

Les Cahiers de droit



La nouvelle trilogie de la Cour suprême du Canada relative à la liberté d'association : source de réjouissance pour les travailleurs autonomes ?

Maude Choko

Volume 57, numéro 3, septembre 2016

Date de fraîcheur du texte : juillet 2015.

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1037540ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1037540ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Choko, M. (2016). La nouvelle trilogie de la Cour suprême du Canada relative à la liberté d'association : source de réjouissance pour les travailleurs autonomes ? *Les Cahiers de droit*, 57(3), 427–456.
<https://doi.org/10.7202/1037540ar>

Résumé de l'article

En janvier 2015, la Cour suprême du Canada a rendu une nouvelle trilogie relative à la protection constitutionnelle de la liberté d'association. Ce faisant, elle reconnaissait pour la première fois une protection constitutionnelle au « droit de grève » en vertu de la liberté d'association proclamée par l'article 2 d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par cette trilogie, la Cour suprême renversait également une décision antérieure en décidant que l'exclusion des membres de la Gendarmerie royale du Canada du régime établi par la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* et leur inclusion dans un programme alternatif non syndical, imposée par le *Règlement de la gendarmerie royale du Canada* étaient inconstitutionnelles. Le présent texte se penche sur la nouvelle interprétation que donne la Cour suprême à la liberté d'association, en invoquant les obligations internationales du Canada en matière de liberté syndicale telle que prévue par les normes de l'Organisation internationale du travail. Il analyse l'impact de la trilogie sur les travailleurs autonomes qui ne sont couverts par aucun régime de relations du travail. Dans cette perspective, il évalue dans quelle mesure la nouvelle portée dévolue à la protection constitutionnelle garantie par l'article 2 d) de la Charte est de nature à favoriser l'exercice par ces travailleurs autonomes de leur liberté syndicale.

La nouvelle trilogie de la Cour suprême du Canada relative à la liberté d'association : source de réjouissance pour les travailleurs autonomes ?

Maude CHOKO*

En janvier 2015, la Cour suprême du Canada a rendu une nouvelle trilogie relative à la protection constitutionnelle de la liberté d'association. Ce faisant, elle reconnaissait pour la première fois une protection constitutionnelle au « droit de grève » en vertu de la liberté d'association proclamée par l'article 2 d) de la Charte canadienne des droits et libertés. Par cette trilogie, la Cour suprême renversait également une décision antérieure en décidant que l'exclusion des membres de la Gendarmerie royale du Canada du régime établi par la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique et leur inclusion dans un programme alternatif non syndical, imposée par le Règlement de la gendarmerie royale du Canada étaient inconstitutionnelles. Le présent texte se penche sur la nouvelle interprétation que donne la Cour suprême à la liberté d'association, en invoquant les obligations internationales du Canada en matière de liberté syndicale telle que prévue par les normes de l'Organisation internationale du travail. Il analyse l'impact de la trilogie sur les travailleurs autonomes qui ne sont couverts par aucun régime de relations du travail. Dans cette perspective, il évalue dans quelle mesure la nouvelle portée dévolue à la protection constitutionnelle garantie par l'article 2 d)

* Professeure adjointe, section de droit civil, Faculté de droit, Université d'Ottawa, rattachée au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT). L'auteure remercie la professeure Guylaine Vallée pour ses judicieux commentaires au sujet de son texte, ainsi que les évaluateurs anonymes. Elle assume cependant seule l'entière responsabilité des propos contenus dans cet article.
Date de fraîcheur du texte : juillet 2015.

de la Charte est de nature à favoriser l'exercice par ces travailleurs autonomes de leur liberté syndicale.

In January 2015, the Supreme Court of Canada issued three decisions that together constitute a new labour trilogy, centring on the constitutional protection to freedom of association. For the first time, it extended constitutional protection to the "right to strike" under the freedom of association guaranteed by section 2(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. With this trilogy, the Supreme Court also overturned a previous decision, ruling that the exclusion of members of the Royal Canadian Mounted Police from the regime established by the Public Service Labour Relations Act and their inclusion in an alternative, non-unionized regime imposed by the Royal Canadian Mounted Police Regulations, was unconstitutional. This study looks at the Supreme Court's new interpretation of freedom of association in light of Canada's international obligations on freedom of association under the standards of the International Labour Organization. It analyzes the impact of the trilogy on self-employed workers who are not protected by any labour relations regime, and assesses to what extent the new scope provided by the constitutional protection under section 2(d) of the Charter will help self-employed workers exercise their freedom of association.

En el mes de enero de 2015, la Corte Suprema de Canadá adoptó una nueva trilogía relacionada con la protección constitucional de la libertad de asociación. Al hacerlo, reconoce por primera vez una protección constitucional del «derecho a la huelga» en virtud de la libertad de asociación, proclamada por el artículo 2d) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. Con esta trilogía, la Corte Suprema deja sin efecto un fallo anterior, al decidir que la exclusión de los miembros de la Real Policía Montada del Canadá del régimen previsto por Loi sur les relations de travail dans la fonction publique (Ley Sobre las Relaciones Laborales en la Administración Pública) y su inclusión en un programa alternativo, no sindical, implantado por el Règlement de la gendarmerie

royale du Canada (*Reglamento de la Real Policía Montada del Canadá*) eran inconstitucionales. Este texto examina la nueva interpretación que ha realizado la Corte Suprema con respecto a la libertad de asociación, al invocar las obligaciones internacionales del Canadá en materia de libertad sindical, tal y como está previsto en las normas de la Organización Internacional del Trabajo. Asimismo, analiza el impacto de la trilogía en los trabajadores autónomos que no están amparados por ningún régimen de relaciones de trabajo. Bajo esta perspectiva, se evalúa en qué medida el nuevo alcance propuesto de la protección constitucional garantizada por el artículo 2d) de la Carta, es del tipo que favorece el ejercicio por parte de estos trabajadores autónomos de su libertad sindical.

	Pages
1 L'interprétation de l'article 2 d) de la Charte canadienne des droits et libertés selon l'arrêt <i>Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan</i>	432
1.1 L'inclusion de la liberté de grève dans la protection constitutionnelle complète le revirement jurisprudentiel opéré dans la décision <i>Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Assn c. Colombie-Britannique</i>	432
1.2 La protection constitutionnelle de la liberté de négociation collective et de la liberté de grève n'équivaut pas à protéger constitutionnellement un droit de négociation collective et un droit de grève	439
2 La portée limitée de la nouvelle trilogie pour les travailleurs autonomes.....	445
2.1 Les obligations internationales du Canada en matière de liberté syndicale, en vertu des normes de l'Organisation internationale du travail, commandent la prise de mesures pour favoriser l'exercice de la liberté syndicale des travailleurs autonomes	445
2.2 L'exercice de la liberté syndicale est difficile pour les travailleurs autonomes	451
Conclusion	455

En janvier 2015, la Cour suprême du Canada (CSC) rendait trois arrêts relatifs à la protection constitutionnelle de la liberté d'association au Canada.

Dans l'arrêt *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*¹, elle reconnaissait pour la première fois une protection constitutionnelle au « droit de grève » en vertu de la liberté d'association proclamée par l'article 2 d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*². Cette décision suivait de peu un autre arrêt en matière de liberté d'association, soit l'affaire *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*³, dans laquelle la CSC renversait une décision antérieure⁴ et déclarait inconstitutionnelles l'exclusion des membres de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) du régime établi par la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (LRTFP)⁵ et leur inclusion dans un programme alternatif non syndical, imposée par le Règlement de la gendarmerie royale du Canada⁶. Ce second arrêt est lié au troisième arrêt, *Meredith c. Canada (Procureur général)*⁷, qui soulevait également l'application du régime établi pour les membres de la GRC. Dans cette dernière affaire, c'est une loi concernant le contrôle des dépenses du gouvernement et ayant pour effet de modifier unilatéralement les augmentations salariales adoptées dans le cadre du régime applicable aux membres de la GRC qui faisait l'objet de la contestation. La constitutionnalité même du régime applicable aux membres de la GRC n'était pas mise en cause, alors que la CSC concluait que la *Loi sur le contrôle des dépenses* (LCD)⁸ était constitutionnelle. Ces arrêts s'inscrivent dans une série de décisions dont le « parcours fait ressortir une inclination croissante à favoriser la justice au travail⁹ ». Dans ce contexte, la CSC déclarait « qu'il faut présumer, en général, que la Charte accorde une protection à tout le moins aussi grande que celle qu'offrent les dispositions similaires des instruments internationaux que le Canada

1. *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, [2015] 1 R.C.S. 245 (ci-après « décision *Saskatchewan Federation* »).

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

3. *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 3 (ci-après « décision *Police montée* »).

4. *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989 (ci-après « décision *Delisle* »).

5. *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22 (ci-après « LRTFP »).

6. *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada*, DORS/88-361 (Gaz. Can. II) (dans sa version à jour au moment des faits en litige devant la Cour suprême du Canada) (ci-après « Règlement GRC »).

7. *Meredith c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 125 (ci-après « décision *Meredith* »).

8. *Loi sur le contrôle des dépenses*, L.C. 2009, c. 2 (ci-après « LCD »).

9. *Saskatchewan Federation*, préc., note 1, par. 1.

a ratifiés en matière de droits de la personne¹⁰». Ayant en tête cette affirmation, on peut s'interroger quant à l'impact de la nouvelle trilogie sur les travailleurs autonomes qui ne sont dotés d'aucun régime spécifique de relations du travail. En effet, en raison de la qualification juridique d'entrepreneurs indépendants, les travailleurs autonomes sont exclus du champ d'application du régime général de relations du travail au Québec¹¹. Alors que, pour certains groupes de travailleurs autonomes, le législateur a jugé adéquat d'adopter des régimes spécifiques de relations du travail pour contrer leur exclusion du régime général¹², plusieurs travailleurs autonomes sont aujourd'hui encore confrontés à une absence d'inclusion dans un quelconque régime. Face à l'affirmation de la CSC, on peut donc se demander si la portée désormais dévolue à la protection constitutionnelle de la liberté d'association est de nature à favoriser l'exercice par ces travailleurs autonomes de leur liberté syndicale. Pour y répondre, il faut d'abord analyser l'interprétation de l'article 2 d) retenue par la CSC dans sa nouvelle trilogie relative à la liberté d'association (partie 1). Ensuite, il est nécessaire de considérer la nature du problème entourant les travailleurs autonomes quant à l'exercice de leur liberté syndicale. Cette considération se fait à la lumière des obligations internationales du Canada en matière de liberté syndicale (partie 2).

-
10. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, par. 59 (ci-après «*Affaire de l'Alberta*»), propos du juge Dickson alors qu'il était dissident. La CSC a finalement confirmé cette position, à la majorité, dans l'affaire *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 23.
 11. Ce régime est établi par le *Code du travail*, R.L.R.Q., c. C-27 (ci-après «CT»), pour les entreprises de juridiction provinciale et le *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2 (ci-après «CCT»), pour les entreprises de juridiction fédérale.
 12. C'est le cas des travailleurs autonomes qui sont dans l'industrie de la construction (*Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, R.L.R.Q., c. R-20), dans le secteur du camionnage (*Loi sur les transports*, R.L.R.Q., c. T-12), dans le secteur des services de garde en milieu familial (*Loi sur la représentation de certaines personnes responsables d'un service de garde en milieu familial et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant*, R.L.R.Q., c. R-24.0.1), dans le secteur des soins (*Loi sur la représentation des ressources de type familial et de certaines ressources intermédiaires et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant*, R.L.R.Q., c. R-24.0.2), dans le secteur des procureurs aux poursuites criminelles et pénales (*Loi sur le processus de détermination de la rémunération des procureurs aux poursuites criminelles et pénales et sur leur régime de négociation collective*, R.L.R.Q., c. P-27.1) et dans le secteur artistique (*Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma*, R.L.R.Q., c. S-32.1).

1 L'interprétation de l'article 2 d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* selon l'arrêt *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*

La Charte garantit la liberté d'association au Canada depuis 1982. Il fallait s'attendre à ce que cette liberté fondamentale soit interprétée par la CSC pour en définir le contenu. Les décisions de la CSC en cette matière se présentent en deux périodes : « La première s'est caractérisée par une interprétation restrictive de la liberté d'association. La seconde a, pour sa part, graduellement privilégié une interprétation généreuse et fondée sur l'objet de la garantie constitutionnelle¹³. » Après avoir déterminé ce que la décision *Saskatchewan Federation* ajoute à l'interprétation de la liberté d'association inscrite dans la deuxième période (1.1), nous pourrions évaluer l'étendue de la protection au regard de la liberté de négociation collective et de la liberté de grève (1.2).

1.1 L'inclusion de la liberté de grève dans la protection constitutionnelle complète le revirement jurisprudentiel opéré dans la décision *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Assn c. Colombie-Britannique*

Durant les années qui ont suivi l'adoption de la Charte, la CSC a eu à se prononcer sur la portée de la protection garantie par l'article 2 d). À la suite de cette première période d'interprétation¹⁴, la protection constitutionnelle reconnue à la liberté d'association se résumait de la manière suivante : 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 représailles¹⁵, ainsi que la protection accordée à l'exercice collectif des droits protégés lorsqu'ils sont exercés par un seul individu¹⁶. La CSC avait ainsi refusé d'inclure dans la protection constitutionnelle tant le droit à la négociation collective¹⁷ que le droit de grève¹⁸.

13. *Police montée*, préc., note 3, par. 30.

14. Cette première période inclut les décisions désignées comme la « trilogie en droit du travail », soit les décisions l'*Affaire de l'Alberta*, préc., note 10, *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; ainsi que la décision *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 (ci-après « décision TNO »). Voir JUDY FUDGE, « Freedom of Association », dans ERROL MENDES et STÉPHANE BEAULAC (dir.), *Canadian Charter of Rights and Freedoms. Charte canadienne des droits et libertés*, 5^e éd., Markham, LexisNexis Canada, 2013, p. 527, aux pages 527 et 528.

15. *Affaire de l'Alberta*, préc., note 10, par. 143, j. Le Dain.

16. *Id.*, par. 176, j. McIntyre.

17. *TNO*, préc., note 14.

18. Voir la trilogie en droit du travail, *supra*, note 14.

En effet, selon la conception que la CSC se fait de la protection offerte par la Charte, «l'al. 2d) ne protège pas une activité pour le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d'une association¹⁹».

Après cette première phase d'interprétation restrictive et orientée uniquement autour de la dimension individuelle de la liberté d'association²⁰, la CSC empruntait un tournant en 2001 qui s'est avéré décisif. En effet, à l'occasion de l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*²¹, la CSC a remis en cause cette interprétation restrictive en reconnaissant que la liberté d'association comportait également une dimension collective que la Charte se devait de protéger dans une certaine mesure :

En particulier, il y a des cas où une activité n'est pas visée par les troisième et quatrième règles énoncées par le juge Sopinka dans *IPFPC*, [...], mais où l'État l'interdit néanmoins en raison seulement de sa nature associative. Il s'agit d'activités (1) qui ne sont pas protégées par une autre liberté constitutionnelle, et (2) qui ne peuvent, pour une raison ou une autre, être considérées comme des activités licites d'un individu. Comme le dit le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, [...], ces activités peuvent être de nature collective en ce qu'elles ne peuvent être accomplies par une personne seule²².

Cette brèche dans l'interprétation limitative de la liberté d'association ouvrit la porte au revirement jurisprudentiel et à l'interprétation large caractérisant la seconde phase d'interprétation de l'article 2 d) de la Charte. C'est ainsi qu'en 2007, dans la décision *Health Services and Support—Facilities Subsector Bargaining Assn c. Colombie-Britannique*²³, la CSC accordait pour la première fois une protection constitutionnelle au processus de négociation collective. À cette occasion, elle déclarait que «la liberté d'association garantie par l'al. 2d) protège la capacité des syndiqués d'engager des négociations collectives sur des problèmes reliés au milieu de

19. *TNO*, préc., note 14, par. 73.

20. Christian BRUNELLE, «La liberté d'association se porte mieux : un commentaire de l'arrêt *Health Services*», dans *Conférence des juristes de l'État 2009*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 237, à la page 247.

21. *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016 (ci-après «décision *Dunmore*»).

22. *Id.*, par. 16. Une auteure considère qu'une telle ouverture à la dimension collective était annoncée dès la décision précédant la décision *Dunmore*, soit *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, décision qui concernait la protection de la liberté de non-association. Voir 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, 77. Voir nos commentaires à ce sujet dans Maude CHOKO, «L'évolution du dialogue entre le Canada et l'OIT en matière de liberté d'association : vers une protection constitutionnelle du droit de grève?», (2011) 56 *R.D. McGill* 1113, note 197.

23. *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391 (ci-après «décision *BC Health Services*»).

travail²⁴ ». Cependant, cette protection constitutionnelle du processus de négociation collective comportait des limites intrinsèques. Voir ce que résume Christian Brunelle :

Outre sa nature essentiellement procédurale, ce droit demeure à portée restreinte du fait que seule une atteinte *substantielle* est de nature à le compromettre. Ainsi, la personne ou le groupe qui allègue une atteinte à sa liberté d'association doit pouvoir établir une ingérence substantielle de l'État dans le processus de négociation collective, ce qui exige de démontrer à la fois qu'un sujet d'importance est en cause et que la mesure gouvernementale touchant ce sujet n'a pas été précédée d'une consultation et d'une négociation menée de bonne foi²⁵.

De plus, la CSC avait bien mis en garde contre une interprétation trop large de la protection qu'elle était prête à accorder à la négociation collective. Celle-ci ne devait pas être entendue comme garantissant « l'accès à un régime légal précis²⁶ ». Ainsi, ce qui est protégé est la participation « à un processus général de négociation collective et non le droit de revendiquer un modèle particulier de relations du travail ou une méthode particulière de négociation²⁷ ».

Au début de l'année 2015, la CSC se penche à nouveau sur son interprétation de l'article 2 d) et rend trois décisions presque simultanément. Dans le contexte de cette nouvelle trilogie et dans le sillon de l'arrêt *BC Health Services*²⁸, c'était au tour de la grève d'être intégrée à la protec-

24. *Id.*, par. 2.

25. Chr. BRUNELLE, préc., note 20, aux pages 263 et 264.

26. *BC Health Services*, préc., note 23, par. 19.

27. *Id.*, par. 91.

28. En 2011, la CSC s'est prononcée à une autre occasion sur l'interprétation donnée à l'article 2 d) dans la décision *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, [2011] 2 R.C.S. 3 (ci-après « décision *Fraser* »). En rétrospective, la CSC retient sa décision *Fraser* comme s'inscrivant dans le continuum de décisions marquées par une interprétation large de la protection constitutionnelle de la liberté d'association qui la mène, dans la décision *Saskatchewan Federation*, à conclure en faveur de la protection du droit de grève. Elle retient que, après la décision *Fraser*, le « processus véritable [de négociation] comprend le droit des salariés de se regrouper en vue d'atteindre des objectifs liés au travail, de faire des représentations collectives à leur employeur et de les voir prises en compte de bonne foi, ce qui comprend l'accès à une voie de recours advenant que l'employeur ne négocie pas de bonne foi » (*Saskatchewan Federation*, préc., note 1, par. 1). Ainsi, dans la décision *Police montée*, elle écarte la conception selon laquelle le droit au processus de négociation collective est protégé uniquement dans le sens où il constitue un « droit dérivé » de la liberté d'association. Pourtant, dans la décision *Fraser*, préc., note 28, par. 46, la CSC s'exprimait ainsi : « La loi ou la mesure de l'État qui rend impossible la réalisation d'objectifs collectifs a pour effet de restreindre la liberté d'association en la privant de sens. C'est dans ce sens dérivé que l'al. 2d) protège le droit de négociation collective. » À la suite de la décision *Fraser*, plusieurs considéraient cette décision comme un recul par rapport à la décision *BC Health Services* (voir notamment Maude

tion garantie par l'article 2 d). La décision *Saskatchewan Federation* est rendue quelques jours après la décision *Police montée*. Dans cette dernière, la CSC revient également sur une décision antérieure dans laquelle elle concluait à la constitutionnalité de l'exclusion des travailleurs de la GRC du régime de négociation collective établi par la LRTFP, dans sa version de l'époque²⁹. La constitutionnalité de cette exclusion est révisée à la lumière des décisions *BC Health Services* et *Ontario (Procureur général) c. Fraser*. La CSC conclut que l'exclusion totale dont sont victimes les travailleurs en question constitue une entrave substantielle à leur liberté d'association. Elle constate cette entrave substantielle en raison du contexte d'élaboration de la disposition législative établissant leur exclusion, qui est liée à l'origine à une interdiction d'association :

L'exclusion légale des membres de la GRC doit être interprétée et sa constitutionnalité examinée au regard du décret C.P. 1918-2213, qui constituait le régime de relations de travail applicable aux membres de la GRC au moment de l'adoption de la première LRTFP. *L'interdiction complète de mener des activités associatives afin de poursuivre des objectifs relatifs aux conditions de travail créée par le décret C.P. 1918-2213 viole sans l'ombre d'un doute l'al. 2d) de la Charte*. La mise en œuvre de ce régime de relations de travail a été rendue possible par

CHOKO, «The Dialogue between Canada and the ILO on Freedom of Association: What Remains after *Fraser*?», (2012) 28 *Int'l J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.* 397; Steven BARRETT, «The Supreme Court of Canada's Decision in *Fraser*: Stepping Forward, Backward or Sideways?», (2012) 16 *Can. Lab. & Empl. L.J.* 331; Alan BOGG et Keith EWING, «A (Muted) Voice at Work: Collective Bargaining in the Supreme Court of Canada», (2011-2012) 33 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 379). Il est heureux que la CSC lise la décision *Fraser* comme s'inscrivant dans la même veine que la décision *BC Health Services*, en discréditant les passages dans la décision *Fraser* qui auraient pu avoir l'effet de limiter la protection constitutionnelle de la liberté d'association. Par exemple, au sujet de la question du droit dérivé, elle déclarait ceci dans la décision *Police montée*, préc., note 3, par. 79 :

Dans la mesure où l'expression «droit dérivé» laisse entendre que le droit à un processus véritable de négociation collective ne s'applique que s'il a été autrement porté atteinte à la garantie prévue à l'al. 2d), il convient de l'éviter. De plus, toute suggestion selon laquelle un aspect d'un droit protégé par la *Charte* serait d'une manière ou d'une autre secondaire ou accessoire à d'autres aspects de ce droit n'est pas compatible avec l'interprétation téléologique de l'al. 2d).

29. *Delisle*, préc., note 4. Comme nous l'avons mentionné en introduction, la décision *Police montée* est rendue de façon incidente par rapport à la décision *Meredith*. Dans la décision *Meredith*, la CSC se prononce uniquement sur la constitutionnalité de la LDP. Elle conclut que celle-ci est constitutionnelle. Ce faisant, elle ne commente pas davantage sa définition de la liberté d'association, se contentant d'énoncer que, «[d]ans les instances relatives à l'al. 2d), les tribunaux doivent déterminer si les mesures prises par l'État ont entravé de façon substantielle la poursuite collective par les employés d'objectifs liés au travail. Le critère applicable pour trancher cette question est énoncé dans l'arrêt *Health Services*» (*Meredith*, préc., note 7, par. 24). Pour cette raison, il n'est pas utile de s'attarder plus longuement à cette décision.

l'exclusion des membres de la GRC du régime de relations de travail qui s'appliquait à la fonction publique fédérale en application de la première *LRTFP*.

[...] La première *LRTFP* et le décret C.P. 1918-2213, *par leur effet combiné, ont constitué un régime de relations de travail conçu pour entraver le droit à la liberté d'association des membres de la GRC.* [...] À l'instar du décret C.P. 1918-2213, l'al. e) de la définition de «fonctionnaire» qui figurait au par. 2(1) de la première *LRTFP*, définition maintenant reconduite à l'al. d) de la définition de «fonctionnaire» qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle, est vicié par un objet inapproprié et viole l'al. 2d) de la *Charte*³⁰.

La CSC conclut aussi que l'imposition d'un régime non syndical de relations du travail viole l'article 2 d) de la Charte. En effet, le régime non syndical auquel les membres de la GRC sont assujettis repose sur trois éléments principaux :

Tout d'abord, les membres peuvent faire valoir leurs préoccupations à propos de leurs conditions de travail par l'entremise du Programme de représentants des relations fonctionnelles («PRRF»). Ensuite, leurs représentations quant aux questions de nature salariale et quant à leurs avantages sociaux sont transmises à la direction grâce au Conseil de la solde de la GRC. Enfin, les membres de la GRC ont créé le Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie («Fonds de recours juridique») – société à but non lucratif financée par leurs cotisations – qui leur fournit de l'assistance juridique pour les questions relatives à leur emploi³¹.

La CSC considère que la protection de la liberté d'association implique «un processus véritable de négociation collective [qui] donne aux employés l'occasion de véritablement participer au choix de leurs objectifs collectifs et [qui] leur assure une indépendance suffisante par rapport à la direction pour qu'ils puissent contrôler les activités de l'association, eu égard au secteur d'activités et au milieu de travail en cause³²». Après son analyse du régime, la CSC conclut que le régime en question impose un programme spécifique aux membres de la GRC et ne leur permet pas de définir leurs préoccupations professionnelles et de les exprimer à l'abri de l'influence

30. *Police montée*, préc., note 3, par. 129 et 130 (nos italiques). Le décret dont il est question dans la citation est un décret en vertu duquel les membres de la GRC n'avaient pas le droit de s'associer sous peine de congédiement immédiat. Le décret a été en vigueur jusqu'en 1974, alors qu'un programme, ayant mené au fil des années au programme contesté dans le litige, a été mis en place pour prévoir un régime non syndical de relations du travail. Voir les explications de l'historique des mesures en question aux paragraphes 17 et suivants de la décision.

31. *Id.*, par. 2.

32. *Id.*, par. 99.

de la direction. Par conséquent, il n'offre pas une protection suffisante au regard de la protection constitutionnelle³³.

Ainsi, à la suite de la décision *Police montée*, la protection constitutionnelle de la liberté d'association protège les activités ainsi décrites : « (1) le droit de s'unir à d'autres et de constituer des associations ; (2) le droit de s'unir à d'autres pour exercer d'autres droits constitutionnels ; et (3) le droit de s'unir à d'autres pour faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force d'autres groupes ou entités³⁴ ». Dans le contexte de la relation du travail, la protection se résume de la manière qui suit :

Le droit à un processus véritable de négociation collective constitue donc un élément nécessaire du droit de poursuivre collectivement et de manière véritable des objectifs relatifs au travail (*Health Services* ; *Fraser*). Un processus de négociation collective n'aura toutefois pas un caractère véritable s'il empêche les employés de poursuivre leurs objectifs.

[...] Portera donc atteinte au droit à un processus véritable de négociation collective tout régime législatif qui prive les employés de protections adéquates dans leurs interactions avec l'employeur de manière à créer une entrave substantielle à leur capacité de véritablement mener des négociations collectives³⁵.

C'est dans la foulée de cette décision que la CSC fait connaître sa conclusion tant attendue en ce qui concerne le droit de grève. Les faits de l'affaire *Saskatchewan Federation* sont simples. Le gouvernement, afin de mettre un terme aux conséquences néfastes engendrées par une série de grèves dans le secteur public, affectant ce que le gouvernement considère comme des services essentiels, adopte une loi visant à interdire le recours à la grève pour différentes catégories de travailleurs³⁶. La *Public Service Essential Services Act* (PSESA)³⁷ interdit aux travailleurs assurant des « services essentiels » de prendre part à des arrêts de travail sous peine de sanctions pénales. De plus, la PSESA prévoit que si les partenaires sociaux ne parviennent pas à s'entendre sur la définition des « services essentiels »,

33. De plus, la violation de la liberté d'association n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la Charte (*id.*, par. 5, 121 et 141).

34. *Id.*, par. 66.

35. *Id.*, par. 71 et 80.

36. Le pourvoi soulève aussi la question de la constitutionnalité d'une seconde loi, la *Trade Union Amendment Act*, S.S. 2008, c. 26 (ci-après « TUA »), qui a pour effet de modifier les conditions d'accréditation des syndicats. Cependant, la CSC conclut pour cette loi qu'elle ne porte pas atteinte à la liberté d'association. Les modifications introduites au processus d'accréditation des syndicats n'entravent pas de « manière substantielle la liberté des travailleurs de former des associations et d'y adhérer » (*Saskatchewan Federation*, préc., note 1, par. 100). L'analyse de la décision de la CSC concernant la TUA n'est donc pas présentée en détail dans le présent texte.

37. *Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2 (ci-après « PSESA »).

il appartient ultimement à l'employeur public de désigner unilatéralement «les services publics qui sont tenus pour essentiels et les catégories de salariés qui doivent continuer d'exercer leurs fonctions durant un arrêt de travail, ainsi que de préciser les noms et le nombre des salariés de chacune de ces catégories³⁸». La constitutionnalité de la PSESA est contestée.

À la lumière de ses récentes décisions en matière de liberté d'association, la CSC décide d'intégrer la grève à la protection constitutionnelle : «Le droit de grève n'est pas seulement dérivé de la négociation collective, il en constitue une composante indispensable. Le temps me paraît venu de le consacrer constitutionnellement³⁹.»

La CSC conclut dans le cas de la PSESA à l'inconstitutionnalité de la loi. Elle déclare que la loi qui entrave substantiellement un processus de négociation collective devrait prévoir, en remplacement, «l'un ou l'autre des mécanismes véritables de règlement des différends couramment employés en relations de travail⁴⁰». En interdisant à certaines catégories d'employés le recours à un quelconque type d'arrêt de travail dans le cadre de négociations collectives, la PSESA empêche ces employés de bénéficier d'un processus véritable de négociation collective. Cela constitue une entrave substantielle au processus de négociation collective⁴¹. De plus, la PSESA ne fournit aucun mécanisme alternatif de règlement de leurs différends avec leur employeur aux employés en question. Non seulement la loi en cause viole la liberté d'association, telle que le Cour suprême l'interprète désormais, mais elle n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la Charte. Bien que l'objectif d'assurer la prestation des services essentiels de façon ininterrompue soit considéré comme urgent et réel, les moyens retenus pour y parvenir ne portent pas le moins possible atteinte à la liberté d'association⁴². À cet égard, le fait que l'employeur public détient un pouvoir unilatéral de déterminer si des services essentiels doivent être assurés durant un arrêt de travail et la manière dont ils doivent l'être pose problème⁴³. C'est d'autant plus une entrave qu'aucun mécanisme de contrôle approprié de ce pouvoir unilatéral et qu'aucun mécanisme de règlement des différends n'est prévu⁴⁴. La CSC déclare donc la PSESA invalide.

38. *Saskatchewan Federation*, préc., note 1, par. 11.

39. *Id.*, par. 3.

40. *Id.*, par. 25.

41. *Id.*, par. 75.

42. *Id.*, par. 79 et 81.

43. *Id.*, par. 81, 87 et 90.

44. *Id.*, par. 96.

Au lendemain de la décision *Saskatchewan Federation*, la liberté d'association, telle que protégée par la Charte, inclut le droit de s'unir à d'autres pour constituer des associations, pour exercer d'autres droits constitutionnels et pour rééquilibrer le pouvoir d'individus qui, autrement, seraient en position d'inégalité face à des entités plus puissantes. Dans le contexte du travail, cela signifie protéger le processus de négociation collective pour déterminer leurs conditions de travail, incluant la possibilité de cesser collectivement le travail : « Advenant la rupture de la négociation de bonne foi, la faculté de cesser collectivement le travail est une composante nécessaire du processus par lequel les salariés peuvent continuer de participer véritablement à la poursuite de leurs objectifs liés au travail⁴⁵. »

1.2 La protection constitutionnelle de la liberté de négociation collective et de la liberté de grève n'équivaut pas à protéger constitutionnellement un droit de négociation collective et un droit de grève

La Charte établit en premier lieu une protection des individus contre les actes du gouvernement qui pourraient entraver leurs droits et libertés. Le remède habituel que cela implique, dans le cas d'une violation injustifiée par le gouvernement, est de nature négative : l'action du gouvernement qui a pour objet ou effet de violer un droit ou une liberté sera invalidée⁴⁶. Dans la décision *Dunmore*, la CSC déclarait que, face à la liberté d'association, la responsabilité de l'État est comprise comme une responsabilité négative, « en ce sens que le Parlement et les législatures provinciales sont seulement tenus de s'abstenir de toute intervention portant atteinte (par son objet ou son effet) à une activité associative protégée⁴⁷ ». On retient donc que la liberté d'association entraîne avant tout une obligation négative pour l'État. En même temps, en raison de circonstances exceptionnelles, la CSC acceptait dans la décision *Dunmore* d'ouvrir la porte à la possibilité d'imposer une obligation positive à l'État en matière de liberté d'association. En effet, la CSC reconnaissait l'idée que l'État puisse devoir prendre des mesures pour préserver et faciliter, dans les faits, l'exercice de la liberté d'association de certains groupes de travailleurs⁴⁸.

45. *Id.*, par. 75.

46. Jamie CAMERON, « Positive Obligations Under sections 15 and 7 of the Charter: A Comment on *Gosselin v. Québec* », (2003) 20 *S.C.L.R.* (2d) 65, 70.

47. *Dunmore*, préc., note 21, par. 19.

48. Pierre VERGE, « L'affirmation constitutionnelle de la liberté d'association : une nouvelle vie pour l'autonomie collective ? », (2010) 51 *C. de D.* 353, 365 ; Urwana COIQUAUD, « La représentation collective des travailleurs précaires : évolution et défis contemporains », *Relations industrielles*, vol. 66, n° 4, 2011, p. 631, à la page 647.

Ceci étant dit, la reconnaissance d'une telle obligation positive est très limitée. La CSC pose le débat de la façon suivante : la protection de la liberté d'association impose-t-elle à l'État l'obligation positive d'étendre la protection légale à des groupes de travailleurs non protégés, car exclus de la législation en cause ? En acceptant de répondre par l'affirmative à cette question, la CSC déclare qu'il est nécessaire de démontrer que l'exclusion entraîne « l'impossibilité d'exercer la liberté fondamentale en cause et non pas simplement le droit revendiqué de bénéficier de l'application d'une loi⁴⁹ ». L'exclusion du régime légal doit avoir pour conséquence une entrave « substantielle » à l'exercice de l'activité protégée par l'article 2 d). Enfin, on doit se demander si « l'État peut vraiment être tenu responsable de toute incapacité d'exercer une liberté fondamentale⁵⁰ ». Les travailleurs en cause dans la décision *Dunmore*, en l'occurrence des travailleurs agricoles, sont qualifiés par la CSC de « vulnérables ». C'est parce que le fait d'exclure ces travailleurs équivaut pour le gouvernement au fait de créer « des conditions qui ont pour effet d'entraver considérablement l'exercice d'un droit constitutionnel⁵¹ » que la responsabilité de l'État est engagée. Autrement dit, si la CSC ouvre la porte en théorie à l'imposition d'une obligation positive à l'État, en pratique il semble que les faits de la décision *Dunmore* illustrent un cas où une action de l'État conduit à l'entrave substantielle de la liberté fondamentale en question, par opposition à une simple omission d'agir ou de prendre des mesures pour faciliter ou préserver l'exercice de l'association. D'ailleurs, la CSC précisait ses propos en déclarant que « [c]ela ne signifie pas qu'il existe un droit constitutionnel à la protection légale comme tel ; cela signifie qu'une loi dont l'application est *limitative* peut, dans des *contextes exceptionnels*, avoir un effet substantiel sur l'exercice d'une liberté constitutionnelle⁵² ». Aussi, dans la décision *BC Health Services*, la CSC retenait de la décision *Dunmore* qu'il « doit être établi qu'il serait pratiquement impossible d'exercer la liberté constitutionnelle en question sans la reconnaissance positive du droit d'avoir accès à un régime légal⁵³ ». Dans la décision *Police montée*, la CSC clarifiait la pertinence du qualificatif « impossible ». Elle le rattachait au test juridique de l'entrave

49. *Dunmore*, préc., note 21, par. 25.

50. *Id.*, par. 26. Notons que, dans la décision *Dunmore*, cette obligation positive de l'État a pris la forme d'une obligation de corriger le manque de protection ayant donné lieu à des pratiques discriminatoires à l'égard des travailleurs de l'agriculture de l'Ontario. Voir Peter BARNACLE, « *Dunmore Meets Wilson and Palmer: Interpretation of Freedom of Association in Canada and Europe* », (2004) 11 *Can. Lab. & Empl. L.J.* 143, 164.

51. *Dunmore*, préc., note 21, par. 22 (nos italiques).

52. *Id.* (nos italiques).

53. *BC Health Services*, préc., note 23, par. 34.

substantielle pour conclure à une atteinte au « droit d'association⁵⁴ ». Cette précision permet de saisir l'importance de l'entrave devant être démontrée afin d'entraîner une obligation positive de protection par l'inclusion à un régime légal.

Lorsque la décision *BC Health Services* a été rendue à la suite de la décision *Dunmore*, plusieurs auteurs l'ont commentée afin d'évaluer l'étendue des « nouvelles » obligations incombant à l'État. En effet, Christian Brunelle soulignait avec justesse que, à partir du moment « où la Cour infère de la liberté constitutionnelle d'association un droit de négociation collective, elle est appelée à le définir pour mieux circonscrire les obligations correspondantes qui incomberont à l'État, que celui-ci agisse à titre de législateur ou d'employeur⁵⁵ ».

Parmi ces commentaires, Brian Langille notait la différence entre l'impact de la reconnaissance d'un « droit » et celui d'une « liberté » :

The basic idea, which I defend below, is that my freedom to bargain individually or collectively does not lead to a duty upon you to bargain with me. We *can* say that I have a “right” to bargain collectively, meaning that I have a right that you bargain with me, and that you have a corresponding duty to bargain with me. This duty exists by statute in Canada. However, this idea of a right cannot be conjured directly from my constitutional freedom⁵⁶.

Dans un même ordre d'idées, Pierre Verge expliquait le rôle de la législation régissant les relations collectives de travail au regard de cette distinction entre « droit » et « liberté » :

Positivement, et c'est bien connu, [la législation] facilite la négociation collective en établissant des modes de tierce intervention pour assurer la résolution des impasses de négociation, de même qu'un véritable droit de grève par rapport à la liberté primaire de grève, de manière à établir un meilleur équilibre des forces de négociation en présence. Elle assure l'efficacité juridique de l'accord et prévoit à cette fin des voies juridictionnelles [...]. Mais d'abord et avant tout, elle établit en faveur des partenaires de négociation un véritable droit à la négociation collective par rapport à la simple liberté de négociation préexistante⁵⁷.

Ainsi, comme le notait Pierre Verge, la décision *BC Health Services* ne peut pas être interprétée comme impliquant la reconnaissance d'une protection constitutionnelle à un droit de négociation collective. Elle n'équivaut pas à protéger un droit à proprement parler, tels les droits encadrés

54. *Police montée*, préc., note 3, par. 75.

55. Chr. BRUNELLE, préc., note 20, à la page 251.

56. Brian LANGILLE, « The Freedom of Association Mess: How We Got into It and How We Can Get out of It », (2009) 54 *R.D. McGill* 177, 198 et 199.

57. P. VERGE, préc., note 48, 355 et 356 (références omises).

par la législation⁵⁸. Elle n'a pas pour conséquence de créer une obligation positive de l'État de faciliter ou de préserver l'exercice de l'association par chaque personne afin de négocier collectivement si elle le désire. Elle a plutôt pour effet d'imposer une obligation négative à l'État en ce qu'il doit s'assurer de ne pas entraver la liberté de chaque personne de s'associer afin de négocier collectivement si elle le désire. Malgré l'ouverture à la possible imposition d'une obligation positive à l'État, l'analyse de l'interprétation donnée à la liberté d'association par la CSC au lendemain de la décision *BC Health Services* conduisait Judy Fudge à conclure dans le même sens que Pierre Verge, précisant que «[n]othing in *Dunmore* requires the state to provide collective bargaining legislation where there is none⁵⁹». À cet effet, il est important de souligner que le contexte particulier de la décision *Dunmore*, alors que les travailleurs agricoles n'ont jamais réussi à se regrouper dans la province de l'Ontario, sauf durant la courte période pendant laquelle ils ont bénéficié d'une inclusion dans le régime de relations du travail, marque le raisonnement de la CSC. L'annulation par le nouveau gouvernement en place de l'inclusion récente, faite par le gouvernement précédent, des travailleurs agricoles dans le régime de relations du travail laisse une impression d'une action du gouvernement. Nous ne sommes pas face à une omission pure et simple d'inclure des travailleurs dans un régime législatif. Il s'agit plutôt d'un retrait de la législation, par amendement législatif, d'un groupe de travailleurs. Le geste teinte la décision et est à la base des circonstances exceptionnelles dont il est question. Ainsi, Judy Fudge notait avec justesse la conclusion du juge Bastarache selon laquelle «the repeal of legislation extending labour legislation to agricultural workers was a signal to employers that they did not have to respect the workers' fundamental rights⁶⁰».

La décision *Saskatchewan Federation* ne modifie pas ces conclusions. L'inclusion de la grève dans la protection constitutionnelle de la liberté

58. *Id.*, 364.

59. Judy FUDGE, «Conceptualizing Collective Bargaining under the Charter: The Enduring Problem of Substantive Equality», (2008) 42 *S.C.L.R.* (2d) 213, 225. B. LANGILLE, préc., note 56, 210, concluait dans le même sens : «We have the freedom, it seems, but no right to protection of it – even if others do – unless we work in select sectors of the economy.» Par «select sectors of the economy», Langille se réfère ici aux travailleurs agricoles après la décision *Dunmore*. Nous souhaitons tout de même noter qu'une auteure était plus optimiste quant à l'impact de ces décisions sur l'accès à la représentation collective de travailleurs précaires. Ainsi, U. COIQUAUD, préc., note 48, à la page 636, écrivait que «le nouvel entendement que donne la Cour à la liberté d'association paraît créer des circonstances opportunes pour assurer une meilleure représentation collective des travailleurs précaires».

60. J. FUDGE, préc., note 59, note 42.

d'association n'entraîne aucune remise en question de la nature négative de l'obligation qui en découle pour l'État. D'abord, le débat est soulevé dans le contexte d'une législation prévoyant une interdiction du recours à la grève. Il est manifeste que le litige touche la nature négative de l'obligation de l'État, soit le fait de s'abstenir d'entraver la liberté d'association. Ensuite, les propos de la CSC lorsqu'elle expose son raisonnement en faveur de l'inclusion du « droit de grève » dans la définition de l'étendue de la protection garantie par l'article 2 d) le confirment. C'est l'idée de la liberté de grève ou de la liberté de procéder à un arrêt de travail concerté qui est considérée comme un complément essentiel de la négociation collective⁶¹. La CSC note que la législation moderne du travail au Canada a garanti aux travailleurs « le droit de négocier collectivement en contrepartie de la limitation de leur liberté de grève⁶² ». Aussi, la CSC retient l'idée énoncée dans la décision *Police montée* selon laquelle la liberté d'association protège l'autonomie collective des travailleurs⁶³. Or comme l'expliquait Pierre Verge, « [l']autonomie collective consiste en ce pouvoir normatif des acteurs mêmes d'un milieu social donné : dans une perspective de pluralisme juridique, ils élaborent et administrent leur propre système juridique⁶⁴ ». Elle n'est pas rattachée à un régime légal déterminé. Au contraire, elle est liée à la liberté originelle de négociation collective⁶⁵. « [Par conséquent, le] test consiste alors à déterminer si, dans un cas donné, l'entrave législative au droit de grève équivaut ou non à une entrave substantielle à la négociation collective. Il appert que la PSESA satisfait à cette condition en ce qu'elle empêche les salariés désignés de se livrer à tout arrêt de travail dans le cadre du processus de négociation⁶⁶. »

Cela implique qu'il ne s'agit pas seulement d'être face à une législation qui prévoirait des mesures pour faciliter ou encadrer le recours à la grève pour certains travailleurs en excluant de son application d'autres travailleurs. Il faut plutôt être face à une législation qui interdise à certains travailleurs le fait de recourir à la grève.

61. *Saskatchewan Federation*, préc., note 1. Voir en particulier les paragraphes 38, 46, 49 et 51. Au paragraphe 46, la version anglaise ne reprend pas le terme « droit » que l'on trouve dans la version française. Or, c'est véritablement le pouvoir ou la liberté de faire la grève dont il est question : « That is because it has long been recognized that the ability to collectively withdraw services for the purpose of negotiating the terms and conditions of employment – in other words, to strike – is an essential component of the process through which workers pursue collective workplace goals. »

62. *Id.*, par. 44.

63. *Id.*, par. 31, par référence à la décision *Police montée*, préc., note 3, par. 82.

64. P. VERGE, préc., note 48, 355.

65. *Id.*, 358-362.

66. *Saskatchewan Federation*, préc., note 1, par. 78 (nos italiques).

Ainsi, c'est une « liberté de grève » qui est en fait considérée et incluse dans la protection constitutionnelle. L'impact de la décision est de restreindre la marge de manœuvre du gouvernement quant à la législation qu'il peut adopter. S'il pouvait par le passé interdire le recours à la grève de certains travailleurs ou dans certaines circonstances, notamment par l'adoption de lois forçant leur retour au travail lors de conflits de travail, une telle législation pourra désormais faire l'objet d'un contrôle constitutionnel et risque d'être annulée.

La décision *Police montée* va dans le même sens. Alors qu'*a priori* on peut penser que le renversement jurisprudentiel opéré entraîne un changement de vision quant à la nature de l'obligation de l'État, une analyse rigoureuse de la décision permet plutôt de constater qu'il n'en est rien. La CSC ne conclut pas à une violation de la liberté d'association en raison de la seule exclusion, totale, d'un groupe de travailleurs du régime légal de relations du travail mis en place pour les autres. C'est plutôt parce que cette exclusion a longtemps été rattachée à une interdiction d'association et qu'elle est désormais rattachée à un programme qui empêche les travailleurs de choisir librement leur représentant qu'elle la considère comme inconstitutionnelle :

[Dans la décision] *Delisle*, la Cour n'avait été appelée à statuer que sur un élément du régime de relations de travail des membres de la GRC – soit leur exclusion de la première *LRTFP*. En l'espèce, la contestation vise l'ensemble du régime de relations de travail, soit l'exclusion du régime de la *LRTFP* actuelle ainsi que l'imposition du régime dont nous avons conclu qu'il vise à priver les membres de la GRC du droit de constituer une association indépendante capable de participer à un processus véritable de négociation collective. Autrement dit, les juges majoritaires dans [la décision] *Delisle* ont conclu que l'exclusion législative, prise isolément, n'empêchait pas la création d'une association indépendante, mais la Cour examine maintenant la totalité d'un régime qui vise manifestement à empêcher des activités syndicales protégées par l'al. 2d) de la Charte⁶⁷.

Pour cette raison, l'évaluation de la justification de la violation au regard de l'article premier de la Charte se fait de façon globale. Elle ne distingue pas entre les différentes dimensions du régime légal à l'étude, soit l'exclusion liée à l'ancienne interdiction et l'imposition d'un régime non syndical. Ces dimensions sont traitées comme un tout, la CSC déclarant faire de même que les parties qui, « [d]ans leurs observations écrites sur l'article premier, [...] ont traité des limites imposées par l'effet conjugué de l'art. 96 du *Règlement de la GRC* et de l'al. d) de la définition de "fonctionnaire" qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle⁶⁸ ».

67. *Police montée*, préc., note 3, par. 126.

68. *Id.*, par. 141. Voir également les paragraphes 142 et 148.

Enfin, dans sa décision *Police montée*, la CSC «reconnait qu'un processus de négociation collective ne peut être véritable lorsque les salariés n'ont pas la liberté de choix et l'indépendance voulues pour décider de leurs intérêts collectifs et les poursuivre⁶⁹». De la manière dont la CSC résume ses propos dans la décision *Police montée*, il n'est pas question de reconnaissance d'une obligation positive imposée à l'État de prendre des mesures pour faciliter ou préserver le droit de négociation collective.

On doit donc conclure que l'article 2 d) protège la liberté d'association, ce qui comprend la liberté des travailleurs de négocier collectivement et leur liberté de faire la grève pour faire pression sur le vis-à-vis dans la négociation collective. À ce titre, l'État doit s'abstenir d'entraver la liberté fondamentale qu'est la liberté d'association, ce qui inclut dorénavant non seulement la liberté de négociation collective, mais également la liberté de grève.

2 La portée limitée de la nouvelle trilogie pour les travailleurs autonomes

Une fois déterminée l'interprétation de la liberté d'association telle que protégée constitutionnellement à la suite de la trilogie de la CSC, il est intéressant d'évaluer l'impact de ces arrêts pour les travailleurs autonomes quant à l'exercice de leur liberté syndicale. Pour ce faire, il est nécessaire, dans un premier temps, de rappeler que cet exercice est prescrit par les normes internationales du travail émanant de l'Organisation internationale du travail (OIT) auxquelles le Canada est assujéti (2.1). Dans un second temps, il est utile de mettre en lumière la difficulté de regroupement à laquelle font face une majorité de travailleurs autonomes. Le regroupement constituant une étape fondamentale à l'exercice de la négociation collective et de la grève, cette difficulté limite la portée réelle de l'interprétation généreuse accordée à la liberté d'association par la CSC (2.2).

2.1 Les obligations internationales du Canada en matière de liberté syndicale, en vertu des normes de l'Organisation internationale du travail, commandent la prise de mesures pour favoriser l'exercice de la liberté syndicale des travailleurs autonomes

Le Canada est un des membres fondateurs de l'OIT, créée en 1919. Par sa simple adhésion à l'OIT, le Canada reconnaît l'importance du principe de la liberté syndicale, principe fondamental au cœur de la mission de l'OIT, inscrit dans la *Déclaration concernant les buts et les objectifs*

69. *Saskatchewan Federation*, préc., note 1, par. 1.

de l'*Organisation internationale du Travail* de 1944⁷⁰. De plus, le Canada a participé activement aux délibérations ayant mené à l'adoption de la *Déclaration de l'OIT relative aux principes et aux droits fondamentaux au travail et son suivi*⁷¹. Il a ainsi donné son appui à l'adoption d'un tel texte. Cette déclaration établit ceci :

La Conférence internationale du travail [...] [d]éclare que l'ensemble des Membres, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet desdites conventions, à savoir: (a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit à la négociation collective⁷².

Ainsi, parmi les conventions identifiées comme fondamentales se trouvent les conventions n° 87 et n° 98⁷³, concernant la liberté syndicale et élaborant en substance les règles contenues par ce principe de liberté syndicale. Peu importe la ratification par un membre de l'une ou l'autre de ces deux conventions, l'adhésion à l'organisation et, de surcroît l'appui à la Déclaration de 1998 confirment la reconnaissance par le membre en question de l'importance du principe de la liberté syndicale et des règles élaborées par l'OIT⁷⁴, telles qu'interprétées par ses organes de contrôle⁷⁵,

70. *Déclaration concernant les buts et les objectifs de l'Organisation internationale du Travail*, Philadelphie, 1944, [annexe de la *Constitution de l'Organisation internationale du Travail*, 1919]. La Déclaration fait partie intégrante de la Constitution de l'OIT, lui ayant été annexée en 1946.

71. *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi*, Conférence internationale du travail, 86^e sess., Genève, 1998, [En ligne], [www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--fr/index.htm] (30 septembre 2015) (ci-après «Déclaration de 1998»). En effet, non seulement le Canada était en faveur de la Déclaration de 1998, mais le président de la Commission de la Déclaration de principes, commission chargée de l'élaboration du projet de texte de la Déclaration de 1998, était nul autre que le représentant gouvernemental du Canada à l'OIT à l'époque, M. Moher. Voir ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Rapport de la Commission de la Déclaration de principes*, 86^e sess., Genève, 1998.

72. Déclaration de 1998, préc., note 71, art. 2.

73. Ces conventions ont été adoptées respectivement en 1948 et en 1949 : *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 9 juillet 1948, (1950) 68 R.T.N.U. 17 ; *Convention (n° 98) concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective*, 1^{er} juillet 1949, (1951) 96 R.T.N.U. 257.

74. Roy J. ADAMS, «The Supreme Court, Collective Bargaining and International Law : A Reply to Brian Langille», (2008) 14 *Can. Lab. & Empl. L.J.* 317, 319, 322 et 323. Voir également Janice R. BELLACE, «L'OIT et le droit de grève», *Revue internationale du travail*, vol. 153, n° 1, 2014, p. 31, à la page 59.

75. Notamment par le Comité de la liberté syndicale (CLS). Le processus de plainte au CLS est une procédure spéciale en ce qu'elle ne requiert pas la ratification des conventions sur la liberté syndicale pour que le CLS puisse se pencher sur leur respect

donnant corps à ce principe. À ce titre, le Canada est tenu d'appliquer le principe de la liberté syndicale et s'est fait rappeler à l'ordre en de nombreuses occasions par les organes de contrôle de l'OIT pour avoir failli à ses obligations en matière de liberté syndicale⁷⁶.

Or, les obligations du Canada visent les travailleurs autonomes au même titre que les salariés. En effet, la Convention n° 87 énonce explicitement que « [l]es travailleurs et les employeurs, *sans distinction d'aucune sorte*, ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix⁷⁷ ». De son côté, la Convention n° 98 mentionne que les seuls travailleurs pour lesquels les mesures dont elle traite peuvent être modulées différemment sont les travailleurs des forces armées et de la police. Elle mentionne également qu'elle « ne traite pas de la situation des fonctionnaires publics et ne pourra, en aucune manière, être interprétée comme portant préjudice à leurs droits ou à leur statut⁷⁸ ». Par conséquent, ces conventions ne font aucune distinction quant au statut juridique des travailleurs, et les travailleurs autonomes sont inclus dans la protection de la liberté syndicale.

Peu après l'adoption de la Déclaration de 1998, la mission de l'OIT était recentrée autour du concept de travail décent. Le directeur général de l'époque, alors qu'il se prononçait au sujet de ce concept de travail décent, déclarait que « [l]'OIT se préoccupe du sort de *tous les travailleurs*. [...] L'OIT ne doit pas s'occuper uniquement du marché du travail officiel *mais aussi* des salariés non protégés, *des travailleurs indépendants*, des

par un État membre en particulier. Pour des détails concernant l'élaboration de cette procédure, voir Isabelle DUPLESSIS, « Un abrégé de l'histoire des normes de l'OIT et de leur application », dans Pierre VERGE (dir.), *Droit international du travail. Perspectives canadiennes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 59, plus précisément aux pages 104-108. Voir également J.R. BELLACE, préc., note 74, aux pages 47-50.

76. Les organes de contrôle incluent le CLS ainsi que la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (CEACR). Pour plus de détails au sujet de ces rappels à l'ordre, voir M. CHOKO, préc., note 22 ; voir également Pierre VERGE et Dominic ROUX, « L'affirmation des principes de la liberté syndicale, de la négociation collective et du droit de grève selon le droit international et le droit du travail canadien : deux solitudes ? », dans P. VERGE (dir.), préc., note 75, p. 437. Il est quand même intéressant de rappeler que le Canada a ratifié la Convention n° 87, mais pas la Convention n° 98.

77. Convention n° 87, préc., note 73, art. 2 (nos italiques).

78. Convention n° 98, préc., note 73, art. 6.

travailleurs à domicile⁷⁹». Ainsi, il ne fait aucun doute que la protection de la liberté syndicale des travailleurs autonomes, au même titre que celle des travailleurs dont les services sont retenus dans le cadre d'une relation de salariat, est envisagée par l'OIT. D'ailleurs, les organes de contrôle de l'OIT se sont prononcés en ce sens de façon constante. Par exemple, dans le cadre spécifique d'une récente plainte concernant des travailleurs dans le domaine des postes au Canada, le CLS refusait l'argument selon lequel les travailleurs en question ne devaient pas bénéficier de la représentation collective compte tenu qu'il s'agissait d'entrepreneurs indépendants, argument soulevé par le gouvernement. À cet égard, il soulignait ceci :

[Le] comité rappelle que tous les travailleurs, sans distinction d'aucune sorte, y compris sans discrimination tenant à l'occupation, devraient avoir le droit de constituer des organisations de leur choix et de s'y affilier. [Voir Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale, cinquième édition, 2006, paragr. 216.]

[...] La question devant le comité n'est pas de savoir si les travailleurs que le STTP [Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes] cherche à représenter sont en fait des « employés » ou des entrepreneurs indépendants, mais plutôt de savoir si ces travailleurs bénéficient pleinement de la protection des principes de la liberté syndicale et de la négociation collective que le comité a élaborés au cours des ans. Le comité rappelle à cet égard qu'il a toujours maintenu que tous les travailleurs, y compris le personnel contractuel, devraient jouir pleinement du droit à la liberté syndicale au titre des conventions nos 87 et 98, dans le but de promouvoir et de défendre leurs intérêts, y compris par voie de négociation collective⁸⁰.

La logique derrière cet argumentaire repose sur une question d'égalité. Comme le fait valoir Brian Langille, « [t]he argument is simply that when a government extends a detailed statutory instantiation of a fundamental freedom to some, it has to justify not giving the freedom to others. This is the demand of the idea of equality⁸¹ ». Tous les travailleurs, salariés

79. ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Rapport du Directeur général: Un travail décent*, par Juan SOMAVIA, Conférence internationale du travail, 87^e sess., Genève, 1999, [En ligne], [ilo.org/public/french/standards/reim/ilc/ilc87/rep-i.htm] (6 décembre 2015) (nos italiques).

80. BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, « Cas n° 2848 (Canada): Rapport où le comité demande à être tenu informé de l'évolution de la situation », dans 364^e rapport du Comité de la liberté syndicale, *Bulletin officiel du Bureau International du Travail*, vol. XCV, n° 2, série B, 2012, p. 121, par. 425 et 426.

81. B. LANGILLE, préc., note 56, 212. Voir également P. VERGE et D. ROUX, préc., note 76, à la page 455, ou encore Harry W. ARTHURS, qui soulève cet argument en lien avec l'équité envers les travailleurs autonomes: *Équité au travail. Des normes du travail fédérales pour le XXI^e siècle*, Ottawa, Ministère des Ressources humaines et Développement social, 2006, p. 62, « les principes généraux d'équité exigent que les personnes présentant des caractéristiques semblables soient traitées de la même façon ».

comme travailleurs autonomes, doivent également bénéficier de la possibilité d'exercer leur liberté syndicale.

Non seulement la protection de la liberté syndicale doit être garantie par les normes pouvant faire l'objet d'un contrôle par le CLS, mais les principes de la liberté syndicale commandent également que leur application soit protégée en pratique. En ce sens, l'absence de législation interdisant la liberté syndicale peut tout de même mener à une conclusion d'une contravention à l'obligation du membre en matière de liberté syndicale. Ce sera le cas lorsqu'un groupe de travailleurs établit l'impossibilité pour ces travailleurs d'exercer leur liberté syndicale. C'est ce qu'explique le CLS dans le cas des entrepreneurs postaux :

Même s'il ne lui appartient pas de déterminer la manière dont la négociation collective doit être encouragée dans ce cas d'espèce, le comité doit constater que l'exclusion des « entrepreneurs postaux » du Code canadien du travail, au motif qu'ils sont réputés ne pas être des « employés », semble avoir eu régulièrement pour effet de leur refuser la possibilité d'une représentation syndicale efficace aux fins de la négociation collective, comme il ressort des nombreux pourvois interjetés par la Société lorsque des facteurs et des transporteurs de courrier tentaient d'obtenir le droit à la négociation collective.

[...] [Le] comité ne voit en revanche aucune raison pour que les principes ci-dessus concernant les droits fondamentaux de liberté syndicale et de négociation collective reconnus à tous les travailleurs ne s'appliquent pas également aux entrepreneurs postaux⁸².

Par conséquent, les principes de la liberté syndicale incluent une dimension positive dans l'obligation faite aux gouvernements, car, selon la Convention n° 98, « [d]es mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi⁸³ ». De la même manière, se penchant sur l'application de la Convention n° 87 par le Canada, à la lumière d'une série d'autres plaintes antérieures contre le Canada concernant des travailleurs d'autres industries et examinées par le CLS, la CEACR déclarait :

La commission rappelle que ses commentaires précédents portent sur la nécessité de garantir qu'un certain nombre de catégories de travailleurs exclues de toute protection légale en matière de liberté syndicale en vertu de la loi sur les

82. BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, préc., note 80, par. 427 et 428.

83. Convention n° 98, préc., note 73, art. 4.

relations de travail (travailleurs domestiques, architectes, dentistes, géomètres, avocats, ingénieurs et médecins) *jouissent, soit au moyen de la révision de la loi sur les relations du travail soit au moyen d'une réglementation spécifique*, de la protection nécessaire pour pouvoir constituer des organisations de leur choix et s'affilier à de telles organisations⁸⁴.

De plus, toujours dans le contexte de la plainte concernant les entrepreneurs postaux, le CLS soulignait que le laisser-faire invoqué par le gouvernement ne lui permet pas de se décharger de ses obligations quant à la nécessité de prendre des mesures pour encourager et favoriser la liberté syndicale des travailleurs en question :

Observant que l'organisation plaignante et le gouvernement reconnaissent tous deux que plusieurs entrepreneurs postaux sont maintenant syndiqués et affiliés au STTP et négocient collectivement avec la Société, le comité tient à souligner que *l'octroi ou le refus des droits de syndicalisation et de négociation collective sur la seule base de la bonne volonté des parties reviendrait à nier la nature fondamentale de ces droits*. Le comité prie le gouvernement de prendre rapidement toutes les mesures voulues, en consultation avec les partenaires sociaux, pour garantir que tous les entrepreneurs postaux de la Société jouissent pleinement du droit de se syndiquer et de négocier collectivement, comme tous les autres travailleurs. Le comité prie le gouvernement, le cas échéant, *de lever tous les obstacles – implicites ou explicites – à l'exercice de ces droits et de le tenir informé de l'évolution de la situation à cet égard*⁸⁵.

Face à de telles déclarations, on doit conclure que la protection de la liberté syndicale des travailleurs autonomes est visée autant que celle des salariés. Et cette protection implique davantage que la simple abstention par le gouvernement d'adoption de mesures législatives de nature à entraver l'exercice de la liberté syndicale par les travailleurs en question. Pour certains groupes de travailleurs, il peut être nécessaire de prendre des mesures pour favoriser le regroupement et l'exercice de la négociation collective pour assurer l'application en pratique des principes de la liberté syndicale. De nombreux travailleurs autonomes font partie de ces groupes de travailleurs pour lesquels l'exercice de la liberté syndicale est difficile compte tenu du défi que représente leur regroupement même.

84. CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations*, Rapport III (Partie 1 A), 102^e sess., Genève, 2013, p. 79 (nos italiques).

85. BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, préc., note 80, par. 430 (nos italiques).

2.2 L'exercice de la liberté syndicale est difficile pour les travailleurs autonomes

Au Québec, en 2013, sur le total des emplois, plus du tiers étaient des emplois atypiques⁸⁶. Les travailleurs autonomes « solo⁸⁷ » représentaient le tiers des arrangements de travail atypiques pour les années 2011-2013⁸⁸. Plusieurs recherches dans les dernières décennies ont documenté le problème de protection que les travailleurs autonomes « solo » éprouvent⁸⁹. La source de cette difficile protection s'explique par la qualification juridique que les travailleurs autonomes reçoivent en raison des arrangements contractuels en vertu desquels ils fournissent leur travail : ils sont considérés comme des entrepreneurs indépendants. La qualification juridique d'entrepreneur indépendant a pour conséquence d'exclure les travailleurs autonomes de la majorité des mesures prévues par les lois protectrices du travail. Un des problèmes importants auquel font face les travailleurs autonomes au Québec est le fait que, en vertu du droit civil, l'égalité des parties est présumée. Puisque les travailleurs autonomes sont exclus des lois protectrices du travail et qualifiés d'entrepreneurs indépendants dont les rapports sont régis par le droit civil, ils sont considérés comme étant dans une position d'égalité avec leurs donneurs d'ouvrage. Pourtant, cette égalité formelle ne coïncide pas avec la réalité de nombreux travailleurs autonomes. En effet, s'il est vrai que le travail autonome est

86. Luc CLOUTIER-VILLENEUVE, «Évolution de l'emploi atypique au Québec depuis 1997», *Travail et rémunération*, vol. 15, n° 3, 2014, p. 2. [En ligne], [www.stat.gouv.qc.ca/docs-hmi/statistiques/travail-remuneration/bulletins/flash-info-201410.pdf] (30 septembre 2015).

87. Les travailleurs autonomes qualifiés de « solo » sont ceux qui travaillent à leur propre compte et fournissent personnellement leur prestation de travail. Ils travaillent seuls et n'engagent aucun employé. Voir Karen D. HUGHES, «How are Women Faring in the Entrepreneurial Economy?», Ottawa, 2003. Cette distinction est adoptée par Judy FUDGE, «Self-employment, Women, and Precarious Work: The Scope of Labour Protection», dans Judy FUDGE et Rosemary OWENS (dir.), *Precarious Work, Women, and the New Economy. The Challenge to Legal Norms*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 201. Elle est également formulée en des termes similaires dans Jean BERNIER, Guylaine VALLÉE et Carol JOBIN, *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle*, Québec, Ministère du Travail, 2003, p. 36.

88. L. CLOUTIER-VILLENEUVE, préc., note 86, p. 4.

89. Pour des détails sur les besoins de protection des travailleurs autonomes, voir entre autres : Judy FUDGE, «Labour Protection for Self-Employed Workers», *Just Labour*, vol. 3, 2003, p. 36; Urwana COIQUAUD, «Le difficile encadrement juridique des travailleurs autonomes en situation précaire. Le cas des chauffeurs locaux de taxi», *Relations industrielles*, vol. 64, n° 1, 2009, p. 95; Martine D'AMOURS, *Le travail indépendant. Un révélateur des mutations du travail*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2006; J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 87; H.W. ARTHURS, préc., note 81.

hétérogène⁹⁰, une grande proportion des travailleurs autonomes « solo » sont dans une position d'inégalité vis-à-vis leurs donneurs d'ouvrage, ce qui entraîne leur vulnérabilité⁹¹. Leur réel pouvoir de négociation est trop souvent insuffisant pour leur assurer des conditions de travail adéquates, alors qu'ils dépendent de la vente de leur travail pour vivre⁹².

Pour se sortir de la position de faiblesse dans laquelle plusieurs sont plongés et rétablir leur pouvoir de négociation, les travailleurs autonomes peuvent se regrouper en vue de négocier collectivement avec leurs donneurs d'ouvrage. Or à titre d'entrepreneurs indépendants, ils sont exclus du régime général de relations de travail⁹³. Ce régime prévoit l'accès à la représentation collective des travailleurs bénéficiant du statut de « salarié », c'est-à-dire dont les services sont retenus en vertu d'un contrat de travail⁹⁴. C'est ce régime qui encadre le droit des travailleurs à la négociation collective et leur droit de grève. Les principes du régime visent à permettre l'exercice effectif de la négociation collective en vue de conclure une convention collective et d'assurer son application dans le temps. Aussi, les auteurs Jean Bernier, Guylaine Vallée et Carol Jobin soulignaient à ce titre l'importance que revêt l'exercice de la liberté d'association, y compris pour les travailleurs autonomes :

[L]e droit d'association étant à la fois une valeur fondamentale pour notre société et le levier par excellence permettant d'accéder à diverses formes de protection sociale, le Comité considère qu'il serait socialement souhaitable que ces personnes non salariées, à certaines conditions, bénéficient d'un cadre juridique leur permettant de se donner des protections sociales adaptées à leur situation et à leurs besoins. En effet, ceux que le Code du travail exclut de la notion de salarié

90. M. D'AMOURS, préc., note 89.

91. Kerry RITTICH, *La vulnérabilité au travail: questions de droit et de principe dans la nouvelle économie*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 2004, p. 27.

92. J. FUDGE, préc., note 89, p. 41 : elle note que 65,4 p. 100 de tous les travailleurs autonomes au sens statistique (donc englobant tous les types de travailleurs autonomes confondus, « solo » comme « employeur ») appartiennent à la catégorie des « solo », qui sont dépendants de la vente de leur travail. Voir également Brian A. LANGILLE et Guy DAVIDOV, « Beyond Employees and Independent Contractors: A View From Canada », (1999) 21 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 7, 30 : « They are independent, in the sense that they serve different clients and can hardly be seen as dependent on any of them, and yet their position vis-à-vis these clients is not one that seems distinguishable from an employee with a single employer [...] they are in need of protection much like employees. »

93. En vertu du CT ou du CCT. Voir *supra*, note 11.

94. CT, art. 1 (1) (« salarié ») ; CCT, art. 3 (1) (« employé »). Il faut préciser que, dans le cas du CCT, la loi prévoit que même en l'absence de contrat de travail, les travailleurs placés dans une situation de dépendance économique envers le donneur d'ouvrage et dans l'obligation d'accomplir des tâches pour le compte de ce dernier sont couverts à titre « d'entrepreneurs dépendants ». On les considère alors comme des employés.

ne sont pas pour autant suffisamment nantis et en mesure d'atteindre des seuils de protection socialement acceptables sur une base exclusivement individuelle⁹⁵.

L'exclusion des travailleurs autonomes du régime général de relations du travail peut entraîner pour ces derniers, malgré la protection des chartes, une incapacité à se regrouper et à exercer effectivement leur liberté syndicale. En effet, leur isolement rend plus difficile leur regroupement. Comme le notait Urwana Coiquaud, « [i]solés, ils n'ont ni le temps, ni les ressources, ni le pouvoir, ni même le droit de se regrouper pour négocier des conditions de travail⁹⁶ ». De la même manière, Martine D'Amours expliquait qu'au cœur de la difficulté de regroupement se retrouve l'isolement. Il a pour conséquence d'occulter la conscience même des travailleurs quant à leur condition d'isolement :

De même, la question de l'isolement n'est jamais abordée [par les participants aux entrevues]. On impute les difficultés de regroupement à des questions de « culture » et de « mentalité », des jeunes surtout, faisant souvent abstraction des données structurelles. Comment, dans une situation de concurrence et d'isolement, une vision d'intérêts collectifs suffisante pour susciter le désir et l'énergie pour se regrouper peut-elle naître⁹⁷ ?

En l'absence d'encadrement législatif des relations collectives de travail des travailleurs autonomes, l'exercice de leur liberté syndicale est difficile. Cela est logique puisque la difficulté de regroupement rend illusoire l'exercice des autres attributs de la liberté syndicale, soit la négociation collective et la grève.

L'analyse de la situation des salariés du début du xx^e siècle conduisait à conclure que « la loi tolère l'action syndicale, mais elle n'en fait pas pour autant la promotion⁹⁸ ». Dans l'état actuel du droit, on peut en retenir autant pour les travailleurs autonomes qui ne sont pas inclus dans un quelconque régime de relations collectives de travail. En effet, ils se trouvent dans une situation semblable à celle vécue par les travailleurs « salariés » avant leur inclusion dans un régime de relations collectives du travail. Le

95. J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 87, p. 519.

96. Urwana COIQUAUD, « La loi et l'accès à la syndicalisation de certains travailleurs non salariés vulnérables : une relation pathologique ? », (2007) 48 *C. de D.* 65, 68. L'article d'Urwana Coiquaud a été rédigé avant les récentes décisions de la CSC. Cependant, à la lumière de l'analyse effectuée dans la première partie du présent texte, sa conclusion quant au « droit » de se regrouper continue de s'appliquer.

97. Martine D'AMOURS et autres, *Le travail indépendant comme combinaison de formes de travail, de sources de revenus et de protections : étude des conditions pour comprendre les rapports entre travail indépendant et protection sociale*, Montréal, INRS – Urbanisation, Culture et Société, 2004, p. 62.

98. Christian BRUNELLE, « Le droit comme moyen de pression... politique : le cas des rapports collectifs de travail », (2010) 40 *R.G.D.* 9, 19.

consensualisme prévaut : il n'empêche pas le regroupement des travailleurs. Par contre, en l'absence de normes garantissant la reconnaissance du regroupement par le donneur d'ouvrage, obligeant la négociation collective des deux parties, permettant le recours à la grève si nécessaire et octroyant un caractère obligatoire aux normes collectives issues de la négociation entre les parties, le donneur d'ouvrage est libre de reconnaître ou non l'association de travailleurs, de se prêter ou non au jeu de la négociation et de respecter ou non le fruit de la négociation collective⁹⁹.

C'est une situation semblable qui incitait le CLS à conclure à une violation par le Canada des principes de la liberté syndicale dans le cas des entrepreneurs postaux. C'est pour y remédier que le CLS énonçait son regret face à l'absence d'information fournie par le gouvernement « concernant les mesures, y compris des réformes législatives, prises en consultation avec les partenaires sociaux, pour garantir que tous les entrepreneurs postaux de la Société canadienne des postes jouissent pleinement du droit de se syndiquer et de négocier collectivement, comme tous les autres travailleurs, ainsi que sur les mesures visant à lever tous les obstacles—implicites ou explicites—à l'exercice de ces droits¹⁰⁰ ».

Or, dans la mesure où la protection constitutionnelle offre une garantie contre une entrave substantielle que le gouvernement pourrait apporter à la liberté d'association des travailleurs, cela n'implique pas une révision de l'exclusion des travailleurs autonomes du régime général des relations du travail dont ils sont victimes. À moins de circonstances exceptionnelles comme dans la décision *Dunmore*, il n'est pas facile de conclure à une obligation positive imposée au gouvernement d'adopter un régime spécifique pour ces derniers à la lumière de l'interprétation qui est retenue de l'article 2 d) de la Charte. La CSC faisait même une mise en garde dans la décision *Dunmore*, à savoir que, « à eux seuls, les principes énoncés précédemment n'obligent pas l'État à agir lorsqu'il n'a pas déjà légiféré dans un domaine particulier. On doit toujours se garder d'interpréter le silence du législateur, surtout lorsqu'aucun texte législatif n'a été adopté¹⁰¹. » Et cette situation prévaut en dépit de la difficulté de regroupement éprouvée par de

99. Nous faisons écho ici à ce que Christian Brunelle décrivait comme problème pour les salariés lié au consensualisme qui prévalait avant l'avènement des normes encadrant les relations collectives de travail. Voir *id.*, 22.

100. BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, 370^e rapport du Comité de la liberté syndicale, Doc. G.B.319/INS/10, 2013, par. 33. La demande a été effectuée dans le cadre du suivi du cas n° 2848 mentionné précédemment : BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, préc., note 80.

101. *Dunmore*, préc., note 21, par. 29.

nombreux travailleurs autonomes et en contravention de ce qu'en disent les organes de contrôle de l'OIT.

Les conclusions des organes de contrôle de l'OIT nous invitent à reconnaître que, pour permettre le regroupement des travailleurs autonomes et pour permettre aux éventuelles associations syndicales qui en résulteront de jouer pleinement leur rôle, l'intervention législative est nécessaire au même titre qu'elle l'a été pour assurer l'exercice effectif de la liberté syndicale des salariés. Comme le notait Christian Brunelle, « [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 politique¹⁰² ».

À défaut de quoi, la simple abstention par le gouvernement d'entraver la liberté d'association, incluant la liberté de négociation collective et la liberté de grève, risque de ne pas suffire à permettre à de nombreux travailleurs autonomes d'exercer pleinement leur liberté syndicale. Pour cette raison, la portée dévolue à la protection constitutionnelle de la liberté d'association, dont l'inclusion de la liberté de grève, risque d'avoir un impact bien limité sur les travailleurs autonomes quant à l'exercice de leur liberté syndicale.

Conclusion

Les décisions de la CSC dans sa nouvelle trilogie en droit du travail enrichissent l'interprétation de la liberté d'association. Elles s'inscrivent dans le courant interprétatif adopté par la CSC depuis la décision *BC Health Services* qui cherche à donner une interprétation large à cette liberté afin de favoriser la justice au travail. Si on peut se féliciter de la récente inclusion de la liberté de grève dans la protection constitutionnelle garantie par l'article 2 d) de la Charte, elle ne saurait régler le sort des travailleurs autonomes. Au soutien de son interprétation large de la liberté d'association, la CSC invoque, entre autres, le droit international du travail. Le Canada s'est engagé sur le plan international à promouvoir et à prendre les mesures pour assurer l'exercice effectif de la liberté syndicale de tous les travailleurs, y compris les travailleurs autonomes. Pourtant, les décisions de la CSC en matière de liberté d'association ne permettent pas, à l'heure actuelle, de conclure que la CSC a établi une obligation équivalente en vertu de la Charte et imposée au gouvernement. Le fait de protéger constitutionnellement la liberté d'association des travailleurs

102. Chr. BRUNELLE, préc., note 98, 13.

autonomes, incluant leur liberté de négociation collective et leur liberté de grève, ne s'avère pas suffisant au regard de la difficulté de regroupement liée à leur isolement. Il existe donc un fossé entre ce qu'impliquent les décisions de la CSC et ce dont les travailleurs autonomes ont besoin pour pouvoir véritablement exercer leur liberté syndicale, notamment un accès à la représentation collective en vue de négocier collectivement et à la grève. Comme le mentionnaient les organes de contrôle de l'OIT, cela nécessite leur inclusion dans un régime de relations de travail équivalent à celui mis en place pour les autres travailleurs au Canada. Or compte tenu de la reconnaissance par la CSC de l'importance d'interpréter la Charte d'une manière conforme aux obligations internationales du Canada en matière de liberté syndicale et de sa volonté de favoriser la justice au travail, il serait peut-être opportun pour certains groupes de travailleurs autonomes de demander à la CSC de se pencher de façon spécifique sur leur besoin d'inclusion dans un régime de relations du travail.