

Le droit comme moyen de pression... politique : le cas des rapports collectifs de travail

Christian Brunelle

Volume 40, Number 1, 2010

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1026991ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1026991ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Brunelle, C. (2010). Le droit comme moyen de pression... politique : le cas des rapports collectifs de travail. *Revue générale de droit*, 40(1), 9–43.
<https://doi.org/10.7202/1026991ar>

Article abstract

For a long time, union activity took place underground, outside the law. Looking as far back as possible into the history of labour relations, criminal law and private law condemned the collective pressure tactics used by employees. This situation greatly contributed to the belief, still widely held in some union circles, that the courts are unfavourably biased against trade unions. It is essentially through political mobilization and action that trade unions, in the mid-20th century, finally obtained recognition under the law of the right to bargain collectively for their working conditions and the right to use pressure tactics to this end. Although the interests of employees have generally been well served by the legal system, legislators have, at times, intervened to limit the capacity of trade unions to bargain collectively for their working conditions or to use pressure tactics against employers. Following the adoption of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, some trade unions endeavoured to limit such legislation in the name of their constitutional freedom of association, but without success. Some observers took this as another sign of the legal system's insensitivity to trade unions. However, the Supreme Court of Canada now recognizes that freedom of association includes, at the very least, a procedural right to bargain collectively. Could the Canadian Charter henceforth provide trade unions with a new kind of pressure tactic?

Le droit comme moyen de pression... politique : le cas des rapports collectifs de travail

CHRISTIAN BRUNELLE

Professeur titulaire, vice-doyen aux programmes
de premier cycle et secrétaire
Faculté de droit, Université Laval, Québec

RÉSUMÉ

Pendant longtemps, l'action syndicale s'est déployée dans la clandestinité, en marge du droit. Aussi loin que l'on puisse remonter dans l'histoire des relations de travail, le droit criminel et le droit des rapports privés réprouvaient les moyens de pression exercés collectivement par les salariés. Cette situation contribuera dans une large mesure à nourrir la croyance, encore répandue dans certains milieux syndicaux, selon laquelle les tribunaux judiciaires ont un préjugé défavorable aux syndicats. C'est essentiellement par la mobilisation et l'action politiques que les syndicats finiront par obtenir du législateur, au milieu du

ABSTRACT

For a long time, union activity took place underground, outside the law. Looking as far back as possible into the history of labour relations, criminal law and private law condemned the collective pressure tactics used by employees. This situation greatly contributed to the belief, still widely held in some union circles, that the courts are unfavourably biased against trade unions. It is essentially through political mobilization and action that trade unions, in the mid-20th century, finally obtained recognition under the law of the right to bargain collectively for their working conditions and the right to use pressure tactics to this

XX^e siècle, la reconnaissance du droit de négocier collectivement les conditions de travail et du droit d'exercer des moyens de pression à cette fin. Même si ce régime législatif a généralement bien servi les intérêts des salariés, le législateur est parfois intervenu afin de limiter la capacité des syndicats de négocier collectivement les conditions de travail ou d'exercer des moyens de pression contre l'employeur. Au lendemain de l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés, certains syndicats ont bien tenté de limiter de telles pratiques législatives au nom de leur liberté constitutionnelle d'association, mais sans succès. Certains ont vu là un autre signe d'insensibilité judiciaire à la réalité syndicale. Toutefois, la Cour suprême du Canada reconnaît désormais que la liberté d'association comprend à tout le moins un droit procédural à la négociation collective. Et si la Charte canadienne offrait ainsi aux syndicats un moyen de pression nouveau genre?

end. Although the interests of employees have generally been well served by the legal system, legislators have, at times, intervened to limit the capacity of trade unions to bargain collectively for their working conditions or to use pressure tactics against employers. Following the adoption of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, some trade unions endeavoured to limit such legislation in the name of their constitutional freedom of association, but without success. Some observers took this as another sign of the legal system's insensitivity to trade unions. However, the Supreme Court of Canada now recognizes that freedom of association includes, at the very least, a procedural right to bargain collectively. Could the Canadian Charter henceforth provide trade unions with a new kind of pressure tactic?

Mots-clés : *Syndicats, liberté d'association, négociation collective, pouvoir judiciaire, Charte canadienne, droit de grève, mobilisation politique du droit*

Key-words : *Unions, freedom of association, collective bargaining, judicial power, Canadian Charter, right to strike, political mobilization of law*

SOMMAIRE

I. Le syndicat : un acteur politique	14
1. L'action syndicale en marge du droit	14
2. L'action syndicale légitimée par le droit	19
II. Le juge : un allié politique?.....	24
1. L'autonomie collective devant le pouvoir judiciaire	25
2. La liberté syndicale protégée par le pouvoir judiciaire	32
Conclusion	42

1. Dans sa conception classique, la formation juridique postule qu'il y a, entre le droit et la politique, une cloison supposée étanche. Sitôt admis à la faculté de droit, les juristes en herbe sont promptement initiés au principe de la séparation des pouvoirs selon lequel il appartient à la branche législative d'énoncer des politiques, le rôle du juge se limitant à interpréter les textes qui les formulent.

2. L'enchâssement de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ dans la Constitution incite aujourd'hui à nuancer pareil enseignement. En favorisant le passage de la souveraineté parlementaire vers la souveraineté constitutionnelle², la Charte canadienne a « transformé le principe constitutionnel

1. *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.U.), dans L.R.C. (1985), App. II, n° 44 (ci-après : « Charte canadienne »).

2. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, p. 563 (par. 131); *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, p. 258 (par. 72).

de la séparation des pouvoirs qui, jusque là, plaçait les tribunaux dans une catégorie à part parmi les organes de l'État, une catégorie en marge de l'activité politique».³ De fait, la Charte a transformé la fonction judiciaire⁴ en contraignant les juges à dire le droit à partir de grands principes et valeurs⁵ constitutionnels au contenu largement indéterminé (dignité, égalité, justice, liberté...), ce qui les oblige à investir inexorablement le terrain politique⁶.

3. Si la dissociation que font traditionnellement les juristes entre le droit et la politique est ainsi menacée d'obsolescence, elle n'a pas davantage de résonance dans la société civile où le droit apparaît, plus que jamais, comme une « ressource politique mobilisable »⁷. Certes, la sphère politique demeure le lieu par excellence pour assurer et faire progresser les droits d'une collectivité ou d'un groupe donné, mais à l'ère des chartes des droits, « l'arène judiciaire constitue souvent une alternative à l'obstruction d'autres espaces d'expression et de débats politiques »⁸. Les tribunaux peuvent ainsi être appelés à renforcer « toute faiblesse de la démocratie en permettant à ceux qui sont exclus d'une participation démocratique égale et effective dans notre société de se faire entendre et en leur offrant une réparation »⁹.

4. Ainsi, la mobilisation du droit à des fins politiques peut servir à « la constitution d'un rapport de force favorable »¹⁰. Toutefois, ce n'est résolument pas cette avenue que les

3. Henri BRUN, Guy TREMBLAY, Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 794.

4. Michel COUTU, Georges MARCEAU (avec la collaboration d'Annie PELLETIER, Karine PELLETIER), *Droit administratif du travail — Tribunaux et organismes spécialisés du domaine du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 42-43.

5. *Id.*, p. 75.

6. H. BRUN, G. TREMBLAY, E. BROUILLET, *supra*, note 3, p. 788 et suiv.

7. Pierre NOREAU, « Le droit comme vecteur politique de la citoyenneté. Cadre d'analyse pour l'étude des rapports collectifs entre majorité et minorités », dans Michel COUTU, Pierre BOSSET, Caroline GENDREAU, Daniel VILLENEUVE (dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, 323, p. 330; Pierre NOREAU, Élisabeth VALLET, « Le droit comme ressource des minorités nationales : un modèle de mobilisation politique du droit », dans Pierre NOREAU, José WOEHLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, 55, p. 56.

8. P. NOREAU, (2000), *id.*, p. 330.

9. *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, p. 932 (J. Dickson).

10. P. NOREAU, É. VALLET, *supra*, note 7, p. 65.

syndicats ont traditionnellement privilégiée pour sortir de la clandestinité et asseoir leur légitimité dans leurs rapports avec les employeurs. C'est dans la sphère politique qu'ils ont d'abord déployé leurs efforts pour obtenir une reconnaissance à titre de représentants légitimes des salariés en milieu de travail. C'est bien le pouvoir législatif — par opposition au pouvoir judiciaire — qui leur offrira cette reconnaissance, acquise de haute lutte. Seule une volonté législative affirmée aura ainsi permis aux syndicats de jouer pleinement leur rôle d'agent de transformation sociale à titre d'acteur politique (I).

5. Toutefois, cette volonté ne s'exprime manifestement plus avec la même vigueur aujourd'hui. La baisse progressive des taux de syndicalisation observée au Canada s'accompagne d'une stagnation certaine des lois du travail.¹¹ Sensible à la mouvance néolibérale qui prévaut depuis les années 1980, l'État « mise largement, pour réguler le développement économique, sur le libre jeu des forces du marché et repousse l'interventionnisme étatique »¹². Ainsi, l'action législative tend bien davantage vers la déréglementation, la privatisation, la libéralisation des marchés et l'allègement de la fiscalité que vers une protection accrue des droits sociaux. Résultat : « Ces changements ont miné le rapport de force que les syndicats entretiennent envers le patronat et érodé leur influence politique »¹³. Dans ces conditions, l'apparente désaffection de la classe politique à l'égard des travailleurs est susceptible d'élever la mobilisation du droit au rang des moyens de pression nouveau genre, le juge étant dès lors convié à se substituer au législateur dans la quête d'une plus grande justice sociale. À cet égard, la garantie de

11. Jean BERNIER *et al.* (dir.), *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, 56^e Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval, 2001, 186 p.; Gilles TRUDEAU, « La grève au Canada et aux États-Unis : d'un passé glorieux à un avenir incertain », (2004) 38 *R.J.T.* 1, p. 48 : « Le droit du travail est actuellement sclérosé en Amérique du Nord ».

12. Jacques ROUILLARD, « Les colonnes du temple néolibéral ébranlées », *Le Devoir*, 3 octobre 2008, p. A-9.

13. Jacques ROUILLARD, « Les déboires du syndicalisme nord-américain (1960-2003) », *Bulletin du Regroupement des chercheurs et chercheuses en histoire des travailleurs et travailleuses du Québec*, vol. 30, n^o 1 (79), printemps 2004, 4, p. 22.

la liberté d'association inscrite dans la Charte canadienne offre de nouvelles perspectives (II).

I. LE SYNDICAT: UN ACTEUR POLITIQUE

6. La *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁴, l'acte fondateur du Canada, fait l'impasse sur la question des relations de travail, un peu comme si le constituant avait voulu en gommer la réalité. À cette époque où le libéralisme économique était triomphant¹⁵, les rapports employeur-employé participaient de la simple liberté contractuelle, le travail relevant en substance de « la propriété » et des « droits civils »¹⁶. Fortement imprégné du principe de l'autonomie contractuelle, le droit commun — qu'il s'exprime dans la common law ou le droit civil — pouvait difficilement appréhender la réalité « atypique » des rapports collectifs de travail où un tiers, le syndicat, s'interpose et « forme écran »¹⁷ dans une relation conçue comme fondamentalement bipartite entre *un* employeur et *un* salarié. C'est donc en marge du droit que l'action syndicale va d'abord se déployer (1). Toutefois, l'inégalité intrinsèque du rapport entre l'employeur et ses subordonnés va susciter chez ces derniers un tel sentiment d'injustice que le législateur, faute de pouvoir le réprimer, va canaliser par la mise en place d'un régime juridique singulier et largement distinct du droit commun. Cette reconnaissance de l'acteur syndical, par le droit, va lui conférer une légitimité qui va favoriser, du coup, l'émancipation des droits sociaux (2).

1. L'ACTION SYNDICALE EN MARGE DU DROIT

7. Si le système juridique en place au début de la Confédération était plutôt minimal, il intégrait déjà la distinction fondamentale entre le droit public (apparenté, pour l'essentiel,

14. 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), dans L.R.C. (1985), app. II, n° 5.

15. Fernand MORIN, Jean-Yves BRIÈRE, Dominic ROUX, *Le droit de l'emploi au Québec*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, p. 75 (par. I-64).

16. *Supra*, note 14, art. 92 (13).

17. *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, p. 228 (j. LeBel, par. 42).

au droit criminel) et le droit privé. Or, l'une et l'autre de ces sphères du droit concouraient, chacune à sa façon, à annihiler ce que l'on nomme aujourd'hui la liberté syndicale. C'est donc dans la clandestinité et l'illégalité que le mouvement syndical va construire ses assises. Non seulement le droit de jadis ne reconnaissait pas la légitimité des syndicats comme « acteurs politiques », mais il niait même leur existence sur le plan juridique.

8. Ainsi, pour le droit criminel, le phénomène syndical pouvait être assimilé à une coalition illicite, tantôt pour violer un contrat au préjudice de l'employeur¹⁸, tantôt pour « restreindre le commerce »¹⁹ ou « limiter indûment les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasiner ou de commerce de tout article ou denrée qui peut faire l'objet d'un trafic ou d'un commerce »²⁰.

9. Pour échapper alors à d'éventuelles poursuites, selon la bien nommée « peur du gendarme »²¹, « certains syndicats s'affichent plutôt comme des sociétés de secours mutuel, sortes de coopératives destinées à venir en aide à leurs membres en cas d'accident, de maladie ou de décès »²².

10. En 1872, 24 dirigeants syndicaux torontois, qui font la grève en vue que la journée de travail dans l'industrie de l'imprimerie soit réduite à neuf heures, sont condamnés pour conspiration criminelle²³. L'affaire a un tel retentissement

18. Rappelons que « [t]out employé qui rompt unilatéralement son contrat de travail commettait un acte criminel »: Laurent QUINTAL, « L'évolution des lois du travail et de la sécurité sociale au cours des 100 dernières années », *Gazette du travail*, vol. 3, n° 4, édition du centenaire, p. 58. Voir, par exemple, l'*Acte concernant les maîtres et serviteurs dans les cantons ruraux*, S.R. du Bas-Canada (1861), c. 27, abrogé en 1877 par l'*Acte pour abroger certaines lois déclarant criminelles les violations de contrat de louage de service personnel, et pourvoir à la punition de certaines violations de contrat*, 40 Vict., c. 35, art. 365.

19. Selon l'expression employée lors de la codification du *Code criminel* de 1892, 55-56 Vict., c. 29, art. 516.

20. *Id.*, art. 520, alinéa a).

21. Antoine JEAMMAUD, « Les règles juridiques et l'action », *Recueil Dalloz Sirey*, 1993, 29^e Cahier, Chronique LV, 207, p. 208.

22. Jacques ROUILLARD, *Le syndicalisme québécois : deux siècles d'histoire*, Montréal, Boréal, 2004, p. 21. Pierre VERGE, Gregor MURRAY, *Le droit et les syndicats : aspects du droit syndical québécois*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1991, p. 14, font pour leur part allusion à des « associations amicales ».

23. Voir notamment Mark CHARTRAND, « The First Canadian Trade Union Legislation : An Historical Perspective », (1984) 16 *Ott. L. Rev.* 267.

dans la population que le Parlement fédéral, suivant l'exemple britannique, aménage une exception à la loi, à la faveur des « associations ouvrières ». Selon les termes employés, « le but de toute association ouvrière ne sera pas, par le fait qu'il constitue une restriction du commerce, réputé illégal [...] »²⁴. L'on s'entend généralement pour dire que, par cette intervention législative, l'action syndicale accédait, dans une certaine mesure, « à la légalité, non pas, il est vrai, par une affirmation générale, mais par voie d'immunités face au droit criminel »²⁵. Il s'agit pour ainsi dire de « la première conquête de la liberté syndicale »²⁶, si modeste soit-elle :

Quoique significative en soi, cette intervention législative n'améliore pas de façon sensible la position des syndicats. [...] [L]es lois de 1872 exigent, comme condition d'accès aux bénéfices qu'elles établissent, que les syndicats s'enregistrent auprès du gouvernement, ce que très peu d'unions ne feront. Ce n'est qu'en 1892 que le bénéfice de la libéralisation du droit criminel ne s'élargit à l'ensemble du mouvement syndical canadien.²⁷

11. Si l'étau du droit criminel se relâche lentement, la légalité « civile » de l'activité syndicale n'est pas pour autant acquise. D'une part, les associations syndicales restent dans l'ombre du droit puisqu'elles ne sont pas même dotées de la personnalité juridique. Cette dernière « construction du droit »²⁸, dont la fonction essentielle est de permettre « la communication entre le monde réel et l'univers abstrait, intellectuel du droit »²⁹, ne recoupe pas la dimension collective des syndicats. Partant, même si ceux-ci parviennent à négocier des ententes avec des employeurs, ils ne peuvent s'adresser aux tribunaux pour faire respecter leurs

24. *Acte concernant les relations ouvrières (Trade Unions)*, (1871) 35 Vict. c. 30, art. 2.

25. Christian BRUNELLE, 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, p. 737.

26. F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX, *supra*, note 15, p. 831 (par. IV-12).

27. G. TRUDEAU, *supra*, note 11, p. 14.

28. Édith DELEURY, Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 3.

29. *Ibid.* (citant G. GOUBEUX).

contrats³⁰. Aux yeux du droit, le syndicat est alors réduit au rang de « non-être »³¹. Si l'on peut aisément mesurer les inconvénients considérables que cette non-reconnaissance de la personnalité juridique pouvait présenter, il faut convenir qu'elle n'était pas forcément incompatible avec les « aspirations syndicales d'alors, davantage axées sur la liberté d'action autonome »³². Sans compter que « les associations *de facto* pouvaient ainsi se dérober aux conséquences juridiques de leurs actes »³³. Faut-il rappeler que l'exercice d'activités illégales peut constituer, parfois, « une expression du rejet de l'ordre juridique et politique de la majorité »³⁴?

12. Toutefois, non seulement les tribunaux civils vont se faire les gardiens farouches de la légalité, mais ils vont la définir de manière telle que la liberté syndicale continuera d'en être exclue dans une large mesure. Ainsi s'ouvre l'ère du « gouvernement par injonction »³⁵, de l'intrusion du pouvoir judiciaire dans les relations du travail.

13. Les employeurs qui subissent les moyens de pression syndicaux en raison, le plus souvent, de leur refus catégorique de négocier avec le syndicat³⁶ sollicitent d'emblée l'intervention des juges. Ceux-ci n'hésitent pas à émettre des ordonnances d'injonction destinées, selon les cas, à mettre fin

30. Joseph M. WEILER, « Le rôle du droit dans les relations du travail », dans Ivan BERNIER, Andrée LAJOIE (coord.), *Le droit du travail et le droit urbain au Canada*, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, c. 1, p. 4.

31. F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX, *supra*, note 15, p. 865 (par. IV-28). Voir, à cet effet, *International Ladies Garment Workers Union c. Rother*, (1923) 34 B.R. 69, p. 79-80 (J. Rivard).

32. P. VERGE, G. MURRAY, *supra*, note 22, p. 116.

33. *Id.*, p. 123. Judy FUDGE, Eric TUCKER, *Labour Before the Law: The Regulation of Workers' Collective Action in Canada, 1900-1948*, Don Mills, Ont., Oxford University Press, p. 29, 32-33 et 47, rappellent d'ailleurs que les employeurs ont exercé, apparemment sans succès, des pressions politiques pour que les syndicats soient tenus d'être incorporés.

34. P. NOREAU, É. VALLET, *supra*, note 7, p. 65.

35. J. FUDGE, E. TUCKER, *supra*, note 33, p. 32.

36. Comme le rappelle, à juste titre, G. TRUDEAU, *supra*, note 11, p. 6 : « La grève et le boycott des employeurs réfractaires à reconnaître l'existence d'une association syndicale ou à agréer à ses demandes étaient les seuls moyens d'action dont disposait le mouvement syndical pour faire valoir son point de vue. »

à la grève, à faire cesser ou limiter l'usage du piquetage³⁷, à assurer le respect des biens de l'employeur et le libre accès à son établissement, à interdire la pratique du boycott³⁸, à faire cesser le recours aux menaces, à l'intimidation ou à la violence³⁹... C'est ainsi que « l'injonction devient une arme judiciaire redoutable au service du patronat dans sa guerre sans merci contre l'expansion du syndicalisme »⁴⁰. En outre, le droit de la responsabilité civile était également mis à profit pour mater les syndicats⁴¹, contribuant ainsi à supprimer « la liberté d'action conférée par l'abrogation des sanctions pénales »⁴².

14. En somme, sur l'initiative des employeurs, les juges deviennent des acteurs de premier plan dans les rapports collectifs de travail dès la fin du XIX^e siècle. Toutefois, les travailleurs et leurs associations ne tardent pas à faire le constat que dans la balance de la justice, le plateau de la liberté syndicale est d'une désolante légèreté⁴³. De là à conclure que les juges ne sont pas impartiaux et entretiennent un préjugé réel

37. Dans le langage coloré qui a contribué à sa renommée, le syndicaliste Michel Chartrand affirmait, en 1976 : « Les juges violent le Code criminel à qui mieux mieux. Le droit de grève, le droit de piquetage, c'est dans le Code criminel depuis 1872. On dirait que les juges ne le savent pas. Ils accordent des injonctions qui obligent les travailleurs à se tenir à 500, à 2 000 pieds de l'usine et on ne peut rien faire contre cela sauf de ne pas les respecter »: Michel CHARTRAND, *Les dires d'un homme de parole*, édition préparée et présentée par Fernand FOISY, Montréal, Lanctôt éditeur, 1997, p. 215.

38. J. FUDGE, E. TUCKER, *supra*, note 33, p. 28.

39. Jacques ARCHAMBAULT, « Injonctions et conflits du travail », (1979) 34 *Relations industrielles* 140, p. 149; Fernand MORIN, « L'injonction en temps de grève », (1977) 32 *Relations industrielles* 414, p. 430-431; Fernand MORIN, *Rapports collectifs de travail*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 501 (par. IV-85).

40. G. TRUDEAU, *supra*, note 11, p. 10.

41. Harry W. ARTHURS, « Tort Liability for Strikes in Canada : Some Problems of Judicial Workmanship », (1960) 38 *R. du B. Can.* 346; Harry W. ARTHURS, « Labour and the "Real" Constitution », (2007) 48 *C. de D.* 43, p. 58 : « Tort doctrines, such as conspiracy to injure, inducing breach of contract and wrongful interference with economic rights were developed with the transparent purpose of curbing union power »; C. BRUNELLE, P. VERGE, *supra*, note 25, p. 737. Comme le soulignent J. FUDGE, E. TUCKER, *supra*, note 33, p. 23 : « Damage actions lodged against trade unions threatened strike funds, which enable striking workers and their families to survive ».

42. J.M. WEILER, *supra*, note 30, p. 4.

43. J. FUDGE, E. TUCKER, *supra*, note 33, p. 26 : « Workers and their unions saw that their privileges to strike and engage in tactics of persuasion were being eroded by a judiciary bent on preserving a scanted version of public order and protecting employers' rights of property and contract. To them, their precarious legislative victories were being attacked by judicial decree. »

en faveur des employeurs, il n'y a qu'un pas que le mouvement syndical ne tarde pas à franchir⁴⁴. À l'évidence, sa quête d'une meilleure protection de la liberté syndicale appelle à investir plutôt le champ de l'action politique.

2. L'ACTION SYNDICALE LÉGITIMÉE PAR LE DROIT

15. Au début du XX^e siècle, la loi tolère l'action syndicale, mais elle n'en fait pas pour autant la promotion. Toutefois, l'industrialisation rapide que connaît le pays à ce moment nécessite une main-d'œuvre de plus en plus abondante. C'est précisément par la force du nombre que les travailleurs vont parvenir à convaincre les élus de la nécessité de politiques plus favorables à la syndicalisation.

16. Au lendemain de la grande dépression qui foudroie l'Amérique du Nord à la fin des années 1920, la classe politique états-unienne cherche désespérément à assurer la relance de l'économie. La reconnaissance législative du droit des salariés de négocier collectivement leurs conditions de travail figurait parmi les mesures — regroupées sous le vocable évocateur *New Deal* — destinées à sortir le pays de la crise.

17. À partir de 1933, une vague de grèves⁴⁵ ponctuées d'affrontements violents déferle sur les États-Unis; une commission gouvernementale, la *National Labor Board*, est créée pour tenter de l'endiguer, mais ses pouvoirs sont plutôt limités. Le sénateur démocrate Robert Ferdinand Wagner — à qui l'on confie la présidence de cette commission constituée de trois représentants patronaux et d'autant de représentants syndicaux⁴⁶ — se heurte à la résistance patronale dans ses

44. H.W. ARTHURS, (2007), *supra*, note 41, p. 46 et 58; Judy FUDGE, Harry GLASBEEK, « The Legacy of PC 1003 », (1995) 3 *C.L.E.L.J.* 357, p. 363-364; J. FUDGE, E. TUCKER, *id.*, p. 32.

45. Arthur M. SCHLESINGER Jr., *The Coming of the New Deal*, Boston, Riverside Press Cambridge, 1959, p. 145 : « In June 1933 the Bureau of Labor Statistics reported 137 new strikes, in July 240, in August 246; by September nearly 300,000 workers were out. »

46. Joseph G. RAYBACK, *A History of American Labor*, New York, Free Press, 1966, p. 330; A.M. SCHLESINGER, *id.*, p. 146-147.

diverses tentatives pour assainir les relations de travail⁴⁷. Il prend alors conscience de la nécessité d'encadrer juridiquement le processus de négociation en altérant radicalement le rapport de forces entre employeurs et employés pour en assurer un meilleur équilibre par l'attribution de pouvoirs accrus aux syndicats. Il faut, selon lui, reconnaître le « rôle social du syndicalisme ouvrier »⁴⁸.

18. Après quelques tentatives infructueuses pour faire adopter un projet de loi en ce sens⁴⁹, il récidive une fois de plus en février 1935⁵⁰. Cette fois, sa persévérance s'avère profitable. Le 5 juillet suivant, le président américain Franklin Delano Roosevelt appose sa signature sur le projet de loi d'abord adopté par la Chambre des représentants :

Cette loi reconnaissait d'une façon concrète le droit d'association, mettait au point les mécanismes juridiques permettant aux travailleurs de choisir un syndicat pour les représenter, donnait à celui-ci droit de négociation exclusif et prohibait un certain nombre de pratiques déloyales en matière de relations du travail.⁵¹

19. Il semble que quatre grands objectifs inspiraient la *Loi Wagner*, les deux premiers ayant trait à des préoccupations d'ordre essentiellement économique, les autres traduisant plutôt un souci démocratique :

- i) promouvoir la paix industrielle par la réduction des conflits de travail, lesquels sont source de « désordres sociaux qui entravent le commerce »;
- ii) restaurer « le pouvoir d'achat des ouvriers » de manière à faciliter « les échanges commerciaux » en mettant un frein aux diminutions salariales;

47. A.M. SCHLESINGER, *id.*, 148-149.

48. Serge DENIS, *Un syndicalisme pur et simple : mouvements ouvriers et pouvoir politique aux États-Unis, 1919-1939*, Montréal, Boréal, 1986, p. 215.

49. *Id.*, p. 215-216.

50. Pour connaître l'évolution et la teneur des différents textes qui ont mené à la *Loi Wagner*, voir : Kenneth CASEBEER, « Drafting Wagner's Act : Leon Keyserling and the Precommittee Drafts of the Labor Disputes Act and the National Labor Relations Act », (1989) 11 *I.R.L.J.* 73.

51. Gérard DION, *Dictionnaire des relations du travail*, 2e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1986, p. 507 (« *Wagner Act* »).

- iii) favoriser une redistribution plus équitable des richesses en rétablissant « une égalité entre le pouvoir de négociation des employeurs et celui des employés »;
- iv) démocratiser les lieux de travail⁵².

20. Cela étant, en contraignant l'employeur à reconnaître le droit des salariés de former ou de joindre une association de leur choix pour négocier, par l'action collective, leurs conditions de travail, le législateur américain conférait au salariat un puissant outil de lutte contre la toute-puissance patronale :

[...] il n'y a aucun moyen, pour le travailleur, de défendre isolément ses intérêts les plus vitaux face à l'autorité patronale : seule l'action collective, épisodique — la grève — ou continue — le syndicat — peut rééquilibrer, au profit des salariés, un dialogue qui, s'il s'engage au plan individuel, se réduit à l'énoncé pour l'employeur, fort de sa puissance économique, de ses volontés⁵³.

21. La *Loi Wagner*, « pièce maîtresse du système de relations du travail aux États-Unis »⁵⁴, va faire école au Canada. Les associations syndicales, dont plusieurs sont en quelque sorte des satellites des syndicats américains⁵⁵, accentuent les pressions contre le gouvernement fédéral pour que la négociation collective s'impose dorénavant aux employeurs.

22. Le 20 mars 1944, en pleine guerre mondiale, les *Règlements des relations ouvrières en temps de guerre*⁵⁶ édictés par le gouvernement de Mackenzie King en vertu de la *Loi sur les*

52. James J. BRUDNEY, « A Famous Victory : Collective Bargaining Protections and the Statutory Aging Process », (1996) 74 *N.C.L. Rev.* 939, p. 950.

53. Jean RIVERO, « Les droits de l'Homme : droits individuels ou droits collectifs? », dans Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et de l'Institut de recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg, *Les droits de l'Homme : droits collectifs ou droits individuels*, tome XXXII, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, p. 20.

54. René LAPERRIÈRE, « États-Unis d'Amérique », dans Antoine LYON-CAEN, Antoine JEAMMAUD (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, Paris, Actes Sud, 1986, 189, p. 192.

55. René LAPERRIÈRE, « Canada et Québec », dans Antoine LYON-CAEN, Antoine JEAMMAUD (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, Paris, Actes Sud, 1986, 169, p. 170; Marie-Ange MOREAU, Gilles TRUDEAU, « Les modes de réglementation sociale à l'heure de l'ouverture des frontières : quelques réflexions autour des modèles européen et nord-américain », (1992) 33 *C. de D.* 345, 375; J.M. WEILER, *supra*, note 30, p. 32.

56. Décret C.P. 1003, 17 février 1944, dans *Décrets, ordonnances et règlements canadiens de guerre*, 1944, vol. I, Ottawa, 1944, p. 465.

mesures de guerre⁵⁷ entrent en vigueur⁵⁸. À la manière de la *Loi Wagner* et pour la toute première fois à l'échelle fédérale, ces normes réglementaires garantissent aux salariés un véritable droit d'imposer au patronat la négociation collective de leurs conditions de travail par le syndicat de leur choix⁵⁹. Jusqu'alors, la politique canadienne était essentiellement fondée sur le consensualisme : l'employeur était libre de reconnaître ou non l'association syndicale choisie par les salariés aux fins de la négociation de leurs conditions de travail.

23. Pris au piège de sa propre logique qui consiste à faire l'apologie du consensualisme tout en imposant des plafonds salariaux pour contenir l'inflation, le gouvernement fédéral est poussé dans ses derniers retranchements⁶⁰. Le décret C.P. 1003 lui servira pour ainsi dire d'exutoire.

24. Ce décret fédéral reconnaissait aux employés le droit d'être membres d'un syndicat, de participer à ses activités légitimes, d'élire des représentants-négociateurs par un vote majoritaire afin que les salariés ainsi élus entreprennent des négociations en vue de conclure une convention collective. D'abord conçu comme une mesure temporaire, le temps que dure la guerre⁶¹, ce régime de négociation collective est demeuré intact par la suite et a ainsi préparé le terrain pour le *Code canadien du travail*⁶², toujours en vigueur aujourd'hui⁶³.

57. S.R.C. 1927, vol. IV, c. 206.

58. *Journals of the House of Commons of the Dominion of the Canada*, vol. 84, 1945, 8 George VI, 202.

59. Judy A. FUDGE, « Voluntarism, Compulsion and the Transformation of Canadian Labour Law during World War II », dans Gregory S. KEALEY, Greg PATMORE, *Canadian and Australian Labour History: Towards a Comparative Perspective*, St-John, Committee on Canadian Labour History, 1990, p. 81; Robert P. GAGNON, Louis LEBEL, Pierre VERGE, *Droit du travail*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1991, p. 27; Gérard HÉBERT, « La législation sur les relations du travail au Canada et le C.P. 1003 », (1995) 50 *Relat. Ind.* 85, 94 : « L'obligation de négocier constituait le cœur de la loi. »

60. J.A. FUDGE, *id.*, p. 89.

61. Laurel S. MACDOWELL, « The Formation of the Canadian Industrial Relations System During World War Two », dans Laurel S. MACDOWELL, Ian RADFORTH (dir.), *Canadian Working Class History: Selected Readings*, Toronto, Canadian Scholars' Press, 1992, 575, p. 579, 583 et 590.

62. Rodrigue BLOUIN, *La juridiciarisation de l'arbitrage de grief*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 20; Gregor MURRAY, Pierre VERGE, *La représentation syndicale : visage juridique actuel et futur*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999, p. 11.

63. L.R.C. 1985, c. L-2 (ci-après : « *Code canadien du travail* »).

25. Au Québec, c'est également en 1944, par le truchement de la *Loi des relations ouvrières*⁶⁴ — promulguée tout juste deux semaines avant l'adoption du décret fédéral C.P. 1003⁶⁵ — que le législateur québécois faisait de la négociation collective des conditions de travail par un syndicat dûment accrédité un véritable « droit » opposable à l'employeur. Il se distinguait en cela de la majorité des autres provinces canadiennes qui, pendant le conflit mondial, « suspendirent leur législation et firent en sorte que les règlements [des relations ouvrières en temps de guerre] s'appliquent dans leur ressort »⁶⁶. Craignant pour sa part qu'Ottawa ne tire avantage de la guerre pour tenter d'étendre son emprise sur tout le domaine des relations de travail, matière réputée de compétence provinciale⁶⁷, l'Assemblée nationale s'empressait de légiférer⁶⁸.

26. Élaborée sur le modèle états-unien⁶⁹, la *Loi des relations ouvrières* constituait le tout premier essai du législateur québécois pour aménager les rapports collectifs de travail⁷⁰. Cette loi était perçue comme un « moyen d'assurer la paix dans l'industrie et d'amener, sans l'intervention directe de l'État, l'établissement de conditions de travail plus adéquates »⁷¹. Si la *Loi des relations ouvrières* a depuis été subsumée dans le *Code du travail* du Québec⁷², les principes fondamentaux qu'elle mettait de l'avant y demeurent bien présents⁷³.

27. Ces principes fondamentaux, calqués sur la *Loi Wagner* et communs à tous les régimes législatifs de rapports collectifs

64. S.Q. 1944, c. 30.

65. *Id.*, art. 3; Pierre VERGE, « Bref historique de l'adoption du monopole de la représentation syndicale au Québec », (1971) 12 *C. de D.* 303, p. 308.

66. J.M. WEILER, *supra*, note 30, p. 11.

67. *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, p. 749 (J. Estey), 772 (J. Dickson) et 779 (J. Beetz); *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53 (J. Rothstein, par. 28).

68. G. HÉBERT, *supra*, note 59, 101; Jacques ROUILLARD, *Histoire du syndicalisme au Québec*, Montréal, Boréal, 1989, p. 250.

69. R. LAPERRIÈRE, *supra*, note 55, p. 173; F. MORIN, *supra*, note 39, p. 32 (par. 0-28); Pierre VERGE, Guylaine VALLÉE, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, coll. Le droit aussi..., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 114.

70. F. MORIN, *id.*, 273 (par. III-17).

71. R.P. GAGNON, L. LEBEL, P. VERGE, *supra*, note 59, p. 27.

72. *Ibid.*

73. G. MURRAY, P. VERGE, *supra*, note 62, p. 11.

de travail en vigueur au Canada, peuvent se résumer à grands traits :

- a) reconnaissance du droit des salariés de s'associer pour former librement une association syndicale et prendre part à ses activités licites;
- b) établissement d'une procédure visant à faire déterminer, par un tribunal administratif spécialisé (une commission des relations du travail ou *labour relations board*), le caractère représentatif de l'association syndicale ou la composition de l'unité de négociation;
- c) octroi d'un monopole de représentation au syndicat choisi par une majorité absolue des salariés de l'unité de négociation;
- d) protection du droit des salariés de négocier collectivement leurs conditions de travail par :
 - l'interdiction de certaines pratiques réputées déloyales;
 - l'exigence, imposée aux parties, de négocier de bonne foi;
 - l'attribution d'une vaste discrétion aux parties quant au contenu de la convention collective;
 - la possibilité d'exercer, à des périodes bien déterminées, le recours à la grève ou au lock-out pour influencer sur le cours des négociations;
- e) affirmation de l'effet obligatoire de la convention collective et instauration d'une procédure d'arbitrage exclusif pour en faire assurer le respect⁷⁴.

28. Ce sont essentiellement des revendications *politiques*, portées par le mouvement syndical, qui ont amené les élus à consacrer ces principes dans la législation du travail. Ils sont le fruit d'une lutte incessante des syndicats pour obtenir une reconnaissance juridique favorable à leur épanouissement, certes, mais aussi à leur autonomie, notamment par rapport au pouvoir judiciaire...

II. LE JUGE : UN ALLIÉ POLITIQUE?

29. S'il fallait dégager, sur un plan historique, l'ultime motivation des syndicats à obtenir une reconnaissance

74. Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement raisonnable en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 37-38.

institutionnelle par le droit, elle résiderait probablement dans leur soif d'une plus grande autonomie dans leurs rapports avec les employeurs. À cet égard, l'intervention du juge afin de contrer — notamment par la voie de l'injonction — les moyens de pression exercés par le syndicat était invariablement assimilée à une immixtion injustifiée, en faveur de l'employeur, dans un rapport pourtant déjà empreint d'inégalité. Dans ce contexte, il ne faut pas s'étonner que les revendications politiques exercées par le mouvement syndical pour obtenir une reconnaissance de l'État se soient aussi traduites par une volonté de garder le pouvoir judiciaire à bonne distance des rapports collectifs de travail (1).

30. Toutefois, face à un État moderne secoué par diverses « crises » (crise *budgétaire*, crise d'*effectivité*, crise *idéologique* et crise de *légitimité*...⁷⁵) et qui semble impuissant sinon indifférent face à la montée des inégalités, se pourrait-il que l'on assiste à une réhabilitation du pouvoir judiciaire, appelé en renfort pour soutenir la liberté syndicale sous-jacente à la liberté générale d'association garantie par les chartes des droits (2)?

1. L'AUTONOMIE COLLECTIVE DEVANT LE POUVOIR JUDICIAIRE

31. Dans leur conception même, les codes du travail laissent relativement peu de place au pouvoir judiciaire. Selon la volonté originale du législateur, l'intervention du juge dans les rapports collectifs de travail devait demeurer exceptionnelle. Cela s'explique par le fait que le droit du travail est marqué par une forte volonté autonomiste⁷⁶. Il est fondé sur le postulat que ce sont les parties à la relation de travail elles-mêmes qui sont les mieux placées pour convenir, en toute autonomie, des règles qui vont régir leurs rapports⁷⁷. Dans les milieux de travail syndiqués, cette conception est très fortement enracinée.

75. M. COUTU, G. MARCEAU, *supra*, note 4, p. 24-27.

76. Guylaine VALLÉE, « Le droit du travail comme lieu de pluralisme juridique », dans Céline SAINT-PIERRE, Jean-Philippe WARREN (dir.), *Sociologie et société québécoise : Présences de Guy Rocher*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, 241, p. 242 et suiv.

77. Pierre VERGE, Gilles TRUDEAU, Guylaine VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 54 et suiv.

Ainsi, pendant la majeure partie du XX^e siècle, « [c]’est l’autonomie collective qui a été l’objet privilégié et prépondérant des politiques publiques en matière d’emploi »⁷⁸, la négociation collective permettant « aux travailleurs d’exercer leur capacité de se gouverner eux-mêmes »⁷⁹.

32. Dans ces conditions, il n’est pas étonnant que la convention collective ait reçu l’étiquette de « loi des parties »⁸⁰ et qu’elle soit assimilée, ni plus ni moins, à la « charte d’un milieu de travail »⁸¹, au système interne des valeurs de l’entreprise⁸², comme pour mieux souligner la plénitude — sinon la prépondérance⁸³ — normative que les parties tendent à y attribuer⁸⁴.

33. En fait, l’État s’est longtemps refusé à s’immiscer dans les conditions de travail applicables dans les milieux de travail syndiqués, préférant laisser la détermination du contenu de la convention collective au libre jeu de la négociation entre les parties. Cela explique d’ailleurs pourquoi la teneur des conventions collectives peut varier considérablement non

78. P. VERGE, G. TRUDEAU, G. VALLÉE, *id.*, p. 59.

79. J.M. WEILER, *supra*, note 30, p. 63 (nos italiques).

80. *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Filion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, [2006] 1 R.C.S. 27, p. 67 (j. LeBel, diss., par. 98); C. BRUNELLE, *supra*, note 74, p. 48 et 253; Denis NADEAU, « La Charte des droits et libertés de la personne et le droit du travail au Québec : naissance d’un “nouveau salarié” dans un droit en mutation », (2006) *R. du B.* (numéro thématique hors série) 399, p. 404 et 409.

81. R.P. GAGNON, L. LEBEL, P. VERGE, *supra*, note 59, p. 525. La professeure G. VALLÉE, *supra*, note 76, p. 246, parle plutôt d’une « [...] “charte” négociée du milieu de travail » (nos italiques).

82. Donald D. CARTER, « The Duty to Accommodate: Its Growing Impact on the Grievance Arbitration Process », (1997) 52 *Relat. ind.* 185, p. 186.

83. *Université McGill c. St-Georges*, (1999) R.J.D.T. 9 (C.A.), p. 29 : « [...] la convention collective a été reconnue comme la loi des parties; elle est placée au sommet de la hiérarchie normative des relations du travail » (nos italiques) (j. Zerbisias, *ad hoc*, diss., non contredite sur ce point); Denis NADEAU, « L’arbitrage de griefs : vecteur d’intégration des droits de la personne dans les rapports collectifs du travail », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE, BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu’où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 153, p. 161. Selon la professeure G. VALLÉE, *supra*, note 76, p. 246, c’est « [...] la légitimité historique particulière des institutions des rapports collectifs du travail [qui] explique le statut prépondérant qui leur a été reconnu par rapport à d’autres ordres juridiques applicables dans les milieux de travail » (nos italiques).

84. D. NADEAU, *id.*, p. 157-158.

seulement d'un secteur d'activité à l'autre, mais aussi d'une entreprise à l'autre, en fonction de sa réalité propre.

34. Quant à la sanction des manquements aux obligations mutuelles souscrites par les parties à la convention collective, elle participe là encore des visées autonomistes dont le régime juridique des rapports collectifs de travail se veut le reflet. D'une part, les parties peuvent elles-mêmes déterminer, par la négociation, les conditions qui doivent être satisfaites par une personne salariée afin que celle-ci puisse disposer d'un recours lorsqu'elle subit une mesure préjudiciable imputable à l'employeur. À titre d'exemple, il n'est pas rare qu'une personne salariée qui occupe un emploi précaire doive cumuler un nombre de jours ou d'heures de travail prédéterminé par la convention collective, avant de pouvoir bénéficier de la procédure de grief qui y est prévue⁸⁵.

35. D'autre part, même dans les cas où la convention collective ne comporte pas une quelconque période probatoire, il n'en reste pas moins que c'est le syndicat qui demeure, dans l'immense majorité des cas, le véritable titulaire du grief. À ce titre, il peut bien sûr porter ce grief à l'arbitrage, mais il peut tout aussi bien s'en désister ou choisir de le régler à l'amiable, selon l'appréciation qu'il en fait en fonction des intérêts de la personne salariée *et* de l'ensemble des membres de l'unité⁸⁶. Dans la mesure où la décision du syndicat sous ce rapport n'est pas empreinte de « mauvaise foi », d'« arbitraire » ou de « discrimination », à titre d'exemples, elle demeure inattaquable.

36. Enfin, il importe de mentionner que le grief échappe à la compétence des tribunaux judiciaires. C'est plutôt l'arbitre de grief qui dispose d'une compétence *exclusive* pour déterminer « si le comportement qui donne naissance au litige opposant les parties découle expressément ou implicitement de la

85. Dans l'arrêt *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Filion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, *supra*, note 80, p. 99 (par. 183), le juge LeBel, dissident, fait justement observer que « les employés temporaires ou à l'essai ne jouissent généralement pas de la protection contre le congédiement sans cause juste et suffisante ».

86. *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, [1990] 1 R.C.S. 1330, p. 1349 (J. L'Heureux-Dubé); *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, *supra*, note 17, p. 232-233 (J. LeBel, par. 54 et 55).

convention collective qui les unit »⁸⁷. Fait pour le moins significatif, la nomination et la rémunération de cet arbitre relèvent le plus souvent des parties elles-mêmes⁸⁸. C'est dire l'autonomie dont elles jouissent dans la régulation de leurs rapports!

37. Le fait d'attribuer cette compétence exclusive à l'arbitre de grief n'est évidemment pas le fruit du hasard. Il se voulait avant tout une réponse à l'inefficacité des structures judiciaires traditionnelles, particulièrement mal adaptées à la réalité singulière — « collective », dirions-nous — du droit du travail :

[...] les griefs qui s'élèvent à l'encontre des tribunaux ordinaires ont trait à la nature même de ces tribunaux, à leur façon traditionnelle d'opérer, aux règles de procédure auxquelles ils sont soumis, aux délais prolongés qui en résultent ainsi qu'au coût souvent prohibitif qui peuvent empêcher les parties de faire valoir leurs droits.⁸⁹

38. Le désir des parties à la convention collective de « rester maîtresses de leurs propres procédures »⁹⁰ militait aussi résolument en faveur de l'arbitrage de grief. À cet égard, même si la chose apparaît assez peu documentée, il n'est pas impossible que la préférence des syndicats pour ce forum soit justifiée par leur insuccès passé devant les tribunaux judiciaires, lequel pourrait s'expliquer en partie par le fait que les avocats appelés à la magistrature sont

87. *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, p. 963 (j. McLachlin); *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, p. 686 (j. LeBel, par. 33).

88. Robert P. GAGNON, « L'indépendance des arbitres : une exigence fragile et vitale », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail dans le secteur de l'éducation*, vol. 235, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 88; Gilles TRUDEAU, « L'arbitrage des griefs au Canada : plaidoyer pour une réforme devenue nécessaire », (2005) 84 *R. du B. can.* 249, p. 265 et suiv.; Diane VEILLEUX, « L'arbitre de grief face à une compétence renouvelée... », (2004) 64 *R. du B.* 217, p. 264 et suiv.

89. Émile GOSSELIN, « Nature et raisons d'être des tribunaux du travail », dans *Les tribunaux du travail*, XVI^e Congrès des relations industrielles, Québec, Presses de l'Université Laval, 1961, 17, p. 33.

90. *Id.*, p. 40.

majoritairement issus de milieux professionnels plus sensibles aux intérêts du patronat⁹¹.

39. Quoi qu'il en soit, si le législateur laissait relativement peu de doute sur ses intentions de réserver le domaine de l'application et de l'interprétation de la convention collective aux tribunaux d'arbitrage de grief, les tribunaux judiciaires ont mis du temps à saisir son message.

40. Au nom du pouvoir de surveillance et de contrôle qui leur est dévolu par la Constitution, les juges des cours supérieures sont souvent intervenus par le passé pour substituer leur interprétation de la convention collective ou de la loi à celle retenue par l'arbitre de grief. Cet « usage immodéré » du contrôle judiciaire se justifiait souvent par le souci de ramener les arbitres dans les ornières du « droit privé d'essence libérale »⁹².

41. Or, depuis le début des années 1980, « début de l'ère moderne du droit administratif canadien »⁹³, les cours supérieures ont progressivement délaissé la méthode artificielle et formaliste⁹⁴ et font généralement preuve de retenue dans la révision des sentences arbitrales, par égard pour l'expertise désormais reconnue des arbitres de grief en matière de rapports collectifs de travail :

La déférence commande en somme le respect de la volonté du législateur de s'en remettre, pour certaines choses, à des décideurs administratifs, de même que des raisonnements et des décisions fondés sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier, ainsi que de la différence entre les fonctions d'une cour de justice et celles d'un organisme administratif dans le système constitutionnel canadien.⁹⁵

91. M. COUTU, G. MARCEAU, *supra*, note 4, p. 13-14; Stephen BRICKEY, Elizabeth COMACK, « The Role of Law in Social Transformation : Is a Jurisprudence of Insurgency Possible? », (1987) 2 *Can. J. Law & Soc.* 97, p. 99 : « Granted, members of the Canadian judiciary, for example, have by and large been recruited from the ranks of capital and hold a reputation for their conservative orientation to decision making ».

92. M. COUTU, G. MARCEAU, *id.*, p. 326.

93. *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, p. 215 (j. LeBel, par. 35).

94. *Id.*, p. 219 (par. 43).

95. *Id.*, p. 222 (par. 49).

42. Certes, l'observance plus stricte de ce principe de déférence n'empêche pas formellement les parties à la convention collective d'utiliser la procédure de révision judiciaire à des fins instrumentales, que ce soit pour gagner du temps afin de provoquer un règlement négocié ou encore pour affaiblir financièrement l'adversaire, pour ne citer que ces exemples. Il n'en reste pas moins que l'observance rigoureuse du principe de déférence peut contribuer à dissuader les parties de recourir à la révision judiciaire, ce qui limite forcément l'intervention des juges dans les rapports collectifs de travail. Cela étant, l'autonomie collective s'en trouve fortifiée.

43. Cependant, l'amorce de ce courant moderne du droit administratif — qui témoigne, à sa façon, de l'abandon d'un certain conservatisme judiciaire en matière sociale⁹⁶ — a coïncidé avec la fin de la période dite des « trente glorieuses » (1950-1980), période faste qui aura permis au mouvement syndical de tirer avantage des structures législatives nouvellement établies dans la foulée de la *Loi Wagner*. Dans ce contexte de création soutenue d'emplois qui assurait alors la progression de leurs effectifs, les syndicats étaient conviés à gérer la croissance et le « progrès », en faisant surtout porter les négociations sur les taux d'augmentation de salaire⁹⁷. Par conséquent, « la négociation collective allait permettre le partage des gains de productivité, soit l'amélioration du niveau de vie des travailleuses et travailleurs par l'augmentation des salaires, la bonification des avantages sociaux et la réduction du temps de travail »⁹⁸.

44. Ces gains syndicaux obtenus par la négociation directe avec les employeurs servaient alors d'inspiration au législateur, les conventions collectives devenant, pour lui, des réservoirs d'idées pour la mise en place de politiques sociales :

96. M. COUTU, G. MARCEAU, *supra*, note 4, p. 52. Voir dans le même sens : Michel COUTU, « Le Tribunal des droits de la personne comme “gardien de la Constitution” », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE, BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 87, p. 94-95.

97. F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX, *supra*, note 15, p. 79 (par. I-68); Voir également : J. FUDGE, H. GLASBECK, *supra*, note 44, p. 389-390.

98. François AUBRY, « Le plein emploi, mythe ou réalité? », *L'Action nationale*, vol. 88, n° 1, janvier 1998, p. 128.

Historiquement, la convention collective de travail a joué un rôle important dans l'élaboration et la mise en œuvre de diverses mesures de sécurité sociale pour le bien-être des travailleurs et des travailleuses. Pendant longtemps, c'est-à-dire jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, la convention collective a, en quelque sorte, joué un rôle supplétif en cette matière, en l'absence de régimes publics. À cet égard, à l'instigation des syndicats, la convention collective a été le précurseur des régimes publics d'assurance-hospitalisation, d'assurance-santé, et des régimes de retraite ou d'invalidité.⁹⁹

45. C'est ainsi que les syndicats ont joué un rôle non négligeable dans l'élaboration de maintes lois sociales. Ils sont devenus au cours de ces années un acteur politique puissant¹⁰⁰ et plusieurs des réformes qu'ils ont successivement revendiquées, appuyées puis défendues ont profité — et profitent toujours au demeurant — à l'ensemble des citoyens.

46. Toutefois, les récessions économiques qui marqueront le début des années 80 et 90, combinées à la montée de l'idéologie néolibérale, à l'accentuation et l'internationalisation de la concurrence, aux rationalisations, aux coupures de postes, aux restructurations ou fermetures d'entreprises, aux compressions budgétaires et à l'obsession du déficit zéro dans le secteur public, vont créer un contexte extrêmement défavorable au mouvement syndical. D'ailleurs, les taux de syndicalisation

99. Jean BERNIER, André C. CÔTÉ, « Les accords d'entreprise au Canada », dans Irena BORUTA, Henryk LEWANDOWSKI (dir.), *Les accords d'entreprise*, Acta Universitatis Lodzensis, Folia Iuridica 46, Chaire de droit du travail et de la sécurité sociale de l'Université de Lodz, Pologne, 1991, 15, p. 17.

100. Harry W. ARTHURS, « Developing Industrial Citizenship : A Challenge for Canada's Second Century », (1967) 45 *R. du B. Can.* 786, p. 807; Donald D. CARTER, « Canadian Labour Relations Under the Charter », (1988) 43 *Relat. Ind.* 305, p. 307; Mona-Josée GAGNON, *Le syndicalisme : état des lieux et enjeux*, coll. Diagnostic, vol. 17, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1994, p. 77; Gregor MURRAY, Pierre VERGE, « La représentation syndicale au-delà de l'entreprise », (1994) 35 *C. de D.* 419, p. 428 et 450. La Cour suprême du Canada a unanimement reconnu la légitimité, voire la nécessité, pour les syndicats, de se livrer à des activités politiques et sociales pour promouvoir consciencieusement les intérêts des travailleurs : *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 289 et 291 (J. Wilson), 333 (J. LaForest) et 350 (J. McLachlin). Voir dans le même sens : David WRIGHT, « Unions and Political Action : Labour Law, Union Purposes and Democracy », (1998) 24 *Queen's L.J.* 1.

au Canada sont en déclin depuis la fin des années 70, particulièrement dans le secteur privé¹⁰¹.

47. À cet égard, si l'État s'est jadis montré relativement sensible aux revendications syndicales, en favorisant la négociation collective comme moyen privilégié de reconnaissance de la « citoyenneté au travail »¹⁰², il subit aujourd'hui des pressions importantes « pour réduire son rôle protecteur sur le marché du travail et limiter son intervention dans la gestion économique »¹⁰³. Ces pressions, auxquelles l'État n'offre pas toujours la résistance souhaitée, tendent à restreindre certains programmes sociaux et à favoriser la déréglementation et la privatisation de certains services¹⁰⁴.

48. Dans de telles conditions, l'action politique des syndicats est plus essentielle que jamais. Toutefois, il pourrait bien arriver qu'elle ne suffise pas pour contrer efficacement les attaques contre la liberté syndicale... Et si le pouvoir judiciaire, l'ennemi d'hier, devenait maintenant un allié sous ce rapport?

2. LA LIBERTÉ SYNDICALE PROTÉGÉE PAR LE POUVOIR JUDICIAIRE

49. Quand la classe politique reste indifférente aux difficultés vécues dans les milieux de travail, elle contraint forcément les syndicats à trouver une solution de rechange pour faire valoir leurs revendications et ainsi espérer infléchir les politiques publiques. Dans certains cas, l'arène judiciaire peut constituer cette solution de rechange¹⁰⁵. De fait, « les

101. Ernest B. AKYEAMPONG, « Aperçu statistique du mouvement syndical ouvrier », *L'emploi et le revenu en perspective*, vol. 9, n° 4, hiver 1997, 50, p. 60 (tableau 6); Ernest B. AKYEAMPONG, « Le mouvement syndical en transition », *L'emploi et le revenu en perspective*, vol. 5, n° 8, août 2004, p. 5; René MORRISSETTE, Grant SCHELLENBERG, Anick JOHNSON, « La syndicalisation : tendances divergentes », *L'emploi et le revenu en perspective*, vol. 6, n° 4, avril 2005; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DU TRAVAIL, *La présence syndicale au Québec en 2008* (rédaction : Alexis LABROSSE), juin 2009. [En ligne]. http://www.travail.gouv.qc.ca/publications/rapports/bilanrt/pres_synd2008.pdf.

102. H.W. ARTHURS, *supra*, note 100.

103. G. MURRAY, P. VERGE, *supra*, note 62, p. 111.

104. *Id.*, p. 112.

105. P. NOREAU (2000), *supra*, note 7, p. 330-331; 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 », *Industrial Law Journal*, vol. 37, n° 1, mars 2008, 25, p. 26 et 46.

tribunaux judiciaires sont devenus le lieu où se fait entendre la voix des groupes que les establishments parlementaires canadien et québécois ont largement refusé d'entendre»¹⁰⁶. Ainsi, la judiciarisation, pensée à la fois comme une forme de « participation politique »¹⁰⁷ et comme le « dernier recours dans l'ordre de mobilisations politiques du droit », peut permettre d'obtenir « la confirmation de droits qu'on croyait acquis, mais dont l'exercice est politiquement ou matériellement compromis [...] »¹⁰⁸. À cet égard, la *Charte canadienne des droits et libertés*, en raison de sa nature pleinement constitutionnelle, recèle un vaste potentiel.

50. L'alinéa 2d) de cette Charte reconnaît à « chacun » la « liberté d'association ». Au cours des débats qui ont précédé l'adoption de la Charte, des élus ont suggéré que l'on ajoute, à la fin de cette disposition, la mention « y compris la liberté d'association syndicale et de négociation collective »¹⁰⁹. Cette proposition ne fut cependant pas retenue, essentiellement parce qu'on jugeait que le concept de « liberté d'association » était suffisamment large pour inclure la liberté syndicale¹¹⁰. Les tribunaux n'allaient toutefois pas l'entendre de la même façon.

51. Pour définir la « liberté d'association » constitutionnelle, les juges vont dès le départ établir une distinction entre l'activité associative, d'une part, et les buts de l'association, d'autre part, de manière à ce que « la liberté d'association ne protège que l'aspect collectif de l'activité, non pas l'activité elle-même »¹¹¹. En fait, cette liberté était réservée « à l'individu et non aux groupes formés grâce à son exercice »¹¹²:

106. Marie-France BICH, « Défense et illustration du droit québécois », *Sociologie et sociétés*, vol. XXXVI, n° 2, automne 1994, 57, p. 82.

107. P. NOREAU, (2000), *supra*, note 7, p. 339.

108. P. NOREAU, É. VALLET, *supra*, note 7, p. 68. Ainsi, comme le souligne A. JEAMMAUD, *supra*, note 21, p. 211 : « Les intérêts président en dernière analyse à la mobilisation des règles de droit [...] ».

109. *Procès verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, Ottawa, 1^{re} session, 32^e législature, Fascicule n° 43, jeudi 22 janvier 1981, p. 43 :68 (M. Svend Robinson, député néo-démocrate).

110. C. BRUNELLE, P. VERGE, *supra*, note 25, p. 714.

111. *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, p. 227 (J. Iacobucci et Bastarache, par. 105).

112. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 397 (J. McIntyre).

[...] la liberté d'association s'entend de la liberté de s'associer afin d'exercer des activités qui sont licites lorsqu'elles sont exercées par un seul individu. Mais comme le fait d'être associés ne confère en soi aucun droit supplémentaire aux individus, l'association n'acquiert aucune liberté, garantie par la Constitution, de faire ce qui est illicite pour l'individu de faire.¹¹³

52. Ainsi comprise, la liberté d'association protégeait essentiellement « la liberté de travailler à la constitution d'une association, d'appartenir à une association, de la maintenir et de participer à ses activités licites sans faire l'objet d'une peine ou de représailles »¹¹⁴ et sans être exposé à quelque ingérence de l'employeur dans la formation de cette association.

53. Cela étant, même si l'exercice du droit de grève pouvait constituer l'ultime moyen, pour un syndicat, d'atteindre ses fins, cela ne changeait rien au fait qu'une loi fédérale¹¹⁵ ou provinciale¹¹⁶ pouvait interdire le recours à ce moyen de pression, sans que ce choix législatif ne puisse être remis en cause sur le fondement de la Charte canadienne.

54. Suivant la même logique, une majorité de juges concluait que la négociation collective, même si elle peut « être l'objet essentiel de la constitution des syndicats », « n'est pas une activité qui est, sans plus, protégée par la garantie de liberté d'association ». Selon la Cour suprême du Canada, comme il ne s'agissait pas d'« une activité qu'une personne, prise individuellement, peut exercer légitimement »¹¹⁷, le législateur pouvait la restreindre sans porter atteinte à la liberté d'association reconnue par la Constitution.

55. Il faudra attendre l'arrêt *Dunmore*, prononcé à la fin de l'année 2001¹¹⁸, pour que l'on accepte d'enrichir cette interprétation, toute empreinte d'individualisme, d'une dimension

113. *Id.*, p. 409.

114. *Id.*, p. 391.

115. *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424.

116. *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460.

117. *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367, p. 404-405 (J. Sopinka).

118. *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016.

collective plus significative¹¹⁹. Appelée à statuer sur la validité d'une loi ontarienne de 1995, qui en abrogeait une autre — adoptée deux ans plus tôt — en vertu de laquelle les travailleurs agricoles de la province avaient obtenu le droit à la syndicalisation, la Cour suprême du Canada déclarait la loi abrogative inopérante sur le fondement de l'alinéa 2d) de la Charte canadienne.

56. La Cour reconnaissait pour la toute première fois que la liberté d'association peut protéger des activités « de nature collective » en elles-mêmes, c'est-à-dire qui ne peuvent, pour une raison ou une autre, être considérées comme des activités licites d'une personne seule. Soulignant, avec à-propos, que « les individus ne s'associent pas simplement pour la force du nombre, mais aussi parce qu'une collectivité peut incarner des objectifs qui n'existent pas au niveau individuel »¹²⁰, la Cour ajoutait :

[...] étant donné que les besoins et priorités des syndicats tendent à se distinguer de ceux de leurs membres individuels, ils ne peuvent fonctionner si la loi protège exclusivement ce qui pourrait être des « activités licites d'un individu ». La loi doit plutôt reconnaître que certaines activités syndicales — les revendications collectives auprès de l'employeur, l'adoption d'une plate-forme politique majoritaire, le regroupement en fédérations syndicales — peuvent être au cœur de la liberté d'association même si elles ne peuvent exister au niveau individuel. Ceci ne veut pas dire que toutes ces activités sont protégées par l'al. 2d), ni que toutes les collectivités ont droit à la protection constitutionnelle; en fait, notre Cour a exclu plusieurs fois le droit de grève et de négociation collective de la protection de l'al. 2d) [...] Cela veut dire simplement que certaines activités collectives doivent être reconnues pour que la liberté de constituer et de maintenir une association ait un sens.¹²¹

119. Jamie CAMERON, « The "Second Labour Trilogy": A Comment on *R. v. Advance Cutting, Dunmore v. Ontario*, and *R.W.D.S.U. v. Pepsi-Cola* », (2002) 16 *S.C.L.R.* (2d) 67, p. 83.

120. *Id.*, p. 1039 (J. Bastarache, par. 16).

121. *Ibid.*

57. Pour la Cour, le « noyau dur » de la liberté d'association comportait ainsi « le droit de se syndiquer [...] avec les garanties jugées essentielles à son exercice véritable, comme la liberté de se réunir, de participer aux activités légitimes de l'association et de présenter des revendications, et la protection de l'exercice de ces libertés contre l'ingérence, les menaces et la discrimination »¹²². La Cour parvenait à cette conclusion à la faveur de travailleurs qui n'avaient, insistait-elle, « ni pouvoir politique, ni ressources pour se regrouper sans la protection de l'État » et qui demeuraient, somme toute, « vulnérables face aux repréailles patronales »¹²³. Il faut dire que ce contexte factuel particulier n'était pas forcément propice aux accès d'enthousiasme quant à la question de savoir si la Cour allait subséquemment élargir cette brèche soudainement ouverte dans sa jurisprudence ou si elle allait plutôt travailler à la colmater.

58. Si l'on en juge par l'arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. Colombie-Britannique*¹²⁴ rendu le 8 juin 2007, c'est la première hypothèse qui tend à se confirmer. Dans cette affaire, six syndicats et huit travailleurs syndiqués invoquaient leur liberté constitutionnelle d'association contre une loi provinciale qui visait à réduire les coûts et à faciliter la gestion efficiente des effectifs du secteur de la santé en accordant à l'employeur une plus grande latitude pour aménager à son gré les conditions de travail. Cette loi, adoptée à toute vapeur pour faire face à une « crise de viabilité » du système de santé, selon l'expression du gouvernement¹²⁵, comportait notamment des dispositions destinées à faciliter le recours à la sous-traitance. Pour les salariés visés, ce changement forcé d'employeur s'accompagnait inexorablement d'une baisse salariale appréciable¹²⁶, d'une détérioration des avantages sociaux et d'une perte de la sécurité d'emploi¹²⁷. La loi avait en outre pour

122. *Id.*, p. 1078 (par. 67).

123. *Id.*, p. 1060 (par. 41).

124. [2007] 2 R.C.S. 391.

125. *Id.*, p. 406 (j. McLachlin et LeBel, par. 4).

126. ERIC TUCKER, « The Constitutional Right to Bargain Collectively: The Ironies of Labour History in the Supreme Court of Canada », *Labour/Le travail*, vol. 61 (printemps 2008), 151, p. 154.

127. *Id.*, p. 155.

effet d'invalider d'importantes dispositions des conventions collectives alors en vigueur et d'interdire toute véritable négociation sur certaines questions.

59. D'emblée, la Cour admet que la « conception restreinte de la liberté d'association » qui ressort de ses premiers arrêts sur le sujet, laquelle n'incluait « que les activités individuelles, a été rendue désuète par l'arrêt *Dunmore* »¹²⁸. Selon la Cour, le concept constitutionnel de liberté d'association comprend désormais « un droit procédural à la négociation collective »¹²⁹ :

[...] le droit constitutionnel de négocier collectivement vise à protéger la capacité des travailleurs de participer à des activités associatives et leur capacité d'agir collectivement pour réaliser des objectifs communs concernant des questions liées au milieu de travail et leurs conditions de travail.¹³⁰

60. Ainsi, la liberté d'association garantie par la Constitution canadienne emporte un véritable « droit collectif à une consultation et à une négociation menées de bonne foi »¹³¹.

61. Pour le mouvement syndical, il s'agit là d'une « avancée considérable »¹³², d'une victoire aussi importante qu'inattendue. En effet, il est pour le moins surprenant de voir le pouvoir judiciaire se porter soudainement à la défense de la liberté syndicale, inférée contre toute attente de la Charte canadienne, alors que l'histoire révèle plutôt la propension des juges à en réprimer la plupart des manifestations¹³³.

62. Il n'en reste pas moins que la Charte canadienne s'ajoute résolument à la gamme des moyens de pression mis à la disposition des syndicats. Si les politiques publiques du travail se durcissent (ou s'effondrent) à la faveur des employeurs, les syndicats pourront non seulement mobiliser leurs membres pour tenter d'infléchir l'action gouvernementale, mais ils pourront aussi mobiliser les juges précisément à cette fin.

128. *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn.* c. Colombie-Britannique, *supra*, note 124, p. 415 (J. McLachlin et LeBel, par. 28).

129. *Id.*, p. 433 (par. 66).

130. *Id.*, p. 442 (par. 89).

131. *Id.*, p. 450-451 (par. 107).

132. Pierre VERGE, « La Cour suprême, le “droit” à la négociation collective et le “droit” de grève », (2006) 66 *R. du B.* 391, p. 392.

133. E. TUCKER, *supra*, note 126, p. 171.

63. Cela étant, le droit constitutionnel à la négociation collective « demeure un droit à portée restreinte ». D'une part, il concerne essentiellement un « processus » : la réalisation des objectifs des syndiqués et les résultats auxquels la négociation est susceptible de mener ne bénéficient d'aucune protection constitutionnelle. D'autre part, la garantie de liberté d'association n'implique pas le droit de revendiquer un modèle particulier de relations de travail ou encore une méthode particulière de négociation collective. Ainsi, le régime canadien des rapports collectifs de travail fondé sur le monopole de représentation syndical n'a donc pas forcément une assise constitutionnelle. Enfin, seule une atteinte *substantielle* à la liberté d'association peut justifier l'examen judiciaire des dispositions législatives attaquées¹³⁴.

64. Pour que le tribunal puisse conclure qu'une mesure gouvernementale porte une atteinte substantielle à la liberté d'association, deux conditions devront être satisfaites. Premièrement, la mesure devra toucher « un sujet d'importance pour le processus de négociation collective »¹³⁵. Deuxièmement, cette mesure devra avoir été imposée sans égard au « précepte fondamental de la négociation collective », soit « l'obligation de consulter et de négocier de bonne foi »¹³⁶.

65. Ainsi, dans l'arrêt *Health Services and Support*, la Cour estime que des mesures législatives dont l'effet est de :

- i) ne pas permettre aux syndicats de restreindre, par le jeu de la négociation collective, le pouvoir de l'employeur de recourir à la sous-traitance;
- ii) supprimer les dispositions de conventions collectives existantes qui imposent à l'employeur une obligation de consulter le syndicat avant de recourir à la sous-traitance;
- iii) prohiber les dispositions de conventions collectives qui restreignent, d'une part, le pouvoir de l'employeur de mettre des salariés en disponibilité et qui limitent, d'autre part, l'exercice des droits de supplantation par les salariés ainsi mis en disponibilité;

134. *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, *supra*, note 124, p. 443-444 (J. McLachlin et LeBel, par. 91).

135. *Id.*, p. 447 et 451 (par. 97 et 109).

136. *Id.*, p. 447 (par. 97).

« constituent des atteintes substantielles au droit à un processus de négociation collective »¹³⁷. De telles atteintes, conclut la Cour, ne sauraient être justifiées dans une société libre et démocratique.

66. Ce revirement jurisprudentiel en ce qui a trait à la portée de la liberté constitutionnelle d'association est en bonne partie attribuable au rôle important que la Cour semble désormais disposée à reconnaître au droit international. De fait, elle y voit « une source persuasive pour l'interprétation de la portée de la Charte »¹³⁸.

67. Puisque le droit de grève est au cœur de la liberté syndicale en droit international¹³⁹, ne faut-il pas déduire qu'il est également partie intégrante de la liberté d'association au sens de la Charte? Si la logique juridique devrait appeler une réponse affirmative¹⁴⁰, la Cour a pour sa part préféré entretenir le mystère sur la question en préservant, ce faisant, sa marge de manœuvre pour le futur. De fait, il n'y a pas d'autres explications qui puissent tenir pour justifier cette affirmation dont l'évidence crève pourtant les yeux à la lumière des faits de l'arrêt : « Nous constatons que le pourvoi

137. *Id.*, p. 461 (par. 136).

138. *Id.*, p. 438 (par. 78).

139. C. BRUNELLE, P. VERGE, *supra*, note 25, p. 730-735; Pierre VERGE, « Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association : justification et effets », (2009) 50 *C. de D.* 267. Comme le souligne le professeur G. TRUDEAU, *supra*, note 11, p. 41 : « La grève est reconnue par le droit international comme un moyen essentiel dont disposent les travailleurs pour faire valoir leurs intérêts économiques et sociaux. »

140. Michel COUTU, Laurence-Léa FONTAINE, Georges MARCEAU, « L'arrêt *Health Services and Support* de la Cour suprême du Canada : la constitutionnalisation du régime québécois des relations industrielles? », *Lex Electronica*, vol. 13, n° 2, automne 2008, p. 39-40 (par. 33) et 42-43 (par. 35); J. FUDGE, *supra*, note 105, p. 43; Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec*, 6^e éd. (sous la direction de Yann BERNARD, André SASSEVILLE, Bernard CLICHE), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 506-507 (par. 600); P. VERGE, *supra*, note 132, p. 398; P. VERGE, *ibid.* Comme l'affirme le professeur Jean BERNIER, « La liberté syndicale : droits collectifs et droits individuels », dans Rodrigue BLOUIN, Jean-Paul DESCHÈNES, Jean SEXTON, Alain VINET (dir.), *Le Code du travail du Québec 15 ans après...*, Actes du XXXIV^e Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval, 1979, c. 3, p. 59 : « Sous son aspect collectif, la liberté syndicale inclut bien entendu [...] le droit de négociation collective et son corollaire légitime, le droit de grève » (nos italiques).

ne concerne pas le droit de grève, dont il a été question dans des litiges antérieurs sur l'étendue du droit à la liberté d'association [...] »¹⁴¹.

68. De toute évidence, les syndicats ne manqueront pas d'exploiter les virtualités de l'arrêt. Pour prendre seulement l'exemple du Québec, des lois destinées à limiter le nombre d'unités de négociation dans le secteur des affaires sociales¹⁴², d'une part, et à nier le statut de « salarié » (au sens du *Code du travail*) aux personnes responsables de services de garde d'enfants en milieu familial¹⁴³ ou qui agissent comme ressources intermédiaires de type familial auprès d'enfants ou d'adultes en difficulté¹⁴⁴, d'autre part, ont été déclarées inopérantes aux termes de la garantie constitutionnelle de liberté d'association¹⁴⁵.

69. D'autres enjeux fondamentaux pourraient éventuellement devoir être débattus devant les tribunaux sur l'initiative des syndicats. L'on sait, par exemple, que la grève demeure « un véhicule privilégié d'expression de la solidarité ouvrière et, à ce titre, un instrument de revendication politique et idéologique »¹⁴⁶. Or, au nom de l'objectif de « paix industrielle » gravé au cœur de la négociation collective,

141. *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, *supra*, note 124, p. 412 (j. McLachlin et LeBel, par. 19).

142. *Loi concernant les unités de négociation dans le secteur des affaires sociales et modifiant la Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*, L.R.Q., c. U-0.1.

143. *Loi modifiant la Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance*, L.Q. 2003, c. 13.

144. *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.Q. 2003, c. 12.

145. *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, 2007 QCCS 5513 (CanLII); [2008] R.J.D.T. 87 (C.S.) (en appel : n° 500-09-018310-078); *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCS 5076 (CanLII); D.T.E. 2008T-885 (C.S.). Pour un commentaire relatif à la première de ces deux décisions de la Cour supérieure du Québec, lequel exprime certaines réserves quant au bien-fondé de l'interprétation retenue eu égard à la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada, voir Pierre VERGE, « La protection constitutionnelle du droit à la négociation collective et le réaménagement légal de représentation collective dans le secteur des affaires sociales du Québec : C.S.N. c. Procureur général du Québec », (2008) 14 C.L.E.L.J. 99.

146. G. TRUDEAU, *supra*, note 11, p. 5.

l'exercice du droit de grève est fortement balisé par les codes du travail, tant et si bien que la grève y est interdite pendant toute la durée de la convention collective¹⁴⁷.

70. Ainsi, dans l'état actuel du droit, des travailleurs qui s'estiment lésés par une mesure gouvernementale quelconque contraire à leurs intérêts professionnels ne peuvent se concerter pour cesser collectivement d'offrir leur prestation de travail, en guise de moyen de pression politique contre l'État, à moins qu'ils ne se trouvent, par coïncidence dirions-nous, à l'intérieur d'une période déterminée par la législation du travail et au cours de laquelle l'exercice du droit de grève leur est acquis¹⁴⁸. Or, le jour n'est peut-être pas loin où des syndicats invoqueront leur liberté constitutionnelle d'association pour contester les restrictions que la législation du travail actuelle impose à leur « simple liberté de grève politique »¹⁴⁹.

S'agissant de grèves dirigées contre le pouvoir public qui poursuivent ainsi un intérêt professionnel large, mais authentique, les restrictions qui peuvent leur être apportées par la loi régissant les rapports collectifs du travail vont donc à l'encontre de la liberté d'association syndicale.¹⁵⁰

71. Cela dit, même si des activités syndicales d'importance, telle la grève, étaient susceptibles d'échapper éventuellement à la protection constitutionnelle offerte par la liberté d'association, elles pourraient encore trouver refuge sous l'abri de la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte canadienne¹⁵¹. C'est ainsi que le droit de dresser des lignes de

147. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, art. 107; *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), c. L-2, art. 88.1.

148. P. VERGE, G. MURRAY, *supra*, note 22, p. 358-359.

149. *Id.*, p. 365.

150. Pierre VERGE, *Le droit de grève: fondements et limites*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 222. Soulignons que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a prudemment esquivé la question dans l'affaire *British Columbia Teachers' Federation c. British Columbia Public School Employers' Assn.*, (2009) BCCA 39 (J. Mackenzie, par. 42 et 43).

151. Judy FUDGE, « Lessons From Canada: The Impact of the Charter of Rights and Freedoms on Labour and Employment Law », dans Keith D. EWING (dir.), *Human Rights at Work*, Londres, Institute of Employment Rights, 2000, c. 7, p. 186.

piquetage¹⁵² ou de distribuer des tracts pour appeler, par exemple, les consommateurs à boycotter l'employeur¹⁵³ sont considérées comme des activités expressives qui relèvent, a priori, de la liberté constitutionnelle d'expression.

CONCLUSION

72. L'on a déjà écrit qu'« une salle d'audience n'est pas la tribune appropriée pour formuler une politique de négociation collective »¹⁵⁴. L'affirmation demeure encore vraie¹⁵⁵. Le forum politique doit rester le lieu de prédilection des syndicats pour faire avancer la cause des travailleurs, fortifier leur liberté syndicale et promouvoir une plus grande justice sociale :

Dans une matière aussi controversée, aussi conflictuelle et aussi délicate que les relations du travail, la procédure ouverte, publique et démocratique de la législature est infiniment préférable à la procédure fermée, étroite et limitée des tribunaux.¹⁵⁶

73. Toutefois, face à un État qui reste parfois insensible aux inégalités qui marquent trop souvent les rapports entre les employeurs et les salariés, les syndicats ont à leur disposition un nouveau moyen de pression : le recours aux juges, « gardiens de la Constitution »¹⁵⁷... et donc de la liberté d'association.

152. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 587-588 (j. McIntyre); *BCGEU c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, 230 et suiv. (j. en chef Dickson); *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 172-174 (j. en chef McLachlin et j. LeBel, par. 32 à 35).

153. *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, 1099 à 1107 (j. Cory, par. 21 à 33).

154. Gérard V. LA FOREST, « Droit du travail et Charte à la Cour suprême du Canada », dans Brian D. DRUCE (dir.), *Le travail, le chômage et la justice*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, 245, p. 246.

155. M.-F. BICH, *supra*, note 106, p. 80.

156. Guy ROCHER, « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes », dans Rodrigue BLOUIN et al., *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Actes du XLIII^e Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988, 1, p. 15.

157. M. COUTU, *supra*, note 96, p. 96 et suiv.

74. Cela dit, la prudence reste de mise. Dans l'état actuel du droit, la porte jurisprudentielle récemment ouverte à la liberté syndicale ne l'est toujours pas à sa pleine grandeur et un vent soudain (soufflé de la droite?) peut à tout moment venir la refermer. Et quoi que l'on en dise, dans le contexte socio-économique actuel, ce n'est peut-être pas tant l'État que le pouvoir judiciaire qui en détient la clé...

Christian Brunelle
Faculté de droit, Université Laval
Pavillon Charles-De Koninck
1030, avenue des Sciences-Humaines
Bureau 5137B
Québec (Québec) G1V 0A6
Téléphone : 418 656-2131, poste 5768
Télécopieur : 418 656-7230
Christian.Brunelle@fd.ulaval.ca

Note de l'auteur : Avocat et chercheur au *Centre de recherche inter-universitaire sur la mondialisation et le travail* (www.crimt.org), l'auteur désire remercier Sarah-Ève Pelletier, étudiante diplômée de la faculté de droit de l'Université Laval, pour son assistance dans le repérage de certaines sources. Ce texte a fait l'objet d'une présentation dans le cadre d'un atelier sur le thème de « La mobilisation politique du droit » lors du Congrès de la magistrature tenu au Château Frontenac de Québec, le 6 novembre 2008 et dont les actes sont accessibles sur le site web du Conseil de la magistrature du Québec.