

La liberté d'association se porte mieux : un commentaire de l'arrêt *Health Services*

Christian Brunelle*

Résumé	239
Introduction	241
1. Les symptômes	243
2. Le diagnostic	246
A) La nouvelle liberté d'association	246
B) Les nouvelles obligations de l'État	251
3. Les pronostics...	258
A) L'accès à la représentation collective.	258
B) L'exercice de la négociation collective	260
C) Le droit de grève.	261
Conclusion	263

* Professeur, vice-doyen aux programmes de premier cycle et secrétaire, Faculté de droit, Université Laval, Québec ; avocat et chercheur au *Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail* (CRIMT). L'auteur désire remercier M^e Anne-Marie Delagrave, étudiante à la maîtrise en droit, pour son assistance précieuse dans le repérage des sources.

RÉSUMÉ

La Cour suprême du Canada affirme dans l'arrêt *Health Services* que la liberté d'association garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés* comprend un droit à la négociation collective. Ce faisant, la Cour fait une nouvelle lecture de cette liberté fondamentale garantie par la Constitution pour réhabiliter, dans une certaine mesure, la liberté syndicale que sa jurisprudence antérieure avait malencontreusement mise à mal. Même si ce droit de négociation collective inféré de la liberté d'association apparaît de portée restreinte en raison des limites intrinsèques qu'il comporte, il est source de nouvelles obligations constitutionnelles à la fois pour l'État-législateur et pour l'État-employeur. En ce sens, l'arrêt *Health Services* est susceptible d'avoir des répercussions importantes, particulièrement à l'égard de certaines politiques et pratiques qui ont cours dans les secteurs public et parapublic en matière de relations de travail.

Introduction

L'État-employeur joue « un rôle déterminant dans le droit du travail » du fait que « les conditions de travail qu'il applique à ses salariés » des secteurs public ou parapublic ont « un effet d'entraînement, positif ou négatif, dans le secteur privé de l'économie »¹. Sur le fondement de ce postulat, il apparaît légitime d'exiger que l'État-employeur tienne en quelque sorte lieu de modèle.

Pourtant, alors que les secteurs public et parapublic devraient exercer une influence certaine sur le secteur privé en matière de conditions d'emploi, c'est plutôt le phénomène inverse qui tend à s'observer depuis les années 1980. Certes, l'État-employeur fait parfois preuve d'une telle largesse qu'il se place lui-même, pour ainsi dire, en marge du marché : la pratique consistant à rétribuer certains hauts dirigeants de grandes sociétés d'État au moment où ils quittent, de leur plein gré, leurs fonctions² – pratique que justifierait la volonté du gouvernement de les assurer d'une rémunération concurrentielle par rapport à celle offerte dans le secteur privé³, sous prétexte qu'il est difficile de recruter des gestionnaires compétents...⁴ – constitue sans doute l'exemple le plus consternant.

Cela étant, il n'en demeure pas moins que des stratégies développées puis perfectionnées dans le secteur privé ont fait tache d'huile sur les secteurs public et parapublic. La quête incessante des entreprises pour une plus grande flexibilité⁵, laquelle s'est traduite

1. Pierre VERGE, Gilles TRUDEAU et Guylaine VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Thémis, 2006, p. 29.
2. Stéphane BAILLARGEON et Robert DUTRISAC, « De hauts dirigeants peuvent démissionner et empocher des primes depuis 1990 », *Le Devoir*, Montréal, 20 janvier 2009, p. A3 ; Michel DAVID, « Les parachutes dorés », *Le Devoir*, Montréal, 20 janvier 2009, p. A3.
3. Sophie COUSINEAU, « Rousseau : la prime à la fuite », *La Presse*, Montréal, 20 janvier 2009.
4. Jean-Robert SANSFAÇON, « L'argent des autres », *Le Devoir*, Montréal, 20 janvier 2009, p. A6.
5. Daniel MERCURE, « Nouvelles dynamiques d'entreprise et transformations des formes d'emploi », dans Gilles LAFLAMME et Jean BERNIER (dir.), *L'incessante évolution des formes d'emploi et la stagnation des lois du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2001, p. 8 et s.

notamment par une précarisation accrue du lien contractuel⁶ et la montée correspondante du travail dit « atypique »⁷, a constitué un terreau particulièrement favorable à une « fracture salariale »⁸. Transposée dans le vaste secteur public, cette tendance se traduit par des pratiques qui rendent plus difficile l'accès à un emploi sûr. Ainsi en est-il de la multiplication des contrats à durée déterminée de manière à contourner les dispositions donnant droit à la sécurité d'emploi⁹, du recours accru aux services de travailleurs autonomes, à des agences de location de personnel et, plus fondamentalement, à l'impartition.

Dans le secteur de la santé, où rien ne semble vouloir freiner l'ascension des coûts, le recours à la sous-traitance est souvent perçu par les gestionnaires gouvernementaux comme un outil précieux de lutte contre les déficits et « un instrument important pour répliquer aux critiques concernant l'efficacité et l'efficacités des services publics »¹⁰. Pour bien des gouvernements (et leurs conseillers... du secteur privé !), la noblesse de ces objectifs contrebalance avantageusement les effets préjudiciables que la restructuration des services de santé, au moyen de la sous-traitance, est susceptible d'entraîner sur l'emploi des salariés et les conditions de travail négociées par leur syndicat.

Dans l'arrêt *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*¹¹ (ci-après : « *Health Services* »), la Cour suprême du Canada rappelle que, si noble soit-elle, la fin ne justifie pas toujours les moyens. Ce faisant, la Cour fait une nouvelle lecture de la liberté d'association garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹² pour réhabiliter, en bonne partie,

-
6. Jacques HAMEL, « Brèves remarques sur le travail comme vecteur de la citoyenneté », *Canadian Review of Sociology and Anthropology / Revue canadienne de sociologie et d'anthropologie*, 2001, vol. 38, n° 1, p. 1-17.
 7. Jean BERNIER, Guylaine VALLÉE et Carol JOBIN, *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle*, Québec, ministère du Travail, Gouvernement du Québec, 2003.
 8. Dominique ASQUINAZI-BAILLEUX, « Droit à l'emploi et dignité », dans P. PEDROT (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne*, Paris, Economica, 1999, p. 131.
 9. Pour une illustration de cette pratique dite des « faux occasionnels », voir notamment *Gravel c. Commission des relations de travail*, J.E. 2005-1652, D.T.E. 2005T-810 (C.A.).
 10. Patrice JALETTE et Peter WARRIAN, « Les dispositions relatives à la sous-traitance dans les conventions collectives canadiennes : une cible en mouvement », *Gazette du travail*, vol. 5, n° 1, printemps 2002, 68, p. 69.
 11. [2007] 2 R.C.S. 391.
 12. *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), dans L.R.C. (1985), App. II, n° 44 (ci-après : « *Charte canadienne* »).

la liberté syndicale que sa jurisprudence antérieure avait malencontreusement mise à mal.

L'arrêt est source de nouvelles obligations constitutionnelles à la fois pour l'État-législateur et pour l'État-employeur, ce qui ne sera pas sans conséquences, particulièrement dans les secteurs public et parapublic. Toutefois, avant de mesurer l'ampleur de ces obligations et des conséquences qu'elles sont susceptibles d'entraîner, il importe de revenir sur la situation factuelle qui a favorisé leur émergence.

1. Les symptômes

Le 16 mai 2001, les électeurs de la Colombie-Britannique mettaient fin au règne du *Nouveau Parti Démocratique* qui présidait aux destinées de la province depuis 1991. Le *Parti libéral*, dirigé par Gordon Campbell, ex-maire de Vancouver, obtenait ainsi l'appui de 57,62 % des électeurs, ce qui lui conférait une confortable majorité de 77 députés sur les 79 circonscriptions représentées à l'assemblée législative¹³.

Au cours de la campagne électorale ayant mené à son élection, le chef du *Parti libéral*, un tenant du libéralisme économique, s'était notamment engagé à réduire les impôts sur le revenu des particuliers et à leur offrir un gouvernement responsable sur le plan budgétaire : il annonçait la venue d'une nouvelle ère d'espoir et de prospérité¹⁴.

Le 25 janvier 2002, le gouvernement déposait en première lecture le projet de loi n° 29, plus tard adopté sous le titre *Health and Social Services Delivery Improvement Act*. Au dire du gouvernement, ce projet de loi visait à juguler la « crise de viabilité » du système de santé de la province. Pour atteindre cet objectif, le projet de loi proposait notamment d'éliminer un certain nombre de dispositions conventionnelles dûment négociées – certaines vieilles de 30 ans – incluant celles destinées à protéger les salariés contre la privatisation des services via la sous-traitance, celles garantissant l'exercice de leurs droits de supplantation en fonction de leur ancienneté accumulée et celles leur donnant accès à des programmes de formation et de place-

13. ELECTIONS BC, *Report of the Chief Electoral Officer on the 37th Provincial General Election – May 16*, British Columbia, 2001, p. 6 [en ligne : <http://142.165.149.53/docs/rpt/ceofin2001.pdf>].

14. CBC Digital Archives, « 2001 : The Liberal steamroller – Did you know ? » [en ligne : http://archives.cbc.ca/version_print.asp?page=1&IDLan=1&IDClip=11310&IDDossier=0&IDCat=327&IDCatPa=260].

ment en cas de mise à pied. Il était également prévu que l'employeur pourrait affecter certains salariés à plus d'un hôpital, pour un même quart de travail, ou encore les affecter, sur une base temporaire, à des établissements situés en régions parfois très éloignées¹⁵.

Au milieu de la nuit du 28 janvier 2002, soit à peine trois jours après son dépôt initial à l'assemblée législative, le projet de loi n° 29 était adopté et entré aussitôt en vigueur.

Même si, au lendemain de l'élection, certaines discussions relatives aux orientations générales du gouvernement provincial en matière de santé avaient pu avoir cours entre ses représentants et ceux des syndicats du secteur de la santé, la teneur du projet de loi n° 29 n'avait jamais fait l'objet de ces discussions. En fait, « [a]ucune véritable consultation des syndicats n'est intervenue avant que le projet de loi devienne loi », si ce n'est le fait que « [l]e ministre des Services de la santé a téléphoné à un représentant syndical 20 minutes avant la présentation du projet de loi 29 devant l'assemblée législative pour informer le syndicat que le gouvernement déposait un texte de loi touchant à la sécurité d'emploi et à d'autres clauses de conventions collectives existantes »¹⁶.

Pour les salariés visés, le fait que la loi facilitait le recours à la sous-traitance et le changement ainsi inévitable d'employeur s'accompagnait inexorablement d'une baisse salariale appréciable¹⁷, d'une détérioration des avantages sociaux et d'une perte de la sécurité d'emploi¹⁸.

Sans surprise, le 19 mars 2002, un groupe de syndicats représentant plus de 100 000 salariés du secteur de la santé contestait la validité de plusieurs dispositions de la nouvelle loi, voyant en elles des atteintes à la liberté d'association¹⁹ des salariés, d'une part, et aux droits à l'égalité²⁰ de leurs membres, majoritairement constitués de femmes, d'autre part.

15. BRITISH COLUMBIA FEDERATION OF LABOUR, « Backgrounder : Key Informations on health unions' Bill 29 Charter challenge », 8 juin 2007 [en ligne : http://www.bcfed.com/files/Bill29jointB_backgrounder.pdf].

16. *Health Services*, *supra*, note 11, p. 407 (j. McLachlin et LeBel, par. 7).

17. 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, p. 151, à la p. 154.

18. *Ibid.*, p. 155.

19. *Charte canadienne*, al. 2d).

20. *Ibid.*, art. 15(1).

Peu de temps auparavant, des plaintes avaient été portées contre la province devant le Bureau international du travail. En mars 2003, le Comité de la liberté syndicale concluait que la loi de la Colombie-Britannique heurtait les principes de la liberté syndicale en matière de négociation collective et priait notamment « le gouvernement de s'abstenir d'avoir recours dans le futur à des accords imposés par voie législative et de respecter l'autonomie des partenaires à la négociation en parvenant à des accords négociés »²¹.

Subséquentement, la Cour suprême de la Colombie-Britannique et la Cour d'appel allaient tour à tour conclure que la loi de la province ne portait aucunement atteinte aux droits constitutionnels des syndicats et de leurs membres.

Le 21 avril 2005, la Cour suprême du Canada acceptait d'entendre l'appel, ce qu'elle fit le 8 février 2006. En plus des parties, pas moins de sept intervenants firent des représentations à la Cour à cette occasion.

Le 8 juin 2007, dans une décision qui recevait l'appui de six des sept juges qui avaient entendu l'affaire, la Cour suprême du Canada accueillait le pourvoi et concluait que le législateur provincial avait porté une atteinte injustifiée à la liberté d'association garantie aux appelants par la Constitution. La déclaration d'invalidité des dispositions législatives jugées incompatibles avec la Charte canadienne était cependant suspendue pour une durée de 12 mois afin de permettre au gouvernement de la Colombie-Britannique d'examiner les répercussions de la décision.

Il semble que plus de 9000 travailleurs de la santé auraient perdu leur emploi par l'effet du projet de loi 29²², lequel aurait contribué à la privatisation de services de santé à la faveur d'entreprises multinationales²³ pour une valeur estimée à plus de 750 millions de dollars²⁴.

21. *Plaintes contre le gouvernement du Canada concernant la province de la Colombie-Britannique présentées par le Congrès du travail du Canada (CTC) et al.*, Cas n° 2180, Rapport n° 330 du Comité de la liberté syndicale, Bureau international du Travail, vol. LXXXVI, 2003, Série B, n° 1, par. 305c) [en ligne : <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/libsynd/index.cfm?Lang=FR&hdoff=1>].

22. SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION PUBLIQUE, « La C.-B. rend sa loi conforme à une décision de la Cour suprême », 17 avril 2008 [en ligne : http://scfp.ca/law/BC_government_fixes_].

23. BRITISH COLUMBIA FEDERATION OF LABOUR, *supra*, note 15.

24. HOSPITAL EMPLOYEES' UNION, « Legislation restores health care workers' collective bargaining rights », 14 avril 2008 [en ligne : <http://www.heu.org/News/2008/04/NewsRelease6513/index.cfm?call2=HOMEPAGE&type=1>].

En octobre 2007, le gouvernement entreprenait des négociations avec les syndicats intéressés, lesquelles allaient mener à une entente le 25 janvier 2008. Cette entente prévoit notamment la constitution d'un fonds d'indemnisation de 70 millions de dollars et la mise en place d'un programme de formation pour les salariés touchés par la loi²⁵. Les montants auxquels les salariés lésés ont droit oscillent entre 788 \$ et 17 730 \$, selon une répartition précisée par arbitrage²⁶ et fondée sur des facteurs comme l'ancienneté, les pertes de revenus essuyées par le salarié et son statut d'emploi (à temps complet ou à temps partiel)²⁷.

2. Le diagnostic

Par-delà ces conséquences bien concrètes pour les parties impliquées au litige, l'arrêt de la Cour présente un très grand intérêt sur le plan juridique. De fait, il provoque un revirement jurisprudentiel dont l'effet net est d'enrichir la liberté constitutionnelle d'association d'une dimension collective favorable à l'émancipation d'une composante essentielle de la liberté syndicale, savoir le droit à la négociation collective (A). Cela étant, de nouvelles obligations s'imposent à l'État, tantôt à titre de législateur en matière de travail, tantôt à titre d'employeur, mais ces obligations connaissent des limites intrinsèques importantes (B).

A. La nouvelle liberté d'association

L'alinéa 2d) de la Charte canadienne reconnaît à « chacun » la « liberté d'association ». Au cours des débats qui ont précédé l'adoption de la Charte, des élus avaient suggéré que l'on ajoute, à la fin de cette disposition, la mention « y compris la liberté d'association syndicale et de négociation collective »²⁸. Cette proposition ne fut cependant pas retenue, essentiellement parce qu'on jugeait que le concept

25. SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION PUBLIQUE, *supra*, note 22.

26. *Health Employers Assn of British Columbia c. Community Bargaining Assn. (Settlement Agreement Grievance)*, [2008] B.C.C.A.A.A. No. 70 (Q.L.) (arbitre Sullivan).

27. HOSPITAL EMPLOYEES' UNION, « Bill 29 compensation to be paid to health care workers – B.C. health employers will pay out \$68 million to workers whose Charter rights were violated by the 2002 legislation », 10 novembre 2008 [en ligne : <http://www.heu.org/News/2008/11/NewsRelease6603/index.cfm>].

28. *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).

de « liberté d'association » était suffisamment large pour inclure la liberté syndicale²⁹.

La Cour suprême n'allait toutefois pas l'entendre de la même façon. Pour définir la « liberté d'association » constitutionnelle, elle va 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 »³⁰. En fait, cette liberté était réservée « à l'individu et non aux groupes formés grâce à son exercice »³¹ :

[...] 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.³²

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 »³³ et sans être exposé à quelque ingérence de l'employeur dans la formation de cette association.

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 fédérale³⁴ ou provinciale³⁵ pouvait interdire le recours à ce moyen de pression, sans que ce choix législatif puisse être remis en cause sur le fondement de la Charte canadienne.

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,

29. Christian BRUNELLE et Pierre VERGE, « L'inclusion de la liberté syndicale dans la liberté générale d'association : un pari constitutionnel perdu ? », (2003) 82 *R. du B. can.* 711, 714.

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

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

32. *Ibid.*, p. 409.

33. *Ibid.*, p. 391.

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

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

protégée par la garantie de liberté d'association ». Selon la Cour, comme il ne s'agissait pas d'« une activité qu'une personne, prise individuellement, peut exercer légitimement »³⁶, le législateur pouvait la restreindre sans porter atteinte à la liberté d'association reconnue par la Constitution.

L'arrêt *Dunmore*, prononcé à la fin de l'année 2001³⁷, adoptait cependant une interprétation plus sensible à la dimension collective de la liberté d'association³⁸. 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 déclarait la loi abrogative inopérante sur le fondement de l'alinéa 2d) de la Charte canadienne.

La Cour reconnaissait pour la toute première fois que la liberté d'association peut protéger des activités « de nature collective » en soi, 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 »³⁹, 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.⁴⁰

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

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

38. 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.

39. Précité, note 37, p. 1039 (j. Bastarache, par. 16).

40. *Ibid.*

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 »⁴¹. 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 »⁴². 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.

L'arrêt *Health Services* tend manifestement à confirmer la première hypothèse. En effet, 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* »⁴³.

Là où la Cour innove véritablement, c'est qu'elle convient désormais que l'activité de négociation collective est bel et bien protégée par la liberté constitutionnelle d'association. Pour justifier ce revirement, la Cour rappelle d'abord que sa nouvelle position est parfaitement en phase avec l'histoire des relations de travail⁴⁴, laquelle révèle que « [l]e droit de s'associer avec d'autres en vue de la négociation collective est reconnu depuis longtemps comme un droit fondamental au Canada »⁴⁵. Aux yeux de la Cour, la négociation collective représente même « la plus importante activité collective »⁴⁶.

La nouvelle position de la Cour se réconcilie également mieux, juge-t-elle, avec les normes internationales. Après une analyse som-

41. *Ibid.*, p. 1078 (par. 67).

42. *Ibid.*, p. 1060 (par. 41).

43. *Health Services*, *supra*, note 11, p. 415 (j. McLachlin et LeBel, par. 28). Il faut convenir avec le professeur émérite Fernand MORIN, « Liberté d'association et rapports collectifs du travail ! Commentaires de l'arrêt *Health S.S.* », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail en éducation*, vol. 279, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 107, à la p. 129-130, que seule la Cour elle-même pouvait faire une (re)lecture aussi enthousiaste de son arrêt *Dunmore*.

44. Voir, à ce propos, BRUNELLE et VERGE, *supra*, note 29.

45. *Health Services*, *supra*, note 11, p. 420 (j. McLachlin et LeBel, par. 40).

46. *Ibid.*, p. 432 (par. 66). Pour une critique de cette lecture « judiciaire » de l'histoire, voir TUCKER, *supra*, note 17, p. 166.

maire de trois instruments ratifiés par le Canada – le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et la *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical* – la Cour en dégage un « consensus international »⁴⁷ en vertu duquel « le droit de négociation collective est compris dans la liberté d'association »⁴⁸. Cela étant, même si elle passe complètement sous silence les recommandations formulées en l'espèce par le Comité de la liberté syndicale – ne les jugeant vraisemblablement « pas contraignantes »⁴⁹ – la Cour n'hésite pas à voir dans « les engagements *actuels* du Canada en vertu du droit international et l'opinion internationale [...] une source persuasive pour l'interprétation de la portée de la *Charte* »⁵⁰. Ainsi, le droit international est résolument appelé à jouer un rôle matriciel dans l'interprétation des droits constitutionnels⁵¹.

La Cour estime enfin que la protection de la négociation collective au moyen de la liberté constitutionnelle d'association contribue à promouvoir et même renforcer les valeurs fondamentales, « inhérentes à la Charte », que sont « [l]a dignité humaine, l'égalité, la liberté, le respect de l'autonomie de la personne et la mise en valeur de la démocratie »⁵². Outre le fait qu'elle permet de rétablir une certaine égalité entre l'employeur et les salariés⁵³, la négociation collective concourt en effet au renforcement de la démocratie⁵⁴ en permettant aux travailleurs d'exercer, en toute autonomie, une certaine influence sur les règles régissant leur travail, contribuant ainsi à rehausser leur dignité et à favoriser l'exercice de leur liberté à l'égard d'un aspect majeur de leur vie.

Si le droit de négociation collective bénéficie de la protection de la Charte, il reste encore à déterminer qui sont les titulaires de ce droit constitutionnel. À cet égard, le vocabulaire employé par la Cour dans l'arrêt *Health Services* est empreint d'une grande diversité : tan-

47. *Health Services, ibid.*, p. 434 (par. 71).

48. *Ibid.* (par. 72).

49. *Ibid.*, p. 436 (par. 76).

50. *Ibid.*, p. 438 (par. 78).

51. Voir, à ce propos, Michel COUTU, Laurence-Léa FONTAINE et Georges MARCEAU, « L'arrêt *Health Services and Support* de la Cour suprême du Canada : La constitutionnalisation du régime québécois des relations industrielles ? », *Lex Electronica*, vol. 13, n° 2, automne 2008, p. 24-25 (par. 18).

52. *Health Services, supra*, note 11, p. 439 (j. McLachlin et LeBel, par. 81).

53. Adelle BLACKETT et Colleen SHEPPARD, « Négociation collective et égalité au travail », *Revue internationale du travail*, vol. 142, n° 4, 2003, p. 453-496.

54. Pour reprendre l'heureuse formule du professeur MORIN, *supra*, note 43, p. 132, à sa note 24, la venue d'un syndicat accrédité dans le milieu de travail équivaut, « au plan politique, au passage de la monarchie à la démocratie ».

tôt elle parle des « syndiqués »⁵⁵, tantôt des « employés »⁵⁶ ou des « travailleurs »⁵⁷. En toute logique, la liberté constitutionnelle d'association, dans le contexte du travail, ne saurait être limitée aux syndicats et aux seules personnes qui jouissent de la représentation syndicale ; elle devrait également s'étendre aux employés qui ne sont pas syndiqués mais qui cherchent, d'une certaine manière, à agir collectivement afin d'améliorer leurs conditions de travail. Puisque « chacun » jouit de la liberté d'association aux termes de l'alinéa 2*d*) de la Charte canadienne, rien ne justifierait de restreindre la catégorie des bénéficiaires de cette liberté en fonction d'un quelconque lien de connexité syndicale.

B) Les nouvelles obligations de l'État

La consécration d'un droit emporte forcément la reconnaissance d'une obligation correspondante⁵⁸. En ce sens, droits et obligations entretiennent souvent une relation symbiotique⁵⁹.

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'employeur. Il faut cependant mentionner que c'est surtout l'État-législateur qui retient l'attention de la Cour dans l'arrêt *Health Services*⁶⁰.

Si la Cour a fait preuve d'une certaine audace en répudiant ses précédents qui repoussaient la négociation collective hors de l'arène constitutionnelle, l'audace fait ensuite place à une grande prudence⁶¹ au moment de définir la teneur du nouveau droit.

55. *Health Services*, *supra*, note 11, p. 405 et 412 (j. McLachlin et LeBel, par. 2 et 19).

56. *Ibid.*, p. 441 (par. 87).

57. *Ibid.*, p. 442 (par. 89).

58. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, 554 (j. McIntyre).

59. François OST et Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », dans Emmanuelle BRIBOSIA et Ludovic HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Collection Penser le droit, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 87, à la p. 108 : « Droits et devoirs dérivent en effet simultanément de notre condition d'êtres responsables. »

60. *Health Services*, *supra*, note 11, p. 442 (j. McLachlin et LeBel, par. 88, *in fine*).

61. COUTU, FONTAINE et MARCEAU, *supra*, note 51, p. 16 (par. 12) ; Ken NORMAN, « What's Right is Right : The Supreme Court Gets it », *Just Labour*, vol. 12, printemps 2008, p. 16, à la p. 19. Le professeur MORIN, *supra*, note 43, p. 131, évoque une « approche précautionneuse ».

Selon la Cour, l'alinéa 2d) de la Charte canadienne protège :

- « la capacité des syndiqués de participer en groupe à la négociation collective des questions fondamentales liées au milieu de travail »⁶² ;
- « le droit d'employés de s'associer en vue d'atteindre des objectifs relatifs au milieu de travail par un processus de négociation collective »⁶³ ;
- « 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 »⁶⁴.

Alors que le premier de ces énoncés vise seulement la réalité des « syndiqués », le troisième semble offrir une protection qui va au-delà de la « négociation collective » proprement dite. À notre avis, le deuxième énoncé est celui qui reflète le mieux la portée du droit véritablement reconnu par la Cour⁶⁵.

En effet, celle-ci affirme à maintes reprises que la Charte « protège le processus de négociation collective »⁶⁶ et garantit, essentiellement, « un droit procédural à la négociation collective »⁶⁷, c'est-à-dire :

[...] l'exercice du droit associatif des employés de participer à un *processus* de négociation collective des questions concernant le milieu de travail et les conditions de travail.⁶⁸

Ainsi, puisqu'« il concerne un processus », le droit de négociation collective « ne garantit pas l'atteinte de résultats quant au fond de la négociation ou à ses effets économiques »⁶⁹. Si louables puissent-ils être, les résultats qu'un groupe d'employés cherche à atteindre par le jeu de la négociation ne bénéficient d'aucune protection constitutionnelle.

62. *Health Services, supra*, note 11, p. 411-412 (j. McLachlin et LeBel, par. 19).

63. *Ibid.*, p. 441 (par. 87).

64. *Ibid.*, p. 442 (par. 89).

65. TUCKER, *supra*, note 17, p. 157.

66. *Health Services, supra*, note 11, p. 412 (j. McLachlin et LeBel, par. 20).

67. *Ibid.*, p. 433 (par. 66).

68. *Ibid.*, p. 458 (par. 128) (nos italiques).

69. *Ibid.*, p. 443-444 (par. 91). Dans ses motifs distincts, la juge Deschamps s'exprime comme suit à ce propos : « C'est le processus de négociation collective qui bénéficie de la protection de la Constitution, et non le contenu des clauses de conventions collectives » (p. 510 (par. 252)).

Par ailleurs, la garantie de la liberté d'association n'implique pas « le droit de revendiquer un modèle particulier de relations de travail ou une méthode particulière de négociation »⁷⁰. À cet égard, même si un passage de la version française de l'arrêt fait allusion à « la capacité des syndiqués d'agir d'une *seule* voix »⁷¹, l'on ne saurait voir dans cette métaphore une quelconque volonté de constitutionnaliser le régime actuel des rapports collectifs de travail fondé sur le *monopole* de représentation syndical⁷².

Enfin, une autre limite intrinsèque au droit de négociation collective vient confirmer sa « portée restreinte » :

[...] l'atteinte au droit doit être *substantielle* au point de constituer une entrave non seulement à la réalisation des objectifs des syndiqués (laquelle n'est pas protégée), mais aussi au processus même qui leur permet de poursuivre ces objectifs en s'engageant dans de véritables négociations avec l'employeur.⁷³

En somme, seule une atteinte substantielle à la liberté d'association pourra justifier un examen judiciaire fondé sur la Charte. Pour mesurer l'intensité de l'atteinte au droit de négociation collective dans un cas donné, la Cour propose une méthode d'analyse bipartite présentant à la fois un aspect *substantif* et un aspect *procédural*⁷⁴.

Ainsi, pour qu'un tribunal puisse conclure qu'une mesure gouvernementale porte une atteinte substantielle à la liberté d'association, deux conditions cumulatives devront être satisfaites. Premièrement, la mesure doit toucher « un sujet d'importance pour le processus de négociation collective »⁷⁵. L'ingérence de l'État-législateur dans la négociation relative à ce sujet doit être de nature à compromettre « la capacité des syndiqués d'unir leurs efforts et de poursuivre collectivement des objectifs communs »⁷⁶. Deuxièmement, si la mesure touche effectivement un sujet « d'une importance capitale pour la liberté d'association des travailleurs et la capacité de leurs associations (syndicats) de réaliser des objectifs communs en

70. *Ibid.*

71. *Ibid.*, p. 445 (par. 93).

72. D'ailleurs, la version originale anglaise de l'arrêt ne permet tout simplement pas une telle interprétation puisqu'elle se limite à évoquer, sans plus, « the capacity of the union members to come together ».

73. *Health Services*, *supra*, note 11, p. 443-444 (j. McLachlin et LeBel, par. 91) (nos italiques).

74. COUTU, FONTAINE et MARCEAU, *supra*, note 51, p. 17 et s. (par. 13).

75. *Health Services*, *supra*, note 11, p. 447 et 451 (par. 97 et 109).

76. *Ibid.*, p. 446 (par. 95).

travaillant de concert »⁷⁷, encore faut-il que cette mesure ait été imposée sans égard au « précepte fondamental de la négociation collective », soit « l'obligation de consulter et de négocier de bonne foi »⁷⁸. Cette dernière obligation, d'« une nature essentiellement procédurale »⁷⁹, emporte un certain nombre d'obligations sous-jacentes, notamment :

- « l'obligation de tenir des rencontres et de consacrer du temps au processus »⁸⁰ ;
- « l'obligation d'établir un véritable dialogue » (expliquer sa position, échanger sur les propositions soumises de part et d'autre, chercher honnêtement à trouver un compromis...)⁸¹.

« Dans tous les cas », affirme la Cour, « une analyse contextuelle et factuelle s'impose »⁸² pour déterminer s'il y a une ingérence substantielle dans le processus de négociation collective :

La question de l'existence d'une atteinte substantielle doit être tranchée *selon le contexte de chaque cas d'espèce*, compte tenu de l'importance des sujets visés pour l'activité collective et de la manière dont la mesure a été mise en œuvre. Il se peut que des changements importants apportés dans le cadre d'un processus de négociation menée de bonne foi ne contreviennent pas à l'al. 2*d*). À l'inverse, il arrivera que des changements à propos de sujets de moindre importance ne portent pas atteinte à l'al. 2*d*). L'atteinte à l'al. 2*d*) ne surviendra que dans le cas où seront en cause à la fois un sujet d'importance pour le processus de négociation collective et une mesure imposée sans égard à l'obligation de négocier de bonne foi.⁸³

Manifestement, le « contexte » aura de l'importance aux deux stades de l'analyse. Par exemple, même si la Cour relègue dans la catégorie des « sujets moins importants [...] la conception des uniformes, l'aménagement et l'organisation des cafétérias ou bien l'emplacement ou la quantité des espaces de stationnement offerts »⁸⁴, on peut fort bien imaginer des cas où ces enjeux pourraient devenir d'une grande importance pour les salariés, selon le milieu de travail dans lequel ils évoluent. Pour un pompier appelé à combattre des

77. *Ibid.*, p. 458-459 (par. 129).

78. *Ibid.*, p. 447 (par. 97).

79. *Ibid.*, p. 448 (par. 99).

80. *Ibid.* (par. 100).

81. *Ibid.* (par. 101).

82. *Ibid.*, p. 444 (par. 92).

83. *Ibid.*, p. 451 (par. 109) (nos italiques).

84. *Ibid.*, p. 446 (par. 96).

incendies dans des situations souvent extrêmes, la conception des uniformes n'est pas forcément une chose négligeable. De même, l'aménagement ou l'organisation de la cafétéria dans un ministère peut avoir son importance pour des employés à mobilité réduite ou ceux qui doivent observer un certain régime alimentaire dicté par leurs croyances religieuses. Enfin, l'emplacement des espaces de stationnement peut devenir un enjeu véritable pour un substitut du procureur général ou un juge administratif qui craint raisonnablement pour sa sécurité du fait qu'il n'est pas suffisamment isolé des justiciables au moment de faire son entrée au palais de justice ou d'en sortir, une fois sa journée de travail terminée.

De même, le « contexte » sera également important au deuxième stade de l'analyse afin d'apprécier cette fois la manière dont la mesure gouvernementale a été mise en œuvre. Dans l'arrêt *Health Services*, la Cour convient, sans plus ample analyse, que « le gouvernement se trouvait dans une situation d'urgence » face « à la montée en flèche du coût des soins de santé »⁸⁵. Or, « [u]ne situation d'urgence est susceptible d'influer sur le contenu et les modalités de l'obligation de négocier de bonne foi »⁸⁶. Selon la Cour, « [i]l faut tenir compte des préoccupations de cet ordre pour déterminer si les mesures adoptées vont à l'encontre de l'obligation fondamentale qu'impose l'al. 2d) de respecter un processus de consultation et de négociation menée de bonne foi avec les syndicats »⁸⁷. Nous aurions cru, pour notre part, que de telles considérations ne relèvent pas tant de la définition de la liberté d'association que de la détermination de ses limites raisonnables en vertu de l'article premier de la Charte canadienne⁸⁸.

Quoi qu'il en soit, au terme de son analyse hautement contextuelle, la Cour estime que des mesures législatives dont l'effet net 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 ;

85. *Ibid.*, p. 460-461 (par. 134).

86. *Ibid.*, p. 451 (par. 107).

87. *Ibid.*, p. 461 (par. 134).

88. Judy FUDGE, « The Supreme Court of Canada and the Right to Bargain Collectively : The Implications of the *Health Services and Support* case in Canada and Beyond », (2008) 37(1) *Industrial Law Journal* 25, 35.

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.

« constituent des atteintes substantielles au droit à un processus de négociation collective »⁸⁹.

La Cour n'éprouvera ensuite pas de mal à conclure que de telles atteintes ne sont ni raisonnables ni justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique⁹⁰. Cela s'explique assez aisément, nous semble-t-il. En fait, le nombre de limites intrinsèques que pose la Cour à la nouvelle liberté d'association est à ce point important qu'il reste très peu d'espace vital pour l'application de l'article premier⁹¹. En cela, l'arrêt *Health Services* confirme la propension des juges à multiplier les limites intrinsèques aux libertés fondamentales⁹², ce qui alourdit conséquemment le fardeau de la preuve des personnes qui les invoquent contre le gouvernement.

Cela étant, ce n'est semble-t-il que dans des cas exceptionnels que l'État pourra valablement opposer des limites extrinsèques susceptibles de justifier, aux termes de l'article premier, une atteinte à la liberté constitutionnelle d'association⁹³ :

Exceptionnellement et généralement de façon temporaire, une interférence dans le processus de négociation collective reste donc permise, par exemple dans des situations mettant en cause des services essentiels ou des aspects vitaux de l'administration des affaires de l'État, ou dans le cas d'une impasse manifeste ou d'une crise nationale.⁹⁴

Ainsi, même si elle reconnaît que le gouvernement faisait face à une « crise » qu'il devait résorber en vue d'améliorer la prestation des services de santé, la Cour estime que les moyens employés pour

89. *Health Services*, *supra*, note 11, p. 461 (par. 136).

90. *Charte canadienne*, art. 1.

91. COUTU, FONTAINE et MARCEAU, *supra*, note 51, p. 27 (par. 19).

92. Le phénomène est particulièrement observable dans les arrêts récents de la Cour suprême du Canada en matière de liberté d'expression : *Montréal (Ville de) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141 ; *Baier c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 673.

93. COUTU, FONTAINE et MARCEAU, *supra*, note 51, p. 27 (par. 19).

94. *Health Services*, *supra*, note, p. 451 (j. McLachlin et LeBel, par. 108). Fait à noter, dans des motifs distincts, la juge Deschamps exprime son désaccord avec cet énoncé qui, affirme-t-elle, « préjuge de l'analyse fondée sur l'article premier en limitant la justification aux mesures exceptionnelles et temporaires », ce qui lui paraît « incompatible avec la jurisprudence de la Cour relative à l'article premier » : p. 487 (par. 196).

atteindre cet objectif urgent étaient trop draconiens pour constituer une « atteinte minimale » au droit à la négociation collective.

Le défaut d'avoir mené une véritable consultation auprès des syndicats avant l'adoption du projet de loi n° 29 est ici une cause importante de reproche contre le gouvernement. Sous ce rapport, il y a lieu de distinguer les rôles respectifs de l'État-employeur et de l'État-législateur⁹⁵.

Au stade de la négociation de la convention collective, l'État-employeur doit évidemment négocier de bonne foi⁹⁶. Une fois la convention collective signée, il ne peut modifier unilatéralement les conditions de travail dûment négociées avec la partie syndicale. S'il le fait, il s'expose à un grief et peut être tenu responsable d'un manquement à ses obligations aux termes de la convention collective.

L'État-législateur a pour sa part le plein pouvoir de modifier, unilatéralement et sans consultation préalable, les conditions de travail applicables dans un milieu de travail donné. De fait, « [l]e législateur n'est pas tenu de consulter les parties visées avant d'adopter une mesure législative »⁹⁷ :

Selon notre longue tradition parlementaire, il est clair que tout ce qu'un citoyen canadien peut exiger, sur le plan procédural, c'est qu'un projet de loi fasse l'objet de trois lectures [...] et qu'il reçoive la sanction royale.⁹⁸

Si le législateur n'est pas formellement contraint de tenir des consultations préalables auprès des employés (et de leurs associations) avant d'adopter une loi qui affecte leurs droits, il ne devrait pas écarter cette possibilité⁹⁹. En se privant de l'éclairage des personnes susceptibles d'être touchées par sa loi, il s'expose aux critiques de la Cour qui pourra lui reprocher de ne pas avoir « envisagé d'autres solutions » que ces personnes auraient raisonnablement pu lui proposer, si elles avaient été dûment consultées¹⁰⁰.

95. Tacitement : MORIN, *supra*, note 43, p. 134.

96. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, art. 53 et 111.1.

97. *Health Services*, *supra*, note 11, p. 467 (j. McLachlin et LeBel, par. 157).

98. *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 40, 53 (j. Major, par. 37).

99. Pour reprendre les mots de la juge Deschamps, « [l]es consultations ne sont jamais néfastes, à moins que l'urgence réelle d'une situation rende la chose impossible ou que des consultations récentes rendent inutile la poursuite des discussions » : *Health Services*, *supra*, note 11, p. 506 (par. 242 *in fine*).

100. *Ibid.*, p. 467-469 (j. McLachlin et LeBel, par. 157 à 160).

3. Les pronostics...

Tenter de prévoir l'effet potentiel d'une décision de la plus haute cour du pays sur l'orientation future du droit est une entreprise à haut risque. En matière de droits de la personne particulièrement, les risques d'erreur de pronostic sont décuplés du fait que la jurisprudence en ce domaine est largement tributaire de l'évolution sociale, d'une part, et de la lecture qu'en font les juges, d'autre part. Pour tout dire, peu de branches du droit laissent aussi peu prise à l'application de la règle du précédent (*stare decisis*), ce qui n'est certainement pas propice à la futurologie juridique¹⁰¹.

Une chose est sûre cependant, l'arrêt *Health Services* ouvre des portes que l'on croyait fermées et présente ainsi un vaste potentiel de contestation judiciaire à l'encontre de diverses mesures gouvernementales, notamment celles destinées à restreindre l'accès à la représentation collective (A.), à contenir l'exercice de la négociation collective (B.) ou à prohiber le recours au moyen de pression ultime que constitue la grève (C.).

A. L'accès à la représentation collective

Puisque « chacun » bénéficie de la liberté constitutionnelle d'association et que celle-ci implique dorénavant un droit de négociation collective, le choix du législateur de nier l'accès de certaines catégories de personnes à la syndicalisation pourrait fort bien être contesté devant les tribunaux sur le fondement de l'alinéa 2d) de la Charte canadienne.

On se rappellera que pour contrer des démarches de syndicalisation menées par des personnes responsables de services de garde d'enfants en milieu familial, d'une part, et par des personnes qui agissaient comme ressources intermédiaires de type familial auprès d'enfants ou d'adultes en difficulté, d'autre part – démarches qui avaient d'ailleurs été couronnées de succès devant les instances du

101. Les affaires où la Cour reconsidère sa propre jurisprudence semblent vouloir se multiplier depuis les années 1990, particulièrement en matière de droits et libertés de la personne. Outre l'arrêt sous étude, qu'il suffise d'évoquer ici l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, infirmé par l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489 ; l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, qui a fait l'objet d'une importante relecture dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771 ; puis l'arrêt *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, infirmé par l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin* ; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504.

travail¹⁰² – le législateur québécois avait adopté deux lois¹⁰³ en vertu desquelles il retirait à ces mêmes personnes le statut de « salarié » au sens du *Code du travail*. Le procédé avait ainsi pour effet d'annuler les accréditations syndicales obtenues et de faire cesser le processus de négociation collective promu par le Code pour le remplacer plutôt par un processus de représentation largement dépendant des volontés gouvernementales.

Le 31 octobre 2008, la Cour supérieure du Québec déclarait les deux lois inconstitutionnelles, invalides et sans effet parce que contraires à la liberté d'association¹⁰⁴. La Cour faisait le constat d'une « ingérence législative » substantielle qui vient « compromettre l'intégrité fondamentale du processus de négociation collective », lequel « comprend plus que l'étape de la négociation proprement dite » et « englobe celle qui la précède » et qui « lui est indispensable »¹⁰⁵, en l'occurrence l'attribution d'une accréditation à la faveur de personnes « salariées ».

Notons que pour justifier sa décision, le tribunal – contrairement à la Cour suprême dans l'arrêt *Health Services* – se réfère expressément à la position précise du Comité de la liberté syndicale en l'espèce, lequel avait été préalablement saisi de plaintes portées par les parties syndicales¹⁰⁶. À cette occasion, le Comité s'était fait un devoir de rappeler au gouvernement que les travailleurs visés par les plaintes devraient « pouvoir bénéficier, comme les autres travailleurs du Québec, des dispositions du *Code du travail*, ou jouir de droits véritablement équivalents »¹⁰⁷.

Au Québec, les situations où le législateur exclut certaines catégories de personnes de l'accès à la représentation collective au sens du *Code du travail*, « sans que des possibilités alternatives ne leur soient offertes pour négocier leurs conditions de travail »¹⁰⁸, sont rela-

102. Voir, notamment, *Centre de la petite enfance La Rose des vents c. Alliance des intervenantes en milieu familial Laval, Laurentides, Lanaudière (C.S.Q.)*, [2003] R.J.D.T. 1193 (T.T.) ; *Centre local de services communautaires-Centre d'hébergement et de soins de longue durée du Ruisseau-Papineau c. Syndicat des intervenantes et intervenants en milieu résidentiel pour adultes de Laval (C.S.N.)*, D.T.E. 2003T-888 (T.T.).

103. *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.Q. 2003, c. 12 ; *Loi modifiant la Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance*, L.Q. 2003, c. 13.

104. *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, J.E. 2008-2123 (C.S.) ; D.T.E. 2008T-885 (C.S.) ; 2008 QCCS 5076 (CanLII).

105. *Ibid.* (j. Grenier, par. 272).

106. *Ibid.* (par. 302).

107. *Ibid.* (par. 304).

108. COUTU, FONTAINE et MARCEAU, *supra*, note 51, p. 32 (par. 25).

tivement fréquentes¹⁰⁹, principalement dans le secteur public. Dans ces conditions, il est raisonnable de penser que les tribunaux auront éventuellement à statuer sur la compatibilité de ces exclusions avec la liberté constitutionnelle d'association.

B. L'exercice de la négociation collective

Il arrive parfois que le législateur, tout en reconnaissant le droit à la négociation collective, cible d'autorité certains sujets qu'il souhaite soustraire à la négociation. À titre d'exemple, la *Loi sur la fonction publique*¹¹⁰ décourage la négociation à l'égard de matières comme « la promotion des fonctionnaires », « la classification des emplois », « l'attribution du statut de fonctionnaire permanent », « la détermination de la durée d'un stage probatoire », « l'établissement des normes d'éthique et de discipline dans la fonction publique »... Autant de sujets au cœur du domaine des « conditions de travail » et qui peuvent avoir des répercussions importantes sur la vie au travail des employés. Il devient dès lors difficile de ne pas voir *a priori* dans ces restrictions législatives des « entraves substantielles au droit de négociation collective »¹¹¹.

Le législateur peut par ailleurs chercher à diminuer le nombre d'associations avec lesquelles l'État-employeur doit s'adonner à la négociation collective. C'est d'ailleurs ce qu'il a tenté de faire en adoptant une loi destinée à limiter le nombre d'unités de négociation par le regroupement, dans quatre unités de négociation prédéterminées, des familles d'emploi présentes dans le secteur des affaires sociales¹¹². Soulignons qu'à l'échelle provinciale, l'adoption de cette loi a eu pour effet de faire passer le nombre d'unités de négociation dans les établissements de santé de 3542 à 782.

Or, la Cour supérieure du Québec a vu dans cette mesure gouvernementale « une ingérence de l'État dans la négociation collective, puisqu'elle ne permet plus aux employés qui le désirent de s'unir, comme bon leur semble, pour former une association qui veillera sur ce qu'ils considèrent être des intérêts communs et parfois, force même l'union entre salariés qui ont des intérêts opposés »¹¹³. Selon la Cour,

109. L'alinéa 1l) du *Code du travail*, *supra*, note 96, en énumère une liste relativement importante.

110. L.R.Q., c. F-3.1.1, art. 70.

111. COUTU, FONTAINE et MARCEAU, *supra*, note 51, p. 34-35 (par. 28).

112. *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.

113. *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, [2008] R.J.D.T. 87 (C.S.) (en appel : n° 500-09-018310-078), p. 122-123 (j. Roy, par. 282).

l'atteinte ainsi portée à la liberté d'association ne pouvait constituer une « atteinte minimale », la preuve ne démontrant pas qu'il était « nécessaire [...] de forcer l'association entre des catégories d'emploi qui entretiennent des relations conflictuelles » pour atteindre « l'objectif de réduction des unités de négociation »¹¹⁴.

Reste à voir si la Cour d'appel du Québec, actuellement saisie de l'affaire, confirmera cette interprétation. Il est vraisemblable qu'elle aura à se prononcer sur la portée d'une des limites inhérentes posées à la liberté constitutionnelle d'association par l'arrêt *Health Services*. De fait, à partir du moment où la loi maintient le droit des salariés de s'associer, permet à leurs associations de rechercher l'accréditation syndicale et préserve les conventions collectives existantes et la faculté d'en négocier de nouvelles au moment opportun, ne peut-on pas raisonnablement prétendre que le législateur respecte alors « le droit de participer à un processus *général* de négociation collective » – par opposition au « droit de revendiquer un modèle *particulier* de relations de travail »¹¹⁵ que nie la Constitution¹¹⁶ ?

Enfin, le recours à des lois spéciales pour mettre abruptement fin aux négociations et décréter les conditions de travail applicables¹¹⁷ échappera désormais difficilement à des contestations judiciaires sur le fondement de la Charte canadienne¹¹⁸.

C. Le droit de grève

Le revirement jurisprudentiel provoqué par l'arrêt *Health Services* 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, confirmé comme « une source persuasive pour l'interprétation de la portée de la *Charte* »¹¹⁹.

114. *Ibid.*, p. 133 (par. 378).

115. *Health Services*, *supra*, note 11, p. 444 (j. McLachlin et LeBel, par. 91).

116. Voir, en ce sens, 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, 109 : « [...] en voyant dans la redéfinition légale des unités d'accréditation du secteur de la santé et des services sociaux une atteinte substantielle à la liberté constitutionnelle générale d'association, [le Tribunal] n'a-t-il pas inséré dans le contenu de cette dernière un élément qui ne lui est pas inhérent, soit le droit à un aménagement légal particulier de la négociation collective, voire le droit à une modalité particulière de ce dernier, en l'occurrence, le droit à un mode particulier de détermination des unités d'accréditation ? »

117. Pour un exemple récent, voir la *Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public*, L.Q. 2005, c. 43.

118. COUTU, FONTAINE et MARCEAU, *supra*, note 51, p. 35-36 (par. 30).

119. *Health Services*, *supra*, note 11, p. 438 (j. McLachlin et LeBel, par. 78).

Mais puisque le droit de grève est au cœur de la liberté syndicale en droit international¹²⁰, 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 affirmative¹²¹, 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 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 [...] »¹²².

De toute évidence, les syndicats ne manqueront pas d'exploiter les virtualités de l'arrêt à cet égard. Par exemple, le recours de l'État-législateur à des lois spéciales ordonnant à des salariés des secteurs public ou parapublic de mettre un terme à un mouvement de grève légale et de rentrer au travail pourrait dorénavant susciter un vif débat constitutionnel sur le fondement de la liberté d'association.

D'autres enjeux pourraient également mobiliser les tribunaux. 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 »¹²³. Or, au nom de l'objectif de « paix industrielle » gravé au cœur de la négociation collective, l'exercice du droit de grève est fortement balisé par le *Code du travail*,

120. Pierre VERGE, « L'inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association : justification et effets », Centre de recherche inter-universitaire sur la mondialisation et le travail, octobre 2008, texte inédit [en ligne : http://www.crimt.org/PDFs/Pierre_Verge_Inclusion_du_droit_de_greve.pdf] ; BRUNELLE et VERGE, *supra*, note 29, p. 730-735. Comme le souligne le professeur Gilles TRUDEAU, « La grève au Canada et aux États-Unis : d'un passé glorieux à un avenir incertain », (2004) 38 *R.J.T.* 1, 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. »

121. COUTU, FONTAINE et MARCEAU, *supra*, note 51, p. 39-40 (par. 33) et 42-43 (par. 35) ; FUDGE, *supra*, note 88, p. 43 ; Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec*, 6^e éd. (sous la direction de Yann BERNARD, André SASSEVILLE et Bernard CLICHE), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 506-507 (par. 600) ; NORMAN, *supra*, note 61, p. 20-21 ; Pierre VERGE, « La Cour suprême, le « droit » à la négociation collective et le « droit » de grève », (2006) 66 *R. du B.* 391, 398. Comme l'affirme le professeur Jean BERNIER, « La liberté syndicale : droits collectifs et droits individuels », dans Rodrigue BLOUIN, Jean-Paul DESCHÉNES, Jean SEXTON et 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, chap. 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).

122. *Health Services*, *supra*, note 11, p. 412 (j. McLachlin et LeBel, par. 19).

123. TRUDEAU, *supra*, note 120, p. 5.

tant et si bien que la grève y est interdite pendant toute la durée de la convention collective¹²⁴.

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 acquis¹²⁵. 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 »¹²⁶ :

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.¹²⁷

Conclusion

Rompant avec sa jurisprudence antérieure, la Cour suprême du Canada affirme dans l'arrêt *Health Services* que la liberté d'association garantie par la Charte canadienne comprend un droit à la négociation collective. Il s'agit certes d'une « avancée considérable »¹²⁸, d'un pas important dans la bonne direction, ne serait-ce que pour favoriser un meilleur alignement du droit canadien sur le droit international¹²⁹.

Cela dit, la Cour emploie un vocabulaire qui invite manifestement les employés à contenir tout accès d'enthousiasme. De fait, le droit à la négociation collective inféré de la Charte comporte de nombreuses limites intrinsèques. 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

124. *Code du travail*, *supra*, note 96, art. 107.

125. Pierre VERGE et Gregor MURRAY, *Le droit et les syndicats : Aspects du droit syndical québécois*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1991, p. 358-359.

126. *Ibid.*, p. 365.

127. Pierre VERGE, *Le droit de grève : fondements et limites*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 222.

128. VERGE, *supra*, note 121, p. 392.

129. *Ibid.*, p. 399.

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 foi. Cela fait, l'État conserve encore la possibilité de démontrer que sa mesure *a priori* contraire à la liberté d'association se justifie néanmoins dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Si cette interprétation empreinte de réserve laisse ainsi une certaine marge de manœuvre aux autorités gouvernementales, celles-ci devraient néanmoins tirer des leçons des enseignements de la Cour. À notre avis, l'arrêt *Health Services* les appelle à entreprendre promptement une réflexion sur les effets potentiels de la constitutionnalisation du droit de négocier collectivement à l'égard des politiques publiques et des pratiques en matière de relations de travail¹³⁰. L'élévation, au rang de « droit fondamental », d'un droit longtemps confiné à la seule sphère économique aura forcément des répercussions sur l'État et ses pratiques à titre d'employeur¹³¹.

Pour des raisons évidentes, il serait malheureux que les élus s'en remettent simplement aux tribunaux et renoncent à déployer les efforts requis pour s'assurer que la législation québécoise et les pratiques gouvernementales sont conformes aux nouvelles exigences constitutionnelles :

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.¹³²

Toutefois, il est à craindre que la classe politique succombe à la tentation de l'attentisme. Après tout, si la liberté d'association se porte mieux, elle demeure encore sous traitement judiciaire et n'est donc pas à l'abri d'une rechute. Pourvu qu'elle soit dotée d'une forte... constitution !

130. Cette réflexion semble d'ailleurs déjà entreprise dans certaines provinces canadiennes : Judy FUDGE, « Conceptualizing Collective Bargaining under the Charter : The Enduring Problem of Substantive Equality », (2008) 42 *S.C.L.R.* (2d) 1, 2 (note 7).

131. Roy J. ADAMS, « From Statutory Right to Human Right : The Evolution and Current Status of Collective Bargaining », *Just Labour*, vol. 12, printemps 2008, p. 48-67.

132. 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.