

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-028609-196
(500-17-098141-172)

DATE : 7 avril 2021

**FORMATION : LES HONORABLES YVES-MARIE MORISSETTE, J.C.A.
BENOÎT MOORE, J.C.A.
SOPHIE LAVALLÉE, J.C.A.**

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
APPELANT/INTIMÉ INCIDENT – défendeur
et
PIERRE MOREAU, en sa qualité de président du Conseil du trésor
APPELANT/INTIMÉ INCIDENT – mis en cause
c.

LES AVOCATS ET NOTAIRES DE L'ÉTAT QUÉBÉCOIS
INTIMÉE/APPELANTE INCIDENTE – demanderesse
et
AGENCE DU REVENU DU QUÉBEC
mis en cause

ARRÊT

[1] Les appelants se pourvoient contre un jugement du 18 septembre 2019 par lequel la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Johanne Brodeur), a déclaré inconstitutionnelle la *Loi assurant la continuité de la prestation des services juridiques au sein du gouvernement et permettant la poursuite de la négociation ainsi que le renouvellement de la convention collective des salariés assurant la prestation des services juridiques*. Par son appel incident, l'intimée se pourvoit en partie contre le


jugement de première instance et demande à la Cour de prononcer une ordonnance qui lui a été refusée en Cour supérieure.


[2] Pour les motifs du juge Morissette, auxquels souscrivent les juges Moore et Lavallée, **LA COUR** :

[3] **REJETTE** l'appel principal, avec frais de justice en faveur de l'intimée;

[4] **REJETTE** l'appel incident, avec frais de justice en faveur des appelants.


YVES-MARIE MORISSETTE, J.C.A.


BENOÎT MOORE, J.C.A.


SOPHIE LAVALLÉE, J.C.A.

Me Louis Bernier, Ad. E.
Me Sébastien Gobeil
Me Christelle Leblanc
FASKEN MARTINEAU DUMOULIN
Pour les appelants/intimés incidents

Me Pierre Grenier
Me Guillaume Grenier
MELANÇON MARCEAU GRENIER & SCIORTINO
Pour l'intimée/appelante incidente

Date d'audience : 23 novembre 2020

MOTIFS DU JUGE MORISSETTE

[5] Les appelants se pourvoient contre un jugement du 18 septembre 2019¹ par lequel l'honorable Johanne Brodeur de la Cour supérieure déclarait inconstitutionnelle la *Loi assurant la continuité de la prestation des services juridiques au sein du gouvernement et permettant la poursuite de la négociation ainsi que le renouvellement de la convention collective des salariés assurant la prestation des services juridiques*² (la « Loi 2017 »). Par son pourvoi incident, l'intimée demande à la Cour d'infirmen en partie le jugement de première instance et de prononcer une ordonnance visant la mise en place d'un véritable mécanisme de règlement des différends, conformément à une conclusion sur le redressement recherché apparue dans une version modifiée de sa demande de pourvoi en contrôle judiciaire. La juge ne reproduit pas cette conclusion dans le dispositif de son jugement.

I. BREF SURVOL DE L'AFFAIRE

[6] L'intimée est l'association accréditée qui représente, auprès du Conseil du trésor, les juristes de la fonction publique québécoise, catégorie qui ne comprend pas les procureurs aux poursuites criminelles et pénales. Les appelants représentent leur employeur et le gouvernement du Québec.

[7] En vue de renouveler une convention collective venue à échéance en mars 2015, les parties ont négocié pendant deux années, dont les quatre derniers mois furent le théâtre d'une grève déclenchée par l'intimée. En février 2017, l'Assemblée nationale adoptait une loi spéciale qui ordonnait le retour au travail des membres de l'intimée et qui mettait en place un processus pour mener à une convention collective, que les parties parviennent ou non à une entente.

[8] L'intimée a contesté la constitutionnalité de cette loi en Cour supérieure et elle a eu gain de cause sur ce point. Le jugement entrepris qualifie d'entrave substantielle à la liberté d'association la loi en question et conclut que sa justification n'a pas été démontrée selon les termes de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une donnée décisive dans le dossier provient d'un arrêt de la Cour suprême du Canada rendu en 2015 dans un pourvoi formé en Saskatchewan.

[9] Les appelants attaquent ce jugement. L'intimée, par son appel incident, revient sur une demande que la juge de première instance a refusé de lui accorder.

¹ *Les avocats et notaires de l'État québécois c. Procureure générale du Québec*, 2019 QCCS 3897.

² L.Q. 2017, c. 2.

[10] Pour les raisons qui suivent, je considère qu'il y a lieu de confirmer ce jugement et de rejeter l'appel de même que l'appel incident.

II. GENÈSE DU LITIGE

[11] Aux paragraphes 1 à 47 de ses motifs, la juge brosse un tableau détaillé des relations entre le Conseil du trésor et l'association intimée (Les avocats et notaires de l'État québécois, ou LANEQ). Pour plus de précisions, on pourra se reporter à cet historique, ou encore à une décision récente du Tribunal administratif du travail (le « TAT ») qui retrace avec force détails le cheminement des négociations entre ces parties³. Je me contenterai pour ma part de rappeler plusieurs dates et faits importants, d'expliquer la nature essentielle du différend entre les parties et de revenir sur la teneur de leurs négociations avant d'aborder dans les parties III et suivantes les données juridiques plus spécifiquement pertinentes aux pourvois.

[12] Je souligne tout d'abord qu'à de nombreuses reprises dans sa jurisprudence des dernières années, la Cour suprême du Canada a beaucoup mis l'accent sur l'importance des faits et du contexte d'ensemble lorsque l'on a affaire à de prétendues entraves ou atteintes à la liberté d'association. Critiquant dans *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*⁴ (« *Health Services* ») l'approche illustrée par l'avis des juges majoritaires le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*⁵ (« le *Renvoi albertain* »), renvoi sur lequel je m'arrêterai plus loin dans ces motifs⁶, la Cour écrit⁷ :

[30] Le doute le plus sérieux quant à la validité de la jurisprudence antérieure résulte du fait que les juges majoritaires dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* et dans *IPFPC* ont défini l'étendue de la liberté d'association en adoptant une approche insensible à son contexte, contrairement à l'interprétation téléologique donnée à d'autres garanties reconnues par la Charte. Cette méthode a pour effet d'amputer l'étude de cette garantie constitutionnelle de l'analyse de son objet. La méthode générale et décontextualisée appliquée à l'al. 2d) dans les arrêts antérieurs ne respecte pas les différences entre les associations.

Il faut privilégier une analyse et une approche plus téléologique et contextuelle⁸, le contexte d'ensemble étant que la négociation collective est depuis très longtemps

³ Voir *Les avocats et notaires de l'État québécois et Agence du revenu du Québec*, 2019 QCTAT 4199. Cette décision fait l'objet d'un pourvoi en révision judiciaire qui est en cours, mais remis *sine die*. Cela dit, les parties à cette procédure ne sont pas les mêmes que celles actuellement devant la Cour.

⁴ 2007 CSC 27.

⁵ [1987] 1 R.C.S. 313.

⁶ Voir *infra*, paragr. [67] et s.

⁷ *Supra*, note 4.

⁸ *Id.*, paragr. 33.

reconnue comme un aspect fondamental de la vie de la société canadienne⁹ et qu'elle vise un certain objectif. « La question de l'existence d'une atteinte substantielle doit être tranchée selon le contexte de chaque cas d'espèce, compte tenu de l'importance des sujets visés pour l'activité collective et de la manière dont la mesure a été mise en œuvre¹⁰. » L'activité associative en cause doit être considérée « dans son contexte global et en fonction de son histoire¹¹ » de même que « dans le contexte particulier du milieu de travail en cause¹² ».

[13] Aussi vais-je d'abord me pencher sur ce que je crois avoir été ce contexte d'ensemble, en l'abordant sous trois angles distincts.

A. Évolution des relations entre les parties de 1996 à 2017

[14] Connue jusqu'en novembre 2015 comme l'Association des juristes de l'État, l'intimée fut accréditée par décret gouvernemental en janvier 1996 afin de représenter ses membres auprès du gouvernement du Québec (soit, en pratique, auprès du Conseil du trésor).

[15] Une première convention collective entre les parties demeura en vigueur de mars 2000 à juin 2002. Dès les pourparlers engagés dans le but de remplacer cette première convention, une question centrale pour l'intimée était, déjà, celle de la parité salariale entre ses membres et celle d'un groupe distinct qui rassemble les procureurs aux poursuites criminelles et pénales (« les PPCP »). Des négociations laborieuses s'ensuivirent au cours desquelles une entente fut conclue pour prolonger la convention collective, avec des ajustements, jusqu'au 31 décembre 2005.

[16] Le 16 décembre 2005, la *Loi concernant les conditions de travail dans le secteur public*¹³ (la « *Loi 2005* ») recevait sa sanction. Le premier paragraphe des notes explicatives en marge du projet de loi, et qui fut présenté le 15 décembre précédent, en donne l'orientation générale : « Ce projet de loi a pour objet d'assurer la continuité des services publics et de pourvoir aux conditions de travail des salariés des organismes du secteur public dans le cadre des limites qu'impose la situation des finances publiques. » Les articles 22 à 29 de la *Loi 2015* interdisaient toute grève ou action concertée assimilable à une grève. Les conventions collectives visées par la *Loi 2005* demeureraient en vigueur jusqu'au 31 mars 2010.

⁹ *Id.*, paragr. 41.

¹⁰ *Id.*, paragr. 109.

¹¹ *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)* (« *Police montée* »), 2015 CSC 1, paragr. 47.

¹² *Id.*, paragr. 97.

¹³ L.Q. 2005, c. 43.

[17] En février 2006, l'intimée déposa une plainte contre la *Loi 2005* auprès du Comité de la liberté syndicale de l'Organisation internationale du travail. Un an plus tard, en mars 2007, le Comité donnait raison à l'intimée et concluait à la non-conformité de la *Loi 2005* à deux conventions internationales.

[18] Le moment venu, l'intimée entreprit de négocier une nouvelle convention et au début de février 2011, elle déclençait une grève générale. Le 22 février suivant entrait en vigueur la *Loi assurant la continuité de la prestation des services juridiques au sein du gouvernement et de certains organismes publics*¹⁴. Ici encore, les notes explicatives accompagnant le projet de loi présenté le 21 février précédent situent succinctement ce dont il s'agit :

Cette loi a pour objet d'assurer la continuité de la prestation des services juridiques au sein du gouvernement et de certains organismes publics et de pourvoir aux conditions de travail des avocats et des notaires nommés suivant la Loi sur la fonction publique ainsi que des procureurs aux poursuites criminelles et pénales, conformément aux paramètres salariaux déjà convenus entre le gouvernement et la majorité des associations de salariés du secteur public.

À l'instar de la *Loi 2005*, la *Loi 2011* prohibe toute grève et toute action concertée qui y serait assimilable. Aux termes de la *Loi 2011*, les conventions collectives assujetties, dont celle de l'intimée, demeureront en vigueur jusqu'au 31 mars 2015.

[19] Surviennent alors deux circonstances qui auront leur impact sur la suite des choses. Les négociations poursuivies après l'entrée en vigueur de la *Loi 2011* porteront fruit le 7 juillet de la même année lorsque les parties signent une « ENTENTE DE PRINCIPE CONCERNANT CERTAINS ÉLÉMENTS MODIFIANT LA CONVENTION COLLECTIVE DES AVOCATS ET NOTAIRES 2010-2015 ». En contrepartie de certaines concessions non négligeables, l'intimée obtient de l'employeur (que j'appellerai ici « le gouvernement ») une clause de parité avec les PPCP et l'accord de ce dernier pour réexaminer la question du régime de négociation qui s'applique à ses membres. C'est l'annexe 5 de l'ENTENTE DE PRINCIPE, intitulée « Lettre d'entente concernant la réforme du régime de négociation avec l'Association des juristes de l'État », et habituellement désignée comme la Lettre d'entente no. 5. J'utiliserai désormais cette expression pour y faire référence et j'y reviendrai, car ce fait aura diverses ramifications importantes. Par ailleurs, à la fin de l'année 2011, l'Assemblée nationale adopte la *Loi abrogeant la Loi assurant la continuité de la prestation des services juridiques au sein du gouvernement et de certains organismes publics et modifiant la Loi sur le régime de négociation collective des procureurs aux poursuites criminelles et pénales*¹⁵ (la « *Loi 40* »). Personne ne conteste que, par cette loi, les PPCP voyaient leur régime de négociation transformé. Le nouveau

¹⁴ L.Q. 2011, c. 2.

¹⁵ L.Q. 2011, c. 31.

régime, en vertu duquel les PPCP et leur employeur renoncent au droit de grève et de lockout, s'inspire de la Partie VI.4 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*¹⁶, partie consacrée au « comité de la rémunération des juges ».

[20] La période des négociations pour renouveler les conventions collectives qui expirent le 31 mars 2015 s'amorce au début de la même année. Entre le moment où l'intimée dépose ses premières demandes, le 29 janvier 2015, et le moment où entrera en vigueur la *Loi 2017* contestée en première instance, les parties se rencontreront de nombreuses fois¹⁷, échangeront plusieurs propositions et contre-propositions et feront appel aux services d'un médiateur qui tiendra six réunions du 5 mai au 5 juillet 2016. On verra plus loin sur quoi portaient ces échanges. Quoi qu'il en soit, estimant que les négociations ne progressent pas, l'intimée déclenche une grève générale le 24 octobre 2016. Cette grève, dont la juge mentionne qu'elle fut la plus longue grève de l'histoire de la fonction publique au Canada, durera quatre mois. La Division des services essentiels du TAT sera sollicitée deux fois pour résoudre des difficultés à ce sujet entre les parties¹⁸.

[21] La *Loi 2017* est présentée à l'Assemblée nationale le 27 février. Elle est adoptée et sanctionnée le lendemain, 28 février, jour de son entrée en vigueur. De nouveau, je citerai un extrait des notes explicatives qui met en évidence les principaux objets de la *Loi 2017*:

Cette loi a pour objet d'assurer la continuité de la prestation des services juridiques au sein du gouvernement. Elle prévoit également la poursuite de la négociation de la convention collective des salariés ayant pour fonction de fournir cette prestation de services. À défaut d'entente, elle pourvoit au contenu de la convention collective.

À cette fin, la loi prévoit notamment que les avocats et notaires nommés suivant la Loi sur la fonction publique et représentés par Les avocats et notaires de l'État québécois doivent cesser de participer à la grève en cours et doivent reprendre le travail conformément à leur horaire habituel et aux autres conditions de travail qui leur sont applicables.

[22] Les mêmes notes explicatives sont, c'est le moins qu'on puisse dire, peu disertes sur les sanctions que comporte la loi, décrites ici comme d'autres « dispositions [...], notamment de nature administrative, civile et pénale ». Celles qui interdisent la grève et forcent le retour au travail (art. 4 à 10) entraînent des sanctions que d'aucuns pourraient qualifier de draconiennes (art. 41) : des amendes de 100 à 500 \$ pour le salarié

¹⁶ RLRQ, c. T-16.

¹⁷ L'un des avocats des appelants fait état à l'audience de plus de 20 rencontres de négociation, 6 rencontres de médiation et 27 rencontres ou discussions post-médiation.

¹⁸ *Québec (Gouvernement du) (Direction des relations professionnelles, Conseil du Trésor) et Avocats et notaires de l'État québécois*, 2016 QCTAT 6023 et *Québec (Gouvernement du) (Direction des relations professionnelles, Conseil du trésor) et Avocats et notaires de l'État québécois*, 2016 QCTAT 7059.

individuel, de 7 000 à 35 000 \$ pour un dirigeant syndical et de 25 000 à 125 000 \$ pour l'association (de même que pour un organisme public qui décréterait un lock-out, hypothèse ici assez peu vraisemblable). La loi précise aussi (art. 42) que le contrevenant est passible de ces amendes « pour chaque jour ou partie de jour pendant lequel dure » une telle contravention, c'est-à-dire un arrêt de travail selon la description fort inclusive qu'en donne la loi (art. 5). S'ajoutent à ces sanctions de nature pénale des mesures (art. 11) visant la cessation des retenues syndicales « pour une période égale à 12 semaines par jour ou partie de jour pendant lequel » une contravention aux articles 4 ou 5 empêche que soient dispensés les services d'un « organisme public », expression qui ici s'entend aussi d'un ministère. Une mesure comparable (art. 13) touche la rémunération individuelle d'un salarié contrevenant. D'autres dispositions (art. 19 et 20) facilitent les recours en responsabilité civile fondés sur le non-respect de la loi.

[23] Après l'entrée en vigueur de la *Loi 2017*, une période de négociation pouvait se prolonger quelque temps. Selon les délais fixés aux articles 21 à 40 de la loi, et en supposant que chacun de ces délais était épuisé jusqu'à son ultime limite, cette période aurait pu durer un maximum de 153 jours, avec divers raccourcis potentiels en cours de route du fait du comportement des parties ou de décisions du ministre du Travail. Cet échéancier demeurait serré. Pendant cette négociation, qui dans les faits dura 105 jours, le gouvernement déposa trois nouvelles propositions sur ce qu'on peut qualifier de points de détail, les 31 mars, 11 avril et 24 avril, sans que cela ne suscite de contre-offre de la part de l'intimée. Huit rencontres de négociation et six séances de médiations se tinrent de la sorte, sans succès. Les conditions de travail de la convention qui avait expiré le 31 mars 2015 furent donc reconduites jusqu'au 31 mars 2020 par l'effet conjoint des articles 4, 40 et 48 de la *Loi 2017*.

B. Essence du différend actuel entre les parties

[24] Si l'on tente d'expliquer quelle était la nature essentielle du différend entre les parties, différend dont tout indique qu'il demeure entier à ce jour et sur ce point, il faut remonter au statut des juristes à l'emploi du gouvernement du Québec (j'entends par là les avocats et les notaires) de même qu'à celui des PPCP. La juge de première instance rappelle que l'intimée rassemble 1 150 membres, plus ou moins, répartis en six unités de négociation¹⁹ dont la plus importante, celle de la fonction publique, en regroupe quelque 850. Les PPCP, eux, sont représentés par leur propre association qui compte environ 650 membres.

[25] J'ai déjà mentionné que, dès les négociations de 2002, l'intimée recherchait une parité salariale avec les PPCP. Mais obtenir la parité salariale lors d'un cycle de négociations ne garantit pas qu'on pourra la conserver lors d'un cycle ultérieur. Cela

¹⁹ À la date du procès, c'étaient les unités Fonction publique, Agence du revenu du Québec, Autorité des marchés financiers, Investissements Québec, Protecteur du citoyen et Régie de l'énergie.

semble expliquer pourquoi le point focal des préoccupations de l'intimée s'est progressivement déplacé vers autre chose que la parité, si bien que, s'étant finalement vu offrir lors des négociations de 2015-2017 la parité avec les PPCP en fait de « rémunération globale » dans le cycle en cours, elle a néanmoins choisi de persister dans sa demande principale qui était tout autre. La Lettre d'entente no. 5 de juillet 2011 était un fort signe avant-coureur de ce glissement. Or, la signature de cette lettre précéda de quatre mois l'entrée de la *Loi 40*. Cette dernière instaure un régime de négociation unique en son genre parmi les salariés de l'État²⁰, ce qui ne pouvait échapper aux membres de l'intimée.

[26] Une divergence de point de vue ou de conception, à la fois d'ordre théorique et empirique, est ce qui oppose l'intimée et les appelants. Quelques pièces versées au dossier, et certains extraits de la preuve testimoniale, font bien ressortir en quoi consiste cette divergence. C'est l'essence de ce conflit du travail, qui fut rude et de longue durée.

[27] S'appuyant entre autres choses sur la synthèse d'un document public, le *Rapport du comité d'étude sur le rôle, le statut, la rémunération et la carrière des avocats et des notaires de la fonction publique*²¹, l'intimée estime que la situation des juristes de la fonction publique ne permet pas de distinguer leur statut de celui des PPCP. Le 6 juillet 2016, l'intimée déposait entre les mains du gouvernement et du médiateur Jean Nolin un document intitulé *POSITION DE LANEQ CONCERNANT SA DEMANDE DE RÉFORMER LE RÉGIME DE NÉGOCIATION DES AVOCATS ET NOTAIRES DE L'ÉTAT QUÉBÉCOIS*. Sans entrer dans trop de détails, je relève que ce document est éloquent sur plusieurs points. Il insiste sur le lien de confiance entre les juristes et l'État, leur client, sur la confiance du public en leur impartialité et sur le rôle qui est le leur afin d'assurer le respect de la primauté du droit par l'État. Plusieurs exemples concrets des fonctions qu'ils exercent sont ensuite offerts pour démontrer l'importance que leur objectivité, leur autonomie décisionnelle et leur intégrité professionnelle revêtent dans le rôle de l'État et dans la vie des citoyens.

[28] Les appelants voient la chose d'un tout autre œil. Comme je tenterai de le démontrer plus loin, cela deviendra vite évident en cours de négociation, leur position étant en somme que les juristes de l'État ne peuvent aspirer au même statut que les PPCP. Il en serait ainsi parce que les PPCP, à la différence des juristes, exercent selon plusieurs arrêts importants des fonctions quasi judiciaires, ils sont investis de pouvoirs discrétionnaires constitutionnellement protégés et dont certains découlent de la prérogative royale, et ils peuvent d'eux-mêmes, sans en répondre à qui que ce soit dans

²⁰ Je n'ignore pas que le sous-alinéa 2 f) 4° du *Code du travail*, RLRQ, c. C-27, exclut les procureurs aux poursuites criminelles et pénales de la définition du mot « salarié » que ce code utilise très fréquemment. Il n'en demeure pas moins qu'à tous égards, sauf sous un angle précis dont il sera question plus loin, soit celui de la subordination, les PPCP sont des salariés de l'État. Cette question du statut et de l'autonomie des PPCP était depuis longtemps préoccupante, comme le démontre le Rapport Rouleau de septembre 1986, intitulé *Rapport du comité d'étude sur la rémunération des substituts du Procureur général du Québec* et versé au dossier par les appelants.

²¹ Ce rapport d'un comité présidé par le P^r René Dussault, qui accédera à la Cour d'appel du Québec trois ans plus tard, date de 1986 et fut rédigé à la demande du ministère de la Justice du Québec.

une hiérarchie de la fonction publique, choisir, déposer ou retirer des chefs d'accusation, entamer une poursuite criminelle, la retirer ou procéder par acte d'accusation direct. Citée comme témoin par les appelants, Me Édith Lapointe, porte-parole du Conseil du trésor au cours des négociations, a soutenu que les PPCP sont personnellement comptables de leurs décisions, contrairement aux juristes travaillant sous la responsabilité de ministres qui doivent eux rendre des comptes²². En outre, elle a déclaré que la *Loi sur le régime des négociations collectives dans les secteurs public et parapublic*²³ s'applique à quelque 530 000 employés, dont les membres de l'intimée, et que « le gouvernement ne peut pas octroyer un nouveau régime s'il n'y a pas démonstration qu'il y a un statut particulier ». Sur ce point, le président du Conseil du trésor, Me Pierre Moreau, a lui-même emboîté le pas à Me Lapointe dans son témoignage en soulignant que, si l'on est incapable « de distinguer dans les fonctions des juristes de l'État une indépendance différente de celle » d'un ingénieur, d'une comptable, d'un infirmier, d'une économiste ou d'un actuaire, la majorité des deniers publics²⁴, ou une part substantielle d'entre eux, risque tôt ou tard d'être administrée par des tiers qui ne répondent pas de leurs décisions devant les électeurs.

[29] Ces questions, je n'en doute pas, sont sérieuses de part et d'autre. Comme je l'ai déjà dit, elles ont une portée à la fois théorique (si l'on se place aujourd'hui, laquelle de ces thèses sur les rôles respectifs des PPCP et des juristes a, le cas échéant, les assises historiques, juridiques et en particulier, constitutionnelles, les plus solides?) et empirique (qu'en est-il dans les faits de toutes les fonctions exercées par les juristes? doit-on toutes les assimiler les unes aux autres, ou existe-t-il parmi elles des différences assez significatives pour autoriser des distinctions dans les comparaisons à faire entre tels ou tels sous-groupes de juristes et le groupe des PPCP?). Me Moreau a témoigné qu'au cours de ses discussions avec les dirigeants de l'intimée, il a soulevé la question de la cohésion fonctionnelle au sein des unités de négociation pour lesquelles l'intimée est accréditée. Ces remarques auraient été mal reçues et perçues comme une ingérence déplacée dans les affaires internes de l'intimée. Je ne crois pas que l'on puisse les caractériser de la sorte, ni que l'on puisse donner pleinement ou partiellement raison à l'une ou l'autre des parties, si tant est que cela soit possible, sans prendre ces questions de face et y répondre en connaissance de cause. Invoquer l'indivisibilité de la Couronne, comme cela semble avoir été fait au cours de ces pourparlers tardifs, m'apparaît tout à fait insuffisant pour vider ces questions qui méritent un examen réfléchi et bien informé plutôt qu'une joute marquée par l'adhésion partisane à l'une ou l'autre des deux thèses en présence.

²² Le témoin Moreau, cité plus loin, a fait écho à ce propos, mentionnant que les juristes ont une obligation de compétence, mais qu'en dernière analyse la responsabilité administrative ou politique d'une décision à laquelle ils ont contribué par leurs conseils incombe, respectivement, au sous-ministre ou au ministre.

²³ RLRQ, c. R-8.2.

²⁴ Selon ce même témoin, environ 60 % du budget de l'État est attribué à sa masse salariale.

C. Déroulement et teneur des négociations de 2015-2017

[30] Bien que l'exercice puisse sembler fastidieux, il convient, pour pleinement situer les choses en contexte, d'examiner de près et en ordre chronologique les demandes et contre-offres sur lesquelles les parties ont négocié de janvier 2015 à février 2017. Avant de le faire, cependant, je veux revenir sur le contenu de la Lettre d'entente no. 5, déjà mentionnée plus haut. Elle date du 7 juillet 2011 et donc d'une ronde de négociations antérieure à celle qui nous intéresse plus directement ici. Cela m'apparaît approprié puisque, en un sens, tout le cycle de négociations commencé au début de 2015 s'inscrit dans le prolongement direct plutôt que lointain de cette entente. Voici ce qu'elle prévoyait :

Lettre d'entente concernant la réforme du régime de négociation avec
l'Association des juristes de l'État

Le gouvernement du Québec et l'Association des juristes de l'État conviennent de mettre sur pied, à la date de la signature de l'entente modifiant la convention collective 2010-2015 des avocats et notaires, un comité patronal-syndical composé d'un maximum de deux représentants de chacune des deux parties dont le Secrétaire associé au Sous-secrétariat au personnel de la fonction publique du Secrétariat du Conseil du trésor et le Président ou le Vice-président de l'Association des juristes de l'État, afin de discuter de la réforme du régime de négociation.

Ce comité adopte les règles de fonctionnement appropriées pour l'exécution de ce mandat. À cette fin, chaque partie peut notamment s'adjoindre, au besoin, les personnes qu'elle juge nécessaires. Le comité doit déposer ses recommandations aux parties dans les 12 mois suivant sa mise sur pied.

Après le dépôt des recommandations, les parties ont six mois pour convenir des suites à donner.

Dans le cadre de son mandat, le comité devra déterminer les éléments sur lesquels porteraient les travaux d'un nouveau comité présidé par un tiers indépendant, désigné par les parties. Les recommandations formulées par le comité pourraient être approuvées, modifiées ou rejetées en tout ou en partie par le gouvernement.

Il ressort de la preuve que, malgré quelques rencontres du comité en question et l'échange de documents les 11 septembre, 2 octobre et 19 novembre 2013, un net désaccord sur la portée de cette lettre émergea assez rapidement entre les parties, au point qu'on peut douter qu'il y ait véritablement eu à l'origine une entente sur quelque chose. L'intimée, qui gardait dans sa mire le régime des PPCP, y voyait un engagement de la part du gouvernement, celui de réformer en ce sens le régime de négociation

mentionné dans l'entête. Le gouvernement y voyait plutôt une entente sur un processus qui, selon le cas, pourrait ou non mener à un accord entre les parties sur d'éventuels aménagements au régime en question. Le 17 avril 2014, dans la foulée des dernières démarches de l'intimée, et sollicitant du gouvernement une réaction à une précédente communication, son président écrivait à la secrétaire associée du Conseil du trésor et concluait en disant qu'à défaut d'une réponse satisfaisante dans le délai indiqué, « nous comprendrons [...] que vous rejetez notre proposition de réforme et que les travaux réalisés dans le cadre de la lettre d'entente numéro 5 auront été un échec ». Les choses en restèrent là et l'intimée, ayant annoncé qu'elle continuerait sa campagne par d'autres moyens, ne jugea pas utile de déposer un grief pour solder cet échec.

[31] Le premier dépôt d'une proposition syndicale survient le 29 janvier 2015, le document comporte 129 pages, dont les toutes dernières sont libellées LETTRE D'INTENTION NUMÉRO 2 CONCERNANT LA RÉFORME DU RÉGIME DE NÉGOCIATION DES JURISTES DE L'ÉTAT, que j'identifierai dorénavant comme « la Lettre d'intention no. 2 ». Il n'est question dans cette lettre que de ce qui suit. Quatre choses sont à retenir. D'abord, sur le plan de la forme, la proposition suit de très près la *Loi 40*²⁵ dont elle emprunte textuellement non moins de 26 dispositions. Sur le plan du fond, ensuite, la proposition prévoit que l'intimée renonce « à la grève ou à un ralentissement ou une diminution concertée des activités normales de travail ». Si, au bout de 270 jours, les négociations entre les parties n'aboutissent pas à une entente, le volet normatif est renvoyé à un arbitre dont la sentence constitue une recommandation au gouvernement; celui-ci, dans le délai prévu, doit alors « approuver, modifier ou rejeter en tout ou en partie » cette recommandation et rendre publics les motifs de sa décision. En ce qui concerne le volet salarial, la question est renvoyée à un comité tripartite inspiré de celui des PPCP, comité qui dans le délai prévu remet un « rapport » contenant ses « recommandations »; ce rapport est déposé auprès de l'Assemblée nationale qui « par résolution motivée [peut] approuver, modifier ou rejeter en tout ou en partie les recommandations du comité ». Comme on le voit, les articles 12.16 et 19.15 de la *Loi 40*, dispositions qui sont en quelque sorte le nerf de la guerre dans cette loi, sont calqués mot à mot par les articles 10 et 29 de cette proposition syndicale. Un dernier point, mais névralgique : la proposition est précédée de quelques considérants et d'un paragraphe dont une partie énonce ceci : « En conséquence, le gouvernement du Québec [...] s'engage à déposer au plus tard, le (date à déterminer), un projet de loi à l'Assemblée nationale visant la réforme du régime de négociation avec les juristes représentés par [l'intimée]. »

[32] Il se trouve que, le 30 janvier, lendemain du dépôt de cette proposition, la Cour suprême du Canada rendait jugement dans l'affaire *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*²⁶ (« l'arrêt *Saskatchewan Federation* »). C'est un arrêt dont il sera

²⁵ *Supra*, note 15.

²⁶ 2015 CSC 4.

beaucoup question dans la suite de ces motifs et dont on verra bientôt la grande pertinence.

[33] Le 16 février, le gouvernement dépose sa proposition initiale. Elle porte sur 21 sujets qui vont des « échelles de traitement » aux « accidents du travail et maladies professionnelles » en passant par le « régime de retraite ». Mais on n'y trouve rien en réponse à la Lettre d'intention no. 2 du 29 janvier.

[34] Le 29 mai, l'intimée dépose une nouvelle proposition de 133 pages où sont abordés les sujets identifiés par le gouvernement le 16 février précédent, de même que plusieurs autres. Le document se termine par la Lettre d'intention no. 2, presque identique à celle déposée le 29 janvier. Il lui apporte toutefois une modification d'envergure : cette nouvelle version confère au comité le pouvoir de « déterminer » la rémunération des juristes et ces « conclusions » du comité « lient le gouvernement », qui est tenu de les mettre en œuvre dans le délai prescrit. Il est constant que cette nouvelle proposition soit la conséquence de la lecture que les dirigeants de l'intimée font de l'arrêt *Saskatchewan Federation*.

[35] Réagissant à la Lettre d'intention no. 2 environ un mois plus tard, le gouvernement se manifeste le 6 juillet. Selon les termes de la chronologie versée au dossier de première instance par les appelants, le gouvernement, ce jour-là, informe l'intimée « de sa position selon laquelle il ne voit pas en quoi il pourrait être justifié de reconnaître aux salariés qu'elle représente un régime de négociation différent de celui prévu par le *Code du travail*. » Cela a l'avantage d'être clair.

[36] Vers la fin août, et à titre exploratoire, l'intimée sonde le gouvernement par représentants interposés, et se dit prête à accepter ses offres salariales d'alors si en contrepartie il accepte la proposition du 29 mai précédent. Elle se heurte à un refus.

[37] Le 23 novembre, l'intimée revient sur la Lettre d'intention no. 2 et en assouplit les termes. Elle fait une concession en ce que le processus d'arbitrage permanent envisagé par la proposition du 29 mai 2015 cesse de l'être. Lui est substitué un processus d'arbitrage qui liera les parties pour les quatre conventions successives qui seront conclues à compter du 1^{er} avril 2015. Pour la cinquième convention, l'arbitre ou l'arbitre médiateur saisi des conditions normatives fera une recommandation au gouvernement, que celui-ci sera libre d'accepter, de refuser ou de modifier. Pour la cinquième convention, les recommandations du comité sur la rémunération seront déposées par le ministre de la Justice à l'Assemblée nationale. Celle-ci, par résolution, pourra approuver, modifier ou rejeter en tout ou en partie ces recommandations. En l'absence d'une telle résolution dans les 45 jours du dépôt des recommandations, celles-ci seront intégrées à la convention collective.

[38] Le 13 décembre, l'intimée présente verbalement une nouvelle proposition au négociateur du gouvernement. Nous n'avons au dossier que l'aide-mémoire du gouvernement qui fait état de ce qui suit :

Nouvelle modification à la Lettre d'entente numéro 2; un arbitrage liant (la décision du comité de rémunération doit être appliquée) et deux arbitrages subséquents non liants (c.-à-d. comité de rémunération qui fait des recommandations pour adoption, rejet ou modification par l'Assemblée nationale).

Nouvelle modification à la Lettre d'entente numéro 2 : proposition exploratoire portant sur un comité de rémunération qui fait des recommandations aux neuf membres du Bureau de l'Assemblée nationale lesquels peuvent, par décision unanime, rejeter ou modifier les conclusions du comité. À défaut d'unanimité, les recommandations du comité sur la rémunération seraient mises à exécution.

Il ressort par ailleurs d'une décision du TAT mentionnée plus haut²⁷ que le mouvement demeurerait possible du côté de l'intimée, alors même qu'elle n'avait encore reçu rien de concret en réponse à sa proposition du mois de mai. Voici ce qu'il en est :

[206] Dans la soirée du 13 décembre 2016, Me Bruneau [porte-parole de l'intimée à la table de négociation] informe son vis-à-vis qu'il désire lui présenter une nouvelle proposition. Une rencontre est fixée dès le lendemain.

[207] La proposition syndicale porte uniquement sur la réforme du régime de négociation. Elle constitue la seule réponse de LANEQ aux offres relatives aux conditions de travail de ses membres déposées par le gouvernement, le 30 novembre 2016.

[208] Une première proposition « officielle » préconise désormais un comité de rémunération dont les conclusions lient le gouvernement pour la prochaine convention collective (2015-2019), mais pas pour les deux prochaines (2019-2023/2023-2027). On se rappellera que la dernière proposition syndicale prévoyait quatre conventions collectives sur cinq dont les conclusions du comité de rémunération et celles de l'arbitre seraient liantes.

[209] Advenant un accord de la partie patronale, LANEQ accepte le régime d'assurance traitement que propose le Conseil du trésor, réglant ainsi le volet normatif pour la convention 2015-2019. Quant au volet normatif des conventions collectives subséquentes, il serait soumis à un arbitrage liant en cas de mésentente pour 2019-2023 alors que pour 2023-2027 et 2027-2031, l'arbitrage ne serait pas liant.

²⁷ *Supra*, note 3.

[39] Je reviens maintenant au 1^{er} septembre 2015. Entre cette dernière date et le 16 avril 2016, les discussions se poursuivirent et le gouvernement déposa six nouvelles propositions. Elles traitaient toutes des modalités des conditions de travail, principalement à partir du contenu de la convention collective venue à échéance le 31 mars 2015. On constate cependant qu'il n'était nulle part fait allusion dans ces propositions à la Lettre d'intention no. 2. Une médiation conforme au *Code du travail*, et demandée par l'intimée le 19 avril 2016, demeure sans résultat, comme en fait foi le rapport du médiateur daté du 11 juillet suivant.

[40] Les négociations se poursuivent, mais avec difficulté. Au sortir d'une rencontre du 7 janvier 2017 entre Me Jean Denis, le président de l'intimée, et Me Lapointe, déjà mentionnée ci-dessus au paragraphe [28], cette dernière observe que « l'écart était gigantesque sur la lecture du statut ». Et plus loin, elle ajoute en témoignant : « C'est un dialogue un peu de sourds, parce que chacune des parties, je fais partie de la partie gouvernementale, on est convaincu de nos arguments. »

[41] Le 11 janvier, Me Lapointe et Me François Perron, qui représente le gouvernement à la table de négociation, sont autorisés à entreprendre de nouveaux pourparlers à titre exploratoire. Il s'agit pour eux d'évoquer la possibilité d'ouvrir ce qu'ils qualifient de « troisième voie ». Elle permettrait de créer un groupe de travail (ou un comité d'étude) qui ferait rapport sur le statut des avocats et notaires représentés par l'intimée. Jusque-là, semble-t-il, on se contente de revenir à la Lettre d'entente no. 5. Mais le rapport de ce groupe de travail serait rendu public, et de fait, dans une proposition formelle et écrite du 24 janvier, la position se précise. Le groupe de travail aurait douze mois pour terminer les deux volets de son mandat²⁸ et son rapport serait public. L'intimée considère comme insatisfaisante cette proposition d'un rapport qui ne lie pas le gouvernement, ce à quoi Me Lapointe répondit, selon son témoignage, que la concession du gouvernement était pourtant importante²⁹.

[42] Le 6 février, l'intimée revient à la charge avec une nouvelle proposition de Lettre d'entente qui prévoit la constitution d'un « Comité sur le rôle, le statut, le régime de négociation et le processus de détermination de la rémunération des avocats et notaires » représentés par l'intimée. Ce comité serait composé d'un représentant de

²⁸ Le Volet A est ainsi défini : « D'analyser les fonctions et responsabilités exercées par les avocats et notaires de l'État employés du gouvernement en considérant les positions des parties. » Le Volet B est ainsi défini : « De statuer, après l'analyse des éléments, s'il existe un caractère distinctif des avocats et notaires de l'État à l'égard des autres employés de la fonction publique et des procureurs, justifiant d'apporter des modifications au régime actuel de négociation. »

²⁹ « ... [J]e me rappelle d'avoir répondu « Écoutez, c'est pas neutre, là, lorsqu'on accepte que le rapport, ce rapport-là, qu'il vous donne raison sur votre thèse ou en tout cas, en bonne partie raison, bien il y a le rapport de force, là, qui s'exerce, le rapport devient public. » Alors, pour nous, je disais, c'est un rapport extrêmement important pour le gouvernement de confier à un tiers la décision de statuer, encore une fois, sur le statut, mais le gouvernement a aussi accepté d'être transparent puis de faire en sorte que la population et j'allais dire le monde juridique, soient informés de ce rapport-là. »

chaque partie et d'un juge à la retraite. Il présenterait des garanties d'objectivité, de compétence et d'efficacité que l'intimée décrit en détail et il se prononcerait sur deux questions³⁰. Par la suite, élément déterminant, l'intimée et le gouvernement seraient liés par les conclusions majoritaires du comité et le gouvernement s'engagerait à soumettre à l'Assemblée nationale un projet de loi pour leur mise en œuvre.

[43] Parallèlement à ces discussions au sujet d'une « troisième voie » et centrées sur le régime de négociation, les parties échangent également sur le volet salarial. Lors d'une conversation en janvier entre Me Jean Denis et Me Pierre Moreau, tous deux avaient cru entrevoir qu'une entente était possible, voire probable, sur le volet salarial. La demande de l'intimée visait pour ses membres une parité salariale avec le traitement des PPCP. Le gouvernement, à ce stade, réplique par une offre de parité entre les deux groupes, mais une parité de la « rémunération globale », notion plus inclusive que le salaire parce qu'elle tient également compte des cotisations au régime de retraite. Les discussions à ce sujet ne débloquent pas, semble-t-il, à cause d'un malentendu ou d'un désaccord sur ce que signifie exactement la notion de « rémunération globale ».

[44] Le gouvernement réagit le 23 février à la Lettre d'entente déposée le 6 février par l'intimée. Il lui revient avec une nouvelle proposition. Le mandat du groupe de travail demeure le même que dans la proposition du 24 janvier, mais les idées d'objectivité, de compétence et d'efficacité sont empruntées, presque intégralement, à la proposition que l'intimée avait déposée le 6 février précédent. Le rapport demeure public, comme dans la proposition gouvernementale du 24 janvier. Mais un nouvel élément y figure, signalant dans la position du gouvernement un déplacement *a priori* peut-être encourageant pour l'intimée :

Si la majorité des membres du groupe de travail concluent (sic) au caractère distinctif justifiant d'apporter des modifications au régime actuel de négociation, le gouvernement s'engage à prendre des mesures qui tiendront compte des conclusions du rapport.

Trois jours plus tard, soit le 26, l'intimée dépose une nouvelle proposition. Avec le recul du temps et ce que l'on sait aujourd'hui, l'intimée peut avoir eu de bonnes raisons de se méfier de la toute dernière réaction du gouvernement à ce qu'elle proposait. Il y a de

³⁰ 1. Quelles sont les fonctions et les responsabilités des avocats et notaires de l'État québécois?
2. Après avoir analysé les fonctions et responsabilités des avocats et notaires de l'État québécois, les conclusions du comité ci-dessous constitué devront porter sur l'opportunité de l'instauration, pour les avocats et notaires de l'État québécois, d'une réforme du régime de négociation et d'un processus de détermination de la rémunération similaire ou équivalent à celui des avocats des secteurs civil, public, criminel et pénal des diverses juridictions canadiennes y compris des procureurs aux poursuites criminelles et pénales exerçant au Québec?

nettes indications au dossier que la contre-proposition du gouvernement aurait pu mener au même résultat que celui des discussions avortées autour de la Lettre d'entente no. 5³¹.

[45] Les éléments relatifs au Comité sur le rôle, le statut, le régime de négociation et le processus de détermination de la rémunération des avocats et notaires restent substantiellement identiques à ceux qui apparaissaient dans la proposition du 6 février – l'intimée se contente de remanier légèrement la liste des facteurs que le Comité peut prendre en considération dans ses travaux. Mais s'y ajoute une autre proposition de lettre d'entente, celle-ci relative à la parité de traitement. À défaut d'accord, l'une ou l'autre des parties pourrait confier « à l'Institut de la statistique du Québec [la responsabilité] de produire [...] un rapport quant à la constatation de l'écart de la rémunération globale entre les avocats et notaires et les procureurs aux poursuites criminelles et pénales afin d'émettre ses recommandations quant au pourcentage ou des montants d'augmentation du traitement et autre rémunération. » Ce volet de la proposition est mal reçu par le gouvernement, pour qui, en principe, il ne peut être question de confier à un tiers un exercice d'évaluation comparative des échelles de rémunération globale.

[46] Enfin, le 27 janvier, jour du dépôt de projet de la *Loi 2017* à l'Assemblée nationale, le gouvernement remanie à son tour la liste des facteurs que le « Comité de travail » (ce n'est plus un « groupe de travail ») peut prendre en considération dans ses travaux : il ajoute un quinzième facteur, « tout autre facteur que le Comité estime pertinent ».

[47] Je rappelle que le lendemain est le jour d'entrée en vigueur de la *Loi 2017*.

III. JUGEMENT ENTREPRIS

[48] Après avoir procédé à une revue exhaustive des faits pertinents et avoir décrit le cadre législatif des relations de travail dans le secteur public et parapublic, la juge de première instance reproduit les conclusions recherchées et identifie les différentes questions en litige³².

[49] Se fondant en premier lieu sur l'arrêt *Saskatchewan Federation*³³, la juge conclut que les articles 4 à 10 de la *Loi 2017* constituent une entrave substantielle à la liberté d'association parce qu'ils perturbent l'équilibre des rapports de force entre les salariés et l'employeur et qu'ils entraînent une interférence substantielle sans processus véritable

³¹ Témoignant au procès, Me Pierre Moreau a remarqué que l'engagement du gouvernement de « prendre des mesures qui tiendront compte des conclusions du rapport » ne signifie « pas nécessairement une modification du régime de négociation », cette phraséologie, selon lui, donnant plusieurs autres options au gouvernement. Il précise à ce sujet « ... je suis avocat, si j'avais voulu dire que je vais adopter une loi, j'aurais écrit « Oui, on va adopter une loi », on l'a pas écrit. Si on avait voulu dire « Et on va apporter une modification au régime », on l'aurait écrit, on l'a pas écrit... ».

³² Une conclusion ajoutée lors d'une troisième modification du pourvoi en contrôle judiciaire est reproduite au paragr. 271 des motifs.

³³ *Supra*, note 26.

de négociation. Il s'ensuit que la demanderesse (ici, l'intimée) a démontré l'existence d'une entrave substantielle au droit de grève³⁴. Elle rejette ensuite les arguments offerts par les défendeurs (ici, les appelants) sur la question de l'entrave substantielle. Selon ces derniers, le processus de négociation véritable avait déjà été pleinement exercé et, vu l'impasse entre les parties, la prolongation de la grève ne pouvait plus faire progresser les négociations. Sur le premier point, la juge s'inspire d'un jugement de la Cour supérieure de l'Ontario, *Canadian Union of Postal Workers v. Her Majesty in Right of Canada*³⁵ (« *Postal Workers* ») et elle écarte l'idée qu'il puisse y avoir une échéance à l'exercice valide d'un droit garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *CCDL*). Elle réfute le second point en notant que l'écart important entre les positions des parties en début de négociation s'était amenuisé par la suite et que des concessions appréciables étaient apparues après l'exercice par l'intimée de son droit de grève.

[50] La juge se tourne ensuite vers l'article premier de la *CCDL* et entreprend l'analyse dictée par l'arrêt *R. c. Oakes*³⁶. Les appelants avaient établi de façon prépondérante les perturbations importantes qu'avait engendrées une grève des juristes d'une durée de quatre mois. En effet, la gestion des dossiers dans les organismes de régulation et dans les tribunaux administratifs ainsi que l'étude et la rédaction des projets de loi souffraient de nombreux retards, comme l'analyse au gouvernement de documents juridiques importants. Les remises de causes devant les tribunaux administratifs et judiciaires engendraient d'autres délais pernicious et annonçaient un éventuel engorgement des rôles. La juge en vient donc à la conclusion que la démonstration a été faite de préoccupations urgentes et réelles de la part du gouvernement et que vouloir y apporter une réponse législative constituait un objectif légitime.

[51] En ce qui concerne à l'analyse de la proportionnalité des mesures adoptées par le gouvernement, la juge rappelle que la notion de proportionnalité soulève trois questions : « (1) existe-t-il un lien rationnel entre les moyens choisis et l'objectif; (2) la loi porte-t-elle atteinte de façon minimale au droit violé; (3) les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la loi sont-ils proportionnels entre eux? »³⁷ La reprise des services juridiques après l'adoption de la *Loi 2017* fait voir que le premier critère est satisfait.

[52] Il en va différemment du second critère, celui de l'atteinte minimale. Cette exigence n'est pas respectée pour plusieurs raisons que la juge développe dans ses motifs. La *Loi 2017* retire le droit de grève sans prévoir de mécanisme de règlement des différends véritable et efficace. Elle retire ce droit et elle interdit la participation à toute action concertée pendant une période de trois ans, sans autrement justifier cette durée. Le gouvernement n'a pas présenté de demande concernant une modification des services

³⁴ *Id.*, paragr. 94 à 102.

³⁵ 2016 ONSC 418, paragr. 185.

³⁶ [1986] 1 R.C.S. 103.

³⁷ *Supra*, note 1, paragr. 149, citant *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, paragr. 79.

essentiels, ce qu'il aurait pu faire. Le cumul des mesures administratives, civiles et pénales à titre de sanction en cas de non-respect de la *Loi 2017* de même que la modification des critères d'autorisation de l'action collective prévus au *C.p.c.* sont des mesures excessives ou sans justification. La juge note aussi qu'aux termes de la *Loi 2017*, les conditions de travail qui sont imposées sont inférieures aux dernières offres patronales à la table de négociation.

[53] Puis, la juge enchaîne sur le poids relatif des effets bénéfiques ou préjudiciables de la *Loi 2017*, estimant au terme de son analyse que les premiers ne compensent pas suffisamment les seconds. La *Loi 2017* aura permis d'assurer la continuité des services juridiques au sein du gouvernement, la reprise de ceux destinés à une clientèle vulnérable, la sécurité juridique de l'État québécois, la relance des opérations législatives et réglementaires ainsi que la cessation du report des dossiers devant différentes instances. Par contre, ces bénéfices sont temporaires. Le 31 mars 2020, la question du statut des juristes de l'État québécois demeurera sans réponse satisfaisante, un point sur lequel le conflit entre les parties continuera d'être entier. En outre, depuis l'adoption de la *Loi 2017*, les relations entre l'État québécois et les juristes, ainsi que le lien de confiance entre eux, se sont dégradés. Aucun autre mécanisme n'a été mis en place pour résorber l'accumulation des tensions entre les parties.

[54] Si elle donne raison à l'intimée sur l'invalidité de la *Loi 2017*, la juge considère qu'il n'y a pas lieu de lui accorder des dommages-intérêts compensatoires et punitifs. Selon la juge, l'intimée n'a pas démontré que le législateur s'est comporté de manière clairement fautive, a agi de mauvaise foi ou a abusé de son pouvoir en adoptant la *Loi 2017*. Elle rejette aussi la demande de l'intimée qui souhaitait obtenir une ordonnance pour la mise en place d'un véritable mécanisme de règlement des différends; il appartiendra aux parties de s'entendre sur un tel mécanisme, ou au législateur d'en prévoir un à leur place.

[55] En l'absence de représentations sur ce dernier point, la juge est d'avis qu'il n'y a pas lieu de suspendre la déclaration d'inconstitutionnalité qu'elle prononce dans le dispositif de son jugement.

IV. POSITION DES PARTIES EN APPEL

[56] Dans leur pourvoi, les appelants identifient quatre questions en litige :

A. La Cour supérieure a-t-elle erré en déterminant que l'intimée exerçait un droit bénéficiant d'une protection constitutionnelle?

B. La Cour supérieure a-t-elle appliqué le test de l'analyse contextuelle et factuelle exigé selon la règle de droit énoncée par la Cour suprême quant à la détermination d'une entrave substantielle?

C. La Cour supérieure a-t-elle erré en droit en concluant au non-respect du critère de l'atteinte minimale dans l'analyse du test de la proportionnalité?

D. La Cour supérieure a-t-elle erré en droit en pondérant les effets bénéfiques et préjudiciables de la *Loi 2017* dans l'analyse du test de la proportionnalité?

[57] L'intimée répond à cela que, bien recadré, l'appel principal ne soulève que deux questions, qu'elle formule ainsi :

A. La Cour supérieure a-t-elle erré en concluant que la *Loi 2017* porte atteinte au droit de grève?

B. La Cour supérieure a-t-elle erré en concluant que l'atteinte au droit de grève n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*?

[58] Dans son pourvoi incident, l'intimée et appelante incidente présente trois questions, qu'elle formule en ces termes :

A. La Cour supérieure a-t-elle erré en concluant qu'elle ne pouvait pas ordonner la mise en place d'un mécanisme de règlement des différends à titre de réparation?

B. La Cour supérieure a-t-elle erré en n'examinant pas l'opportunité d'octroyer la réparation demandée?

C. La Cour supérieure a-t-elle erré en n'octroyant pas la réparation demandée, nécessaire dans les circonstances pour réparer efficacement la violation des droits fondamentaux des avocats et notaires de l'État?

[59] À leur tour, les appelants et intimés incidents modifient la formulation adoptée par la partie adverse et soutiennent que le pourvoi incident ne soulève en réalité que deux questions :

A. La Cour supérieure pouvait-elle ordonner la mise en place d'un mécanisme de règlement des différends?

B. La Cour supérieure devait-elle examiner l'opportunité d'octroyer la réparation demandée par LANEQ?

V. FOND DES POURVOIS

[60] Sans doute convient-il d'abord de rappeler en les citant au texte les deux dispositions, constitutionnelle et quasi constitutionnelle, qui doivent nous guider ici. La *CCDL* énonce :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

[...]

d) liberté d'association.

2. Everyone has the following fundamental freedoms :

[...]

(d) freedom of association.

La *CDLP* prévoit quant à elle :

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales tels [...] la liberté d'association.

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including [...] freedom of association.

Rien ne permet de penser que le pourvoi et le pourvoi incident pourraient aboutir à des résultats différents selon que l'on fixe son attention sur le premier ou le second de ces textes. L'issue des pourvois serait la même dans les deux cas, la liberté d'association dont il est question ici étant une seule et même chose en vertu de ces deux textes.

[61] Avant d'entreprendre l'étude des moyens soulevés par les parties, je vais m'arrêter un peu plus longuement sur l'arrêt *Saskatchewan Federation* parce qu'il me paraît revêtir une importance toute particulière ici.

A. Effets du revirement opéré par l'arrêt *Saskatchewan Federation*

[62] Il importe, en premier lieu, de bien mettre en évidence où se situe cet important arrêt³⁸ dans l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle.

[63] La Cour suprême se prononce dans cet arrêt sur deux lois adoptées en 2008 par la législature de la Saskatchewan, *The Public Service Essential Services Act* (« la *PSESA* ») et *The Trade Union Amendment Act, 2008*. Cette dernière loi, dont la Cour confirme la validité, n'a que peu de pertinence dans le débat en cours et il en sera à peine question dans ce qui suit. La *PSESA*, en revanche, revêt ici une importance décisive. Avant son adoption, il n'existait pas en Saskatchewan de régime législatif permanent pour encadrer les grèves du secteur public. Le législateur intervenait plutôt de manière ponctuelle, comme il le fit par exemple en 1999, alors que quelque 8 400 infirmières et infirmiers s'étaient mis en grève. Destinée à combler cette lacune en interdisant la grève de salariés désignés comme prestataires de « services essentiels », la *PSESA* contenait une définition large et générique de la notion de « services essentiels ». Elle définissait aussi l'expression « employeur public » de manière à viser le gouvernement de la province et diverses entités du secteur public ou parapublic comme les municipalités ou les universités. Aux termes de la loi, les employeurs publics autres que le gouvernement étaient invités à négocier une liste de services essentiels avec le syndicat représentant leurs salariés. À défaut d'une telle entente, l'employeur pouvait alors les désigner

³⁸ *Supra*, note 26.

unilatéralement et pouvait en tout temps modifier à la hausse ou à la baisse le nombre de salariés ainsi désignés. Le gouvernement, pour sa part, fixait unilatéralement par règlement la liste de ses services essentiels. Il pouvait aussi, par règlement, préciser qui, conformément à la définition des termes « employeur public », se rangeait dans la catégorie de « tout autre organisme, personne ou agence ou catégorie d'organismes, de personnes ou d'agences » qui fournit un service essentiel au public.

[64] Par ailleurs, la Saskatchewan Labour Relations Board se voyait conférer compétence pour réviser les effectifs de salariés compris dans un service essentiel, mais elle n'avait aucun pouvoir pour examiner ce qui est ou n'est pas un service essentiel.

[65] Dans l'arrêt que prononce la Cour, la juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Cromwell et Karakatsanis se rangent à l'avis majoritaire sous la plume de la juge Abella, pour qui la *PSESA* est inconstitutionnelle. Les juges Rothstein et Wagner, dissidents en partie, partagent l'avis de leurs collègues sur la validité de la *The Trade Union Amendment Act, 2008*, mais estiment que la *PSESA* est elle aussi valide.

[66] Trois choses sont surtout à retenir de cet arrêt qui mérite d'être lu attentivement. Je pourrais en citer ici de longs extraits, mais je m'abstiendrai de le faire et tenterai d'aller rapidement à l'essentiel.

[67] Premièrement, et c'est l'aboutissement ou le parachèvement d'une évolution commencée plusieurs années auparavant, il y a ici un net revirement jurisprudentiel.

[68] Cette conclusion s'impose parce que les propos qu'avait tenus le juge en chef Dickson en dissidence dans le *Renvoi albertain*³⁹ deviennent ici l'état du droit canadien. On se souviendra que ce renvoi portait sur la constitutionnalité de trois lois albertaines qui, dans différentes parties du secteur public, interdisaient la grève et imposaient un arbitrage obligatoire, tout en restreignant la portée de cet arbitrage et en rendant obligatoire la considération par les arbitres de certains facteurs précis. Ajoutant leurs propres observations, qui sont très brèves, les juges Beetz, La Forest et Le Dain partagent l'avis de leur collègue le juge McIntyre, auteur des principaux motifs majoritaires. Le juge en chef Dickson et la juge Wilson sont dissidents (et le juge Chouinard, qui avait assisté à l'audience, ne participe pas au jugement). Cet avis de la Cour suprême fut rendu quelques années seulement après l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la jurisprudence a beaucoup évolué depuis. Il s'agissait dans ce renvoi, pour reprendre les termes du juge Le Dain⁴⁰, de décider si la liberté d'association « ne comprend pas, dans le cas d'un syndicat, la garantie du droit de négocier collectivement et du droit de faire la grève ». Les quatre juges majoritaires répondent ainsi à ces deux questions : la liberté d'association n'embrasse ni le droit de

³⁹ *Supra*, note 5.

⁴⁰ *Id.*, p. 390.

négocier collectivement ni celui de faire la grève. On voit qu'on est loin de la jurisprudence récente.

[69] Or, ce sont les motifs du juge en chef Dickson qui font maintenant jurisprudence et en répondant aux deux questions identifiées par le juge Le Dain, le juge Dickson parvient à la conclusion inverse. Au terme d'un long tour d'horizon sur la liberté d'association en droit interne, comparé et international, le juge Dickson écrit⁴¹ :

Dans notre régime actuel de relations du travail, la protection constitutionnelle efficace des intérêts des associations de travailleurs dans le processus de négociation collective requiert la protection concomitante de leur liberté de cesser collectivement de fournir leurs services, sous réserve de l'article premier de la Charte.

Puis, après avoir noté qu'il y a bien un lien rationnel entre, d'une part, l'interdiction imposée aux agents de police et aux pompiers de faire la grève et, d'autre part, l'objectif législatif du maintien des services essentiels, il ajoute néanmoins ceci⁴² :

Manifestement, si le droit de grève devait être refusé et s'il n'était remplacé par aucun moyen efficace et juste de résoudre les conflits de travail, les employés se verraient refuser tout apport susceptible d'assurer des conditions de travail équitables et décentes et le droit des relations de travail s'en trouverait faussé entièrement à l'avantage de l'employeur. C'est pour cette raison que l'interdiction législative de la grève doit s'accompagner d'un mécanisme de règlement des différends par un tiers. Je suis d'accord avec ce que dit l'Alberta International Fire Fighters Association à la p. 22 de son mémoire, savoir qu'« Il est généralement reconnu qu'employeurs et employés doivent être sur un pied d'égalité en situation de grève ou d'arbitrage obligatoire lorsque le droit de grève est retiré ». Le but d'un tel mécanisme est d'assurer que la perte du pouvoir de négociation par suite de l'interdiction législative des grèves est compensée par l'accès à un système qui permet de résoudre équitablement, efficacement et promptement les différends mettant aux prises employés et employeurs.

En somme, il s'agit de rétablir, sans doute artificiellement et par ce qui à l'évidence n'est qu'un moyen de substitution, le rapport de force initial lorsque les parties traitaient encore d'égal à égal dans leur situation particulière⁴³. En citant ainsi à plusieurs reprises le juge Dickson, et en présentant comme rejeté (en anglais, *overruled*) l'avis des juges majoritaires dans le *Renvoi albertain*, les juges majoritaires de l'arrêt *Saskatchewan*

⁴¹ *Id.*, p. 371.

⁴² *Id.*, p. 380.

⁴³ « Dans leur situation particulière » en ce sens que traiter véritablement d'égal à égal est rarement la norme et que la situation de départ de chaque partie est fréquemment à l'avantage de l'une et au détriment de l'autre. Mais celle qui n'a pas cet avantage a néanmoins des droits.

Federation se donnent une assise pour opérer, comme je le disais plus haut, un net revirement jurisprudentiel.

[70] Une deuxième chose à retenir de l'arrêt *Saskatchewan Federation* est le compte rendu qu'on y trouve de l'histoire du droit de grève au Canada et de l'évolution de la jurisprudence consacrée à l'interprétation de l'alinéa 2d) de la *CCDL* depuis son adoption.

[71] Le premier de ces deux aspects avait déjà été longuement étudié par le juge en chef Dickson dans le *Renvoi albertain*. En ce qui concerne le droit de grève en tant que tel, il est certain que celui-ci existait au Canada, et qu'il y était diversement encadré par de nombreuses lois, depuis bien longtemps avant 1982. En ce qui concerne le contenu de la liberté d'association constitutionnellement protégée et l'évolution de son interprétation, j'ai déjà cité un passage des motifs majoritaires de l'arrêt *Health Services* qui en donne une vue synthétique en quelques lignes⁴⁴.

[72] La juge en chef McLachlin et le juge LeBel étaient les auteurs des motifs majoritaires dans l'arrêt *Health Services* et ils le sont aussi dans l'arrêt *Police montée*⁴⁵, où ils réitèrent la même analyse dans un court passage que cite ici la juge Abella dans l'arrêt *Saskatchewan Federation* ⁴⁶ :

[30] La jurisprudence sur la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la Charte [compte] deux périodes importantes. La première s'est caractérisée par une interprétation restrictive de la liberté d'association. La seconde a, pour sa part, graduellement privilégié une interprétation généreuse et fondée sur l'objet de la garantie constitutionnelle.

Ce passage permet de déceler quelle fut l'orientation générale de la jurisprudence au cours de cette période de 1982 à aujourd'hui. Le *Renvoi albertain*, comme d'ailleurs l'arrêt *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*⁴⁷, reposait sur une conception de la liberté d'association sans lien particulier avec l'activité syndicale⁴⁸, une conception qui excluait la négociation collective de son champ d'application. L'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*⁴⁹ a une première fois, et de façon prudente, tourné en partie la page sur cette jurisprudence⁵⁰. Cela fut confirmé de manière plus explicite par l'arrêt *Health Services*,

⁴⁴ *Supra*, paragr. [12]

⁴⁵ *Supra*, note 11.

⁴⁶ *Supra*, note 26, paragr. 30; la citation reproduite ici provient de l'arrêt *APMO*, *supra*, note 11., est tiré de son paragraphe 30.

⁴⁷ [1990] 2 R.C.S. 367.

⁴⁸ Dans le *Renvoi albertain*, *supra*, note 5, le juge Le Dain écrivait à la p. 391 : « Les droits au sujet desquels on réclame la protection de la Constitution, savoir les droits contemporains de négocier collectivement et de faire la grève, qui comportent pour l'employeur des responsabilités et des obligations corrélatives, ne sont pas des droits ou libertés fondamentaux. »

⁴⁹ 2001 CSC 94.

⁵⁰ Voir en particulier, *id.*, paragr. 30 (motifs du juge Bastarache).

où la juge en chef McLachlin et le juge LeBel annoncent leurs conclusions en les mettant en exergue dans les termes suivants⁵¹ :

[19] Il s'agit en l'espèce de déterminer si la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la Charte protège le droit de négociation collective. Nous concluons que l'al. 2d) de la Charte protège la capacité des syndiqués de participer en groupe à la négociation collective des questions fondamentales liées au milieu de travail. Cette protection ne couvre pas tous les aspects de la « négociation collective » au sens où ce terme est employé dans les régimes légaux des relations du travail applicables dans tout le pays. Elle ne garantit pas non plus un résultat particulier d'un différend en matière de relations du travail ou l'accès à un régime légal précis. Elle protège simplement le droit des employés de s'associer dans le cadre d'une action collective visant à atteindre des objectifs liés au milieu de travail. Si le gouvernement entrave de façon substantielle l'exercice de ce droit, il contrevient à l'al. 2d) de la Charte : *Dunmore*. Nous constatons que le pourvoi ne concerne pas le droit de grève, dont il a été question dans des litiges antérieurs sur l'étendue du droit à la liberté d'association.

L'arrêt *Ontario (Procureur général) c. Fraser*⁵² (« Fraser ») va dans le même sens, quoique d'une manière encore une fois assez prudente. On voit qu'ainsi, avec le temps, et à partir d'une conception indéniablement réductrice en 1987, la protection constitutionnelle de la liberté d'association n'a cessé de devenir de plus en plus inclusive depuis lors.

[73] Quelques tempéraments doivent toutefois rester présents à l'esprit. La liberté d'association protège un droit à la négociation collective qui demeure un droit à portée restreinte. Il ne garantit pas l'atteinte de résultats particuliers à l'issue de la négociation⁵³. Il ne garantit pas non plus le droit de revendiquer un modèle particulier de relations du travail ou une méthode particulière de négociation⁵⁴. Qui plus est, pour y contrevenir, l'entrave créée par une loi doit être substantielle⁵⁵. Cela explique que tous les aspects de la négociation collective ne jouissent pas également de la protection constitutionnelle (certaines contraintes ou restrictions, étant de moins d'importance, ne constituent pas des « entraves substantielles »), et cela explique aussi que le droit en question peut ne pas garantir le maintien en place de conditions particulières dans le régime de négociation collective alors en vigueur⁵⁶. Voilà donc, sommairement brossé et pour les

⁵¹ *Supra*, note 4.

⁵² 2011 CSC 20.

⁵³ Arrêt *Health Services*, *supra*, note 4, paragr. 91.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Ainsi, selon l'un des arguments des appelants, l'intimée ici aurait invoqué la liberté d'association pour se doter du régime précis de son choix, et ce contre leur volonté. Je crois que, pour que l'argument ait quelque poids, il aurait fallu que l'intimée cible de façon beaucoup plus précise sa demande. Le sort fait à *The Trade Union Amendment Act, 2008* dans l'arrêt *Saskatchewan Federation*, *supra*, note 26,

seules fins des pourvois en cours, quel était l'état du droit sur l'alinéa 2d) lorsque l'arrêt *Saskatchewan Federation* fut rendu.

[74] Enfin, un troisième aspect de cet arrêt nous rapproche encore plus de l'enjeu des pourvois en cours : ce que la Cour suprême y dit du droit de grève tel qu'il doit maintenant se concevoir.

[75] Un paragraphe qui attire immédiatement l'attention dans les motifs de la juge Abella est celui où elle résume sa pensée et annonce, avant même d'entamer l'analyse détaillée des questions en litige, quel sera son point d'arrivée. Elle écrit :

[25] Lorsque le législateur limite le droit de grève d'une manière qui entrave substantiellement un processus véritable de négociation collective, il doit le remplacer par l'un ou l'autre des mécanismes véritables de règlement des différends couramment employés en relations de travail. La loi qui prévoit un tel mécanisme de rechange voit sa justification accrue au regard de l'article premier de la Charte. À mon avis, l'absence d'un tel mécanisme dans la PSESA représente ce qui, en fin de compte, rend les restrictions apportées par celle-ci inadmissibles sur le plan constitutionnel.

On retrouve ici la notion d'entrave substantielle introduite par les juges majoritaires dans le passage de l'arrêt *Health Services* déjà cité plus haut au paragraphe [72]. Mais à quoi s'apprécie cette « entrave substantielle », quelle en est la pierre de touche? Ici encore, l'éclaircissement vient de motifs conjoints rédigés par la juge en chef McLachlin et le juge LeBel, ceux cette fois-ci de l'arrêt *Police montée*⁵⁷ que la juge Abella reproduit dans une citation au paragraphe [77] de ses motifs :

[72] L'équilibre nécessaire à la poursuite véritable d'objectifs relatifs au travail peut être rompu de maintes façons. Des lois et des règlements peuvent restreindre les sujets susceptibles de faire l'objet de négociation ou imposer des résultats arbitraires. Ils peuvent interdire l'action collective des employés sans offrir de mesures de protection adéquate en compensation et réduire ainsi leur pouvoir de négociation. [...] Quelle que soit la nature de la restriction, il faut essentiellement déterminer si les mesures en question perturbent l'équilibre des rapports de force entre les employés et l'employeur que l'al. 2d) vise à établir, de telle sorte qu'elles

illustre la chose. Il ne peut faire de doute que cette loi rendait l'obtention et la préservation de l'accréditation plus difficiles, notamment en haussant de 25 % à 45 % la proportion d'appuis écrits reçus des salariés pour faire une demande, en écourtant de trois mois la période pour les obtenir, en abolissant l'octroi automatique de l'accréditation avec plus de 50 % d'appuis écrits reçus avant la demande et en assouplissant les conditions de révocation de l'accréditation. Pourtant, aux paragraphes 99 à 102 de ses motifs dans l'arrêt en question, la juge Abella confirme le rejet de la contestation constitutionnelle de cette loi, estimant qu'il n'y a pas ici une entrave substantielle à la liberté d'association.

⁵⁷ *Supra*, note 11.

interfèrent de façon substantielle avec un processus véritable de négociation collective.

En d'autres termes, le caractère substantiel ou non d'une atteinte ou d'une entrave s'apprécie en fonction de la finalité de l'alinéa 2d) de la *CCDL*. À quoi sert la liberté d'association en contexte de relations du travail, maintenant qu'elle y a sa place? À fortifier le droit de négocier collectivement en établissant un équilibre des rapports de force entre l'employeur et les salariés. Il y a entrave substantielle lorsque cet équilibre est perturbé et que les mesures contestées interfèrent de façon substantielle avec un processus véritable de négociation collective.

[76] Immédiatement après avoir apporté cette précision, la juge Abella tire la conclusion suivante :

[78] Le test consiste alors à déterminer si, dans un cas donné, l'entrave législative au droit de grève équivaut ou non à une entrave substantielle à la négociation collective. Il appert que la *PSESA* satisfait à cette condition en ce qu'elle empêche les salariés désignés de se livrer à tout arrêt de travail dans le cadre du processus de négociation. Sa justification doit donc être démontrée au regard de l'article premier de la Charte.

Je rappelle que la *PSESA* n'interdisait la grève qu'à certains salariés, ceux que l'employeur avait désignés comme prestataires de services essentiels (ou à l'égard desquels il y avait eu entente entre l'employeur et le syndicat, mais on peut se demander à quelles conditions, dans un régime de ce genre, un employeur accepterait de renoncer à sa faculté d'effectuer unilatéralement de telles désignations). On était donc en présence ici d'une restriction en quelque sorte sélective ou démographique au droit de grève : la mesure n'atteignait pas tous les salariés. Dans le dossier en cours, tous les membres de l'intimée sont atteints par la mesure et leur droit de grève subit deux restrictions d'ordre temporel : ils ne peuvent faire la grève pendant la durée de la convention collective (c'est le modèle du *Wagner Act* et très vraisemblablement une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique), mais ils ne peuvent non plus la faire après l'entrée en vigueur de la *Loi 2017* (ce qui *a priori* constitue une déformation du modèle du *Wagner Act*). On verra plus loin ce que les appelants répondent sur ce point.

[77] Poursuivant son analyse dans la foulée du paragraphe [78] précité, et après avoir consacré quelques lignes à la question de l'objectif urgent et réel, la juge Abella observe que, selon elle, la question décisive ici est celle de savoir si les mesures imposées par la *PSESA* constituent une atteinte minimale à la liberté d'association. Puis, elle explique en quoi la désignation des services essentiels est un enjeu central dans le secteur public, comme l'avait déjà relevé le juge en chef Dickson dans le *Renvoi albertain* et comme le reconnaît le droit international du travail. Or, ici, l'unilatéralité de la faculté de désignation des services essentiels et le rôle presque marginal que la *Saskatchewan Labour*

Relations Board est appelée à exercer en la matière faussent l'équilibre des rapports de force. Sans me prononcer là-dessus, je suis fortement enclin à penser que si, au lieu de structurer les choses comme elle le faisait, la *PSESA* avait inclus des dispositions semblables aux articles 111.0.17 et suivants du *Code du travail*⁵⁸, elle aurait peut-être survécu. Quoi qu'il en soit, ces lacunes de la *PSESA* devaient déterminer son sort, comme le démontrent les quelques extraits des motifs de la juge Abella cités ci-dessous :

[92] Tous ces éléments s'ajoutent à l'inexistence d'un processus de règlement des différends à la fois impartial et efficace qui permette de contester les désignations de l'employeur public fondées sur le par. 9(2) de la loi, une inexistence particulièrement préoccupante au vu de la grande latitude accordée à l'employeur public pour définir les services essentiels. [...]

[93] La *PSESA* ne prévoit pas non plus d'autre moyen véritable (tel l'arbitrage) de mettre fin à l'impasse des négociations. [...]

[...]

[96] Vu l'ampleur des services essentiels que l'employeur peut désigner unilatéralement à l'exclusion de tout contrôle indépendant et l'absence d'un autre moyen à la fois adéquat, indépendant et efficace de mettre fin à l'impasse de la négociation collective, le juge de première instance a certes raison de conclure que le régime ne porte pas atteinte le moins possible aux droits constitutionnels en cause. En somme, elle porte atteinte aux droits que l'al. 2d) garantit aux salariés désignés de manière bien plus étendue et marquée qu'il n'est nécessaire pour atteindre son objectif d'assurer la prestation ininterrompue de services essentiels.

Je souligne l'emploi des mots « processus », « impartial », « efficace », « indépendant », « adéquat » et « impasse », car ils fournissent des indications additionnelles sur l'aune à laquelle on doit mesurer la validité de dispositions qui portent atteinte à la liberté d'association.

B. Questions soulevées par l'appel principal

1) Nature du droit revendiqué par l'intimée

[78] Pour les appelants, la juge de première instance aurait commis une erreur de droit fondamentale en concluant qu'entre janvier 2005 et février 2017 l'intimée exerçait son droit à la négociation collective, subsumé depuis l'arrêt *Health Services*⁵⁹ sous le droit à la liberté d'association. Il en serait ainsi parce que ce droit est « de nature essentiellement

⁵⁸ *Supra*, note 20.

⁵⁹ *Supra*, note 4.

procédurale »⁶⁰, « qu'il ne protège pas les objectifs particuliers »⁶¹ des salariés qui négocient et qu'il ne confère pas le droit de revendiquer « un modèle particulier de relations du travail ou une méthode particulière de négociation »⁶². C'est au législateur que revient la responsabilité de choisir un modèle de relations du travail pour un groupe de salariés donné⁶³. Or, disent-ils, au cours de cette ronde de négociations, l'objectif central de l'intimée, au détriment de tous les autres, était d'obtenir pour elle-même et ses membres le même régime de relations du travail que celui des PPCP, ou peut-être une quelconque variation sur ce thème. Une telle revendication, outre qu'elle contredit une indication explicite donnée par la Cour suprême, n'est pas à proprement parler une demande relative à une condition de travail. Il était erroné pour la juge de la situer dans la gamme des demandes possibles en matière de négociation collective et de l'assimiler à l'exercice d'un droit qui constituait un attribut de la liberté d'association.

[79] À mon avis, l'argument prête au propos de la Cour suprême une portée qu'il n'a pas. En s'exprimant comme elle le fait, et là où elle le fait, la Cour tient plutôt à souligner que son interprétation de la protection constitutionnelle apportée par l'alinéa 2d) de la *CCDL* est relativement abstraite; ce faisant, la Cour se garde bien de constitutionnaliser le modèle du *Wagner Act*, ou tout autre modèle parallèle et spécifique comme il en existe plusieurs. Sinon, une partie pourrait revendiquer un modèle particulier en invoquant la constitution.

[80] La Cour s'assure ainsi que cette garantie constitutionnelle sera reçue et comprise dans un sens général, à un niveau d'abstraction qui la rend compatible avec diverses formules de négociation collective et donc potentiellement bénéfique sur plusieurs plans et sous différentes formes en divers endroits. Elle tient aussi compte des interprétations données par le Comité de la liberté syndicale de l'Organisation internationale du Travail, souvent cité par elle et qui, appliquant quant à lui des normes de droit international, doit tabler sur la grande diversité des modèles de rapports collectifs du travail qui existent à travers le monde. Cette approche comporte également l'avantage de laisser place à l'évolution des régimes de négociation collective.

[81] Si, maintenant, je tente de me rapprocher du contexte particulier dans lequel l'intimée a mené la négociation amorcée par elle en janvier 2015, je commencerai par mentionner qu'au cours de cette même année, la Cour suprême avait également écrit ce qui suit : « La liberté de choix et l'indépendance n'exigent pas des relations de travail de nature contradictoire : rien dans la *Charte* n'empêche une association d'employés de s'engager librement avec l'employeur dans un type de négociation différent, moins

⁶⁰ L'expression apparaît dans l'arrêt *Health Services, id.*, paragr. 99.

⁶¹ *Id.*, paragr. 89.

⁶² *Id.*, paragr. 91.

⁶³ La proposition se retrouve notamment dans l'arrêt *Police montée, supra*, note 11, paragr. 156.

contradictoire et davantage axé sur la collaboration⁶⁴. » Et j'ajouterais : de s'engager ou de tenter de le faire.

[82] Comme on le sait, la négociation collective porte sur les conditions de travail des salariés puisqu'elle a pour objet de mener à la conclusion d'une convention collective, définie par le *Code du travail* comme « une entente écrite relative aux conditions de travail ». Le *Code*, cependant, ne définit nulle part cette notion de conditions de travail. C'est la jurisprudence qui a tenté d'en préciser le contenu. Elle l'a fait en des termes qui ne laissent aucun doute sur un point : la notion est à la fois très ouverte et très englobante. J'en donne deux courtes illustrations provenant une fois encore des motifs majoritaires de l'arrêt *Health Services*⁶⁵ :

[89] ...Selon les principes élaborés dans *Dunmore* et dans cette perspective historique et internationale, le droit constitutionnel de négocier collectivement vise à protéger la capacité des travailleurs de participer à des activités associatives et leur capacité d'agir collectivement pour réaliser des objectifs communs concernant des questions liées au milieu de travail et leurs conditions de travail. [...]

[...]

[106] Au Canada, contrairement aux États-Unis, l'obligation de négocier de bonne foi s'applique sans égard à l'objet de la négociation collective. Selon le droit canadien du travail, l'obligation de négocier de bonne foi porte sur toutes les conditions de travail à moins que leur objet soit contraire à la loi et que leur inclusion dans une convention collective soit prohibée [...]. Toutefois, le refus de traiter d'une question se trouvant seulement à la périphérie des négociations ne constitue pas nécessairement un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi.

[83] Il est difficile d'imaginer une expression dont la dénotation serait plus compréhensive que « des questions liées au milieu de travail ». Le droit constitutionnel de négocier porte donc aussi sur ces questions. On pourrait peut-être voir dans le passage précité une distinction entre les « conditions de travail » proprement dites et les « questions liées au milieu de travail », mais à mon avis cela ne changerait rien au fond

⁶⁴ *Id.*, paragr. 97, motifs majoritaires de la juge en chef McLachlin et du juge LeBel.

⁶⁵ *Supra*, note 4; la juge Deschamps, dissidente sur certains points, partage l'avis de la majorité sur ce point-ci : *id.*, paragr. 174. Le passage renvoie à trois sources, George W. Adams, *Canadian Labour Law*, 2^e éd., Aurorau, Ont., Canada Law Book, 1993 (mise à jour d'octobre 2006, envoi 26), p. 10-96 et 10-97, Jean-Pierre Villaggi, « La convention collective et l'obligation de négocier de bonne foi : les leçons du droit du travail » (1996), 26 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 355, p. 360-361 et Donald D. Carter, Geoffrey England, Brian Etherington et Gilles Trudeau, *Labour Law in Canada*, 5^e éd., Markham, Butterworths, 2002, p. 302. D'autres expressions sont également employées par la Cour suprême dans *Police montée*, *supra*, note 11, 2015 CSC 1, paragr. 70 et s.; *Health Services*, *supra*, note 4, paragr. 19 et 87, *Fraser*, *supra*, note 52, paragr. 42 et 46 et *Saskatchewan Federation*, *supra*, note 26, paragr. 46, notamment « objectifs liés au travail » ou « objectifs relatifs au travail ».

de la question : l'alinéa 2d) de la *CCDL* a la portée que lui reconnaît la jurisprudence constitutionnelle, qui y décèle le droit « d'agir collectivement pour réaliser des objectifs communs concernant des questions liées au milieu de travail », et ce n'est pas en utilisant une autre expression, telle que « conditions de travail », qu'une législation comme le *Code du travail* pourrait en réduire la portée.

[84] Par ailleurs, et sous réserve de la prétention des appelants que j'examinerai ci-dessous en marge de l'obligation de négocier de bonne foi, rien dans ce que l'intimée proposait lors de ses échanges et discussions avec le gouvernement ne concernait des conditions de travail dont l'objet aurait été contraire à la loi ou dont l'inclusion dans une convention collective aurait été prohibée. J'en viens donc à la conclusion que l'argument des appelants selon lequel ce que revendiquait l'intimée n'était pas un objet légitime de négociation est dénué de fondement.

[85] Cela est d'autant plus vrai que l'intimée ne demandait pas une chose ou un régime de négociation en particulier. Il en allait différemment, par exemple, des appelants et de nombreux intervenants qui, dans l'affaire *Saskatchewan Federation*, attaquaient la constitutionnalité de *The Trade Union Amendment Act* en invoquant une dérogation précise et technique au modèle du *Wagner Act*. L'intimée, pour sa part, a plutôt tenté d'obtenir diverses choses organisées autour de l'idée d'un recours à un tiers impartial ou indépendant (un arbitre de différend, un comité d'experts, l'Assemblée nationale, le Bureau de l'Assemblée nationale, un comité tripartite paritaire présentant des garanties d'objectivité, de compétence et d'efficacité, dont les recommandations s'appliqueraient à toutes les conventions collectives à venir, ou à quelques-unes seulement d'entre elles).

[86] S'ajoute à cela une concession faite par les avocats des appelants au cours de l'audience devant la Cour : ils ont admis, quoiqu'en émettant certaines réserves⁶⁶, que l'intimée pouvait, dans le cadre de ses rencontres avec le gouvernement, amener à la table de négociation une discussion sur le régime auquel les parties étaient assujetties. N'est pas sans signification non plus le fait, aussi, que le gouvernement n'a pas hésité à prendre position sur une question semblable dans ses négociations de 2011 avec les PPCP. Vu l'importance que revêtait pour l'intimée la question qu'elle n'a pas cessé de soulever sous diverses formes entre janvier 2015 et février 2017, et j'insiste sur le fait que vu le contexte d'ensemble de cette espèce-ci que je me suis appliqué à décrire aux paragraphes [14] à [47] ci-dessus, certaines conséquences s'ensuivent. Je sais que le TAT a conclu que ces demandes de l'intimée portaient sur une question

⁶⁶ Selon leur argument, il peut y avoir des discussions entre les parties, mais si elles débouchent sur une impasse, on ne peut invoquer la protection constitutionnelle, car « le régime » n'est pas protégé par la liberté d'association. Certes. Ce qui est protégé par la liberté d'association, ce n'est pas un régime particulier, c'est, sous réserve des explications qui suivent dans ces motifs, le droit de grève ou, à défaut, le droit d'avoir recours à un mécanisme véritable et efficace de règlement du différend. Sur ce point, je crois que l'intimée a raison de soutenir que l'argument des appelants confond l'objet de la négociation collective et son processus.

« périphérique »⁶⁷ au sens que le paragraphe [106] de l'arrêt *Health Services*, reproduit ci-dessus au paragraphe [82], semble prêter à ce mot. C'est une décision du TAT que je ne m'explique pas sur ce point.

2) L'incidence de l'obligation de négocier de bonne foi

[87] Deux versions des faits sensiblement différentes l'une de l'autre expliqueraient, selon les avocats des appelants ou selon ceux de l'intimée, ce qui a amené les parties devant les tribunaux. Qu'on me comprenne bien : il ne s'agit pas d'un litige sur les faits, qui sont maintenant avérés pour l'essentiel, il s'agit d'un désaccord sur l'interprétation qu'on devrait leur donner.

[88] La thèse des appelants, ici, est celle d'une impasse dans les négociations, délibérément fabriquée par l'intimée pour obtenir, soit pas la voie de la négociation, soit en saisissant les tribunaux et en invoquant l'arrêt *Saskatchewan Federation*, un régime de négociation permanent comportant un arbitrage de différend obligatoire pour les parties et conduisant à une sentence arbitrale liant les parties. Ce serait selon eux le résultat du litige si l'intimée avait gain de cause. La thèse de l'intimée est que les appelants tentent d'amener sur le terrain de l'obligation de négocier de bonne foi un dossier qui porte sur toute autre chose : sur le droit de grève, maintenant doté, depuis l'arrêt *Saskatchewan Federation* (une poutre maîtresse de son argumentation), d'une mesure de protection constitutionnelle. Contrairement aux arrêts *Health Services*, *Police montée* ou *Fraser*, qui tous portaient sur la protection constitutionnelle de la négociation collective, l'arrêt *Saskatchewan Federation* survient hors de ce contexte, alors qu'aucune négociation n'est en cours, et il est provoqué par la seule adoption de la *PSESA*. Cette dernière, pour l'intimée, est analogue à la *Loi 2017* dans ses effets.

[89] À mon avis, les appelants font grand cas d'une nuée de détails qui obscurcissent les choses et qui placent un écran devant le scénario central de cette ronde de négociation, comme d'ailleurs le scénario de la précédente ronde et peut-être même celui des deux précédentes. Ce scénario, le fil d'Ariane ici dans les relations entre les parties, demeure la volonté de l'intimée, et le refus du gouvernement, de rechercher une entente négociée qui rapprocherait la situation des membres de l'intimée de celle des PPCP. N'est-ce pas là, dans toute son amplitude, le « contexte d'ensemble » du conflit entre les parties, celui à la lumière duquel doit s'évaluer selon la Cour suprême une revendication fondée sur l'alinéa 2d) de la *CDLP*?

[90] Les appelants ont raison, me semble-t-il, lorsqu'ils soutiennent que l'arrêt *Saskatchewan Federation* ne peut avoir pour effet de permettre à une association de salariés de créer artificiellement une impasse puis d'utiliser cet arrêt comme un levier afin de se donner un régime précis de négociation collective. Mais ce n'est pas cette hypothèse qui se vérifie en l'occurrence et ce n'est pas la situation sur laquelle la juge de

⁶⁷ Voir *supra*, note 3, paragr. 407 et 471.

première instance s'est prononcée. Elle s'est prononcée sur le déroulement ardu d'une négociation difficile, portant sur des enjeux légitimes, et qui s'est soldé au moyen d'une loi spéciale par la suppression du droit de grève de l'intimée et par l'imposition éventuelle à ses membres de conditions de travail fixées unilatéralement. Pour une troisième fois consécutive, les négociations débouchaient sur un dénouement de ce genre, ce qui on en conviendra tend à relativiser la prétention des appelants lorsqu'ils se disent d'abord soucieux de maintenir en place le régime de droit commun.

[91] Certes, l'intimée a lancé les négociations le 29 janvier 2015 en offrant de renoncer au droit de grève et en demandant en contrepartie un régime copié sur celui de la *Loi 40*. Mais c'était là sa toute première demande et je reproduis de nouveau l'observation déjà citée et tirée du jugement majoritaire dans *Health Services* : « ... rien dans la *Charte* n'empêche une association d'employés de s'engager librement avec l'employeur dans un type de négociation différent, moins contradictoire et davantage axé sur la collaboration. » Les termes de cette première demande ont d'ailleurs varié perceptiblement et à plusieurs reprises par la suite. Cette demande n'a suscité une réaction du gouvernement que presque deux ans plus tard, en janvier 2017 et après deux mois de grève, lorsque la porte-parole du Conseil du trésor a évoqué la possibilité d'une « troisième voie » avec les représentants de l'intimée. Cette dernière pouvait donc rationnellement en conclure que, du moins sur ce volet de la négociation, seule la grève faisait avancer les choses.

[92] Le contexte, en somme, va bien au-delà de ce qui s'est passé entre le 29 janvier 2015 et le 27 février 2017. Il faut remonter beaucoup plus loin en arrière et tenir compte de la volonté de l'intimée, déjà ressentie en 2002, d'une parité salariale avec les PPCP, de l'échec de la Lettre d'intention no. 5 qui pourtant semblait bien être une première concession du gouvernement dans le sens souhaité par l'intimée, du rejet de la Lettre d'entente no. 2 et du régime de droit commun du *Code du travail* auquel le gouvernement prétend continuer d'assujettir les membres de l'intimée, mais qu'il neutralise par trois fois depuis 2002 au moyen de lois spéciales qui forcent la main à l'intimée. Voilà le contexte. Il jette sur les choses un éclairage beaucoup plus contrasté que le scénario simplificateur offert par les appelants, celui d'une impasse fabriquée par l'intimée après 2015.

[93] Poussant plus loin l'explication de ce que cela signifie ici, j'ajouterais un commentaire. Lors des plaidoiries orales devant la Cour, l'un des avocats de l'intimée a affirmé textuellement, et je cite : « Ce que je veux souligner, c'est que LANEQ et ses membres veulent depuis plusieurs années sortir de l'obligation de ne plus fournir des services adéquats à la population et c'est pour cela qu'on demande un régime de négociation différent. » S'agissant d'un litige qui, à l'origine, vise à faire déclarer inconstitutionnelle une loi prohibant la grève, cette affirmation m'a laissé perplexe – j'ai d'abord cru à un lapsus et j'ai supposé qu'au contraire il devait s'agir de « sortir de l'obligation de fournir des services adéquats à la population ». Mais j'ai vite compris que je faisais erreur. On sait que, pendant une grève, les membres de l'intimée ont l'obligation

d'assurer le maintien des services essentiels. Ce régime, on le sait aussi, fait lourdement entorse à celui de l'article 109.1 du *Code du travail* tel qu'il s'applique dans le secteur privé⁶⁸. En consultant la décision pertinente ici⁶⁹, et en particulier ses annexes, on se rendra facilement compte que, dans le cas des services essentiels que doivent fournir les membres de l'intimée, il s'agit d'une atténuation importante de l'impact de leur droit de grève. Mais, malgré cela, les services essentiels à eux seuls ne peuvent suffire indéfiniment à la tâche, de sorte qu'à terme, comme l'a constaté ici la juge de première instance, remédier aux déficiences des services encore offerts au public risque à la longue de devenir pour le gouvernement une préoccupation urgente et réelle, de même qu'un objectif législatif légitime. Du point de vue de l'intimée, cela signifie que, pour éviter d'en venir là, il lui faut « sortir de l'obligation » qu'impose le régime d'exception des services essentiels « de ne plus fournir des services adéquats à la population ». Ce n'était pas un lapsus.

[94] Si dans leur approche, et au cours des négociations, les appelants avaient été pleinement cohérents avec eux-mêmes, ils auraient normalement déposé une plainte contre l'intimée, tout comme l'intimée l'a fait contre le gouvernement, pour manquement à l'obligation de négocier de bonne foi. Il n'en demeure pas moins que les appelants n'ont pas tenté de dénouer cette prétendue « impasse » de cette façon, en faisant valoir au moyen d'une plainte contre l'intimée ce qu'ils ont soutenu devant le TAT en défense à la plainte portée par elle. Ils demandent maintenant que le jugement de première instance soit infirmé parce que, selon cet argument, la protection constitutionnelle de l'alinéa 2d) ne peut s'appliquer qu'à une négociation menée de bonne foi, ce qui d'après eux n'était pas le cas de celle menée par l'intimée. Non seulement l'argument n'atteint pas la cible, mais, s'il avait été sérieux, il aurait dû être soulevé ailleurs et sous une autre forme.

3) L'existence d'une entrave substantielle

[95] Titré « *L'absence d'analyse contextuelle et factuelle* », le grief fait ici à la juge est de s'être détournée du contexte et d'avoir interprété l'arrêt *Saskatchewan Federation* sans tenir compte des faits particuliers de l'espèce, pour en tirer ce que les appelants qualifient de « nouvelle règle de droit normative ». Si je les suis bien dans leur argumentation, ils reprochent à la juge d'avoir institué un automatisme dans la mise en application de l'alinéa 2d) de la *CCDL* : toute interdiction complète du droit de grève équivaut en soi à une « entrave substantielle » au sens de l'arrêt *Health Services* et de sa lignée. Ainsi, la règle deviendrait absolue, peu importe les circonstances.

[96] Les appelants font valoir quatre critiques plus spécifiques qui visent des erreurs d'application de règles présentées comme claires à des faits révélés au procès, règles

⁶⁸ Bien sûr, les articles 110.0.17, 111.0.26 et 111.13 du *Code du travail*, *supra* note 20, remédient en quelque sorte à ce dé

⁶⁹ *Québec (Gouvernement du) (Direction des relations professionnelles, Conseil du Trésor) et Avocats et notaires de l'État québécois*, 2016 QCTAT 6023.

qui nous sont fournies par la Cour suprême. La juge omet de tenir compte de la limite temporelle du droit de grève, elle n'accorde pas à l'impasse dans les négociations l'importance qu'elle revêt, elle considère que des concessions importantes furent faites alors que les concessions, à supposer qu'il y en eut, ne menaient à rien, et elle n'accorde pas l'importance qui lui revient au fait que l'intimée avait pour principale revendication quelque chose (un régime distinct de celui du *Code du travail*) hors du champ de la protection constitutionnelle.

[97] En ce qui concerne le premier reproche, je dois d'abord dire que je trouve suspecte une critique selon laquelle un jugement qui accorde aux circonstances de l'affaire toute l'attention soutenue que lui a donnée la juge de première instance se caractérise par une « absence d'analyse contextuelle et factuelle ». Bien entendu, il peut y avoir désaccord avec l'analyse qu'en fait la juge, mais cela ne démontre aucunement une *absence* d'analyse.

[98] S'agissant de l'automatisme qu'aurait institué la juge, il me semble qu'il existait déjà en puissance dans les motifs majoritaires de l'arrêt *Saskatchewan Federation*. Le passage pertinent étant à mon avis un peu plus éloquent en anglais qu'en français, j'en reproduis les deux versions côte à côte, l'original anglais faisant foi (je souligne) :

[46] It is important to point out, however, that the right to strike is not a creature just of the Wagner model. Most labour relations models include it. And where history has shown the importance of strike action for the proper functioning of a given model of labour relations, as it does in Wagner-style schemes, it should come as no surprise that the suppression of legal strike action will be seen as substantially interfering with meaningful collective bargaining. That is because it has long been recognized that the ability to collectively withdraw services for the purpose of negotiating the terms and conditions of employment — in other words, to strike — is an essential component of the process through which workers pursue collective workplace goals.

[46] Il importe toutefois de souligner que la reconnaissance du droit de grève n'est pas propre au seul modèle *Wagner*; elle est de la plupart des modèles de relations de travail. Et lorsque l'histoire montre l'importance de la grève pour le bon fonctionnement d'un modèle de relations de travail en particulier, comme c'est le cas du modèle fondé sur la *Loi Wagner*, on ne doit pas s'étonner que la suppression du droit de grève légal soit considérée comme une entrave substantielle à la négociation collective véritable. En effet, on reconnaît depuis longtemps que le pouvoir des travailleurs de cesser collectivement le travail aux fins de la négociation de leurs conditions de travail — le droit de grève, en somme — constitue une composante essentielle de la poursuite, par les travailleurs, d'objectifs liés au travail.

J'ai déjà signalé que la *PSESA* ne prohibait pas la grève à tous les salariés du secteur public – ce n'était pas son objet. Elle avait pour but d'instaurer un régime de maintien des services essentiels et, dans cette perspective, elle n'interdisait la grève qu'à certains salariés. Le ton assez abrupt avec lequel la juge Abella conclut dans cet arrêt que l'entrave substantielle a été démontrée (dans un passage que j'ai cité plus haut au paragraphe [76]) suffit à me convaincre qu'il était amplement loisible à la juge de première instance ici de conclure comme elle l'a fait. Selon elle, la *Loi 2017* constitue une entrave substantielle et les articles 4 à 10 de cette dernière, ajoute-t-elle au paragraphe 102 de ses motifs, « perturbent l'équilibre des rapports de force entre les employés et l'employeur de telle sorte qu'il y a interférence de façon substantielle dans le processus véritable de négociation ». On ne saurait être plus clair.

[99] J'en viens maintenant aux erreurs alléguées dans l'application de règles claires à des faits révélés au procès. Contrairement à ce que soutiennent les appelants, qui là-dessus ne s'appuient sur aucune source jurisprudentielle ou doctrinale vraiment pertinente, il n'y a pas de limite temporelle aux droits fondés sur l'alinéa 2d) de la *CCDL*. Les appelants citent ici un court extrait de l'arrêt *Health Services* :

[102] Néanmoins, les parties ne sont pas tenues à des efforts illimités pour parvenir à une entente. [TRADUCTION] « Les parties engagées dans la négociation peuvent en arriver à un point où la poursuite des discussions serait vaine. Dans ce cas, la décision de rompre les négociations ou d'adopter l'attitude « à prendre ou à laisser » ne serait probablement pas considérée comme allant à l'encontre des négociations de bonne foi. » (Carter et autres, p.302 [pour la référence complète à cette source, voir la note 65 supra])

Mais cette citation n'étaye pas l'argument que veulent en tirer les appelants, car elle a trait à la détermination de la bonne foi dans le processus de négociation collective.

[100] La juge a suivi ici l'exemple d'un collègue de la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans l'affaire *Postal Workers*⁷⁰ et elle a écarté deux arguments selon lesquels il n'y a pas entrave au droit de négociation lorsque « le processus de négociation véritable a été pleinement exercé » ou « les parties sont dans une impasse telle que la grève ne contribue plus aux négociations » au moment où le droit de grève est supprimé. Une chose est certaine, comme l'écrivait le juge Firestone dans l'affaire *Postal Workers* : « [t]here is no support for a temporal limit on the right to strike in the jurisprudence of the Supreme Court of Canada »⁷¹. Quant à savoir si l'employeur peut décider unilatéralement qu'il y a impasse, ou que le processus de négociation a été pleinement exercé, ou que la grève ne contribue plus aux négociations, la proposition dans chaque cas semble plus que douteuse. L'employeur peut décréter un lock-out lorsque la loi l'y autorise, mais tant qu'il se garde de le faire et que l'association de salariés s'abstient de déclencher une

⁷⁰ *Supra*, note 35.

⁷¹ *Id.*, paragr. 185.

grève, l'obligation de négocier de bonne foi, aussi exigeante qu'elle puisse paraître, perdure. Il peut aussi, *de facto*, y avoir rupture des négociations, mais si elles reprennent, chaque partie doit s'y prêter avec bonne foi.

[101] Pour ce qui est des autres arguments des appelants (l'impasse, les concessions ne menant nulle part et la revendication illégitime d'un régime de négociation), il en a déjà été question aux paragraphes [78] à [94], les moyens des appelants se chevauchant à plus d'un égard.

[102] Les demandes de l'intimée touchaient, je l'ai déjà dit, à ce qui, dans le contexte de ces négociations-ci, pouvait être un objet légitime de négociation. Les concessions mirent du temps à venir, tout spécialement du côté patronal en ce qui concerne « la troisième voie », mais il est incontestable qu'il y en eut. La grève, menée dans les conditions que j'ai déjà décrites au paragraphe [93], fut difficile à la fois pour le gouvernement et pour l'intimée, mais c'est ainsi que fonctionne le régime du *Code du travail* là où les dispositions sur les services essentiels reçoivent application. Une détérioration de la qualité de ces services ou une aggravation des insuffisances qui, malgré la prestation de services essentiels, résultent de la grève, dans la mesure où elles sont démontrables, devraient pouvoir se traduire par des ajustements, apportés par le TAT, à ce qui a déjà été mis en place. Or, le dossier du pourvoi ne fait pas voir que le gouvernement a tenté quoi que ce soit de ce côté.

[103] En outre, au sujet de l'impasse, les faits ne sont pas conformes aux prétentions des appelants. La juge a pris en considération le fait que le gouvernement s'estimait face à une impasse au moment d'adopter la *Loi 2017*. Pourtant, la juge affirme avec raison que « même en cas d'impasse, le gouvernement doit compenser le retrait du droit de grève par un mécanisme de règlements des différends »⁷². Voici comment elle présente les choses sur ce point :

[120] Le Tribunal fait preuve de déférence quant aux choix politiques et sociaux du législateur. Le gouvernement a déterminé qu'il était face à une impasse. Il a soupesé l'intérêt public et les questions d'accès à la justice puis a décidé d'intervenir législativement. Cette analyse fait partie de sa prérogative. Cependant, même en cas d'impasse, le gouvernement doit compenser le retrait du droit de grève par un mécanisme de règlement des différends.

L'affirmation que les appelants attribuent à la juge au paragraphe 77 de leur mémoire (« l'impasse n'est pas un facteur dans la détermination d'une entrave substantielle ») n'apparaît nulle part dans ses motifs. Les appelants vont plus loin encore lorsqu'ils prétendent aux paragraphes 81 et 82 de leur mémoire qu'en admettant que l'intimée négociait, et de bonne foi, sur des questions tombant sous l'alinéa 2d) de la *CCDL*, la juge « écarte la primauté du droit et la démocratie, lesquelles, à titre de principes

⁷² *Id.*, paragr.120.

structurels, bénéficient d'un statut particulier en droit constitutionnel canadien ». Ils citent au soutien de cette affirmation le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁷³. La proposition est audacieuse, mais elle est erronée. Les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sont tous également tenus, dans un système parlementaire comme celui qui existe au Canada, de se conformer à la constitution telle qu'elle est interprétée par les tribunaux. J'ai expliqué au paragraphe [83] ci-dessus ce que cela implique dans ce dossier-ci. Cela suffit également pour réfuter cette autre prétention des appelants.

4) La proportionnalité et l'atteinte minimale

[104] Après avoir décidé que la *Loi 2017* comportait une entrave substantielle à la liberté d'association, la juge se tourne vers l'article 1 de la *CCDL* et, comme il se doit, elle procède à son analyse conformément aux directives de l'arrêt *R. c. Oakes*⁷⁴. Elle détaille d'abord les sérieux inconvénients et retards qui résultent de la grève déclenchée par l'intimée et qui durait depuis quatre mois au moment de l'adoption de la *Loi 2017* (c'est le paragraphe 139 de ses motifs). Aussi conclut-elle, à mon avis avec raison, que devant cette situation à la fin de février 2017, les préoccupations du gouvernement étaient urgentes et réelles, et que le but recherché par la loi en question constituait un objectif législatif légitime.

[105] Elle met peu de temps aussi à se convaincre qu'il existe un lien rationnel entre l'interdiction de toute action concertée par les juristes membres de l'intimée et le rétablissement des pleins services qu'ils fournissent à l'État en temps normal.

[106] Abordant ensuite la notion d'atteinte minimale, elle y consacre ce qui constitue la majeure partie de son analyse, aux paragraphes 154 à 243 de ses motifs.

[107] C'est peu de dire que les appelants se montrent très critiques envers cette analyse. Ils formulent un reproche que je qualifierais de générique et qui est voisin de l'argument qu'ils fondaient plus tôt sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁷⁵ : en procédant comme elle l'a fait, écrivent-ils, la juge aurait « ignor[é] une des assises sur lesquelles repose l'ensemble de notre constitution : la séparation des pouvoirs ». Et plus spécifiquement, ils lui font grief d'avoir erré en les blâmant pour (i) ne pas s'être adressé de nouveau à la Division des services essentiels du TAT (ii) avoir retiré le droit de grève pendant trois ans (iii) avoir dicté des conditions de travail inférieures à la dernière offre présentée par le gouvernement à la table de négociation (iv) avoir, en fait de mesures coercitives, imposé des règles sévères tout à la fois administratives, civiles et pénales, et (v) avoir rendu obligatoire un processus de médiation tronqué et déficient quant à son impartialité. Pour les appelants, ces erreurs ensemble donnent une assise ferme à leur reproche générique. L'analyse de la juge aurait ainsi comporté plusieurs graves lacunes,

⁷³ [1998] 2 R.C.S. 217, paragr. 49 et 54.

⁷⁴ [1986] 1 R.C.S. 103.

⁷⁵ *Supra*, note 73.

plus particulièrement en ce que la juge a omis de considérer (i) que les préoccupations gouvernementales étaient urgentes et réelles en février 2017 (ii) que la *Loi 2017* prévoit des phases de négociation et de médiation (iii) que les parties demeuraient libres de discuter d'une réforme du régime de négociation (iv) que la durée de la période de négociation envisagée par la *Loi 2017* est ainsi fixée en raison de la longueur des négociations antérieures entre les parties (deux ans) et de la grève par l'intimée (quatre mois) (v) que le caractère impartial du processus de médiation est assuré par l'article 30 de la *Loi 2017*⁷⁶ (vi) que le fait de retirer le droit de grève pendant trois ans provient de la durée de plusieurs autres conventions collectives dans les secteurs public et parapublic ainsi que de l'article 107 du *Code du travail*⁷⁷ (vii) que, par le passé, les parties ont été en mesure de négocier des conditions de travail malgré l'imposition de lois spéciales (viii) que les sanctions administratives, civiles et pénales de la *Loi 2017* sont d'usage courant et que leur validité constitutionnelle a été reconnue, et (ix) que l'établissement des conditions de travail des salariés a un impact sur le budget de l'État québécois. Bref, sous couvert d'un reproche générique, tout y passe et l'on refait en appel, de A à Z, tout le débat qu'a entendu la juge première instance.

[108] J'estime que, de nouveau, les appelants tentent avec une nuée de détails de soustraire à la vue ce qui est le véritable enjeu du litige entre les parties. Aussi, avant d'accorder à ces griefs l'attention qu'ils méritent, il m'apparaît opportun de mieux circonscrire cet enjeu pour recentrer le débat.

[109] Un gouvernement majoritaire comme celui qui négociait avec l'intimée entre janvier 2015 et février 2017 ou avant⁷⁸ possède, pour arriver à ses fins, des moyens importants et extrinsèques à la négociation collective. La plupart du temps, il sera en mesure s'il le souhaite de se donner le dernier mot. Ce sera le cas lorsque les personnes qui le composent siègeront, non plus en tant que membres d'un conseil des ministres, mais en tant qu'élus appelés à voter dans une assemblée législative. La primauté du droit et la distinction entre les pouvoirs exécutif et législatif que martèlent les appelants et auxquelles ils prétendent s'en remettre ici de diverses façons ne changent rien au fond des choses⁷⁹. Ces arguments, formalistes, eurent peut-être du poids autrefois, avant

⁷⁶ Cet article énonce ce qui suit :

30. En tout temps pendant le processus de médiation, le médiateur peut formuler des propositions de nature exploratoire et confidentielle s'il les croit justes et utiles et s'il estime que de telles propositions sont de nature à favoriser le règlement du différend sur une ou plusieurs des conditions de travail.

⁷⁷ Cette disposition est celle qui prohibe la grève pendant la durée d'une convention collective.

⁷⁸ Sur les enjeux réels, il serait peut-être tout aussi juste de dire « qui négociait avec l'intimée entre 2002 et 2017 ».

⁷⁹ Une remarque du juge Binnie, qui rédigeait les motifs unanimes de la Cour dans l'arrêt *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, paragr. 104, me paraît ici pertinente : « Bien qu'elle soit l'une des caractéristiques déterminantes de notre régime constitutionnel (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, précité), la séparation des pouvoirs ne peut pas être invoquée pour nuire à l'application d'une disposition écrite particulière de la Constitution comme l'article premier de la Charte. L'article premier lui-même manifeste un aspect

l'avènement d'une constitution écrite ou quand le statut des fonctionnaires se confondait pratiquement avec celui de la domesticité au palais. Mais il serait absurde, de nos jours, de se cacher la réalité présente, celle de la fonction publique du XXI^e siècle, avec les importants effectifs qu'on lui connaît et le très large éventail d'activités qui est le sien. Cette réalité, celle de rapports de droit, y compris de droit du travail, sous l'égide d'une constitution écrite, est fort différente de celle qui s'offrait en leur temps à de grands constitutionnalistes tels que Bagehot ou Dicey. Leurs œuvres datent d'une époque où l'idée même que des fonctionnaires puissent oser faire grève était inconcevable.

[110] Et cette réalité consiste de manière prééminente en ceci : le gouvernement majoritaire⁸⁰ qui négocie comme employeur a, parallèlement et au sein de la législature, le pouvoir de changer les règles de la négociation alors même que celle-ci demeure en cours. Cela comprend pour lui la faculté de supprimer le droit de grève, parfois jusqu'alors légalement exercé par le syndicat auquel il fait face comme employeur, et aussi la faculté de forcer le retour au travail de syndiqués sous peine de lourdes sanctions, ce qui finit par engendrer une forme d'exceptionnalisme permanent⁸¹.

[111] C'est d'ailleurs très exactement ce qui s'est produit en l'occurrence.

[112] Certes, cette façon dont dispose un gouvernement de régler un conflit du travail qui l'implique directement comme employeur peut entraîner pour lui de fâcheuses conséquences sur un plan politique. Mais là n'est plus aujourd'hui la seule contrainte qui s'impose à lui. Se prévalant de ce pouvoir qui, notons-le, n'appartient à aucun autre employeur, le gouvernement, comme la législature, doit aussi et en tout temps respecter les libertés fondamentales garanties par la constitution, au rang desquelles figure la liberté d'association. Il se trouve que celle-ci, depuis l'arrêt *Saskatchewan Federation*, a acquis plus de lustre qu'autrefois par l'ajout d'un nouvel attribut. Celui-ci n'est pas le droit à la grève en tant que telle puisque la loi, personne ne s'en étonnerait, continuera d'encadrer étroitement la faculté de se mettre en grève dans la logique déjà ancienne, mais toujours dominante du *Wagner Act*. Il s'agit plutôt, en contexte de négociation

important de la séparation des pouvoirs en définissant, dans son texte, des limites de la souveraineté législative. »

⁸⁰ Dans un système parlementaire comme le nôtre, il y a bien sûr une importante différence entre un gouvernement qui est majoritaire à l'assemblée législative et celui qui y est minoritaire. Cela n'échappait pas, et on le comprend, au président du Conseil du trésor, dont le témoignage démontre sa grande connaissance de la procédure parlementaire. Contre-interrogé en première instance, il précise : « Mais si l'Assemblée nationale décide d'apporter des modifications, exemple, dans le cas d'un gouvernement minoritaire, il y a une grande distinction entre l'exécutif et le législatif [...] ».

⁸¹ L'expression est empruntée à Leo Panitch et Donald Swartz, « *Towards Permanent Exceptionalism : Coercion and Consent in Canadian Industrial Relations* » (1984), 13 *Labour/Le Travail* 133. Les auteurs reprennent, p. 135, un vieux dicton français – *c'est seulement le provisoire qui dure* – et, écrivant avant même le *Renvoi albertain*, ils observent, p. 151, « [...] the events of 1982 which combined the silence of the new constitution on bargaining and strike rights with the particularly draconian, "temporary" suspension of those rights for a very large number of Canadian workers, signal a new era of labour relations. » L'évolution de la jurisprudence leur aura donné à tout le moins partiellement tort.

collective, du droit pour les syndiqués exerçant leur liberté d'association, et qui voient une loi, spéciale ou non, supprimer leur droit de grève, d'obtenir simultanément de la part du législateur, en échange de cette suppression, un mécanisme quelconque de règlement des différends. Et ce mécanisme, ajoute explicitement la Cour suprême, doit être véritable et efficace⁸². Je mets ces mots bien en évidence puisque, selon moi, ils fournissent à eux seuls la clé de voûte des pourvois en cours. Voilà ce à quoi la constitution oblige le législateur envers les syndiqués dans un cas comme celui-ci.

[113] Or, absolument rien de semblable ne leur a été offert ici.

[114] Il y a place, bien sûr, à d'autres nuances et même à des exceptions. On peut concevoir des situations où une grève, légale, mais menée au mépris flagrant de l'intérêt général, puisse requérir de la part d'un gouvernement une intervention immédiate et énergique, voire répressive. Toute loi qui servirait à cette fin sans prévoir une méthode de règlement du différend présentant les caractéristiques mentionnées plus haut (c'est-à-dire qu'elle soit véritable et efficace) n'enfreindrait pas nécessairement la constitution. En l'absence de faits précis, il est probablement vain de conjecturer sur ce sujet, mais il semble clair que face à une telle situation, présentant un degré suffisant de gravité, les articles 1 de la *CCDL* et 9.1 de la *CDLP* autoriseraient un gouvernement à intervenir de la sorte sans avoir à se soucier d'un règlement impartial et à court terme du conflit de travail. Cela, je m'empresse néanmoins de le préciser, a fort peu à voir avec ce qui est en cause ici.

[115] Ainsi recadré, l'enjeu véritable du litige apparaît avec beaucoup plus de netteté et il est beaucoup plus simple. Lorsque le gouvernement supprime le droit de grève, « il doit le remplacer par l'un ou l'autre des mécanismes véritables de règlement des différends couramment employés en relations de travail », écrivait la juge Abella dans un passage que j'ai déjà cité⁸³ et je reprends en le soulignant. « Le remplacer » n'est pas un vain mot ni une précision négligeable; si les mots ont un sens, oblitérer le pouvoir d'une partie d'appuyer ses demandes par une cessation concertée du travail en anéantissant à l'avantage de la partie patronale le rapport de force qui était ainsi créé par la grève, ce n'est pas « remplacer ». Les appelants par leur argumentation veulent nous entraîner sur quelques chemins de traverse alors que le chemin vers une solution est peut-être plus long, mais n'en est pas moins rectiligne et clair : le gouvernement a-t-il, oui ou non, remplacé le droit de grève par l'un ou l'autre des mécanismes véritables et efficaces de règlement des différends couramment employés en relations du travail? La réponse ici ne peut être que négative⁸⁴.

⁸² J'ajouterais même « ainsi qu'impartial ». Je reviendrai sur cet aspect des choses : voir *infra*, paragr. [116] et [117].

⁸³ *Supra*, paragr. [75].

⁸⁴ Je suis bien conscient que l'interprétation de l'arrêt *Saskatchewan Federation* qui me paraît s'imposer ici introduit une limite à la discrétion d'une assemblée législative, ou à tout le moins un resserrement de celle-ci, lorsqu'elle décide ou non de voter sur ce que l'on appelle en anglais « *back-to-work* ».

[116] La déclaration d'inconstitutionnalité dans l'arrêt *Saskatchewan Federation* sanctionne quelque chose de très précis que j'ai identifié ci-dessus au paragraphe [77] en reproduisant les paragraphes 92 et suivants des motifs de la juge Abella. Le mécanisme de désignation des services essentiels dans la *PSESA*, unilatéral et contrôlé par les employeurs, n'était ni indépendant ni impartial, ce qui, je l'ai mentionné, aurait vraisemblablement été le cas si la désignation au moyen d'une procédure quasi judiciaire avait été confiée à la *Saskatchewan Labour Relations Board*. On peut en déduire qu'un mécanisme véritable et efficace de règlement d'un différend comportera nécessairement un élément d'indépendance ou d'impartialité, et qu'en tout état de cause cela ne peut être le cas d'un processus par lequel une partie est en mesure, en dernière analyse, de dicter ses conditions à l'autre. L'arbitrage de première convention collective, prévu aux articles 93.1 et suivants du *Code du travail*, est un exemple parmi d'autres d'un tel mécanisme et passe pour une réelle amélioration du modèle *Wagner Act* classique.

[117] L'affaire *Postal Workers*⁸⁵ est apparemment la seule qui, sans être identique au dossier des pourvois, laisse place à certaines analogies utiles. Le Parlement avait mis fin à une grève tournante des employés de Postes Canada commencée le 3 juin 2011 par la *Loi prévoyant la reprise et le maintien des services postaux*⁸⁶, entrée en vigueur le 26 juin suivant. Les articles 8 à 12 de cette loi instituaient un processus de « CHOIX DE L'OFFRE FINALE » (en anglais, *FINAL OFFER SELECTION*) que le juge Firestone considère comme déficient au regard de l'arrêt *Saskatchewan Federation*, et ce à plus d'un titre. Le processus en question, on le sait, requiert de l'arbitre qu'il choisisse l'offre finale de l'une ou de l'autre partie dans son entièreté, sans rien retenir de celle qui est écartée. Le syndicat qui contestait la loi faisait valoir que cela en soi le pénalisait⁸⁷ et contrevenait aux principes dégagés de l'arrêt *Saskatchewan Federation*. Il ressort des motifs du juge Firestone que, pour lui, le processus en question demeurerait potentiellement susceptible de satisfaire les conditions de l'arrêt *Saskatchewan Federation*. Mais, en l'espèce, et à plusieurs égards, ce n'était pas le cas. Dans les faits, ici, la procédure de choix de l'offre finale avait exacerbé le déséquilibre entre les parties plutôt que de les remettre sur un pied d'égalité⁸⁸. De plus, en excluant du mandat de l'arbitre la question des augmentations salariales et celle de la durée de la convention collective, la loi, pour reprendre les mots de la juge Abella dans *Saskatchewan Federation*, privait l'arbitre de la faculté de « mettre fin à l'impasse de la négociation collective »⁸⁹. Dernier accroc, le processus était vicié pour une troisième raison, et non la moindre :

legislation ». Mais les juges majoritaires dans l'arrêt en question avaient nécessairement conscience de la chose puisque les juges Wagner et Rothstein, dissidents, la mentionnent en ces termes mêmes au paragraphe 127 de leurs motifs.

⁸⁵ *Supra*, note 35.

⁸⁶ L.C. 2011, c. 17.

⁸⁷ *Supra*, note 35, paragr. 20 et s.

⁸⁸ *Id.*, paragr. 212.

⁸⁹ *Id.*, paragr. 214.

[215] SFL [Saskatchewan Federation] also requires us to assess the impartiality of the arbitration process that replaced the right to strike. The Act allowed the Minister to appoint the FOS arbitrator without any consultation with or input by the parties. By itself, that raises the problem of unilaterality discussed in SFL. But, in addition, there is the salient fact that the government is the sole shareholder of Canada Post. The intimate relationship between the government and Canada Post created the potential for a reasonable apprehension of bias in the appointment of an arbitrator under the Act, especially in the absence of meaningful consultation with the Union about the appointment.

La lecture que fait le juge Firestone de l'arrêt *Saskatchewan Federation* me semble très juste et elle a le mérite de bien mettre en évidence que les exigences de l'alinéa 2d) de la *CCDL* après cet arrêt ne sont pas à prendre à la légère.

[118] Je reviens maintenant aux griefs des appelants. Ils soutiennent que la juge se serait substituée au législateur en lui imposant de remplacer le droit de grève par un mécanisme d'arbitrage, mais il n'en est rien. Elle a simplement constaté que le législateur ne s'était pas conformé à l'obligation qui lui incombe en raison de l'arrêt *Saskatchewan Federation* parce qu'il n'avait pas offert à l'intimée un mécanisme de règlement des différends véritable et efficace. Sans préciser en quoi exactement un tel mécanisme pourrait consister, elle donne néanmoins en exemple, à la note 156 de ses motifs, de nombreux textes de loi fédéraux et ontariens qui seraient susceptibles de satisfaire à cette exigence. Elle reprend ici l'énumération qu'offrait l'intimée au paragraphe 402 de sa demande de pourvoi en contrôle judiciaire, la préfaçant du commentaire suivant : « [d]e nombreuses lois forçant le retour au travail de salariés en grève (ou en lock-out) ont été adoptées au fil des ans par différents législateurs au Canada qui portaient une atteinte nettement moins importante au droit de grève des salariés en ce qu'elles reconnaissaient la nécessité de compenser la perte du droit de grève par un véritable mécanisme de règlement des différends ». Le législateur aurait en quelque sorte l'embarras du choix. Et au début de 2017, il aurait pu, aussi, s'inspirer du jugement *Postal Workers*, déjà rendu en avril 2016, pour aménager un processus satisfaisant de choix d'offre finale, ou d'arbitrage d'offres finales, ou encore identifier certaines questions encore objet de différend qui auraient pu être déferées selon l'une des formules proposées par l'intimée (voir le paragraphe [85] ci-dessus) ou selon une autre formule à quelqu'un ou à un organisme en mesure d'amener un règlement efficace du différend.

[119] Il paraît clair que, dans son appréciation du caractère déraisonnable de la *Loi 2017*, la juge a tenu compte des observations du Comité de la liberté syndicale, observations auxquelles la Cour suprême elle-même, dans *Saskatchewan Federation*, reconnaît une « force persuasive considérable »⁹⁰. Une loi qui, pour « compenser » le retrait du droit de grève, instaure un régime de négociation particulier prévoyant une

⁹⁰ *Supra*, note 26, paragr. 69.

période de négociation d'au plus 60 jours, suivie d'une période médiation d'au plus 45 jours, médiation d'où est exclue toute discussion au sujet d'une réforme du régime de négociation⁹¹ (procédé par lequel on évacue de la négociation la question qui demeure peut-être la plus névralgique entre les parties), et qui impose ensuite des conditions de travail fixées par le législateur, ne suffit manifestement pas pour rééquilibrer le rapport de force entre les parties. Elle permet peut-être de vider coërcitivement le différend, mais ce ne peut être ce qu'envisage l'arrêt *Saskatchewan Federation*. L'objectif du gouvernement ayant été atteint par le retour forcé au travail, ce nouvel échéancier était irréaliste. Prétendre comme le font les appelants qu'en imposant le renouvellement des conditions de la précédente convention collective, le gouvernement s'assurait de porter le moins possible atteinte à la liberté d'association des juristes est un sophisme.

[120] Par ailleurs, les appelants ont plusieurs fois exprimé leur hantise de voir un tiers, tel un arbitre, exercer une importante influence sur l'utilisation des deniers publics, alors que le gouvernement, qui est tenu de rendre des comptes, doit constamment composer avec diverses contraintes budgétaires. L'argument est à prendre au sérieux, mais il n'est pas concluant. Je rappelle d'abord ce que le juge Binnie disait en 2004 à ce sujet. Après avoir revu la jurisprudence pertinente, il écrivait dans un arrêt unanime de la Cour⁹² :

[72] Il s'ensuit, me semble-t-il, que les tribunaux continueront de faire montre d'un grand scepticisme à l'égard des tentatives de justifier, par des restrictions budgétaires, des atteintes à des droits garantis par la Charte. Agir autrement aurait pour effet de déprécier la Charte étant donné qu'il y a toujours des restrictions budgétaires et que le gouvernement a toujours d'autres priorités urgentes. Cependant, les tribunaux ne peuvent pas fermer les yeux sur les crises financières périodiques qui, pour être surmontées, forcent le gouvernement à prendre des mesures pour gérer ses priorités.

Bien que le contexte ait été différent, je crois que la remarque conserve sa pertinence ici. Il faut également garder à l'esprit que l'intimée ne compte qu'environ 1 150 membres, que les arguments qu'un gouvernement fait valoir au sujet des deniers publics peuvent très bien emporter la décision d'un arbitre – si arbitrage il y a – et, surtout, que le mécanisme véritable et efficace de règlement du différend qui aurait dû être mis en place ici n'est pas ce que l'intimée demandait dans sa proposition du 29 mai 2015.

⁹¹ Par son article 29, la *Loi 2017* prévoit un processus de médiation sur les « conditions de travail », mais ajoute que « la modification, directement ou indirectement, du régime de négociation [...] est réputée ne pas constituer une telle condition de travail ».

⁹² *Supra*, note 79.

[121] Enfin, pour ce qui est des commentaires de la juge sur la durée de la convention collective issue de la *Loi 2017*, elle les exprime après être revenue sur la décision du Comité de la liberté syndicale lorsque, le 1^{er} février 2006, il se prononça sur la *Loi 2005*. Voici ce qu'il disait⁹³ :

Par ailleurs, le comité a eu l'occasion de se prononcer de manière particulière sur la prorogation des conventions collectives et est d'avis qu'une telle mesure comportant une intervention dans le processus de négociation collective ne devrait être prise que dans des cas d'urgence et pour de brèves périodes.

La durée moyenne des conventions collectives dans le secteur public est telle que l'échéance de celle imposée par la *Loi 2017* coïnciderait avec celles des autres conventions. Cela dit, la simple commodité administrative ne peut suffire en soi à rendre l'atteinte minimale et la juge pouvait tirer la conclusion qui est la sienne au paragraphe 227 de ses motifs.

[122] Cela, en ce qui me concerne, clôt le débat sur l'atteinte minimale. L'atteinte aurait été minimale si elle était demeurée conforme à ce que demande l'arrêt *Saskatchewan Federation*. Il fut pourtant question de cet arrêt, et plusieurs fois, au cours des débats législatifs sur la *Loi 2017*. Les appelants souhaitent aussi nous entraîner sur d'autres chemins de traverse, en ressassant les mêmes griefs, ramenés sous un chapeutage différent, mais, à mon sens également oiseux : la pondération, selon eux « incorrecte », que la juge fit des avantages et des inconvénients de la formule introduite par la *Loi 2017* – comme si pondérer des facteurs de cette complexité relevait de l'arithmétique élémentaire, parce qu'eux savent que $2 + 2 = 4$. À les entendre, la juge de première instance, ici encore, aurait gravement erré de nombreuses fois. Ce n'est manifestement pas le cas et il est inutile de s'étendre plus longuement sur cette question. La juge leur a donné tort, comme elle avait le pouvoir de le faire, et au lieu de rouvrir le débat, ils auraient eu intérêt à se pénétrer de ses raisons : elles ne souffrent là-dessus d'aucune faiblesse.

[123] Je suis donc d'avis qu'il y a lieu de confirmer le jugement de première instance dans tout ce qui sous-tend les paragraphes 274, 275 et 276 de son dispositif.

C. Question soulevée par l'appel incident

[124] L'intimée se porte appelante incidente. Elle ne conteste pas le rejet de sa demande de dommages-intérêts. Elle revient cependant à la charge pour attaquer la partie de la décision qui omet de lui accorder l'une de ses conclusions, relative celle-là au dispositif du jugement que l'appelante incidente souhaitait obtenir de la Cour supérieure :

ORDONNER la mise en place d'un véritable mécanisme de règlement des différends conforme aux exigences posées par la protection constitutionnelle du

⁹³ La juge cite cet extrait au paragraphe 225 de ses motifs, *supra*, note 1.

droit de grève, c'est-à-dire un arbitrage ou un autre mécanisme de règlement des différends qui soit juste, efficace, équitable, obligatoire et liant, qui permette le règlement final des différends, et qui repose sur un tiers impartial et indépendant, afin de déterminer les conditions de travail des avocats et notaires de l'État québécois, et ce, depuis l'échéance de la convention collective 2010-2015, pour la période s'étendant de 2015 à 2020[.]

La juge reproduit cette conclusion dans ses motifs et elle y souligne les mots « un arbitrage ou un autre mécanisme de règlement des différends qui soit juste, efficace, équitable, obligatoire et liant, qui permette le règlement ». Je crois comprendre qu'en soulignant ces termes, la juge voulait attirer l'attention sur le fait que ce qui est demandé ici est passablement plus explicite que ce que prescrivent les motifs majoritaires dans l'arrêt *Saskatchewan Federation*.

[125] Le jugement entrepris est fort succinct sur les raisons pour lesquelles la juge ne se rendra pas à cette demande. S'appuyant sur deux arrêts⁹⁴, elle n'écrit que ce qui suit :

[273] Il appartient aux parties de négocier ou au législateur d'édicter un mécanisme de règlement des différends respectueux des droits et libertés garantis par la *Charte canadienne*. Le Tribunal rejette cette demande dans le respect du principe de séparation des pouvoirs.

[126] L'appelante incidente tire de ce passage trois moyens d'appel. La juge aurait erré en estimant que deux obstacles juridiques l'empêchaient de lui donner raison sur ce point, soit la séparation des pouvoirs et l'inexistence en droit constitutionnel d'un droit à un régime particulier de négociation collective. Elle aurait également erré en s'abstenant d'examiner l'opportunité de la réparation demandée et elle aurait erré de nouveau en n'octroyant pas cette réparation.

[127] La constitution canadienne se veut celle d'une société libre et démocratique et elle respecte très certainement le principe de la séparation des pouvoirs. En ces matières, cependant, tout est relatif. Ainsi, et par exemple, la constitution canadienne ne s'arc-boute pas sur ce principe autant que la constitution américaine. J'ai d'ailleurs déjà fait allusion à cet état de choses en signalant la porosité qui existe ici entre l'exécutif et la législature, aux paragraphes [109] et [110] ci-dessus. Ce que demande l'appelante

⁹⁴ Ce sont l'arrêt *Fraser c. C.R.T.F.P.*, [1985] 2 RCS 455, paragr. 39, où le juge en chef Dickson rédige les motifs unanimes de la Cour et note : « Il existe au Canada une séparation des pouvoirs entre les trois branches du gouvernement – le législatif, l'exécutif et le judiciaire. En termes généraux, le rôle du judiciaire est, il va sans dire, d'interpréter et d'appliquer la loi; le rôle du législatif est de prendre des décisions et d'énoncer des politiques; le rôle de l'exécutif est d'administrer et d'appliquer ces politiques. » Et l'arrêt *Police montée, supra*, note 11, paragr. 156, réaffirmant sous la plume de la juge en chef McLachlin et du juge LeBel, auteurs des motifs majoritaires, que « s'il le juge à propos, le législateur demeure libre d'adopter tout modèle qu'il estime indiqué pour régir les relations des employés [...] dans le respect des limites constitutionnelles imposées par la garantie prévue à l'al. 2d) et par l'article premier de la *Charte*. »

incidente par la conclusion précitée (et ce qui selon elle doit relever d'un tiers impartial et indépendant, doit être juste, efficace, équitable, obligatoire, liant et menant au règlement final des différends) équivaut pratiquement à la définition d'un arbitrage obligatoire de différend, malgré le fait que l'appelante incidente prend aussi soin de mentionner un arbitrage « ou un autre mécanisme de règlement des différends ». Je crois que c'est trop demander et c'est déroger, incontestablement, au régime du *Code du travail*, qui demeure aujourd'hui celui que la législature considère comme applicable à l'appelante incidente. Qu'elle en fasse la démonstration une quatrième fois si elle demeure de cet avis, ou qu'elle passe à autre chose, comme elle n'hésite pas à le faire dans le cas, par exemple, des pompiers et des policiers.

[128] Son avocat, en plaidoirie orale devant la Cour, soutient que, même sous le coup d'une telle ordonnance, le gouvernement conserverait le choix des moyens et pourrait s'exécuter par une entente, un acte réglementaire ou une loi, aucun de ces moyens n'étant obligatoire. À mon sens, cette explication sous-estime grandement le caractère fort contraignant qu'aurait une ordonnance rédigée en ces termes, et sous-estime aussi les difficultés que ferait surgir cette ordonnance si, une fois qu'elle était prononcée, l'on renvoyait les parties dans l'environnement législatif actuellement en place; depuis que l'article 48 de la *Loi 2017* a pris effet, cet environnement demeure inchangé par rapport à celui qui existait à la veille de l'entrée en vigueur de cette loi.

[129] Ce même avocat fait aussi valoir qu'elle ne demande pas une réparation rétroactive, mais prospective. J'ai quelque difficulté à le suivre sur ce point, car selon les termes de l'ordonnance demandée, le recours à un mécanisme véritable et efficace de règlement des différends doit servir ici à « déterminer les conditions de travail des avocats et notaires de l'État québécois, et ce, depuis l'échéance de la convention collective 2010-2015, pour la période s'étendant de 2015 à 2020. » Or, nous sommes en 2021.

[130] J'estime plutôt que la juge a fait précisément ce qu'il lui revenait de faire. En l'absence d'une démonstration prépondérante qu'en adoptant la *Loi 2017*, le législateur s'était comporté de manière clairement fautive, avait agi de mauvaise foi ou avait abusé de son pouvoir, la juge a rejeté la réclamation de dommages-intérêts de l'appelante incidente. Je crois qu'elle a eu raison, même si l'on peut plausiblement reprocher au gouvernement d'avoir fait une lecture trop hâtive de l'arrêt *Saskatchewan Federation* et d'être demeuré inflexible devant les craintes qu'exprimaient sagacement à son sujet certains députés de l'opposition à l'Assemblée nationale.

[131] Par contre, la juge a donné raison à l'appelante incidente sur le principal objet de son pourvoi en contrôle judiciaire et elle a déclaré inconstitutionnelle la *Loi 2017*, rétroactivement à sa date d'adoption.

[132] On peut se demander, du reste, à quoi servirait une telle ordonnance. Il devrait être clair pour quiconque se sera donné la peine de lire attentivement ce qui précède que, la prochaine fois, s'il devait malencontreusement y en avoir une, une semblable

ordonnance pourrait devenir nécessaire. Et la bonne foi du gouvernement pourrait être réexaminée de près. Mais nous n'en sommes pas là et rien ne dit que cela serait inévitable.

VI. CONCLUSION

[133] Pour ces motifs, je propose de confirmer le jugement de première instance et de rejeter l'appel principal ainsi que l'appel incident, le tout avec frais de justice dans chaque cas.


YVES-MARIE MORISSETTE, J.C.A.