphes 99 à 109 (j. en chef McLachlin et j. LeBel).
86. *Id.*, par. 40-56.
87. *Id.*, par. 69-79. La généralité de la négociation collective en droit international du travail ressort bien en particulier de la définition qu'en donne à ses fins l'article 2 de la *Convention (n° 154) concernant la promotion de la négociation collective*, 67e session, Genève, 19 juin 1981, de l'OIT. Voir aussi R.C.E., préc., note 57, en particulier aux paragraphes 249 et 250 : selon ce rapport, la souplesse étatique est de mise à la fois quant à la détermination du niveau de négociation, qui relève normalement des partenaires eux-mêmes, et quant au contenu de la négociation, qui est relatif à l'ensemble du domaine des conditions de travail.

lier de relations du travail ou une méthode particulière de négociation[88] ». Ces dernières considérations paraissent de nature à dissiper l'ambiguïté autrement présente de l'arrêt à ce sujet et inclinent à poser que c'est dans sa généralité que le processus de négociation a été jugé inhérent à la liberté d'association. En conséquence, le droit de grève protégé par l'alinéa 2 (d) de la Charte canadienne pourrait inclure celui de se livrer à des types de grèves qui, tout en se situant dans le cours de la négociation collective génériquement entendue, ne mettent pas en cause le régime de négociation collective couramment établi par les lois contemporaines du travail.

Ici encore, assurer la protection constitutionnelle à ces expressions relativement atypiques du droit de grève conduit à la nécessité de justifier la loi selon les critères découlant de l'article premier de la Charte canadienne. Aux considérations précédemment mentionnées à l'occasion de la grève se rattachant au processus courant de négociation collective, et qui valent ici également, s'ajouteraient les facteurs suivants : en défaveur de la loi restrictive de la grève dans le cas de la grève de solidarité se rattachant à l'entreprise transnationale, la nécessité d'un contrepoids à la concentration de la force économique du pouvoir patronal dans cette dernière et, dans le cas de la grève à connotation politique concernant l'État, mais cette fois en faveur de la loi restrictive du droit de grève, l'existence de la démocratie parlementaire, qui permet également de faire valoir les positions des collectivités de salariés.

2.1.2 Restrictions ponctuelles

Il arrive, dans l'ordre tant fédéral que provincial, que le législateur en vienne à restreindre ponctuellement l'exercice du droit de grève, qu'il s'agisse d'une manifestation conflictuelle appréhendée ou d'un arrêt de travail en cours. Légales jusque-là, ces grèves se situent typiquement dans le cours d'une négociation collective régie par la loi du travail d'application générale, ou encore dans des secteurs particuliers d'activité, par une loi y régissant précisément la négociation collective. Le législateur excipe de l'intérêt public pour justifier son intervention négative contre le droit de grève — intervention souvent assortie de lourdes pénalités, à l'égard tant de l'instance syndicale que des grévistes récalcitrants. L'intérêt public alors invoqué comprend, bien sûr, selon les espèces, l'atteinte à la santé ou à la sécurité publique, ce qu'admet le droit international du travail, mais, dans certains cas, déborde ces frontières, pour inclure des atteintes au fonctionnement de l'économie, en totalité ou en partie, ou encore des inconvénients sérieux pour le public, comme une grève dans le secteur de l'éducation, ce

88. *B.C. Health Services*, préc., note 3, par. 91.

que n'accepte pas, en principe, le droit international du travail au regard de la liberté syndicale[89].

Envisagées ici en fonction de la liberté constitutionnelle d'association, ces lois qui viennent ainsi ponctuellement faire obstacle à l'exercice du droit de grève portent atteinte à cette liberté constitutionnelle fondamentale. Il en est alors ainsi soit que l'inclusion du droit de grève dans le champ de cette liberté ait pour fondement la perception de la grève en tant qu'« association primaire », soit qu'elle se base sur son rattachement, au processus de négociation collective, ce que justifient les présentes circonstances[90]. Le débat se transporte ailleurs alors, ici encore, au stade de l'application des critères d'application de la disposition de sauvegarde qu'est l'article premier de la Charte canadienne. L'appréciation concrète par le judiciaire des intérêts en jeu ne va pas alors sans difficulté dans certaines situations[91].

2.2 Une action positive de la part du législateur ?

Il résulte de ce qui précède que la Constitution protège la faculté de recourir à la grève à l'encontre des législateurs et des gouvernements. Ce droit de grève, au sens large — ou liberté de grève — ne véhicule pas nécessairement, avons-nous vu, tout le contenu du droit de grève établi par les

89. Par exemple : les lois provinciales en cause dans les arrêts *Re Alberta*, préc., note 2, et *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons* c. *Saskatchewan*, préc., note 2, de la « trilogie » de 1987 ; dans l'ordre fédéral : *Syndicat international des débardeurs et magasiniers – Canada, section locale 500* c. *Canada*, [1994] 1 R.C.S. 150. Voir Pierre Verge et Dominic Roux, « La réception du droit international dans l'ordre juridique canadien : le sort de la liberté syndicale », dans Jean Charest, Gregor Murray et Gilles Trudeau, *Quelles politiques publiques du travail à l'ère de la mondialisation*, Québec, Les Presses de l'Université Laval (à paraître).

90. Même, dans ce dernier cas, une grève qui aurait été déjà tenue pour illégale, en vertu de la loi régissant la négociation collective avant l'adoption de la loi mettant fin nommément à cet arrêt de travail illégal, n'exclurait pas théoriquement la possibilité que cette grève bénéficie initialement de la protection de la liberté d'association. Il pourrait en être ainsi du moins si la notion entretenue de négociation collective aux fins de la question constitutionnelle se voulait plus large et plus souple que celle qui ferait ainsi l'objet d'un droit à la négociation en vertu de la loi régissant les rapports collectifs de l'espèce.

91. Voir, à titre illustratif, les vues divergentes à ce stade du juge en chef Dickson (aux pages 475 et suivantes) et de la juge Wilson (aux pages 485 et suivantes) dans l'affaire *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons* c. *Saskatchewan*, préc., note 2, les deux hauts magistrats s'étant par ailleurs initialement montrés d'accord pour reconnaître la protection du droit d'association au droit de grève. Des grèves entraînant certaines conséquences sociales graves pourraient par ailleurs être constitutives d'une violation criminelle de contrat aux termes de l'article 422 (2) du *Code criminel*, à moins qu'« avant la cessation du travail, toutes les mesures prévues par la loi quant au règlement de conflits industriels [ne soient] prises », ce qui repose alors la question de la validité constitutionnelle de ces dernières exigences.

règles contemporaines du travail au pays, en particulier en ce qui a trait à la protection légale du travail des grévistes à l'encontre de l'action de leur employeur. En particulier, ces dernières lois font en sorte que les grévistes ne voient pas leur lien de travail rompu du seul fait qu'ils ont participé à la grève[92] ; même, certaines de ces lois interdisent, d'une façon plus ou moins large selon le cas, le recours à des remplaçants pendant le conflit[93]. Se pose donc la question de savoir si une protection similaire s'attache à la protection constitutionnelle du droit de grève.

À cet égard, le droit international du travail, après avoir noté avec une certaine défaveur que des systèmes nationaux permettent de remplacer des grévistes durant une grève légale, considère que « porte gravement atteinte au droit de grève et affecte le libre exercice des droits syndicaux[94] » le fait que les grévistes ne retrouvent pas leur emploi à la fin d'une telle grève légale. À titre comparatif, la Cour européenne des droits de l'homme, rappelons-le, a posé que l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme[95], qui assure généralement la liberté d'association, s'il ne consacre pas expressément le droit de grève, représente « l'un des plus importants [droits syndicaux même s'il] y en a d'autres[96] ». Or, elle a aussi posé, du moins au regard du droit à la négociation collective, qu'elle envisage semblablement que, « si l'article 11 a pour objectif essentiel de protéger l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans l'exercice des droits qu'il consacre, il peut impliquer en outre l'obligation positive [pour l'État] d'assurer la jouissance effective de ces droits[97] ».

Sous réserve de l'influence que pourrait exercer un jour les positions du droit international du travail, voire celles, plus ténues, qui sont relatives à l'interprétation de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qui a trait à l'existence d'une obligation de l'État de protéger positivement et généralement l'exercice du droit de grève, il paraît

92. La loi, au départ, rejette l'idée que la grève entraîne la rupture du lien d'emploi : C.c.t., art. 3 (2) et C.t., art. 110 ; au terme de la grève, si, du moins, elle lui est conforme, la loi donne, en définitive, au salarié-gréviste l'assurance de retrouver son poste de préférence à tout remplaçant, si, du moins, le travail est encore disponible. Voir aussi : C.c.t., art. 94 (3) (d), au sujet du droit au maintien d'avantages sociaux.
93. C.c.t., art. 94 (2.1) ; C.t., art. 109.1.
94. R.C.E., préc., note 57, par. 175. La situation est identique pour ce qui est du Comité de la liberté syndicale, qui tient également l'imposition de sanctions liées au fait d'avoir déclenché une grève légale, ou d'y avoir participé, pour une violation grave de la liberté syndicale : voir C.L.S., préc., note 26, par. 658-666.
95. Convention européenne des droits de l'homme, préc., note 65.
96. *Schmidt et Dahlström* c. *Suède*, préc., note 66, par. 36.
97. *Demir et Baykara* c. *Turquie*, arrêt (au principal et satisfaction équitable) du 21 novembre 2006, n° 34503/97, par. 32 (CEDH) et arrêts antérieurs (*supra*, note 67).

loin d'être assuré que la reconnaissance d'une protection constitutionnelle du droit de grève à partir de l'alinéa 2 (d) de la Charte canadienne entraîne une telle obligation pour les législateurs canadiens. En effet, jusqu'à présent du moins, ce n'est que relativement à une situation exceptionnelle d'exclusion d'une catégorie de salariés des bénéfices d'un ensemble législatif, situation de « non-inclusion » portant atteinte à la liberté fondamentale d'association dans l'espèce, que la Cour suprême « a conclu à l'existence d'une […] exception à la règle générale selon laquelle l'art. 2 ne requiert pas de mesure gouvernementale positive[98] » et qu'elle a imposé au législateur d'adopter certaines mesures minimales de nature à assurer à la catégorie de travailleurs en cause l'exercice de leur liberté d'association. Alors, ne reviendrait-il pas de toute façon au judiciaire de constater que la participation à la grève, qu'elle soit, ou non, le fait d'un « salarié » au sens de la loi régissant généralement les rapports collectifs de travail, s'identifie à l'exercice de la liberté fondamentale d'association et que cette dernière légitimise ce qui pourrait autrement être vu comme un manquement à l'obligation contractuelle de travailler ? L'exercice de cette liberté s'opposerait ainsi notamment à la rupture du rapport salarial que l'employeur prétendrait fonder sur cette dernière prétention, ou encore sur l'occupation du poste du gréviste par un remplaçant, dans la mesure du moins où elle aurait été permise.

Conclusion

Le précédent bilan de la protection constitutionnelle du droit de grève, s'il est exact, paraît somme toute positif eu égard à la conjoncture syndicale contemporaine. Au départ, en effet, la liberté générale d'association affirmée par l'alinéa 2 (d) de la Charte canadienne est celle de tout travailleur et ne se limite pas à un segment plus ou moins large du travail salarié comme le veulent les lois du travail actuelles. Ensuite, compte tenu de l'argumentaire, tant négatif que positif à ce sujet, elle protège tout

98. *Baier* c. *Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 673, par. 27 ; la Cour suprême a situé généralement la portée de l'obligation du législateur d'agir positivement en certaines circonstances dans cet arrêt aux paragraphes 26 à 30 et 43 et suivants (j. Rothstein) de même qu'aux paragraphes 99 et suivants (j. Fish). *Dunmore* c. *Ontario (Procureur général)*, préc., note 12. Dans l'arrêt *Fraser*, préc., note 83, postérieur à l'arrêt *B.C. Health Services*, préc., note 3, la Cour d'appel de l'Ontario a conçu la portée de cette action positive plus largement que ne l'avait fait la Cour suprême dans l'arrêt *Dunmore*. Elle a alors prononcé l'invalidité de la loi corrective adoptée à la suite de ce dernier arrêt en ce qu'elle n'accordait pas, avons-nous vu, à la catégorie particulière de travailleurs vulnérables en cause des éléments substantiels du droit à la négociation collective composant le régime légal courant de rapports collectifs de travail (voir note 83) ; elle n'a toutefois pas fait mention du droit de grève parmi ces éléments, droit que ne réclamaient d'ailleurs pas les demandeurs.

aussi généralement le droit de grève, c'est-à-dire la faculté de recourir à ce procédé collectif d'affirmation des intérêts du travail contre toute atteinte de l'action des gouvernements et des législateurs qui ne serait pas justifiée au regard de la disposition de sauvegarde de l'article premier de la Charte canadienne. Cela pourrait à l'avenir comprendre certaines lois restrictives particulières jugées en cela abusives, mais aussi, au besoin, permettre de mettre à l'épreuve certaines restrictions apportées par les lois contemporaines du travail d'application courante. Ainsi, en particulier, les effets restrictifs qu'elles peuvent apporter à des grèves de solidarité dépassant le contexte des rapports collectifs d'entreprise, auxquels s'adressent trop exclusivement ces lois contemporaines, pourraient bien sembler démesurés par rapport aux avantages de « paix du travail » sur lesquels elles prétendent se fonder, et ce, compte tenu de la concentration du pouvoir au sein des entreprises transnationales d'importance grandissante dans l'économie canadienne. Bref, la question de la protection constitutionnelle du droit de grève interpelle non seulement le judiciaire, mais elle pourrait bien, si elle est résolue positivement par ce dernier, mettre au défi le dynamisme syndical.