

L'INCLUSION DE LA LIBERTÉ SYNDICALE DANS LA LIBERTÉ GÉNÉRALE D'ASSOCIATION : UN PARI CONSTITUTIONNEL PERDU?

Christian Brunelle¹

Pierre Verge²

«Il n'y a rien que la volonté humaine désespère d'atteindre par l'action libre de la puissance collective des individus.»

- Alexis de Tocqueville -

La portée de la liberté d'association, énoncée en termes généraux à l'alinéa 2d) de la Charte canadienne des droits et libertés, peut-elle rejoindre tout le contenu essentiel de la liberté syndicale? Initialement, les rédacteurs du texte constitutionnel en ont fait le pari. Il est vrai que l'action de concertation, inhérente à la liberté syndicale, qu'elle se manifeste par la grève, la négociation collective ou la pratique de l'atelier syndical, a des racines profondes dans la tradition canadienne. Certains instruments du droit international sont également à cette mesure. Or, tandis que le débat relatif à la constitutionnalité de l'atelier syndical demeure ouvert, les droits de grève et de négociation collective ne jouissent toujours pas de la protection constitutionnelle en droit canadien. Toutefois, la jurisprudence récente semble mieux disposée à reconnaître une véritable dimension collective à la liberté d'association. L'écart observé entre la liberté syndicale et la liberté d'association est-il infranchissable, compte tenu de leur finalité respective et de la nature distincte des divers instruments qui en traitent? Peut-être pas. Il faudra cependant que les tribunaux adoptent une interprétation mieux contextualisée de la liberté d'association pour tenir pleinement compte de la tradition canadienne en matière de liberté syndicale.

Section 2(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms gives expression to the constitutional protection of the freedom of association. Does it encompass all of the essential dimensions of the freedom of association in the labour relations context? It seems that the original expectations of parliamentarians were that it would encompass all of these dimensions. Indeed, various manifestations of concerted action, in particular the strike, collective bargaining and the practice of union shops, are deeply rooted in the Canadian tradition of industrial relations. Various instruments of international law also support such a broad

¹ Christian Brunelle, professeur adjoint, Faculté de droit, Université Laval, Québec.

² Pierre Verge, professeur émérite, Faculté de droit, Université Laval, Québec.

interpretation of the freedom of association. Yet, the right to strike and the right to bargain collectively are excluded from the protection of the Canadian Charter and the debate over the practice of union shops remains unresolved. Recent jurisprudence would appear favourable to the recognition of a truly collective dimension of the freedom of association. Given their different objects and the distinct nature of the types of instruments that ensure their protection, is there an inevitable discrepancy between the specific expression of the freedom of association in a labour relations context and the general concept of freedom of association? It is argued here that this is not necessarily the case, but that the courts will have to adopt an interpretation of freedom of association that is more contextualized and inclusive of the overall Canadian industrial relations tradition with respect to freedom of association.

<i>Introduction.....</i>	<i>712</i>
I. <i>Fins et portée de la liberté constitutionnelle d'association en contexte de travail.....</i>	<i>716</i>
A. <i>Liberté positive.....</i>	<i>718</i>
B. <i>Liberté négative.....</i>	<i>723</i>
II. <i>Fins et portée de la liberté syndicale.....</i>	<i>727</i>
A. <i>Liberté positive.....</i>	<i>729</i>
i) <i>Droit international.....</i>	<i>729</i>
ii) <i>Droit canadien.....</i>	<i>735</i>
B. <i>Liberté négative.....</i>	<i>740</i>
i) <i>Droit international.....</i>	<i>741</i>
ii) <i>Droit canadien.....</i>	<i>744</i>
III. <i>20 ans plus tard: un pari perdu?.....</i>	<i>745</i>
A. <i>La singularité de la liberté syndicale par rapport à la liberté générale d'association.....</i>	<i>746</i>
B. <i>Les écarts résultant des finalités propres de la liberté syndicale et de la liberté générale d'association.....</i>	<i>752</i>
<i>Conclusion.....</i>	<i>754</i>

Introduction

Les sentiments de faiblesse ou de vulnérabilité ne sont jamais si intenses que dans l'isolement. Face à l'arbitraire du prince et au despotisme du souverain, les citoyens d'hier ont dû s'unir pour faire basculer le rapport de force et paver la voie vers la démocratie.

Cette propension à s'associer et à agir en commun, on la dit «naturelle» à la personne humaine, «inaliénable de sa nature», tant et si bien que le législateur ne saurait vouloir la détruire «sans attaquer la

société elle-même.»³ C'est donc sans surprise que le Constituant canadien intégrait, en 1982, la «liberté d'association» au rang des grandes «libertés fondamentales» protégées par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴.

S'il est un domaine où l'efficacité de l'action collective fait peu de doute pour échapper à la vulnérabilité qui caractérise la condition humaine, c'est bien celui du travail. Placés en situation de dépendance économique par rapport aux chefs d'industrie qui possédaient les moyens de production, les travailleurs d'autrefois ont tôt fait de réaliser l'importance de se regrouper pour «neutraliser l'inégalité du pouvoir de négociation» inhérente aux rapports employeur-employé⁵.

Si le travail a connu une évolution fulgurante à partir de la révolution industrielle, passant progressivement de «moyen de subsistance» à «moyen de production»⁶, il demeure toujours caractérisé par ce lien de subordination⁷, lequel a incidemment vocation permanente dans la perspective de l'employeur⁸. La mondialisation des échanges commerciaux qui marque l'économie des sociétés modernes n'annonce pas la fin de cette subordination, bien au contraire.

Les pertes d'emplois réguliers et la précarisation accélérée du travail, la déréglementation de certains secteurs économiques⁹, la menace de transfert de la production à l'étranger, les recours de plus en plus fréquents à la sous-traitance, l'impuissance des États à réglementer à l'échelle de leur territoire la concurrence que se livrent les entreprises transnationales sur l'échiquier économique planétaire¹⁰ et les nouveaux moyens que la technologie offre aux employeurs pour contrôler la présence et la performance des employés¹¹ sont autant d'indicateurs

³ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, tome I, coll. Folio/histoire, Paris, Gallimard, 1986, à la p. 293.

⁴ *Loi constitutionnelle de 1982*, Partie I, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 44 [Charte canadienne].

⁵ *Slaight Communications inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1052 (juge en chef Dickson, citant avec approbation O. Kahn-Freund, *Kahn-Freund's Labour and the Law*, 3^e éd. par P. Davies et M. Freedland, Londres, Stevens & Sons, 1983, à la p. 18).

⁶ R. Pinard, *La révolution du travail: de l'artisan au manager*, Montréal, Liber, 2000.
⁷ P. Verge et G. Vallée, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, coll. Le droit aussi..., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1997, à la p. 21.

⁸ C. Sheppard, «Caring in Human Relations and Legal Approaches to Equality» (1993) 2 N.J.C.L. 305, à la p. 310-12.

⁹ G. Trudeau, «La mondialisation et les syndicats», 16:8 Options politiques, octobre 1995, [Trudeau] p. 8.

¹⁰ P. Verge, «Mondialisation et fonctions du droit du travail national» (1999) 40 C. de D. 437.

¹¹ F. Morin, «Nouvelles technologies et la télésubordination du salarié» (2000) 55 Relations industrielles/ Industrial Relations 725.

d'une dépendance accrue des salariés vis-à-vis de l'employeur¹².

Certes, au moment où les élus canadiens s'affairaient à élaborer le texte de la Charte canadienne, ces nouvelles réalités du marché du travail provoquées par le phénomène de l'intégration économique internationale ne monopolisaient pas les esprits. Toutefois, à cette époque, nul ne semblait prêt à nier l'importance que revêt la syndicalisation dans le rétablissement d'un meilleur équilibre des forces entre les employeurs et les salariés.

C'est ainsi que, sur l'insistance du Nouveau parti démocratique (NPD), l'on proposera de garantir à «chacun» la liberté d'association, «y compris la liberté d'association syndicale et de négociation collective»¹³. Il était par ailleurs affirmé que cette dernière expression n'emportait pas forcément l'élévation du droit de grève au rang des droits constitutionnels¹⁴.

Si la proposition d'amendement allait rencontrer des résistances, le principe qu'elle renfermait faisait, paradoxalement, consensus. Pour tout dire, le débat portait bien davantage sur la forme que sur le fond:

Pour ce qui est de la proposition d'inclure un article qui traite tout particulièrement de la liberté d'association et du droit à la négociation collective, nous pensons que ces deux points sont couverts par les termes «liberté d'association», qui figurent dans la charte. En créant un article à part qui traiterait du droit à la négociation collective, cela pourrait amoindrir l'importance des autres types d'associations, comme les associations religieuses, fraternelles ou communautaires.

En nuancant trop le concept de liberté d'association, la signification générale de cette expression pourrait s'en trouver réduite¹⁵.

Ainsi, le fait de protéger, dans un texte constitutionnel à vocation universelle, «les droits d'un groupe particulier de Canadiens»¹⁶ et de

¹² G. Murray, «Les transformations de la représentation collective au Québec» dans J. Bernier et al. (dir.), *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2001, 65.

¹³ 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 no 43, jeudi 22 janvier 1981, p. 43:68 : «including the freedom to organize and bargain collectively.» (M. Svend Robinson, député néo-démocrate).

¹⁴ *Ibid.* à la p. 43:69: «Je tiens à ajouter que cela ne signifie nullement que le droit de grève est ainsi entériné dans la constitution. Il s'agit uniquement de reconnaître aux hommes et aux femmes le droit de se constituer en syndicats et de mener des négociations collectives. Nous avons, de propos délibéré, omis d'évoquer le droit de grève dans ce projet d'amendement, vu qu'il s'agit, en l'occurrence, uniquement de la liberté d'association.» (M. Svend Robinson, député néo-démocrate).

¹⁵ *Ibid.* à la p. 43:69 et 43:70 (M. Robert P. Kaplan, ministre de la justice suppléant).

¹⁶ *Ibid.* à la p. 43:72 (M. Bryce Mackasey, député libéral).

donner — selon l'interprétation que d'aucuns faisaient de la proposition d'amendement — «priorité à une certaine forme d'association tandis que d'autres, peut-être plus fondamentales, [...] ne sont pas du tout mentionnées»¹⁷ rebutait une majorité d'élus¹⁸.

La proposition néo-démocrate visant à enchâsser dans la Constitution «quelque chose de plus explicite» qui «montrerait aux employeurs qu'il s'agit d'un droit des plus importants»¹⁹ allait donc être battue par 20 voix contre 2²⁰. Toutefois, le rejet de cette proposition n'altérerait pas le fait que, dans l'esprit des rédacteurs de la Charte, la «liberté d'association» incluait manifestement la liberté de se syndiquer et de mener des négociations collectives, voire peut-être même le droit de faire la grève²¹.

¹⁷ *Ibid.* à la p. 43:74 (M. Robert P. Kaplan, ministre de la justice suppléant).

¹⁸ Il suffit de lire la Cour européenne des Droits de l'Homme, *arrêt Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* du 30 janvier 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-I, p. 16-17 (au par. 24), pour se convaincre que l'interprétation défendue par la majorité des élus d'ici était clairement erronée: «[...] si l'article 11 [de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales] évoque «la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats», la conjonction «y compris» montre clairement qu'il ne s'agit là que d'un exemple parmi d'autres de la forme que peut prendre l'exercice du droit à la liberté d'association. On ne saurait donc en conclure, comme le Gouvernement, qu'en mentionnant les syndicats — pour des raisons qui tiennent principalement aux débats en cours à l'époque —, les auteurs de la Convention aient entendu exclure les partis politiques du champ d'application de l'article 11». Voir dans le même sens: T. Christian, «The Charter of Rights and Labour Law», dans *Labour Relations into the 1990s: Papers Presented at the Conference on Labour Relations into the 1990s*, Alberta, School of Management, University of Lethbridge, September 10-12, 1987, 1989, [Christian] à la p. 189.

¹⁹ *Procès verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution du Canada*, *supra* note 13 à la p. 43:73 (M. Lorne Nystrom, député néo-démocrate).

²⁰ *Ibid.* à la p. 43:79 de la version anglaise (la version française comportant une erreur typographique qui laisse malencontreusement entendre que «l'amendement est rejeté par 20 voix contre 20»).

²¹ Contrairement à ce qu'affirme le juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, aux pp. 412-13, il ne ressort pas clairement des délibérations du Comité mixte spécial «que le droit de grève était considéré comme séparé et distinct du droit de négocier collectivement». Il est vrai que les propos reproduits, *supra* note 14, permettent raisonnablement d'avancer ce point de vue. Toutefois, en réponse à un élu (Jake Epp) qui se demandait si des lois spéciales de retour au travail pour mettre fin à des grèves illégales dans la fonction publique pourraient être contestées si la proposition néo-démocrate était acceptée, le ministre de la justice suppléant, Monsieur Robert P. Kaplan, affirmait: «Les personnes qui s'opposeraient à de telles lois, si elles voulaient s'en tenir au texte de la charte, fonderaient leurs arguments sur l'article 1, en prétendant que les lois exigeant le retour au travail constituent une ingérence abusive au niveau des libertés fondamentales. [...]»: *Procès verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution du Canada*, *ibid.* à la p. 43:70. Or, le débat relatif à la justification d'une «règle de droit», aux termes de l'article premier, ne peut se faire qu'une fois que l'on a

En somme, soucieux de protéger la liberté d'association au travail, sans pour autant lui conférer une importance plus grande dans ce contexte que dans les autres sphères de l'activité humaine, les élus tenaient le pari que les tribunaux parviendraient à dégager de cette liberté *générale* d'association, l'essentiel de ce que recouvre, en droit international, le concept de «liberté syndicale». Plus de vingt ans après l'entrée en vigueur de la Charte canadienne, il importe de voir s'il était sage de soutenir la gageure ou si, à tout le moins, la chance peut encore tourner. Cette interrogation présuppose de vérifier si la liberté constitutionnelle d'association en contexte de travail (I.) est à la mesure de la liberté syndicale, entendue tant universellement qu'en fonction de la tradition canadienne (II.). Et si un fossé s'observe entre ces deux notions, il importe alors de voir si le texte constitutionnel permet de le combler (III.).

I. Fins et portée de la liberté constitutionnelle d'association en contexte de travail

Très tôt dans l'évolution de la Charte canadienne, les tribunaux vont établir la méthode d'interprétation à privilégier pour déterminer le sens et la portée des droits et libertés enchâssés dans la Constitution. Essentiellement, l'on recourt à une méthode à la fois téléologique et contextuelle: *téléologique*, parce que les droits constitutionnels «doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger»²²; *contextuelle*, parce «qu'un droit ou une liberté peuvent avoir des significations différentes dans des contextes différents»²³.

Couchée en termes larges, la «liberté d'association» garantie par l'alinéa 2d) de la Charte canadienne a le potentiel de servir, *a priori*, les intérêts de tous les citoyens qui souhaitent s'associer pour poursuivre un objectif commun, que celui-ci soit de nature charitable, culturelle, économique, éducative, philanthropique, politique, professionnelle, récréative, religieuse, scientifique ou sociale. De fait, «les associations

conclu à une atteinte à l'un des droits ou libertés garantis par la Charte canadienne. Ainsi, si l'on en juge par les propos du ministre suppléant, lequel insiste également pour dire que la proposition néo-démocrate «n'ajoute rien au droit d'association», ne peut-on pas tout aussi raisonnablement conclure qu'une limite au droit de grève constituée, à ses yeux, une atteinte à la liberté d'association que le gouvernement devrait ultimement justifier en vertu de l'article 1? Voir dans le même sens: D. Beatty et S. Kennett, «Striking Back: Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies» (1988) 67 R. du B. Can. 573 [Beatty et Kennett] aux pp. 596-97.

²² *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 157 (juge en chef Dickson); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344 (juge en chef Dickson); et L. Tremblay, «L'interprétation téléologique des droits constitutionnels» (1995) 29 R.J.T. 459.

²³ *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326 à la p. 1356 (juge Wilson); D. Pinard «La méthode contextuelle» (2002) 81 R. du B. Can. 323.

constituent normalement un moyen d'atteindre un but»²⁴.

Toutefois, pour définir l'objet de la liberté d'association, les tribunaux vont dès le départ établir une distinction entre l'activité associative, en soi, et les buts de l'association, de sorte que «la liberté d'association ne protège que l'aspect collectif de l'activité, non pas l'activité elle-même»²⁵. Autrement dit, cette liberté «appartient à l'individu et non aux groupes formés grâce à son exercice»²⁶:

[...] 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 faire²⁷.

De manière générale, l'on s'entend pour dire que la liberté d'association a pour objet de favoriser «l'épanouissement personnel au moyen de relations interpersonnelles et de l'action collective»²⁸. Elle assure ainsi aux individus une protection constitutionnelle contre «la vulnérabilité résultant de l'isolement»²⁹. Encore faut-il voir quelle forme prend cette protection lorsqu'elle est appliquée dans le *contexte* particulier du travail: vue positivement, elle comprend certes la formation et le maintien d'une association de salariés mais s'étend-elle à des aspects significatifs de son activité (A.)? Par ailleurs, cette liberté associative comporte-t-elle une autre facette dite «négative» en ce qu'elle permettrait à l'individu de s'opposer, dans certaines circonstances, à l'association forcée (B.)?

²⁴ *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, à la p. 227 (juges Iacobucci et Bastarache, au par. 105).

²⁵ *Ibid.* à la p. 228 (au par. 105).

²⁶ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, *supra* note 21 à la p. 397 (juge McIntyre). Incidemment, dans un document intitulé *Le projet de loi sur la réforme constitutionnelle: Texte et notes explicatives publiés dans le but d'inciter les citoyens à prendre part à la discussion sur la réforme constitutionnelle, telle que proposée dans un projet de loi présenté au Parlement par le Gouvernement du Canada, au mois de juin 1978*, l'on indiquait sans détour, à la page 4, que la liberté d'association relève des «droits individuels» plutôt que des «droits collectifs». Voir au même effet: *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367, à la p. 379 (juge Cory, diss.); *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, à la p. 310 (juge LeBel, diss.).

²⁷ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, *ibid.* à la p. 409 (juge McIntyre).

²⁸ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, à la p. 1042 (juge Bastarache, au par. 17). Voir dans le même sens: *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, à la p. 317: «L'essence de la liberté est la protection de l'aspiration à l'épanouissement et à l'accomplissement personnels, laquelle ne peut être réalisée qu'en association avec autrui» (juge La Forest).

A. *Liberté positive*

Bien que la liberté d'association puisse trouver application dans l'exercice d'une multitude d'activités humaines, les tribunaux ont surtout été appelés à définir ses contours avec, comme toile de fond, le domaine du travail³⁰. Tout bien pesé, la chose n'a pas de quoi surprendre.

De toutes les associations qui peuvent être formées dans nos sociétés démocratiques, les associations de salariés sont sans doute celles qui jouissent de l'encadrement législatif le plus significatif, lequel se traduit notamment par l'attribution de pouvoirs importants dont ne disposent pas les autres types d'associations³¹. Qu'il suffise d'évoquer ici l'octroi d'un monopole de représentation au syndicat qui reçoit, initialement, l'appui d'une majorité de salariés de l'unité de négociation; le précompte obligatoire («formule Rand») qui assure, dans une bonne mesure, la viabilité financière du syndicat; la protection du droit du syndicat de négocier les conditions de travail des salariés par l'interdiction de certaines pratiques réputées déloyales; l'exigence, imposée à l'employeur, de négocier de bonne foi; l'attribution d'une vaste discrétion quant au contenu de la convention collective; le droit de recourir à la grève pour influencer sur le cours des négociations ou encore l'affirmation de l'effet obligatoire de la convention collective et l'instauration d'une procédure d'arbitrage pour en faire assurer le respect³².

Ces traits caractéristiques des régimes législatifs propres aux rapports collectifs de travail ont grandement favorisé, au fil des années, l'exercice de la liberté d'association dans les milieux de travail. Cela étant, en 1987, au lendemain de l'entrée en vigueur de la Charte canadienne, la Cour suprême du Canada sera saisie de la question de savoir si l'enchâssement de la liberté d'association, dans la Constitution du pays, emporte la constitutionnalisation des divers pouvoirs reconnus aux associations de salariés par les législations du travail contemporaines.

Dissociant, comme nous l'avons vu, l'activité associative des objectifs qui la motivent, une majorité de juges va conclure que la liberté d'association garantit la liberté de constituer une association sans pour autant revêtir ses activités d'une protection constitutionnelle, si importantes soient-elles pour les membres³³. En clair, «les activités que l'État permet à un individu d'exercer peuvent être exercées

²⁹ Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act* (Alb.), *supra* note 21 à la p. 334 (juge en chef Dickson, diss., non contredit sur ce point).

³⁰ J. Cameron, «Back to Fundamentals: Multidisciplinary Partnerships and Freedom of Association Under Section 2(d) of the Charter» (2000) 50 U.T.L.J. 261, à la p. 268.

³¹ Dans l'arrêt *Berry c. Pulley*, [2002] 2 R.C.S. 493, à la p. 515, la Cour évoque clairement le «statut unique des syndicats» (juge Iacobucci, au par. 51).

³² C. Brunelle, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2001, aux pp. 37-38.

³³ Dans l'arrêt *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoires*

collectivement» mais rien n'empêche le législateur «de déclarer ce qui est et ce qui n'est pas une activité licite pour l'individu»³⁴.

Ainsi comprise, la liberté d'association protège 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...»³⁵ et sans être exposé à quelque ingérence de l'employeur dans la formation de cette association³⁶. Partant, que l'exercice du droit de grève soit l'ultime moyen, pour un syndicat, d'atteindre ses fins ne change rien au fait que le législateur peut interdire ce moyen de pression, sans que ce choix ne puisse être remis en cause sur le fondement de la Charte canadienne³⁷.

Parmi les nombreuses considérations alors avancées pour justifier cette «conception restrictive»³⁸, il en est une qui tient de l'équilibre «fragile» et du «processus dynamique et changeant» qui caractérisent les rapports employeur-syndicat:

De gigantesques changements d'ordre économique, social et industriel se préparent non seulement au Canada et en Amérique du Nord, mais aussi dans d'autres parties du monde. L'évolution de l'économie nationale canadienne, le déclin des industries fondées sur les ressources naturelles ainsi que de l'industrie lourde, les changements qui surviennent dans l'ordre commercial et industriel international, ont engendré une pression énorme pour que soient réévaluées les façons traditionnelles d'aborder les questions économiques et industrielles, y compris celles du droit et des politiques en matière de travail. [...]

[...] il est évident que le cours immédiat que suivront les politiques en matière de relations de travail n'est pas clair. [...] Intervenir dans ce processus dynamique à ce premier stade de l'évolution de la Charte, en reconnaissant une protection

du Nord-Ouest (Commissaire), *supra* note 26 à la p. 402, le juge Sopinka traduit la règle comme suit: «l'al. 2d) ne protège pas une activité pour le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d'une association ».

³⁴ Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, *supra* note 21 à la p. 408 (juge McIntyre).

³⁵ *Ibid.* à la p. 391 (juge Le Dain).

³⁶ *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, à la p. 1006 (juge Bastarache, au par. 10).

³⁷ Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, *supra* note 21; Voir aussi *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460.

³⁸ P. Verge, «Droits de la personne et droit du travail: recherche d'une interface» dans *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle : mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, à la p. 496. Voir, dans le même sens, M. Coutu, *Les libertés syndicales dans le secteur public*, coll. Minerve, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1989, [Coutu] à la p. 88. Cameron, *supra* note 30 aux pp. 270 et 276, va plus loin en affirmant que la distinction entre l'association et ses activités est spécieuse (*unsound*) et qu'elle vide l'alinéa 2d) de son sens: «the distinction between an association and its activities renders the guarantee meaningless.»

constitutionnelle implicite du droit de grève reviendrait, selon moi, à conférer à l'une des forces en présence une arme économique qui échapperait, sous réserve de l'article premier, à tout contrôle législatif et pourrait aller jusqu'à geler les relations de travail et à restreindre le processus d'évolution nécessaire pour faire face aux circonstances changeantes de la société contemporaine³⁹.

Les «gigantesques changements d'ordre économique, social et industriel» et les «circonstances changeantes de la société contemporaine» évoqués ici seront subsumés par ce que l'on nomme, aujourd'hui, la mondialisation. Et quoi que l'on en dise, il se pourrait bien que ce phénomène ait entraîné, à lui seul, la rupture de l'équilibre entre les forces patronale et syndicale qu'une majorité de juges appréhendait en 1987⁴⁰. Avec le recul, le refus judiciaire de consacrer le droit de grève comme une composante irréductible de la liberté d'association a peut-être fragilisé davantage cet équilibre qu'il n'en a, en fait, assuré le maintien.

D'ailleurs, dans une dissidence remarquable rédigée sous la plume du juge Dickson, alors juge en chef, les juges minoritaires vont fustiger «la nature essentiellement formelle» de «la définition constitutive» de la liberté d'association⁴¹ retenue par leurs collègues:

Si la liberté d'association ne protège que la réunion de personnes à des fins communes, mais non l'exercice des activités mêmes pour lesquelles l'association a été formée, alors cette liberté est effectivement legaliste, parcimonieuse et voire même insipide⁴².

La logique sous-jacente au refus de la majorité de reconnaître que le droit de grève participe de la liberté d'association va s'étendre également au droit de négocier collectivement les conditions de travail⁴³. En 1990, alors que le partage de la Cour en deux blocs de trois juges laissait au juge en chef Dickson la possibilité de faire triompher, cette fois, la vision qu'il avait si savamment défendue quelques années plus tôt, il se rangera, «à regret», «non sans beaucoup d'hésitation»⁴⁴, écrira-t-il, à l'opinion qui lui

³⁹ Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act* (Alb.), *supra* note 21 à la p. 415 (juge McIntyre).

⁴⁰ E. Lee, «La mondialisation et l'emploi: des craintes justifiées?» (1996) 135 *Rev. int. trav.* 531 à la p. 538; M.-A. Moreau et G. Trudeau, «Le droit du travail face à la mondialisation de l'économie» (1998) 53 *Relations industrielles/Industrial Relations* 55; G. Murray et P. Verge, *La représentation syndicale: Visage juridique actuel et futur*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999, à la p. 110 et suivantes; Trudeau, *supra* note 9.

⁴¹ Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act* (Alb.), *supra* note 21 à la p. 362 (juge en chef Dickson, diss.).

⁴² *Ibid.* aux pp. 362-63.

⁴³ *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, *supra* note 26.

⁴⁴ *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-*

semblait la plus conforme aux jugements majoritaires prononcés trois ans plus tôt.

Quoi qu'il en soit, une majorité de juges conclura que la négociation collective, même si elle peut «être l'objet essentiel de la constitution des syndicats», «n'est pas une activité qui est, sans plus, protégée par la garantie de liberté d'association»⁴⁵, notamment parce qu'il ne s'agit pas d'«une activité qu'une personne, prise individuellement, peut exercer légitimement»⁴⁶.

Il faudra attendre l'arrêt *Dunmore*, prononcé à la fin de l'année 2001⁴⁷, pour que l'on accepte d'enrichir cette interprétation, toute empreinte d'individualisme, d'une dimension collective plus significative. Appelée à statuer sur la validité d'une loi ontarienne de 1995, qui en abrogeait une autre — adoptée deux ans plus tôt — en vertu de laquelle les travailleurs agricoles de la province avaient obtenu le droit à la syndicalisation, la Cour suprême du Canada déclarait la loi abrogative inopérante sur le fondement de l'alinéa 2d) de la Charte canadienne.

Dans un premier temps, la Cour convenait que la liberté d'association n'exige pas seulement de l'État qu'il s'abstienne de toute intervention portant atteinte à une activité associative protégée, mais qu'elle peut également impliquer, «dans des contextes exceptionnels»⁴⁸, une obligation positive de sa part si son inaction a un «effet substantiel sur l'exercice d'une liberté constitutionnelle»⁴⁹. Ainsi, une mesure gouvernementale dont la portée se révèle trop limitative peut heurter la liberté d'association dans la mesure où l'État, ce faisant, «orchestre, encourage ou tolère d'une manière substantielle la violation de libertés fondamentales»⁵⁰.

Dans un deuxième temps, la Cour reconnaissait pour la toute première fois que la liberté d'association peut protéger des activités «de nature collective» *per se*, c'est-à-dire «qui ne peuvent, pour une raison ou

Ouest (Commissaire), *ibid.* à la p. 374 (juge en chef Dickson).

⁴⁵ *Ibid.* à la p. 404 (juge Sopinka).

⁴⁶ *Ibid.* à la p. 405.

⁴⁷ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, *supra* note 28.

⁴⁸ Rappelons que dans l'arrêt *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, *supra* note 36, la Cour, par la voix du juge Bastarache, indiquait que l'alinéa 2d) de la Charte canadienne n'impose «généralement qu'une obligation de non-ingérence à l'État[et] non une obligation positive de protection ou d'aide [] sauf peut-être dans des circonstances exceptionnelles» aux par. 25-27, 33 et 36.

⁴⁹ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, *supra* note 28 à la p. 1046 (juge Bastarache, au par. 22). Sur la question de savoir si les «libertés», par opposition aux «droits» constitutionnels, emportent un devoir d'agir de l'État, voir également C. Brunelle, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux institutions gouvernementales*, Scarborough, Carswell, 1993, aux pp. 38-40.

⁵⁰ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, *ibid.* à la p. 1049 (au par. 26).

une autre, être considérées comme des activités licites» d'une personne seule⁵¹. 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»⁵², 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. [...] Cela veut dire simplement que certaines activités collectives doivent être reconnues pour que la liberté de constituer et de maintenir une association ait un sens⁵³.

Pourtant, l'ex-juge en chef Dickson ne disait pas autre chose lorsqu'il écrivait, dans sa dissidence de 1987, qu'« [i]l n'y a pas d'équivalent individuel à une grève»:

Il y a cependant des cas où aucune analogie comportant des individus ne peut être trouvée pour une activité collective ou bien où la comparaison entre des groupes et des individus ne permet pas de saisir l'essence d'une éventuelle violation des droits d'association⁵⁴.

Pour la Cour, le «noyau dur» de la liberté d'association comporte 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»⁵⁵. En outre, cette garantie — que l'on souhaiterait minimale — de la liberté syndicale risque fort d'être réservée aux travailleurs qui «n'ont ni pouvoir politique, ni ressources pour se

⁵¹ *Ibid.* à la p. 1039 (au par. 16).

⁵² *Ibid.* à la p. 1040 (au par. 16).

⁵³ *Ibid.* aux pp. 1041-42 (Juge Bastarache, au par. 17). Quelques mois auparavant, le juge Bastarache avait donné quelques indices en ce sens en affirmant, dans l'arrêt *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, *supra* note 26 à la p. 237: «Le caractère collectif du droit de s'associer est indéniable parce que l'activité collective n'équivaut pas à l'addition d'activités individuelles» (au par. 17).

⁵⁴ Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, *supra* note 21 à la p. 367 (Juge Dickson, diss.) De manière très imagée, Madame le juge L'Heureux-Dubé abonde dans le même sens lorsqu'elle écrit, dans l'arrêt *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, *ibid.* à la p. 265: «une rangée de taxis n'équivaut pas à un autobus» (au par. 66).

⁵⁵ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, *supra* note 28 à la p. 1078 (Juge Bastarache, au par. 67).

regrouper sans la protection de l'État» et qui demeurent, somme toute, «vulnérables face aux représailles patronales»⁵⁶.

Cela dit, si certaines activités syndicales importantes échappent à la protection constitutionnelle offerte par la liberté d'association, elles peuvent parfois trouver refuge sous l'abri de la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte canadienne⁵⁷. C'est ainsi que le droit de dresser des lignes de piquetage⁵⁸ ou de distribuer des tracts pour appeler, par exemple, les consommateurs à boycotter l'employeur⁵⁹ sont considérées comme des activités expressives qui relèvent, *a priori*, de la liberté constitutionnelle d'expression.

En définitive, si l'on devait tracer l'itinéraire des rapports collectifs de travail en droit canadien, celui-ci aurait pour point de départ la formation du syndicat et pour point d'arrivée la convention collective dûment négociée ou, à défaut, l'exercice du droit de grève afin de faire débloquer les négociations. Or, selon l'interprétation retenue par la Cour, la protection constitutionnelle offerte par la liberté d'association s'arrête en chemin puisqu'elle comporte des limites intrinsèques qui font que le droit de négocier collectivement et le droit de grève en sont exclus⁶⁰. Reste à voir maintenant jusqu'à quel point elle renferme un droit de ne pas s'associer.

B. *Liberté négative*

La liberté des salariés de travailler à la formation et au maintien d'une association et de prendre part à ses activités emporte-t-elle, en contrepartie, la liberté de ne pas y adhérer ou de s'en retirer? En d'autres termes, la facette, dite négative, de la liberté d'association jouit-elle aussi d'une protection constitutionnelle?

La question appelle un retour sur l'objet de la liberté d'association

⁵⁶ *Ibid.* à la p. 1060 (au par. 41).

⁵⁷ J. Fudge, «Lessons From Canada: The Impact of the Charter of Rights and Freedoms on Labour and Employment Law» dans K.D. Ewing, dir., *Human Rights at Work*, Londres, Institute of Employment Rights, 2000, au chapitre 7, 186: «Unions have had slightly more success in invoking the *Charter's* guarantee of freedom of expression to challenge labour law restrictions on their actions».

⁵⁸ *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 aux pp. 587-88 (juge McIntyre); *BCGEU c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214 à la p. 230 et suivantes (juge en chef Dickson); *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156 aux pp. 172-74 (juge en chef McLachlin et juge LeBel, aux par. 32 à 35).

⁵⁹ *T.U.A.C., section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, aux pp. 1099 à 1107 (juge Cory, aux par. 21 à 33).

⁶⁰ Dans l'arrêt *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, *supra* note 26 à la p. 301, le juge LeBel résumait la chose ainsi: «Il ressort clairement de l'examen de l'application de la Charte, sur près de 20 ans, que notre Cour hésite à accepter que l'ensemble du domaine des relations de travail soit visé par la garantie constitutionnelle de l'al. 2d)» (au par. 156).

garantie par la Charte canadienne. Une analyse attentive de la jurisprudence montre certaines divergences de vues à cet égard.

Pour certains juges, l'objet de la liberté d'association est essentiellement «de protéger le droit d'une personne de se joindre à autrui pour poursuivre des objectifs communs»⁶¹. Ainsi compris, «l'alinéa 2d) n'inclut que la liberté positive de s'associer»⁶² et non «le présumé «droit de ne pas s'associer»»⁶³.

Pour d'autres, la liberté d'association est étroitement liée à la promotion des aspirations individuelles⁶⁴, lesquelles peuvent parfois être brimées par l'exigence de s'associer:

L'association forcée étouffera la possibilité pour l'individu de réaliser son épanouissement et son accomplissement personnels aussi sûrement que l'association volontaire la développera. [...] La reconnaissance de la liberté de l'individu de ne pas s'associer est la contrepartie nécessaire d'une association constructive conforme aux idéaux démocratiques.⁶⁵

À l'automne 2001, la Cour suprême du Canada allait marquer son penchant pour cette dernière interprétation dans l'arrêt *Advance Cutting*⁶⁶. Appelés à statuer sur la validité constitutionnelle d'une loi québécoise aux termes de laquelle tout salarié se voyait contraint d'adhérer à un syndicat pour être admis à travailler dans le secteur de la construction, huit juges sur neuf vont conclure que le droit négatif de ne pas s'associer relève, dans une certaine mesure, de la liberté d'association.

Cela dit, l'affirmation commande son lot de nuances. D'une part, aucun juge ne se montre prêt à protéger le «droit de ne pas s'associer» en général; c'est ainsi que tous conviendront d'établir une limite intrinsèque au volet négatif de la liberté d'association⁶⁷. D'autre part, il y a mésentente quant à la teneur véritable de cette limite intrinsèque.

Un trio de juges considère que la loi doit imposer «une forme de

⁶¹ Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, *supra* note 28 à la p. 232 (juge Wilson).

⁶² *Ibid.* à la p. 263.

⁶³ R. c. *Advance Cutting & Coring Ltd.*, *supra* note 26 aux pp. 262-63 (juge L'Heureux-Dubé, au par. 58 et 59).

⁶⁴ Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, *supra* note 28 à la p. 317 (juge La Forest).

⁶⁵ *Ibid.* à la p. 318.

⁶⁶ R. c. *Advance Cutting & Coring Ltd.*, *supra* note 26.

⁶⁷ J. 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, [Cameron] à la p. 74: «the Court remains hesitant to enforce claims based on an individual's freedom from compulsion (sic) ».

conformité idéologique» ou menacer «un droit à la liberté protégé par la *Charte*» pour porter «atteinte au droit de non-association garanti par l'al. 2d)»⁶⁸. Le défaut de prouver que, dans les faits, «l'association impose à l'individu des valeurs et des visions du monde contraires aux siennes»⁶⁹ serait alors fatal au salarié qui s'oppose à l'association forcée.

Un quatuor de juges, dissidents sur le fond, estime pour sa part que ce critère, qui emporte l'exigence d'établir, par une preuve factuelle «indépendante»⁷⁰, «un impact sur les convictions morales du membre», «est trop restrictif et qu'il engendre un droit négatif trop limité»⁷¹. Sans rejeter le critère de la «conformité idéologique», les quatre juges l'assortissent de la nécessité de tenir compte de certaines «valeurs fondamentales qui doivent être protégées dans le milieu de travail», telles «la liberté de conscience, la liberté de circulation et d'établissement, le droit à la liberté, la liberté d'expression et le droit au travail»⁷²:

[...] il suffit en fait d'exiger l'adhésion à un régime prévoyant la syndicalisation obligatoire imposée par l'État qui touche la liberté de conscience et d'expression de même que les droits à la liberté et à la liberté de circulation et d'établissement pour qu'il y ait un effet négatif sur le droit au travail, parce qu'une telle adhésion constitue en soi une forme de coercition idéologique. Il y a contrainte idéologique notamment lorsqu'on recourt au nombre d'adhérents pour promouvoir des visées idéologiques et [...] il en est ainsi même quand rien n'indique que le syndicat exerce des pressions sur ses membres pour qu'ils adhèrent à sa cause⁷³.

Pour ces juges dissidents, il semble aller de soi que les syndicats cherchent à imposer une idéologie à leurs membres en raison de l'orientation politique et sociale du mouvement syndical, opinion que réfute catégoriquement le premier trio de juges en la ravalant, ni plus ni moins, au rang des «stéréotypes»⁷⁴ et des généralisations abusives⁷⁵.

Enfin, un dernier juge va conclure que le critère de la «conformité idéologique» qui séduit sept de ses huit collègues est «si difficile à saisir et si abstrait» qu'«il ne sera pas aisé de l'appliquer d'une manière cohérente, claire et significative» en raison de la subjectivité qu'il renferme⁷⁶. Aussi propose-t-il plutôt un critère hybride qui appelle à apprécier si l'association forcée sert «l'intérêt public» ou «favorise le bien-être collectif ou social», d'une part, ou si elle entraîne une atteinte

⁶⁸ *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, *supra* note 26 à la p. 336 (juge LeBel, au par. 232).

⁶⁹ *Ibid.* à la p. 325 (au par. 206).

⁷⁰ *Ibid.* à la p. 247 (juge Bastarache, diss., au par. 28).

⁷¹ *Ibid.* à la p. 227 (au par. 3).

⁷² *Ibid.* à la p. 231 (au par. 9).

⁷³ *Ibid.* aux pp. 247-48 (au par. 28) (nos italiques).

⁷⁴ *Ibid.* à la p. 334 (juge LeBel, au par. 227).

⁷⁵ *Ibid.* à la p. 337, où le juge LeBel évoque des «soupçons généralisés», (au par. 232).

⁷⁶ *Ibid.* à la p. 359 (juge Iacobucci, au par. 284).

«aux droits à la liberté individuelle», d'autre part⁷⁷. L'association forcée serait «généralement constitutionnelle» dans le premier cas⁷⁸. Dans la seconde hypothèse, l'État devrait justifier l'atteinte au «droit de ne pas s'associer» aux termes de l'article premier de la Charte canadienne.

S'il fallait dégager un dénominateur commun à ces trois interprétations distinctes de la facette négative de la liberté d'association, il résiderait dans le fait que le «droit de ne pas s'associer» est bafoué si l'association forcée porte, de ce fait, atteinte au «droit à la liberté» de l'individu. Quant à ce concept de «liberté», il n'est peut-être pas complètement étranger à celui que renferme l'article 7 de la Charte canadienne⁷⁹; il renvoie vraisemblablement à la notion d'autonomie personnelle⁸⁰ et évoque la faculté de l'individu de «prendre des décisions d'une importance fondamentale pour sa personne»⁸¹, c'est-à-dire des décisions conformes à ses convictions morales, religieuses⁸² ou politiques profondes⁸³. Du reste, l'on ne s'entend manifestement pas sur la nature de la preuve qui doit être apportée pour que les tribunaux s'estiment justifiés de conclure à une atteinte à cette «liberté»⁸⁴.

Quoi qu'il en soit, un fait demeure, la liberté d'association garantie par la Constitution canadienne renferme sans contredit un certain «droit de ne pas s'associer». Le droit européen est incidemment au même effet. L'on y reconnaît «qu'une certaine liberté de choix quant à l'exercice d'une liberté est inhérente à la notion de celle-ci» et qu'interpréter la liberté d'association «comme autorisant n'importe quelle sorte de

⁷⁷ *Ibid.* aux pp. 360-61 (au par. 286-88).

⁷⁸ *Ibid.* à la p. 360 (au par. 286).

⁷⁹ Même si dans l'arrêt *Syndicat international des débardeurs et magasiniers – Canada, section locale 500 c. Canada*, [1994] 1 R.C.S. 150, la Cour a jugé que le concept de «liberté» au cœur de l'article 7 ne pouvait pas servir à accroître la protection offerte par l'alinéa 2d), rien ne s'oppose à ce que l'on s'inspire de la jurisprudence élaborée en vertu de l'article 7 pour circonscrire la portée de la liberté négative d'association.

⁸⁰ *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra* note 28 aux pp. 322-23 (juge La Forest); *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, *supra* note 26 à la p. 236 (juge Bastarache, diss., au par. 16) et 326 (juge LeBel, au par. 208).

⁸¹ *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, à la p. 368 (juge La Forest, au par. 80); *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, à la p. 340 (juge Bastarache, au par. 49).

⁸² L'alinéa 2a) de la Charte canadienne, lequel consacre la «liberté de conscience et de religion» de «chacun», pourrait également être invoqué comme fondement d'un «droit de ne pas s'associer», selon les circonstances: H. Brun, «The Canadian Charter of Rights and the Trade Unions» dans F.E. McArdle, dir., *The Cambridge Lectures 1987*, Institut canadien d'études juridiques supérieures, Cowansville, Les éditions Yvon Blais inc., 1989 à la p. 11.

⁸³ *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, *supra* note 26 à la p. 251 (juge Bastarache, diss., au par. 33).

⁸⁴ Cameron, *supra* note 67 à la p. 78: «Divergent interpretations of the right in turn prompted different views of the Charter's evidentiary requirements».

coercition en matière d'appartenance syndicale» affecterait «la substance même de la liberté»⁸⁵: «Touche donc à la substance même de [la liberté d'association] l'exercice de pressions [...] visant à forcer quelqu'un à adhérer à une association contrairement à ses convictions »⁸⁶.

Toutefois, alors qu'il se dégage des positions actuelles de la Cour suprême du Canada, un consensus pour dire que la composante négative de la liberté d'association n'est manifestement pas un simple reflet du droit positif de s'associer, le droit européen hésite encore à conclure que la liberté d'association inclut un droit d'association négatif «à l'égal du droit positif»⁸⁷.

Cela étant, la consécration constitutionnelle du «droit de ne pas s'associer», inféré de la liberté d'association, pourrait avoir certaines conséquences sur l'exercice de la liberté syndicale. Avant d'en mesurer l'ampleur cependant, il importe de préciser la portée de ce concept de «liberté syndicale».

II. Fins et portée de la liberté syndicale

L'action syndicale a été façonnée par les milieux de travail eux-mêmes: elle est issue de la révolution industrielle⁸⁸. Elle est, a-t-on vu, intimement reliée au salariat; elle se veut une réaction face à l'isolement du travailleur et à l'inégalité caractéristique de sa situation dans le rapport de travail subordonné⁸⁹. Aussi se réduit-elle essentiellement au phénomène de concertation, de coalition des salariés, qu'il soit passager, comme dans le cas de la grève, ou durable et relativement structuré, alors qu'il prend la forme du groupement syndical. Cette action syndicale ainsi orientée poursuit ses finalités par la pratique de la négociation collective. Au besoin conflictuelle, cette dernière conduit, sur les plans plus ou

⁸⁵ Arrêt *Young, James et Webster*, série A n° 44, au par. 52; Brun, *supra* note 82 à la p. 8: «It is not easy, one may confess, to see how a real freedom may exist if there exists a power to do something, but not the right not to do so».

⁸⁶ Arrêt *Young, James et Webster*, *ibid.*, au par. 57.

⁸⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande* du 30 juin 1993, série A n° 264, p. 16, au par. 35: «Il échet donc de considérer que [la liberté d'association] consacre un droit d'association négatif. La Cour ne croit pas devoir rechercher en l'occurrence si ce droit s'y trouve inclus à l'égal du droit positif».

⁸⁸ G. Spyropoulos, *La liberté syndicale*, Paris, L.G.D.J., 1956, p. 3: «L'idée syndicale est une conséquence directe de la révolution industrielle.»

⁸⁹ J. Rivero, «Les droits de l'Homme: droits individuels ou droits collectifs?» dans *Les droits de l'Homme: droits collectifs ou droits individuels, Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et de l'Institut de recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg*, tome XXXII, Paris, L.G.D.J., 1980, à la p. 20: «[...]il n'y a aucun moyen, pour le travailleur, de défendre isolément ses intérêts les plus vitaux face à l'autorité patronale: seule l'action collective, épisodique— la grève— ou continue— le syndicat— peut rééquilibrer, au profit des salariés, un dialogue qui, s'il s'engage au plan individuel, se réduit à l'énoncé pour l'employeur, fort de sa puissance économique, de ses volontés».

moins étendus, à l'«autonomie collective», c'est-à-dire à la détermination collective des régimes de travail avec l'acteur patronal. L'action syndicale se situe également sur le plan politique, pour infléchir les politiques publiques et la législation dans le sens des intérêts du salariat, le tout selon des dosages variés, comme en témoignent différentes traditions nationales et internationales d'action syndicale.

L'action syndicale se caractérise à la fois par ses fins et par ses moyens historiques de la poursuivre. À la différence d'autres comportements génériquement associatifs, elle n'est pas désintéressée mais milite, au contraire, pour faire valoir des intérêts collectifs particuliers dans la société⁹⁰. Aussi est-ce avec justesse que l'on a reconnu, en contexte judiciaire canadien, qu'«[h]istoriquement les travailleurs se sont unis pour aplanir les inégalités de puissance de négociation inhérentes aux relations employeur-employé et se prémunir contre des conditions de travail injustes, dangereuses ou favorisant l'exploitation»⁹¹ et, également, que le mouvement syndical est «un intervenant dans le débat politique au cœur de la démocratie canadienne»⁹². Partant, la liberté d'exercer cette action, que l'on nomme liberté syndicale, est d'une nature «fonctionnelle»; elle est liée à la poursuite concertée des fins précédemment évoquées. Séparée de ces fins et des moyens historiques de les poursuivre, elle perd sa nature distinctive, laquelle est à la fois collective et d'ordre économique⁹³.

Le droit accepte-t-il la liberté syndicale? La vérification se fera à partir du droit international, pour ce qui est des tendances universelles ou régionales, et du droit canadien, pour ce qui est d'une tradition nationale. Elle portera non seulement sur la faculté de se coaliser de diverses façons à des fins syndicales — l'aspect «positif» de la liberté syndicale (A.), mais aussi sur celle d'imposer la coalition à des individus œuvrant dans un milieu de travail sur lequel s'exerce l'action syndicale: le visage «négatif», a-t-on dit, par rapport à ces volontés individuelles, d'une liberté qui se prétend «fonctionnelle» en cela également (B.).

⁹⁰ Spyropoulos, *supra* note 88 à la p. 5.

⁹¹ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, *supra* note 21 à la p. 334 (juge en chef Dickson, diss.)

⁹² *R. c. Advance Cutting and Coring Ltd.*, *supra* note 26 à la p. 237 (juge Bastarache, diss., au par. 17).

⁹³ Voir notamment F. von Prondzynski, *Freedom of Association and Industrial Relations*, London, Mansell Publishing, 1986, aux pp. 110, 225-26: «Freedom of association as it applies to trade unions [...] is an aspect of economic freedom [...] it affects the distribution of power within society [...] it is the counterpart of those aspects of law which permit or make possible the aggregation of capital.»

A. Liberté positive

i) Droit international

Déjà en 1919, la Partie XIII du *Traité de Versailles*, qui constituait l'Organisation internationale du travail (OIT), chargeait cette dernière (art. 332) de travailler à la réalisation d'un programme comportant nommément «l'affirmation du principe de la liberté syndicale»⁹⁴. Les Parties contractantes énonçaient par la suite différents principes généraux, dont «le droit d'association en vue de tous objets non contraires aux lois, aussi bien pour les salariés que pour les employeurs»⁹⁵. Le Préambule de la Constitution amendée de 1946 réitérait cette préoccupation relative à la «liberté d'association». La *Déclaration (dite de Philadelphie) concernant les buts et objectifs de l'OIT*, adoptée deux ans plus tôt par la Conférence générale de l'Organisation, avait pour sa part affirmé que «la liberté d'expression et d'association est une condition indispensable d'un progrès soutenu». Cette Déclaration imposait également à l'OIT l'obligation d'établir des programmes propres à réaliser «la reconnaissance effective du droit de négociation collective». Ces textes constitutifs devaient permettre l'adoption, en 1948, de la *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*⁹⁶. Cet instrument fondamental en la matière vise à assurer cette liberté syndicale face aux États qui l'ont ratifié, dont le Canada. L'année suivante, la Conférence générale adoptait la *Convention (n° 98) concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective*, visant l'établissement de mesures étatiques destinées à protéger la «liberté syndicale» à l'encontre de comportement illicites de l'employeur et visant à promouvoir la négociation collective⁹⁷.

Objectif constitutionnel de l'OIT, le principe même de la liberté syndicale devait être observé — selon certaines instances de l'OIT, dont le Comité de la liberté syndicale — par tout État membre de l'OIT, qu'il ait ou non ratifié les conventions précédentes⁹⁸. La *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi*, adoptée par la Conférence internationale du travail de 1998, rappelle cette obligation de tout Membre relativement à «la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective» (art. 2).

⁹⁴ (Section I – Préambule de cette Partie XIII).

⁹⁵ Section II, art. 372). Le texte anglais du Traité utilisait, dans le premier cas, l'expression «*freedom of association*» et, dans le second, «*right of association*».

⁹⁶ Titre anglais correspondant: *Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention*.

⁹⁷ Le Canada n'a pas encore ratifié cette convention. Voir à ce sujet Y. Poisson et A. Torobin, «Le droit d'organisation et de négociation collective: le Canada et la Convention 98 de l'Organisation internationale du travail» (1999) 2 *Gazette du travail* 93-96.

⁹⁸ Voir N. Valticos, «Droit international du travail» tome 8, dans G.H. Camerlynck, dir., *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 1983 à la p. 614.

La liberté syndicale, dans cet univers normatif de l'OIT, comprend assurément une dimension constitutive — la faculté de constituer librement des «organisations de travailleurs et d'employeurs et d'y adhérer, y compris la mise sur pied de fédérations et confédérations de telles organisations»⁹⁹ —, mais ne s'y limite pas. Elle s'ouvre également, en principe, sur l'activité caractéristique de tels groupements; ces derniers, selon l'article 3 de la *Convention n° 87* ont notamment le «droit [...] d'organiser leur gestion et leur activité, et de formuler leur programme d'action.» Il revenait aux différentes instances de l'OIT d'explicitier cette formulation laconique de la dimension «fonctionnelle» de la liberté syndicale, ce qu'elles ont fait de façon circonstanciée.

Aux présentes fins, il suffit de constater — ce qui rejoint d'ailleurs désormais l'effet de la *Déclaration des principes et droits fondamentaux* de 1998 — que, pour reprendre la formulation du Comité de la liberté syndicale, «le droit de négocier librement avec les *employeurs* au sujet des conditions de travail constitue un élément essentiel de la liberté syndicale [...]»¹⁰⁰. Ce droit de négocier collectivement «a pour objet les conditions de travail et d'emploi au sens large et la régulation des relations entre les parties»¹⁰¹. Il appartient primordialement aux organisations de travailleurs et ce n'est qu'en l'absence de tels groupements qu'il peut y avoir négociation directe avec les travailleurs.¹⁰²

Non mentionné expressément dans les précédents instruments, le droit de grève est, de l'avis de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, compris dans l'expression «programme d'action», que les organisations de travailleurs doivent être en mesure de formuler librement selon l'article 3 de la *Convention n° 87*. Il s'agit, en effet, d'«un des moyens essentiels dont disposent les travailleurs et leurs organisations pour promouvoir leurs intérêts économiques et sociaux», soit «[d']un corollaire indissociable du droit d'association syndicale protégé par la *Convention n° 87*.»¹⁰³ Pour le Comité de la liberté syndicale, qui en précise par ailleurs les limites, le droit de grève revêt ce même caractère fondamental pour les travailleurs et leurs organisations¹⁰⁴. Bien que reconnu au départ comme étant «un

⁹⁹ Voir ainsi les art. 2 et 5 de la *Convention n° 87* et les articles 1 et 2 de la *Convention n° 98*.

¹⁰⁰ *La liberté syndicale – Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, 4^e éd., Genève, BIT, 1996 à la p. 169.

¹⁰¹ Voir B. Gernigon, A. Otero et H. Guido, «Les principes de l'OIT sur la négociation collective» (2000) 139 *Rev. int. trav.* 37 à la p. 55.

¹⁰² *La liberté syndicale*, *supra* note 100 à la p. 169.

¹⁰³ *Liberté syndicale et négociation collective, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations*, 81^e session, 1994. Rapport III, Partie 4A, Genève, BIT, 1994 aux pp. 68 et 69.

¹⁰⁴ *La liberté syndicale*, *supra* note 100 à la p. 109. L'absence de référence explicite au droit de grève dans la *Convention n° 87*, qui aurait pour origine des positions des délégués des

droit fondamental des travailleurs et de leurs organisations» pour assurer la défense de leurs intérêts économiques et sociaux, une législation nationale pourrait, sans qu'il y ait incompatibilité avec la *Convention n° 87*, réserver le droit de déclencher une grève aux seules organisations syndicales, pourvu que cette législation nationale offre une protection adéquate aux grévistes¹⁰⁵. Enfin, pour ces derniers, «le maintien du lien d'emploi constitue une conséquence juridique normale de la reconnaissance du droit de grève»¹⁰⁶.

Ces activités syndicales, notamment protégées par la *Convention n° 87*, selon la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, «[...] ne sauraient se limiter aux questions strictement professionnelles [...]»¹⁰⁷. En conséquence, «[u]ne certaine souplesse de la législation [nationale] est donc souhaitable à cet égard, afin de réaliser un équilibre raisonnable entre, d'une part, l'intérêt légitime des organisations [syndicales] à exprimer leur point de vue sur les questions de politique économique et sociale intéressant leurs membres et les salariés en général et, d'autre part, le degré de séparation voulu entre l'action politique proprement dite et les activités syndicales»¹⁰⁸. Ce même équilibre doit également être recherché en ce qui a trait à la finalité de la grève: seules les grèves purement politiques «n'entrent pas dans le champ d'application des principes de la liberté syndicale»¹⁰⁹.

Dans la perspective de l'affirmation générale et universelle des droits humains fondamentaux, la *Déclaration universelle des droits de*

travailleurs, soucieux de ne pas le voir restreint (voir R. Ben-Israel, *International Labour Standards: The Case of Freedom to Strike*, Deventer, Kluwer, 1988 à la p. 46), a été l'occasion d'une tentative infructueuse de remise en cause de son caractère «consubstantiel» par rapport à la liberté syndicale par des délégués employeurs à la Conférence internationale du Travail de 1994; voir J.-M. Verdier, «Débat sur le droit de grève à la Conférence internationale du travail» [1994] *Dr. soc.* 968-971. Sur la portée du droit de grève selon la normativité de l'OIT, voir notamment B. Gernigon, A. Otero et H. Guido, «Les principes de l'OIT sur le droit de grève» (1998) 137 *Rev. int. trav.* 473- 513. Un auteur expliquait ainsi généralement l'absence de référence au droit de grève dans certains instruments internationaux: «Any such expression tends either to be so absolute as to overlook necessary qualifications or to be so qualified as to lose most of its value as a statement of right. Such legal recognition may also tend to place a premium on industrial conflict rather than on the settlement of industrial disputes by negotiation and other peaceful means.»: C.W. Jenks, *The International Protection of Trade Union Freedom*, London, Stevens and Sons Limited, 1957 à la p. 359.

¹⁰⁵ *La liberté syndicale*, *supra* note 100 à la p. 109.

¹⁰⁶ *Liberté syndicale et négociation collective*, *supra* note 103 à la p. 64. Licencier les grévistes engagés dans une grève légitime «constitue une grave discrimination en matière d'emploi pour exercice d'activité syndicale licite contraire à la convention n° 98»: *La liberté syndicale*, *supra* note 100 à la p. 130.

¹⁰⁷ *Liberté syndicale et négociation collective*, *supra* note 103 à la p. 60.

¹⁰⁸ *Ibid.* à la p. 61.

¹⁰⁹ Voir ainsi les positions du Comité de la liberté syndicale à ce sujet: *Liberté syndicale*, *supra* note 100 à la p. 110.

l'Homme de 1948 se contente d'affirmer spécifiquement que «[t]oute personne a le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts» (art. 23). Deux instruments devaient expliciter la *Déclaration* en 1966 en regroupant ces droits fondamentaux autour de deux pôles distincts: d'une part, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*; de l'autre, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. Le Canada a adhéré à l'un et à l'autre de ces Pactes en 1976. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* reprend en substance l'affirmation spécifique de la *Déclaration*, la faisant découler, à la différence de cette dernière, de la formulation générale du «droit de s'associer librement»: «Toute personne a le droit de s'associer librement avec d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts» (art. 22). Cette explicitation, plutôt centrée sur l'aspect «constitutif» du syndicat, devait notamment par la suite conduire à une conclusion majoritaire du Comité des droits de l'Homme refusant d'inclure le droit de grève dans la compréhension de l'énoncé précédent¹¹⁰. Cette position se basait sur les travaux préparatoires des deux Pactes de 1966, qui avaient réservé la mention expresse du droit de grève au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*¹¹¹. Ce dernier Pacte traite, en effet, spécifiquement et de façon relativement détaillée de la liberté syndicale. Les États qui le ratifient s'engagent non seulement à assurer le droit de toute personne «de former avec d'autres des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix [...] en vue de favoriser et de protéger ses intérêts économiques et sociaux», mais également «le droit qu'ont les syndicats de former des fédérations ou des confédérations et le droit qu'ont celles-ci de former des organisations syndicales internationales ou de s'y affilier», «le droit qu'ont les syndicats d'exercer librement leur activité [...]» et, enfin, «le droit de grève exercé conformément aux lois de chaque pays» (art. 8).

Sur le plan panaméricain, la *Charte de l'Organisation des États américains (OEA)* comporte pour les États membres — dont le Canada, depuis 1990 — l'obligation de «consacrer tous leurs efforts» à l'application de différents principes, dont le droit «[...] des travailleurs

¹¹⁰ *J.B. et al. c. Canada*, Communication n° R. 26/118, 5 janvier 1982, CCPR/C/28/D/R.26/118 Annexe, [1987] A.C.D.P. 213, 5 D.J.I. 641; décision portant sur la recevabilité d'une communication alléguant qu'une loi de l'Alberta interdisant la grève aux fonctionnaires de cette province était contraire à l'article 22 du Pacte.

¹¹¹ Pour les membres minoritaires du Comité, au contraire, l'absence de mention expresse du droit de grève ne devait pas conduire à l'irrecevabilité de la communication, le droit de se syndiquer «pour la protection de ses intérêts» exigeant que «des activités concertées soient autorisées dans une certaine mesure, sinon, il ne remplirait pas son objet». Selon eux, l'interprétation du Pacte en cause se devait aussi d'être en harmonie avec celle de la *Convention n°87* de l'OIT et de rejoindre également le texte exprès de l'autre Pacte de 1966.

[...] de s'associer librement pour la défense et la promotion de leurs intérêts, notamment le droit de négociation collective et le droit de grève [...]» (art. 45). La *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme*, de 1948, qui lie également le Canada du fait de son appartenance à l'OEA, se contente d'affirmer généralement le droit d'association pour la promotion et la protection d'intérêts notamment d'ordre «syndical» (art. 22). Enfin, la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, que n'a pas encore ratifiée le Canada, emporte, pour l'État qui la ratifie, la reconnaissance, à titre de droit civil et politique, de la liberté générale d'association, notamment à des «fins professionnelles» (art. 16) et une obligation, énoncée généralement, de promouvoir les droits économiques, sociaux et culturels (art. 26). Un protocole additionnel à cette Convention, adopté en 1988 et entré en vigueur en 1999, le *Protocole de San Salvador*, vient préciser que les États parties garantissent des droits syndicaux, que l'instrument énonce expressément en des termes similaires à ceux de l'article 8 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* de l'ONU (article 8 du *Protocole*)¹¹².

À titre comparatif, dans le contexte des institutions européennes, la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, proclamée à Nice en décembre 2000, après avoir inscrit au chapitre des «libertés» «la liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans le [...] domaine [...] syndical» (art. 12), énonce spécifiquement au chapitre consacré à «la «solidarité à l'endroit des «travailleurs [...] ou leurs organisations [...], le «droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir aux niveaux appropriés, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève» (art. 28). Sous la rubrique «Liberté d'association et négociation collective», la *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux*, texte déclaratoire de 1989 signés par les chefs d'États de la Communauté européenne d'alors (à l'exclusion de la Grande-Bretagne), proclamait en des termes assez semblables non seulement les aspects «constitutifs» de la liberté syndicale, mais également le droit de négocier et de conclure des conventions collectives et celui de recourir «en cas de conflits d'intérêts à des actions collectives [ce qui] inclut le droit de grève [...]» (art. 11 à 13 inclusivement).

Au sein du Conseil de l'Europe cette fois, la *Charte sociale européenne* (révisée en 1996 et qui remplace le texte initial de 1961) comporte l'obligation pour les Parties signataires de poursuivre «par tous

¹¹² La Cour interaméricaine des droits de l'Homme, se basant sur l'article 16 de la *Convention*, a sanctionné des gestes antisyndicaux de la part de l'État de Panama à l'endroit de certains de ses travailleurs qui avaient déclaré une grève, qualifiée postérieurement d'illégal par une loi, sans toutefois la poursuivre. Elle a notamment annulé leur congédiement et ordonné leur réintégration: *Baena Ricardo c. Panama*, 2 février 2001 (au par. 151 et suivants).

les moyens utiles, sur les plans national et international, la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif» de différents droits et principes, dont «le droit des travailleurs [...] de s'associer librement au sein d'organisations nationales ou internationales pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux» et celui de «négocier collectivement» (Partie I). Elles s'engagent également, mais sous réserve des modalités qu'énonce généralement la Charte au sujet de leurs engagements (Partie III), à ce que leur législation nationale «ne porte pas atteinte, ni ne soit appliquée de manière à porter atteinte» à la «liberté de constituer des organisations locales, nationales ou internationales, pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux» (art. 5 — Droit syndical). Elles s'engagent de même à favoriser, par les moyens que la Charte énonce, «l'exercice effectif du droit de négociation collective» et reconnaissent «le droit des travailleurs [...] à des actions collectives en cas de conflits d'intérêt, y compris le droit de grève [...]» (art. 6).

Axée pour sa part sur les droits civils et politiques, la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* consacre généralement le droit d'association «y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts» (art. 11)¹¹³. La Cour européenne des droits de l'Homme ne s'est pas confinée à une vision exclusivement «constitutive» du droit en cause, mais a aussi posé «que la Convention protège la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci, action dont les États contractants doivent à la fois autoriser et rendre possible la conduite et le développement»¹¹⁴. Toutefois, l'article 11 «laisse à chaque État le choix des moyens à employer à cette fin [...]. Ce qu'exige la convention, c'est que la législation nationale permette aux syndicats, selon des modalités non contraires à l'article 11, de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres»¹¹⁵. Ce comportement de l'État s'apprécie globalement; il «n'assure pas aux syndicats, ni à leurs membres, un traitement précis de la part de l'État»¹¹⁶, comme le droit pour une instance syndicale à la consultation¹¹⁷, ou encore à la négociation de la part de l'État¹¹⁸. Il en est de même du droit à la grève, même si ce droit «représente sans doute l'un des plus importants [...] moyens de défendre les intérêts professionnels»¹¹⁹.

¹¹³ Voir notamment K.D. Ewing, «Article 11 and the Right to Freedom of Association» dans K.D. Ewing, dir., *supra* note 57 aux pp. 85-111.

¹¹⁴ Cour Eur. D.H., *Affaire Syndicat national de la police belge*, arrêt du 27 octobre 1975 Série A, vol. 29, au par. 39.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Cour Eur. D.H. *Affaire Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, arrêt du 19 janvier 1976 Série A, vol. 20, au par. 39.

¹¹⁷ *Affaire Syndicat National de la police belge*, *supra* note 114.

¹¹⁸ *Affaire Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, *supra* note 116.

¹¹⁹ Cour. Eur. D.H., *Affaire Schmidt et Dahlström*, arrêt du 6 février 1976, Série A, vol.

De l'ensemble normatif précédent, il ressort donc globalement, tant sur le plan universel que dans l'espace régional, que la liberté syndicale s'entend dans une perspective «fonctionnelle» c'est-à-dire de manière à comprendre, au-delà de l'aspect «constitutif» du syndicat, les grands types d'activité permettant aux salariés regroupés d'atteindre leurs fins d'ordre à la fois professionnel, social et économique, ce qui inclut l'action de négociation collective de même que celle de grève. Le droit spécialisé de l'OIT est tout à cet effet; quant à celui portant sur les droits fondamentaux de la personne, la portée des différents instruments considérés séparément est variable à ce sujet. Toutefois, a-t-on généralement constaté, l'on trouve dans chaque système, au moins un instrument, typiquement relié à l'affirmation des droits économiques, sociaux et culturels, pour suppléer à l'absence de spécificité des autres instruments qui le composent. C'est ainsi que la liberté syndicale se distingue de la liberté générale d'association sur le plan international.

ii) *Droit canadien*

Indépendamment de toute affirmation ou de toute protection constitutionnelle possible — aspect qui sera examiné ultérieurement —, la liberté syndicale a de profondes racines en droit canadien. Elle y était, en effet, acquise dans ses grandes dimensions bien avant la mise en place, après la Seconde Guerre mondiale, des législations qui régissent généralement les rapports collectifs du travail dans les différentes juridictions du pays. L'importance de l'apport spécifique de ces lois, de même que de la pratique à laquelle elles donnent lieu, a pour conséquence d'occulter quelque peu le fait qu'à l'orée du siècle précédent, la liberté syndicale avait déjà cours, à titre de simple liberté¹²⁰.

Ainsi, à la fin du XIX^e siècle, le phénomène syndical se percevait juridiquement comme une «coalition d'individus», qu'elle soit passagère, comme dans le cas de la grève, ou de nature plus stable, s'agissant alors d'un syndicat (ou, disait-on à l'époque, d'une «union ouvrière»). La

21, au par. 36. Voir J. Hendy, «Article 11 and the right to strike» dans K.D. Ewing (dir.), *supra* note 57 aux pp. 113-53.

¹²⁰ Coutu, *supra* note 38 à la p. 112. Se référant à ces régimes légaux de représentation et de négociation collectives, on constate avec à-propos: «This body of law achieved a hegemonic status that no prior legal regime had even approached and has become so central to our everyday thinking about labour relations that one might be forgiven for thinking that everything that came earlier was, truly, before the law»: J. Fudge et E. Tucker, *Labour Before the Law: the Regulation of Workers' Collective Action in Canada, 1900-1948*, Toronto, Oxford University Press, 2001, à la p. vii. Voir dans le même sens: Beatty et Kennett, *supra* note 21 à la p. 598. Est en conséquence toute relative l'affirmation, dans l'arrêt *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Beverages (West) Ltd.*, *supra* note 58 à la p. 169, voulant que «[...] les principes fondamentaux du droit du travail moderne [aient] pris racine pendant les décennies qui ont suivi la Deuxième Guerre mondiale» (juge en chef McLachlin et juge LeBel, au par. 23).

dimension associative était manifeste. Elle amenait le Parlement canadien, à l'instar de son modèle britannique d'alors, à accepter à la pièce, par voie d'exceptions au droit criminel, que de telles formes de concertation à des fins reliées au travail n'enfreignaient exceptionnellement pas l'ordre public, même si elles pouvaient avoir pour effet de «restreindre le commerce.»

La première de ces «immunités» remonte à 1872; elle s'adressait aux «associations ouvrières»¹²¹, appelées successivement par la suite «unions ouvrières»¹²² et «syndicats ouvriers»¹²³. Selon le langage initial, «[L]e but de toute association ouvrière ne sera pas, par le fait qu'il constitue une restriction du commerce, réputé illégal [...]»¹²⁴. Cette loi, peut-on observer, avait été adoptée à la suite de la condamnation pénale de grévistes, en l'occurrence des typographes de Toronto, précisément pour ce motif¹²⁵. Même si cette loi traitait par ailleurs largement d'aspects organisationnels de groupements empreints de stabilité et correspondant à la notion courante et actuelle de «syndicat», la définition légale originelle de l'«association ouvrière» englobait largement et souplement l'activité syndicale dans ses manifestations aussi bien ponctuelles que stables: «Dans le présent acte, l'expression «association ouvrière» signifie telle combinaison, soit temporaire ou permanente, pour réglementer les rapports entre les ouvriers et les maîtres, ou pour imposer des conditions restrictives à l'égard de l'exploitation de tout métier ou industrie [...]»¹²⁶. Par ailleurs, plus spécifiquement en ce qui a trait à la grève contemporaine, le Parlement prohibait en 1876 le maintien de «poursuites pour conspiration dans le cas de toute «coalition ouvrière», soit «[...] une coalition entre patrons ou ouvriers, ou entre autres personnes, pour régler ou changer les relations entre toutes personnes étant patrons ou ouvriers, ou la conduite de tout patron ou ouvrier à l'égard de ses affaires ou de son emploi, à l'égard d'un contrat d'emploi ou de service [...]». Il était par ailleurs précisé que l'«acte» visé pouvait également s'entendre d'un «manquement», d'une «contravention» ou d'une «omission»¹²⁷. Le *Code criminel* de 1892 devait par la suite maintenir côte-à-côte l'immunité relative aux objets d'une union ouvrière et celle relative à la coalition ouvrière¹²⁸. À cette dernière s'ajoutait

¹²¹ *Acte concernant les associations ouvrières (Trade Unions)*, 35 Vict. c. 30.

¹²² *Loi concernant les unions ouvrières*, S.R.C. 1886, c. 131.

¹²³ *Loi concernant les syndicats ouvriers*, S.R.C. 1952, c. 267; et L.R.C. 1985, c. T-14.

¹²⁴ *Acte concernant les Associations Ouvrières (Trade Unions)*, *supra* note 121, art. 2.

¹²⁵ Voir M. Chartrand, «The First Canadian Trade Union Legislation: An Historical Perspective» (1984) 16 Ott. L. Rev. 267-296; C. D'Aoust et F. Delorme, «The Origin of the Freedom of Association and the Right to Strike in Canada» (1981) 36 Relations industrielles 894-921.

¹²⁶ *Acte concernant les associations ouvrières (Trade Unions)*, *supra* note 121, art. 22.

¹²⁷ *Acte pour amender la loi criminelle relative à la violence, aux menaces et à la molestation*, (39 Vict.), c. 37, art. 4.

¹²⁸ *Code criminel*, (55-56 Vict.), c. 29, art. 517 et 518.

encore plus spécifiquement, depuis 1890, une immunité ayant trait à l'infraction de conspiration relative au «refus de travailler avec ou pour un patron ou ouvrier»¹²⁹.

Ces différentes interventions législatives de la fin du XIX^e siècle ont ainsi pour caractéristique de saisir le phénomène associatif sur le plan du travail en tant que coalition d'individus, que leur coalition se traduise tantôt dans des formes relativement structurées — le syndicat selon le langage contemporain — ou épisodiques — la grève, au premier chef. C'est donc ainsi qu'au début du XX^e siècle, l'action syndicale avait accédé à la légalité, non pas, il est vrai, par une affirmation générale, mais par voie d'immunités face au droit criminel¹³⁰. Ainsi la liberté syndicale existait-elle désormais au pays. Des tribunaux civils dans des provinces de *common law* ne s'abstinrent cependant pas pour autant de réprimer des comportements individuels incitant à la grève à cette époque¹³¹.

Pendant longtemps d'ailleurs, les tribunaux canadiens de diverses juridictions devaient-ils s'en tenir au concours de comportements individuels face à la réalité du syndicat et nier à cette dernière une existence propre (à moins que le syndicat n'ait été formellement constitué

¹²⁹ *Acte modifiant de nouveau la loi criminelle*, (53 Vict.), c. 37, art. 19. (précision apportée, à la suite de condamnations pour conspiration pour des comportements s'assimilant à l'atelier fermé; voir *infra* note 161, et les développements qui y correspondent). Il était par ailleurs généralement acquis, depuis 1877, que les violations de contrat, dont celui de louage de service personnel, ne «constitu[ai]ent en général qu'un tort civil seulement et qu'elles [n'étaient] pas criminelles de leur nature (sauf situations mettant en danger la vie ou la propriété)»: *Acte pour abroger certaines lois déclarant criminelles les violations de contrat de louage de service personnel, et pour pourvoir à la punition de certaines violations de contrat*, (40 Vict.), c. 35.

¹³⁰ Coutu, *supra* note 38 à la p. 111. Soulignons que la violence et l'intimidation demeuraient spécifiquement prohibées depuis 1872, notamment dans le but de forcer un ouvrier à appartenir à une «association ou combinaison temporaire ou permanente»: *Acte pour amender la loi criminelle relative à la violence, aux menaces ou à la molestation*, (35 Vict.), c. 31, art. 1. Une précision, apportée en 1934, visait, sans le nommer, à laisser cours au piquetage pacifique: *Loi modifiant le Code criminel*, (24-25 Geo. V), c. 47, art. 12.

¹³¹ Voir notamment sur ce cheminement historique de l'affirmation de la liberté syndicale: J. Fudge et E. Tucker, *supra* note 120 aux pp. 18 à 34; A.W.R. Carrothers, E.E. Palmer et W.B. Rayner, *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1986, [A.W.R. Carrothers, E.E. Palmer et W.B. Rayner] ch. 2 «Legalizing unions: securing freedom of association (1872-1900)» aux pp. 11-40; J. Weiler, «Le rôle du droit dans les relations du travail» dans I. Bernier et A. Lajoie, dir., *Le droit du travail et le droit urbain au Canada*, Ottawa, Commission sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, approvisionnement et Services Canada, 1986, 1-73 aux pp. 4 et 13. En droit civil québécois, l'arrêt suivant de la Cour suprême prenait acte de la liberté syndicale: *Perreault c. Gauthier* (1898), 28 R.C.S. 241; voir aussi l'arrêt ultérieur de la Cour d'appel, *International Ladies Garment Workers Union c. Rother* (1923), 34 B.R. 69, en particulier les notes du juge Rivard, à la p. 81. ¹³² Voir par exemple: *Society Brand Clothes Ltd. c. Amalgamated Clothing Workers of America*,

en personne morale). Il en a été ainsi relativement à la conduite de grèves¹³². Il en a été de même du contentieux relatif à la vie interne du syndicat, qui a perpétué pendant longtemps «l'idée voulant que les syndiqués soient liés entre eux par une série de contrats [...]», comme le rappelait récemment la Cour suprême¹³³.

À la suite de cette phase de légitimation initiale progressive de l'action syndicale, le législateur, tant fédéral que provincial, allait durant tout le XX^e siècle tenter d'encadrer puis, tout en continuant de le faire, de favoriser l'activité de négociation collective, avec un souci particulier d'intervention dans sa phase conflictuelle aiguë que représentait la grève (ou le lock-out). La *Loi (fédérale) des enquêtes en matière de différends industriels* de 1907 peut illustrer la première phase de ce mouvement trop bien connu pour y insister¹³⁴. Les lois contemporaines régissant les rapports collectifs du travail dans les différentes provinces canadiennes et dans la juridiction fédérale — la Partie I du *Code canadien du travail* est représentative de l'ensemble aux fins actuelles — en marquent l'aboutissement¹³⁵. Or, ces différentes lois, dont la mise en place se situe au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, non seulement proclament et protègent la liberté de l'individu d'adhérer au syndicat de son choix et de participer à ses activités licites¹³⁶, mais traitent abondamment, a-t-on vu, de l'activité de négociation collective et du recours à la grève, auquel elles laissent cours en le balisant, à titre d'instrument de négociation. Nonobstant les restrictions apportées par ces lois à l'action syndicale, ce qu'il importe ici de constater, c'est qu'elles l'envisagent au-delà de l'aspect «constitutif» du syndicat et de la liberté individuelle d'y adhérer, et qu'elles étendent leur intervention à l'action de négociation collective et à la grève, qu'elles tiennent ainsi pour socialement légitime en principe, tout en y apportant des restrictions particulières. Elles entretiennent, de ce fait, cette conception bien «fonctionnelle» de la liberté syndicale.

Il résulte de ces différentes lois canadiennes régissant la représentation et la négociation collectives, un «modèle» plutôt particulier et interventionniste d'aménagement de la liberté syndicale. En substance, un droit à la négociation collective est établi, mais il appartient

[1931] R.C.S. 322 à la p. 328: «The acts of such an association are only the acts of its members» (juge Cannon) — (allégations d'intimidation); pour le jugement de première instance, voir (1929) 67 C.S. 388.

¹³³ *Berry c. Pulley*, *supra* note 31 à la p. 516 (juge Iacobucci, au par. 53). Voir à cet effet *Atsgen v. Smith* (1969), 7 D.L.R. 657 (Ont. C.A.).

¹³⁴ *Loi des enquêtes en matière de différends industriels*, (7 Ed. VII), c. 20. Voir notamment les exposés historiques suivants: Fudge et Tucker, *supra* note 120; H.D. Woods, *Labour Policy in Canada*, 2^e ed., Toronto, Macmillan, 1973, ch. 3 «The Development of Policy from 1900», aux pp. 43-99.

¹³⁵ *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2 [C.C.T.].

¹³⁶ Voir par exemple C.C.T., *ibid.* aux articles 8 et 94 et ss.

exclusivement au syndicat officiellement majoritaire dans l'aire de représentation considérée soit, typiquement, le cadre de l'entreprise. Le droit de grève est à la fois syndical et instrumental: il appartient à ce même syndicat et a pour finalité la négociation périodique de la convention collective. Les salariés qui participent à son exercice jouissent de la protection de leur statut de salarié à l'endroit de l'employeur, ce qui dépasse la simple liberté de grève originelle, mais demeure en pratique nécessaire pour assurer l'exercice de cet aspect de la liberté syndicale, comme l'ont d'ailleurs reconnu les instances de l'OIT¹³⁷. Au-delà de son aspect «constitutif», la liberté syndicale s'exerce donc alors par l'entremise du groupement syndical et non pas directement par les salariés en cause. La loi rejoint en cela un phénomène plutôt courant sur le plan universel pour ce qui est de la pratique de la négociation collective, bien que celle-ci puisse aussi se pratiquer en l'absence de groupement syndical, en certaines circonstances, comme le font voir des positions de l'OIT¹³⁸. La conception syndicale du droit de grève est, au contraire, beaucoup plus relative, ce droit appartenant tantôt aux salariés eux-mêmes, tantôt au groupement syndical, selon les traditions sociales et juridiques des différents pays¹³⁹. En somme, tant au regard de son histoire antérieure au Canada qu'à celui de sa pratique dans des milieux étrangers, le présent encadrement législatif de la liberté syndicale sur le plan des rapports du travail ne s'impose pas nécessairement.

Enfin, si la liberté syndicale se manifeste couramment dans le cours des rapports collectifs du travail — le précédent aménagement de la représentation et de la négociation collectives accentue d'ailleurs cette perception — elle permet également, sur un plan plus large, aux intérêts reliés au monde du travail de se faire valoir auprès des autorités publiques. L'histoire du syndicalisme canadien démontre que l'action syndicale s'étend pertinemment au politique, sans toutefois s'y confondre. Des juges de la Cour suprême en ont d'ailleurs fait le constat général à l'occasion d'espèces relatives à la définition de la portée de la liberté générale d'association: «[...] il existe dans notre pays une forte et utile tradition de connexité entre les syndicats ouvriers et les activités politiques»¹⁴⁰. Ils ont alors à l'esprit une tradition de lobbyisme auprès

¹³⁷ *Supra* note 103, et les développements qui y correspondent.

¹³⁸ *Supra* note 100, et les développements qui y correspondent.

¹³⁹ Voir ainsi, Spyropoulos, *supra* note 88 à la p. 317; S. Leader, *Freedom of Association: A Study of Labor Law and Political Theory*, New Haven, Yale University Press, 1992, aux pp.182-84.

¹⁴⁰ *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra* note 28 à la p. 289 (juge Wilson), 333-35 (juge La Forest) et surtout 350 (juge McLachlin). Voir également, plus récemment, les propos du juge Bastarache dans les arrêts *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, *supra* note 28 à la p. 1057 : «En plus de permettre l'expression collective des intérêts des travailleurs, [] les syndicats contribuent au débat politique» (au par. 38) et *R. c. Advance Cutting and Coring Ltd.*, *supra* note 26 à la p. 227 (au par. 3).

des pouvoirs publics et même d'appui à des partis politiques. Le recours à la grève à finalité politique — en l'absence, bien entendu, de toute connotation insurrectionnelle — est cependant loin d'être compris dans ce volet de la conception de la liberté syndicale du droit canadien. Cela résulte non seulement de la rareté du phénomène, mais aussi de l'incidence négative de la loi régissant les rapports collectifs du travail à l'occasion des quelques situations qui se sont présentées¹⁴¹.

En somme, ce rapide parcours diachronique de l'appréhension juridique de l'action syndicale — sans mettre en cause la Charte constitutionnelle à ce sujet — indique que la tradition nationale rejoint des courants plus universels dans l'affirmation du caractère essentiellement «fonctionnel» de la liberté syndicale exercée positivement. Cela vaut aussi, mais plus particulièrement, pour la mutation de la liberté du salarié de s'associer au mouvement de grève en un droit d'adopter ce comportement face à l'employeur.

B. Liberté négative

Axée sur la réalisation d'objectifs tant sociaux que professionnels dans des contextes de conflits d'intérêts, réels ou virtuels, que ce soit dans la société ou dans l'entreprise, la liberté syndicale conduit ainsi naturellement à l'établissement de coalitions dans des milieux de travail de plus ou moins large portée. La réussite de cette action collective est à la mesure de la cohésion du milieu salarial en cause, de son unité d'action en fonction de l'objectif syndical. Le syndicat l'assure de diverses façons y compris, typiquement, par l'emprise ou le monopole qu'il réussit à exercer sur la force de travail collective correspondant à ce milieu. L'accès du salarié au travail ainsi contrôlé par le syndicat devient un levier par lequel le groupement s'assure de son concours à l'action concertée et, en définitive, de l'atteinte de ses objectifs.

La liberté syndicale ne supporte pas l'entrave à la volonté de l'individu désireux de participer au syndicat et à son action. La protection de l'individu concorde alors avec celle du groupement, ce qui n'est

¹⁴¹ Voir à titre illustratif: *Re United Glass and Ceramic Workers of North America c. Douglas Ltd.* (1978), 85 D.L.R. (3d) 111 (Ont. H.C.), y compris l'obiter du juge Goodman voulant, à la différence de ses deux collègues, que cette loi ne s'applique pas à la grève de nature nettement politique. De toute façon, si telle devait être la conclusion, le gréviste n'exercerait sans doute qu'une simple liberté, sans protection particulière vis-à-vis de l'employeur. Voir P. Verge, *Le droit de grève—fondements et limites*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais inc., 1985 aux pp. 209-26 et D. Wright, «Unions and Political Action: Labour Law, Union Purposes and Democracy» (1998) 24 Queen's L.J. 1, aux pp. 44 et ss. Voir aussi, même si la qualification de grève politique n'y était pas acquise: *Association provinciale des enseignants et enseignantes du Québec (APEQ) c. Conseil des services essentiels*, D.T.E. 2002T-589 (C.A.Q.) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée: C.S.C. n° 29326).

évidemment pas le cas de la volonté individuelle de ne pas participer à l'action collective. La liberté syndicale, qui doit faire en sorte que l'action collective de nature syndicale puisse s'exercer selon sa nature propre, pourrait, en effet, exiger de laisser cours au monopole que le syndicat peut parvenir à exercer dans un milieu de travail; elle n'emporterait pas pour autant la reconnaissance d'une liberté individuelle de ne pas participer à l'action de ce groupement¹⁴². L'affirmation positive de la liberté syndicale n'entraîne donc pas, dans cette perspective «fonctionnelle», la reconnaissance d'une liberté commensurable d'abstention pour l'individu. À la différence de certaines vues exprimées sur la liberté générale d'association, la liberté syndicale ne serait pas «bilatérale»¹⁴³.

Dans quelle mesure la liberté syndicale, ainsi historiquement vécue dans bien des milieux, a-t-elle été reçue en droit international (i.) et en droit canadien (ii.)?

i) *Droit international*

La rencontre de la dimension collective de la liberté syndicale et de la liberté individuelle s'exprime différemment selon les traditions nationales, plus ou moins sensibles à l'une et à l'autre¹⁴⁴.

Les interprétations des deux grandes conventions de l'OIT traitant de la liberté syndicale, soit les conventions n° 87 et n° 98, par ses organes compétents, sont concordantes et s'adressent précisément à la question, tout en se montrant respectueuses de ces grandes tendances nationales. Tant pour la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations¹⁴⁵ que pour le Comité de la liberté syndicale du BIT¹⁴⁶, l'absence de toute référence explicite dans les instruments précédents à un «droit de ne pas s'affilier à une organisation», «laisse à la pratique et à la réglementation de chaque État le soin de décider s'il convient de garantir aux travailleurs [...] le droit de ne pas adhérer à une organisation professionnelle ou, au contraire, d'autoriser et le cas échéant, de

¹⁴² Von Prondzynski, *supra* note 93, en particulier aux pp. 232-23: «It would be both unfortunate and strange if the main substance of freedom of association, which was first introduced to allow workers to combine were now to be seen in the right of individuals to <an isolated existence>».

¹⁴³ Qualificatif utilisé par le juge La Forest, s'agissant de la liberté générale d'association, dans l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra* note 28 à la p. 319; il s'appuie alors sur l'art. 20 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, 1948 (sans en mentionner l'art. 23, *infra*).

¹⁴⁴ Ne serait-ce qu'entre les pays du Conseil de l'Europe, la diversité d'approches dans l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme, *Young, James et Webster*, *supra* note 85, l'illustre bien.

¹⁴⁵ *Liberté syndicale et négociation collective*, *supra* note 103 aux pp. 47 et 48.

¹⁴⁶ *La liberté syndicale*, *supra* note 100 aux pp. 74 et 75.

réglementer l'utilisation des clauses et pratiques de sécurité syndicales»¹⁴⁷. De même, l'adoption de la *Convention n°98* avait conduit la Commission des relations professionnelles de la Conférence à exprimer, dans son rapport à cette dernière, «l'opinion que la convention ne devrait en aucune façon être interprétée comme autorisant ou interdisant les clauses de sécurité syndicale et que de telles questions relèvent de la réglementation et de la pratique nationales»¹⁴⁸. En d'autres termes, un État peut, ou non, «permettre» la pratique du monopole syndical dans un milieu de travail et sa décision ne porte pas atteinte à la liberté syndicale. Par contre — ce qui est une toute autre question —, l'imposition, par l'État lui-même, du monopole syndical, et partant, de l'appartenance au syndicat qui en jouit, est incompatible, en principe, avec la liberté syndicale dont l'exercice émerge des milieux de travail.

Les différents instruments internationaux affirmant plus généralement les droits humains fondamentaux qui lient — ou, dans certains cas pourraient lier — le Canada ne contredisent pas les précédentes positions de l'OIT; il ne s'en dégage toutefois pas une affirmation du particularisme de la liberté syndicale sous l'angle présentement envisagé.

Sur le plan universel, la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* énonce, certes, généralement le droit d'association tout en précisant que «[n]ul ne peut être obligé de faire partie d'une association» (art. 20), mais elle traite ensuite distinctement du «droit [de toute personne] de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts», sans formuler de réserve cette fois en ce qui a trait à l'appartenance obligée au syndicat (art. 23). Ainsi, la prohibition relative à la première institution lui serait propre et ne se transposerait pas à la seconde. À tout le moins, aucune position ferme sur le sujet n'a été tirée de la coexistence de ces deux énoncés¹⁴⁹. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* se contente de proclamer de façon générale «le droit de s'associer librement», tout en y comprenant «le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts» (art. 22), ce que réitère spécifiquement dans le cas du syndicat le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (art. 8 a)¹⁵⁰.

¹⁴⁷ *Liberté syndicale et négociation collective*, supra note 103 à la p. 47. (Il y est alors fait mention, lors des travaux préparatoires de la *Convention n° 87*, du rejet par la Conférence internationale du Travail [CIT] «d'un amendement visant la reconnaissance du droit de ne pas s'affilier à une organisation»; voir CIT, 30^e session, 1947, *Compte rendu des travaux*, à la p. 554.)

¹⁴⁸ Voir CIT, 32^e session, 1949, *Compte rendu des travaux*, p. 464.

¹⁴⁹ Voir ainsi A. Pankert, «Freedom of Association» dans R. Blanpain (dir.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Deventer, Kluwer, 1982, ch. 9, à la p. 152, cité dans M.G. Mitchnick, *Union Security and the Charter*, Toronto, Butterworths 1987, à la p. 132.

¹⁵⁰ *Ibid.* Il y avait eu rejet d'un amendement visant à assurer la liberté négative

Pour ce qui est du droit panaméricain, la Charte constitutive de l'OEA oblige les États membres à assurer la liberté des travailleurs de «s'associer librement pour la défense et la promotion de leurs intérêts [...]» (art. 45). La *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme* proclame simplement le droit d'association de toute personne pour favoriser et protéger ses intérêts légitimes, dont ceux d'ordre syndical (art. 22); la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme* (art. 16) à laquelle, a-t-on vu, le Canada n'a pas encore adhéré, énonce un droit général de «s'associer librement à des fins [notamment] professionnelles [et] sociales [...]». Enfin, son *Protocole de San Salvador*, axé sur les droits économiques, sociaux et culturels, affirme la liberté positive sur le plan syndical, mais ajoute que «nul ne peut être contraint d'adhérer à un syndicat» (art. 8)¹⁵¹.

À titre comparatif, dans le contexte des institutions européennes, la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ne fait qu'énoncer la «liberté d'association à tous les niveaux [...] notamment dans le [...] domaine [...] syndical [...]» (art. 12). Par contre, la *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux* énonce spécifiquement le «droit de s'associer librement en vue de constituer des organisations professionnelles ou syndicales [...]», tout en précisant expressément la liberté «d'adhérer ou de ne pas adhérer à ces organisations, sans qu'il puisse en résulter [...] un dommage personnel ou professionnel» (art. 11). Le monopole syndical conventionnel ne pourrait donc jouer au regard de ce dernier énoncé, lequel est antérieur et moins solennel que le premier.

Au sein du Conseil de l'Europe, cette fois, la *Charte sociale européenne* comporte une affirmation de la liberté de constituer des organisations syndicales et d'y adhérer (art. 5). Une annexe, qui fait partie intégrante de l'instrument, précise par ailleurs qu'une autre de ses dispositions, relative celle-là au droit au travail (art. 1), «ne saurait être interprétée ni comme interdisant ni comme autorisant les clauses ou pratiques de sécurité syndicale». L'interprétation apportée par la Cour européenne des droits de l'Homme à l'article 11 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* — lequel affirme la «liberté d'association y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts» — devait cependant conduire à une interprétation majoritaire édulcorée de cette réserve de la part du Comité d'experts de la Charte¹⁵². En effet, la Cour a non seulement jugé contraire à cette dernière disposition l'imposition étatique de

d'association dans le cœur de la discussion du premier de ces deux Pactes et absence d'un tel amendement dans le cas du second, selon Pankert.

¹⁵¹ Dans son jugement *Baena Ricardo c. Panama*, *supra* note 112, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme indique, au par. 159, que l'article 8 du *Protocole* reprend le principe de l'adhésion libre énoncé à l'article 16 de la *Convention*.

¹⁵² Voir M.G. Mitchnick, *supra* note 149 aux pp. 148-51.

l'adhésion¹⁵³, mais également l'atelier syndical conventionnel. Du moins, s'agissait-il de l'atelier syndical de portée sectorielle. La Cour le réprima, non en principe, ou «en tant que système», mais dans son application dans des circonstances particulièrement contraignantes¹⁵⁴. La Cour avait aussi relevé le fait que, dans l'espèce, sans cette obligation d'adhérer aux syndicats en cause, «ceux-ci n'auraient nullement été empêchés de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres»¹⁵⁵.

Comme le signalait toutefois un juge de la Cour suprême du Canada après avoir fait état de cette jurisprudence, «[i]l faut comprendre que la Convention européenne est appliquée dans un environnement juridique qui reflète une histoire des relations du travail différente de celle du Canada [...] [l]es régimes et méthodes de négociation collective, les modes d'organisation syndicale ainsi que le statut des syndicats au sein de l'entreprise diffèrent complètement de l'expérience canadienne [...]»¹⁵⁶.

ii) *Droit canadien*

Dans la tradition historique nord-américaine, l'action syndicale prédominante ne s'est pas inscrite dans une perspective révolutionnaire, mais elle a plutôt cherché à préserver le travail et à améliorer ses conditions d'exécution au bénéfice de collectivités particulières de salariés¹⁵⁷. Un élément de contrainte s'introduit à l'endroit du salarié pour permettre l'émergence de la force syndicale nécessaire à la poursuite de ces visées; schématiquement, il n'aura part au travail sur lequel la force syndicale exerce son emprise que s'il concourt à cette dernière, en particulier par son appartenance au groupement.

Le droit canadien avait, dès la fin du XIX^e siècle fait sienne cette réalité. Ce fut le cas du Parlement, qui accepta expressément en 1890, toujours par voie d'«immunité» face à l'infraction de conspiration, que l'on puisse «refuser de travailler avec ou pour un patron ou ouvrier»; il s'agissait d'un amendement apporté au droit criminel à la suite de la condamnation pénale d'individus qui avaient ainsi cherché à provoquer le congédiement d'un salarié qui n'adhérait pas à leur groupement¹⁵⁸. Le

¹⁵³ Arrêt *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande* du 30 juin 1993, *supra* note 87.

¹⁵⁴ Arrêt *Young, James et Webster*, *supra* note 85, notamment application de l'atelier syndical à des personnes embauchées avant son introduction (au par. 55).

¹⁵⁵ *Ibid.* au par. 64; la Cour se référerait alors à son arrêt *Syndicat national de la police belge*, *supra* note 114.

¹⁵⁶ *R. c. Advance Cutting and Coring Ltd.*, *supra* note 26 à la p. 345 (juge LeBel, au par. 251).

¹⁵⁷ Voir l'exposé classique de S. Perlman, *A Theory of the Labor Movement*, Philadelphia, Porcupine Press, 1979 (réimpression de l'édition de 1928).

¹⁵⁸ *Acte modifiant de nouveau la loi criminelle*, *supra* note 129, art. 19. Voir Carrothers, Palmer et Rayner, *supra* note 131 à la p. 24.

judiciaire devait par la suite prendre acte, sur un plan civil cette fois, de la légalité d'un tel comportement, comme le posa un arrêt rendu dans un contexte québécois¹⁵⁹.

Sans qu'il soit ici pour l'instant question de sa validité constitutionnelle, la législation canadienne régissant les rapports collectifs du travail permet expressément depuis bon nombre d'années la pratique de différentes formes de «sécurité syndicale» dans les conventions collectives, y compris celles d'atelier syndical et d'atelier fermé, «impos[ant], comme condition d'emploi, l'adhésion à un syndicat déterminé»¹⁶⁰. La jurisprudence, y compris celle de la Cour suprême, appelée à traiter au fil des ans de différents aspects particuliers de la mise à exécution de ces dispositions réservant aux membres du syndicat l'accès au travail monopolisé par ce dernier, a implicitement paru tenir ces clauses de sécurité syndicale comme un exercice normal et courant des rapports collectifs du travail¹⁶¹.

Ainsi, la tradition juridique canadienne retient-elle également une conception «fonctionnelle» de la liberté syndicale envisagée, cette fois, sous son aspect négatif pour ce qui est du salarié. Elle n'entre pas en contradiction en cela avec les principaux instruments pertinents de l'OIT.

La question est donc maintenant de savoir si l'affirmation de la liberté (générale) d'association dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, toute orientée qu'elle est vers la protection des droits civils et politiques, peut conduire à celle de la liberté syndicale, de nature ainsi «fonctionnelle» en raison de ses finalités à la fois sociales et économiques.

III. 20 ans plus tard: un pari perdu?

L'exercice comparatif auquel nous nous sommes livrés jusqu'ici entre la liberté d'association — entendue dans son sens général mais dans le

¹⁵⁹ *Perrault c. Gauthier*, *supra* note 131.

¹⁶⁰ Encore ici, le C.C.T. paraît représentatif des lois semblables dans les différentes juridictions canadiennes; voir art. 68 (édicte par la *Loi modifiant le Code canadien du travail*, S.C. 1972, c. 18, art. 1) et 69 (atelier syndical et atelier fermé); art. 70 (précompte de la cotisation syndicale).

¹⁶¹ Voir à titre illustratif: *Seafarers' International Union c. Stern*, [1961] R.C.S. 682 à la p. 692: «Union mark for members of the working classes is now a requisite to obtain work. This requisite is clearly essential in cases of closed shops [...] These are facts that are now given effective recognition in labour and industrial laws where labour relations, labour conditions, collective agreements and industrial peace are, amongst other matters, dealt with» (juge Fauteux); *Orchard c. Tunney*, [1957] R.C.S. 436 à la p. 446. Plus récemment on constatait que «[...] l'adhésion syndicale est souvent une condition préalable à l'emploi, ce qui oblige les travailleurs à adhérer au syndicat aux conditions fixées par ce dernier»; de là, un trait distinctif du syndicat lorsqu'on le compare à l'association en général: *Berry c. Pulley*, *supra* note 31 à la p. 515 (juge Iacobucci, au par. 51).

contexte du travail — et la liberté syndicale appelle essentiellement deux constats. Premièrement, il existe entre ces deux types de libertés des distinctions significatives qui font ressortir une certaine singularité de la liberté syndicale par rapport à la liberté d'association (A.). Deuxièmement, l'écart observé entre l'une et l'autre de ces grandes libertés apparaît essentiellement attribuable au fait que les finalités qu'elles poursuivent, tout en présentant une certaine parenté, demeurent néanmoins propres à chacune (B.).

A. La singularité de la liberté syndicale par rapport à la liberté générale d'association

Tant le droit international que la tradition juridique canadienne laissent bien voir que la liberté syndicale et la liberté générale d'association sont deux concepts dont le contenu n'est pas entièrement superposable. Tel est d'abord certainement le constat en ce qui a trait à leur aspect positif. Tandis que la première préserve à la fois le droit de constituer un syndicat et les grands modes traditionnels d'action auxquels ce dernier a recours pour réaliser efficacement ses objets — la négociation collective et le recours à la grève au premier chef — la seconde, selon l'interprétation reçue de la Cour suprême du Canada, se borne à protéger les aspects constitutifs de l'association sans pour autant étendre sa protection à ses activités, si fondamentales soient-elles à l'efficacité de la démarche associative. Observons en passant que si la langue française permet de bien décortiquer les deux concepts, l'anglais, lui, se montre univoque en la matière. Il utilise indistinctement *freedom of association* dans l'un et l'autre cas, ce qui oblige à poser qu'en vertu de l'interprétation constitutionnelle actuelle, la liberté générale d'association ne confère vraisemblablement pas beaucoup plus qu'un simple *right to organize*.

Il est cependant vrai que la Cour suprême du Canada se montre aujourd'hui prête à reconnaître que la liberté d'association en contexte de travail emporte, «dans certaines circonstances limitées»¹⁶², une obligation positive de l'État de faciliter l'exercice de cette liberté constitutionnelle fondamentale¹⁶³. Toutefois, cette intervention gouvernementale sera requise seulement si les travailleurs qui la sollicitent parviennent à établir qu'ils «sont essentiellement incapables d'exercer leur liberté d'association» sans la protection de la loi¹⁶⁴. De toute façon, la protection

¹⁶² *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, à la p. 551 (juge Bastarache, diss.; au par. 223).

¹⁶³ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, *supra* note 28.

¹⁶⁴ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, *supra* note 162, 549 (juge Bastarache, diss.; au par. 221). Fait à noter, dans ce même arrêt, au par. 222 de ses motifs, le juge Bastarache semble plutôt exiger des demandeurs la démonstration qu'ils «éprouvent intrinsèquement de la difficulté à exercer leur droit[] en l'absence d'intervention gouvernementale». On

dont il pourrait s'agir ne s'adressera qu'à la liberté d'association telle que la Cour l'a conçue jusqu'à présent

Par ailleurs, cette même Cour considère maintenant que pour qu'elle «ait un sens», la liberté d'association doit pouvoir s'étendre à certaines activités syndicales, dont la présentation de «revendications collectives auprès de l'employeur»¹⁶⁵. Compte tenu de l'imprécision notable de cette dernière expression, faut-il conclure que la Cour suprême du Canada serait maintenant prête à reconnaître que l'exercice de la négociation collective et du droit de grève sont parties intégrantes de la liberté d'association? À notre avis, tel n'est pas le cas. En dépit des virtualités que recèlent les termes employés, et même si la Cour affirme sans détour que «[l]a liberté syndicale est au cœur de la liberté d'association», elle ne semble toujours pas disposée à étendre la protection constitutionnelle à ces activités¹⁶⁶. À cet égard, sa position n'est pas sans rappeler celle de la Cour européenne des droits de l'Homme en pareille matière¹⁶⁷.

Ainsi, alors que le droit international et la «tradition canadienne», établie bien avant l'entrée en vigueur du texte constitutionnel de 1982, considèrent la protection de la liberté de négociation collective et celle de grève comme des aspects primordiaux de la liberté syndicale, la *Charte canadienne des droits et libertés* laisse, pour ainsi dire, ces activités à la merci des législateurs.

L'intervention législative, il est vrai, a établi un véritable droit de négociation collective, dont des syndicats peuvent être titulaires; elle a aussi érigé en droit syndical la simple liberté antérieure de faire grève. Le caractère légiféré et contemporain de ces droits ne devrait pas, en principe, constituer un obstacle à l'attribution d'une protection constitutionnelle, s'ils se rattachent par ailleurs à la liberté d'association; la *Charte canadienne* n'a-t-elle pas précisément pour objet de protéger cette liberté à l'encontre du législateur¹⁶⁸? D'une façon particulière, pour

conviendra que sur le plan de la sémantique – et donc du fardeau de la preuve – cette dernière exigence apparaît moins lourde pour les demandeurs. De fait, la preuve d'une «difficulté intrinsèque» à s'associer pourrait être plus aisée à établir que la preuve d'une «incapacité» à s'associer.

¹⁶⁵ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, *supra* note 28 à la p. 1042 (juge Bastarache, par. 17).

¹⁶⁶ *Ibid.* voir aussi Dianne Pothier, «Twenty Years of Labour Law and the Charter» (2002) 40 *Osgoode Hall L.J.* 369 à la p. 387: «Even with *Dunmore*, the legacy of twenty years of the *Charter* is that legislatures still have a free reign in deciding what to do in relation to strikes and collective bargaining.»

¹⁶⁷ *Supra* notes 114 et 119, et les développements qui y correspondent.

¹⁶⁸ Christian, *supra* note 18 à la p. 190: «the principle of judicial deference to the legislative branch is basically “anti-constitutional”. [...] To shrink from giving “freedom of association” a broad interpretation because that would require review of the justification for the web of legislation underlying the collective bargaining system is to surrender as guardian of the Constitution.»

ce qui est du recours à la grève, le refus de protéger le droit de grève emporte le refus de protéger la simple liberté de grève, que le droit canadien avait reconnue bien avant les législations contemporaines du travail. S'il est exact que le recours à la grève se présente maintenant, selon l'arrangement juridique actuel, comme un instrument syndical de négociation¹⁶⁹, ne pourrait-il pas être reconnu plus directement et simplement en tant que phénomène associatif «primaire» d'individus¹⁷⁰? La protection constitutionnelle ne s'adresserait toutefois qu'à la simple liberté de grève, liberté qui peut se réclamer d'une longue tradition historique au pays. Le caractère inévitablement conflictuel de la grève ne devrait pas être un motif de retenue judiciaire, si cette retenue ne se justifie par ailleurs pas.

La retenue actuelle de la Cour suprême du Canada en ce qui a trait à la liberté d'association en contexte de travail tranche d'autre part avec l'ouverture qu'elle manifeste quand vient le moment d'appliquer, cette fois, la liberté d'expression au travail. À cet égard, il demeure étrange de constater l'apparente division que la jurisprudence semble établir entre les deux grandes libertés fondamentales en cause.

Quand il s'agit de la liberté d'expression, les juges se font insistants sur l'importance singulière du «contexte» des relations de travail. Le «déséquilibre fondamental des pouvoirs économiques et juridiques»¹⁷¹ qui caractérise traditionnellement les rapports entre les employeurs et les salariés est invariablement invoqué pour justifier une «interprétation généreuse»¹⁷² de la liberté d'expression, exempte de limites intrinsèques, si ce n'est celle relative à la violence¹⁷³:

La liberté d'expression est particulièrement cruciale dans le domaine du travail. Comme le juge Cory l'a fait remarquer au nom de notre Cour [...], «[p]our les employés, la liberté d'expression devient une composante non seulement importante,

¹⁶⁹ De manière similaire d'ailleurs, l'interprétation donnée à la *Convention n° 87* de l'OIT n'envisage, à ses fins, que la grève sous l'égide d'un syndicat: L. Swepston, «Droits de l'Homme et liberté syndicale» (1998) Rev. int. tr. 187 à la p. 206.

¹⁷⁰ Leader, *supra* note 139 à la p. 182. Voir aussi Verge, *supra* note 141 à la p. 111: «Ainsi envisagé, le recours à la grève n'est plus [...] le moyen nécessaire à la réalisation de la finalité naturelle d'un groupement syndical structuré. La grève constitue plutôt elle-même, directement, l'association à laquelle le citoyen doit avoir la liberté de participer.»

¹⁷¹ *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, *supra* note 26 à la p. 321 (juge LeBel, au par. 198).

¹⁷² *T.U.A.C., section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd.*, *supra* note 59 à la p. 1100 (juge Cory, au par. 22).

¹⁷³ *Ibid.* à la p. 1105 (au par. 30). Incidemment, cette limite intrinsèque s'applique aussi à la liberté d'association: *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, aux pp. 58-59: «Il est bien établi que l'art. 2 de la Charte ne protège pas les formes d'expression ou d'association violentes.» (La Cour, au par. 107) (nos italiques).

mais essentielle des relations du travail » [...]. Les valeurs liées à la liberté d'expression ont directement trait au travail d'une personne. L'emploi d'une personne et les conditions de son milieu de travail influent sur son identité, sa santé psychologique et son estime de soi

Les questions personnelles en jeu dans les conflits de travail transcendent souvent les problèmes usuels de possibilités d'emploi et de détermination des salaires. [...] L'expression d'opinion sur ces questions contribue à la compréhension de soi ainsi qu'à la capacité d'influencer sa vie au travail et sa vie en dehors du travail. De plus, l'inégalité entre le pouvoir économique de l'employeur et la vulnérabilité relative du travailleur sous-tend presque toutes les facettes de la relation entre l'employeur et son employé. Dans le domaine du travail, la liberté d'expression joue donc un rôle important pour ce qui est d'éliminer ou d'atténuer cette inégalité¹⁷⁴.

Ne pourrait-on pas raisonnablement prétendre que la possibilité de négocier collectivement ou de recourir à la grève, par exemple, peut tout aussi bien contribuer «à la capacité d'influencer sa vie au travail et sa vie en dehors du travail» et permettre «d'éliminer ou d'atténuer» l'inégalité intrinsèque des rapports employeur-salariés ? Or, quand c'est la liberté d'association qui devient le centre de l'analyse, le «contexte inégalitaire» décrit ici semble perdre de son importance à la faveur d'une retenue toute judiciaire à «pénétrer dans le domaine complexe et politique des droits socio-économiques»¹⁷⁵. Cette réserve se traduit, en fait, par une propension plus grande des juges à poser des limites intrinsèques à la liberté d'association, limites qui dispensent alors l'État du fardeau d'établir la raisonnable des règles de droit qui restreignent les activités associatives des syndicats¹⁷⁶.

Pourtant, la liberté d'association et la liberté d'expression présentent une interdépendance certaine. La Cour européenne des Droits de l'Homme, par exemple, considère que l'une doit s'envisager à la lumière

¹⁷⁴ *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, *supra* note 58 aux pp. 173-74 (juge en chef McLachlin et juge LeBel, au par. 33 et 34).

¹⁷⁵ *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, *supra* note 36 à la p. 1013 (juge Bastarache, au par. 23). Ces propos font eux-mêmes écho au *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, *supra* note 21 aux pp. 391-92 (juge Le Dain) et 414-16 (juge McIntyre).

¹⁷⁶ Dans l'arrêt *T.U.A.C., section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd.*, *supra* note 59 aux pp. 1126-27, qui porte sur la liberté d'expression, la Cour prend justement ses distances par rapport au principe de retenue envers le législateur quand ce dernier intervient dans le domaine du travail: «Il est reconnu que les appels à la retenue judiciaire fondés sur la mise en équilibre d'intérêts opposés ne peuvent écarter l'obligation de la Cour d'examiner les exigences de l'article premier de la Charte en matière de justification. [...] En dernière analyse, la notion de retenue ou respect ne dégage pas la partie qui sollicite le maintien de la limitation d'un droit ou d'une liberté protégés de l'obligation de démontrer qu'il s'agit d'une limite raisonnable et dont la justification est démontrée au regard de l'article premier de la Charte» (juge Cory, au par. 63 et 64).

de l'autre, de telle sorte que la protection des opinions personnelles et de la liberté de les exprimer constitue l'un des objectifs de la liberté de réunion et d'association¹⁷⁷. Le même parallèle peut être fait ici¹⁷⁸. Le lien étroit qui unit les libertés fondamentales ne justifie pas que l'on applique, dans le contexte du travail, une méthode d'analyse radicalement différente selon que c'est la liberté d'association ou la liberté d'expression qui est au cœur du litige¹⁷⁹.

En ce qui a trait, cette fois, à la facette, dite *négative*, de la liberté d'association, elle rejoint au contraire, dans une bonne mesure, la liberté syndicale observée à partir de la tradition canadienne et à laquelle les règles de droit international élaborées par l'OIT et l'ONU ne font pas obstacle. C'est ainsi que des dispositions autorisant le précompte syndical, même utilisé partiellement à des fins politiques¹⁸⁰, ou contraignant des salariés à adhérer exclusivement à l'un des groupements syndicaux désignés par la loi pour être admis à travailler dans un secteur d'activité donné¹⁸¹, ont été jugées compatibles avec la liberté constitutionnelle d'association¹⁸². La Cour suprême du Canada a ainsi refusé de voir, dans ces pratiques, l'exercice par l'État d'une «contrainte idéologique» attentatoire à la liberté individuelle.

Cependant, le débat reste à faire quant à la légitimité des clauses de sécurité syndicale fréquemment intégrées dans les conventions collectives négociées à l'échelle de l'entreprise, conformément au modèle usuel de négociation appliqué en Amérique du Nord. Mis à part les problèmes potentiels relatifs à l'identification de l'«action gouvernementale» requise pour entraîner l'application du texte constitutionnel en pareilles circonstances¹⁸³, le tribunal appelé à faire

¹⁷⁷ Voir notamment les arrêts suivants de la Cour européenne des Droits de l'Homme: *arrêt Young, James et Webster du 13 août 1981*, *supra* note 85, au par. 57; *arrêt Ezdinli du 26 avril 1991*, série A n 202, à la p. 20, au par. 37; *arrêt Vogt c. Allemagne du 26 septembre 1995*, série A n° 298, (au par. 64); *arrêt Parti socialiste et autres c. Turquie*, 25 mai 1998.

¹⁷⁸ Voir à titre d'exemple – pour ce qui est du moins de l'aspect «constitutif» de la liberté d'association – *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, *supra* note 36 à la p. 1037 (les juges Cory et Iacobucci, diss., au par. 68). Voir également *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, *supra* note 26 à la p. 326 (juge LeBel, au par. 208).

¹⁷⁹ Cameron, *supra* note 30 à la p. 278: «Plainly, such a disparity in approach to the interpretation of related constitutional guarantees makes little analytical or conceptual sense.»

¹⁸⁰ *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra* note 28.

¹⁸¹ *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, *supra* note 26.

¹⁸² Dans ce dernier cas, il demeure cependant difficile de mesurer avec exactitude à quel point l'histoire très tumultueuse et tout à fait particulière des relations de travail dans l'industrie québécoise de la construction a pu influencer sur le résultat. Comme le souligne Cameron, *supra* note 67 à la p. 79: «[...] the troubled history of Quebec's construction industry provides a basis for distinction in future cases.»

¹⁸³ Voir à ce propos: *Bhindi c. British Columbia Projectionists* (1986), 29 D.L.R. (4th) 47 (C.A.C.-B.), cité avec approbation dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*,

l'examen d'une clause d'atelier syndical, sous l'angle de la liberté «négative» d'association¹⁸⁴, devrait minimalement soupeser les trois facteurs contextuels suivants.

D'abord, il devra prendre acte du fait qu'en l'absence d'une preuve de contrainte idéologique, il peut y avoir, en pratique, fort peu de différence entre le précompte syndical obligatoire — dont la constitutionnalité semble aujourd'hui acquise depuis l'arrêt *Lavigne*¹⁸⁵ — et l'obligation d'adhérer à l'association accréditée en application d'une disposition de la convention collective en vigueur dans l'entreprise¹⁸⁶. Typiquement, en effet, la législation contemporaine du travail interdit à l'employeur de mettre fin à l'emploi du salarié expulsé par le syndicat, pour une raison autre que le paiement des cotisations obligatoires¹⁸⁷.

Ensuite, les pressions de nature idéologique que cherche à contenir la liberté négative d'association pourront varier en intensité selon les caractéristiques du groupement en cause. Les grandes centrales syndicales — du genre de celles désignées par la loi québécoise contestée dans l'arrêt *Advance Cutting*¹⁸⁸ — véhiculent de manière caractéristique un contenu idéologique, ce qui ne sera pas nécessairement le cas de l'instance syndicale indépendante de première ligne.

Enfin, l'effet d'une clause d'atelier syndical pourra également être fluctuant, selon qu'elle prive le salarié qui n'adhère pas au syndicat de la possibilité de travailler dans une *entreprise* donnée ou dans un *secteur* d'activité donné. On conviendra sans peine que des dispositions à portée sectorielle, comme celles observées dans les affaires *Advance Cutting*¹⁸⁹ et *Young*¹⁹⁰, peuvent avoir des conséquences nettement plus considérables, sur le salarié qui refuse d'adhérer au syndicat, que des dispositions dont les effets ne franchissent pas les murs de l'entreprise. La perte du droit de travailler pour un employeur en particulier n'a pas de commune mesure avec l'impossibilité de gagner sa vie en exerçant le métier que l'on a librement choisi. L'on sait, en effet, que la nature et l'étendue du droit touché constituent un facteur contextuel pertinent pour juger de l'existence ou non d'une atteinte aux droits à l'égalité garantis par la *Charte*

[1990] 3 R.C.S. 229 à la p. 262 (Juge La Forest); Brunelle, *supra* note 32 aux pp. 115 à 121.

¹⁸⁴ Notons que cet examen pourrait bien relever de la compétence exclusive de l'arbitre de grief dans l'état actuel du droit: *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 995; *Hydro-Québec c. Tremblay*, D.T.E. 2001T-77 (C.A.Q.) (Juge Robert, au par. 31 et 32).

¹⁸⁵ *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, *supra* note 28.

¹⁸⁶ P. Verge et G. Murray, *Le droit et les syndicats : aspects du droit syndical québécois*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1991, aux pp. 201 et 388.

¹⁸⁷ Voir, par exemple *C.C.T.*, *supra* note 135 à l'article 94(3)(a)(ii).

¹⁸⁸ *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, *supra* note 26.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ Arrêt *Young, James et Webster du 13 août 1981*, *supra* note 85.

canadienne¹⁹¹. En vertu de la même logique, et par analogie, l'ampleur de l'atteinte à un droit aussi important que le droit au travail devrait également être prise en considération pour juger de la compatibilité d'une clause d'atelier syndical avec la liberté négative d'association.

B. Les écarts résultant des finalités propres de la liberté syndicale et de la liberté générale d'association

Le fossé observé entre la liberté constitutionnelle d'association et la liberté syndicale s'explique en bonne partie par les objectifs distincts que la jurisprudence attribue à l'une et l'autre de ces grandes libertés. Tandis que la première tend à favoriser, de façon générale, l'épanouissement et l'accomplissement personnels chez l'individu, la seconde présente un caractère fonctionnel en ce qu'elle vise essentiellement à redresser l'inégalité de pouvoir, notamment économique, qui prend racine dans nos sociétés. La liberté de négociation collective, celle de grève, et l'exercice d'un certain pouvoir de contrôle sur le travail disponible au moyen des clauses de sécurité syndicale, font simplement corps avec la liberté syndicale dans l'atteinte de cet objectif fondamental.

Toutefois, si la jurisprudence distingue ainsi la liberté d'association et la liberté syndicale, cela tient pour beaucoup à la nature des instruments juridiques qui les enchâssent. Historiquement, la liberté d'association participe de la première génération des droits de la personne et prend ainsi rang parmi les *droits civils et politiques*. Or, la liberté syndicale a plutôt sa place dans les droits, dits de la deuxième génération, que l'on regroupe sous l'expression *droits économiques, sociaux et culturels*.

La dichotomie entre ces deux générations de droits, reflet de «deux traditions, celle de l'individualisme libéral et celle du collectivisme socialiste»¹⁹², imprègne fortement le droit international. De fait, même si la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* intègre les deux catégories de droits, sa mise en œuvre n'en repose pas moins sur deux pactes distincts, l'un relatif aux droits civils et politiques, l'autre relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁹³. Du reste, cette dichotomie s'observe aussi en droit européen et panaméricain. De même qu'au temps de la guerre froide l'on marquait une division nette entre

¹⁹¹ Voir notamment *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 à la p. 540 (juge Iacobucci, au par. 74); *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769 aux pp. 800-01, 807-08 (juge Bastarache, aux par. 38 et 45); *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, *supra* note 162 aux pp. 482-3 (juge McLachlin, par. 63), 509-10 (juge L'Heureux-Dubé, diss.; par. 128) et 567-8 (juge Bastarache, diss.; par. 251).

¹⁹² G. Rocher, «Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes» dans R. Blouin et al., dir., *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988, 1, à la p. 11.

¹⁹³ D. Shelton, «Hierarchy of Norms and Human Rights: Of Trumps and Winners» (2002) 65 Sask. L.Rev. 301 à la p. 302.

l'Occident et les pays de l'Est, on note encore de nos jours une tendance à mettre en opposition les droits civils et politiques, d'une part, et les droits économiques, sociaux et culturels, d'autre part¹⁹⁴.

Il est vrai que les instances internationales ont maintes fois rappelé, à raison, l'importance de ne pas exacerber cette opposition compte tenu du fait qu'en droit, tout comme en pratique, ces droits fondamentaux demeurent étroitement liés¹⁹⁵. L'article 5 de la *Déclaration et du Programme d'action de Vienne*, adoptés le 25 juin 1993 par la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, l'affirme d'ailleurs sans détour:

Tous les droits de l'Homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'Homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'Homme et toutes les libertés fondamentales. (nos italiques)¹⁹⁶.

Cependant, tout en admettant que les droits civils et politiques doivent en principe partager le même piédestal que les droits économiques, sociaux et culturels, il n'en demeure pas moins que ces derniers restent étrangers à la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁹⁷:

Il est étonnant de constater que la Charte canadienne, qui date pourtant de 1982, soit pratiquement silencieuse sur l'ensemble des droits économiques, sociaux et culturels, qu'affirment par ailleurs les documents internationaux. La Charte canadienne est axée avant tout sur la protection par l'État et surtout contre l'État des droits et libertés de la personne individuelle. On peut dire que c'est une déclaration du citoyen, de l'*homo politicus*; le seul segment de la société à laquelle elle s'adresse, c'est le segment

¹⁹⁴ G. McGregor, «The International Covenant on Social, Economic, and Cultural Rights: Will It Get Its Day in Court?» (2002) 28 Man. L.J. 321 aux pp. 323-24 et 333.

¹⁹⁵ *Ibid.* à la p. 334; J. Mouly, «Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'Homme» [2002] Dr. Soc. 799, évoque une «perméabilité» (p. 801), une «proximité de nature» (p. 802), une «unicité» (p. 803) entre ces deux générations de droits.

¹⁹⁶ Doc. Off. Nu A/CONF.157/23, 12 juillet 1993. Voir, au même effet, le préambule de la *Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus*, A/RES/53/144, 8 mars 1999. Par ailleurs, la *Proclamation de Téhéran* proclamée par la Conférence internationale des droits de l'homme, U.N. Doc. A/CONF. 32/41, 13 mai 1968, énonce à son article 13: «Les droits de l'homme et les libertés fondamentales étant indivisibles, la jouissance complète des droits civils et politiques est impossible sans celle des droits économiques, sociaux et culturels. []» (nos italiques).

¹⁹⁷ Coutu, *supra* note 38 à la p. 120; R. Vandycke, «La Charte constitutionnelle et les droits économiques, sociaux et culturels» (1989-1990) 6 A.C.D.P. 167 à la p. 170.

politique. [...] C'est une charte de la société politique. À cet égard, la Charte canadienne ressemble plus à une déclaration libérale du XVIIIe et du XIXe siècle qu'à une charte de la fin du XXe siècle¹⁹⁸.

Partant, compte tenu de la facture «classique» de la Charte canadienne, peut-être ne faut-il pas vraiment s'étonner de la réticence des juges à intégrer à la liberté constitutionnelle d'association, les composantes d'une liberté syndicale qui, tout bien pesé, n'appartient pas ainsi exactement à la même famille de droits. En fait, il se pourrait bien que cette retenue participe de la nature même de l'instrument constitutionnel mis à la disposition des tribunaux pour contrôler judiciairement l'action gouvernementale¹⁹⁹. Bref, dans la balance des arguments, l'appel des instances internationales à célébrer le mariage intergénérationnel des droits ne semble pas pouvoir faire le poids face au choix délibéré du Constituant²⁰⁰ de consommer plutôt leur divorce²⁰¹!

Ainsi, ces élus qui, à l'origine, ont parié que le libellé de l'alinéa 2d) de la Charte canadienne n'avait pas à être modifié pour que les tribunaux y décèlent l'essence de la «liberté syndicale» auront eu tort: celle-ci apparaît bel et bien soluble dans l'eau constitutionnelle...

Conclusion

Le refus répété des tribunaux d'inclure les droits de négociation collective et de grève, composantes essentielles de la liberté syndicale, dans la garantie générale de liberté d'association de la Charte canadienne réside probablement dans la nature du texte constitutionnel, lequel consacre essentiellement des droits civils et politiques. Un renvoi explicite au concept de liberté syndicale aurait certainement pu affranchir les juges de la retenue qu'ils observent sous ce rapport, mais les rédacteurs de la Charte en auront décidé autrement, par crainte qu'un libellé plus précis ne vienne réduire la portée de la liberté d'association.

Le droit international peut-il aujourd'hui contribuer à enrichir le texte constitutionnel d'une garantie intégrale de la liberté syndicale? Certes, les instruments internationaux qui consacrent des droits sociaux, économiques et culturels, foyer de la liberté syndicale, peuvent exercer

¹⁹⁸ Rocher, *supra* note 192 aux pp. 12-13.

¹⁹⁹ Brun, *supra* note 82 aux pp. 5 et 13.

²⁰⁰ *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° 49, vendredi 30 janvier 1981, aux pp. 65-71.

²⁰¹ R. Vandycke, «L'activisme judiciaire et les droits de la personne; émergence d'un nouveau savoir-pouvoir?» (1989) 30 C. de D. 927, à la p. 937: «On peut difficilement nier que de porter une catégorie de droits au niveau constitutionnel et d'en omettre une autre ait une incidence sur la légitimité et l'importance attribuée à ces droits, que ce soit au niveau du citoyen, de l'homme politique ou du magistrat.»

une certaine influence sur les juges d'ici. Toutefois, dans l'état actuel des choses, il apparaît douteux que ces instruments suffisent, à eux seuls, à convaincre les juges d'opérer un revirement jurisprudentiel.

L'on sait cependant que la Cour suprême du Canada attache une très grande importance au «contexte» dans l'interprétation des droits constitutionnels. Cette méthode d'interprétation contextuelle appelle à considérer notamment «l'histoire, les traditions et les philosophies inhérentes de notre société»²⁰². Or, en évacuant les droits de négociation collective et de grève des activités syndicales qui sont «au cœur de la liberté d'association»²⁰³, l'on méconnaît à la fois l'histoire et la tradition canadiennes en matière de liberté syndicale.

Nous avons vu que les racines de la liberté syndicale au Canada sont infiniment plus lointaines que les régimes législatifs qui en encadrent aujourd'hui l'exercice. Conséquemment, affirmer que «les droits contemporains de négocier collectivement et de faire la grève» ne méritent pas une protection constitutionnelle parce que «ce sont des créations de la loi» et non pas «des droits et libertés fondamentaux»²⁰⁴, c'est donner, en bonne partie, dans la révision historique.

Cela étant, nous croyons que le recours à une interprétation mieux «contextualisée» de la liberté générale d'association, à la lumière de l'histoire et de la tradition syndicale canadiennes, pourrait permettre d'étendre la protection constitutionnelle à une liberté syndicale non tronquée de ses composantes essentielles. Reste à voir si les tribunaux accepteront éventuellement de faire cette nouvelle lecture du texte constitutionnel: les paris sont ouverts!

²⁰² Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, supra note 21 à la p. 394 (juge McIntyre); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 à la p. 190: «l'interprétation de la Charte devrait être conforme à l'histoire, aux traditions et aux philosophies sociales de notre société.» (juge McIntyre, diss., non contredit sur ce point).

²⁰³ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, supra note 28 à la p. 1042 (juge Bastarache, au par. 17).

²⁰⁴ Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, supra note 21 à la p. 391 (juge LeDain).

