

Sous la direction de
Dominic Roux



Autonomie collective et droit du travail

Mélanges en l'honneur
du professeur

Pierre Verge

Collection

TRAVAIL ET EMPLOI

à l'ère de la mondialisation



Collection

TRAVAIL ET EMPLOI

à l'ère de la mondialisation

dirigée par Jacques Bélanger (Université Laval), Christian Lévesque (HEC Montréal), Gregor Murray (Université de Montréal) et Guylaine Vallée (Université de Montréal).

La mondialisation du monde du travail entraîne de nombreux changements qui affectent les employés et leurs familles. Ces transformations nous invitent à revoir les modèles institutionnels et organisationnels de la société industrielle. La recherche fondamentale en sciences sociales, en gestion et en droit a un rôle névralgique à jouer dans la compréhension de ces phénomènes économiques et sociaux et des modes de régulation qui y sont associés. Ces éclairages peuvent aussi aider les acteurs engagés dans le renouvellement des formes institutionnelles et organisationnelles en matière de travail et d'emploi.

Cette collection met l'accent sur la recherche et les débats qui permettent de mieux comprendre ces tendances dans notre propre société, tout en favorisant les perspectives de recherche qui s'appuient sur un regard comparatif international.

Cette collection puise dans les travaux du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT – www.crimt.org). Son comité scientifique est composé de Stéphanie Bernstein (Université du Québec à Montréal), Adelle Blackett (Université McGill), Christian Brunelle (Université Laval), Étienne Cantin (Université Laval), Jean Charest (Université de Montréal), Michel Coutu (Université de Montréal), Renée-Claude Drouin (Université de Montréal), Lucie Morissette (HEC Montréal) et Pierre Verge (Université Laval). Francine Jacques et Nicolas Roby du CRIMT en assurent la coordination.

Le **Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT)** est un centre d'excellence qui se concentre sur les défis théoriques et pratiques du renouveau institutionnel et organisationnel en matière de travail et d'emploi à l'ère de la mondialisation. De par l'étendue de son programme de recherche, l'organisation d'activités d'envergure internationale, la qualité de son encadrement et ses initiatives de financement étudiant, ses écoles d'été et le déploiement d'équipements de visioconférence, le CRIMT constitue un milieu de premier plan pour la formation des étudiantes et des étudiants diplômés en relations industrielles, en gestion, en droit du travail, en sociologie et en économie.

Comptant au Québec une trentaine de chercheurs rattachés à l'Université de Montréal, à l'Université Laval et aux Hautes Études commerciales (HEC) de Montréal – ses trois institutions constitutives – ainsi qu'à l'Université du Québec à Montréal, à l'Université McGill et la TÉLUQ, le CRIMT regroupe 80 chercheurs répartis dans les universités canadiennes et des instituts et des universités de pays étrangers. Il bénéficie de l'appui de ses institutions constitutives, des grands organismes subventionnaires, des partenaires canadiens et étrangers des milieux de la recherche et du marché du travail. Pour plus de renseignements, consulter www.crimt.org



AUTONOMIE
COLLECTIVE
ET DROIT
DU TRAVAIL

MÉLANGES EN L'HONNEUR
DU PROFESSEUR
PIERRE VERGE



AUTONOMIE
COLLECTIVE
ET DROIT
DU TRAVAIL

MÉLANGES EN L'HONNEUR
DU PROFESSEUR
PIERRE VERGE

Sous la direction de
Dominic Roux



Presses de
l'Université Laval

Les Presses de l'Université Laval reçoivent chaque année du Conseil des Arts du Canada et de la Société de développement des entreprises culturelles du Québec une aide financière pour l'ensemble de leur programme de publication.

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada par l'entremise du Fonds du livre du Canada pour nos activités d'édition.

Maquette de couverture: Nicolas Roby et Danielle Motard

Conception de la maquette et mise en pages: Danielle Motard

ISBN 978-2-7637-2568-0

ISBN-PDF 9782763725697

ISBN-ePUB 9782763725703

© Les Presses de l'Université Laval 2014

Tous droits réservés. Imprimé au Canada

Dépôt légal 4^e trimestre 2014

Les Presses de l'Université Laval

www.pulaval.com

Toute reproduction ou diffusion en tout ou en partie de ce livre par quelque moyen que ce soit est interdite sans l'autorisation écrite des Presses de l'Université Laval.



TABLE DES MATIÈRES

XI Avant-propos

XV Foreword

1

- 1 La contribution scientifique de Pierre Verge à l'affirmation
et à la recomposition du droit du travail

Guyline Vallée

2

- 57 Un décanat de développement et de consolidation

Sylvio Normand

3

- 73 Autonomie collective et pluralisme juridique: Georges Gurvitch,
Hugo Sinzheimer et le droit du travail

Michel Coutu

4

- 105 Corporatism, Neo-Corporatism, and Freedom of Association

Adrián Goldin

/// 5

- 135 Le syndicat obligatoire au Québec : une contrainte individuelle à la faveur de l'autonomie collective

*Pierre Verge, Christian Brunelle, Anne-Marie Laflamme
et Dominic Roux*

/// 6

- 165 « La convention collective lie tous les salariés... » mais, sans les ligoter !
(art. 67 C.t.)

M^e Fernand Morin

/// 7

- 195 La solubilité de la convention collective dans son environnement normatif :
quelques réflexions sur une mutation institutionnelle

L'honorable Louis LeBel

/// 8

- 213 Regulating Strikes in Essential (and Other) Services after the "New Trilogy"

Bernard Adell[†]

/// 9

- 251 L'arbitrage de grief et le développement de la spécificité du droit du travail :
une contribution reconnue

Denis Nadeau

/// 10

- 277 Embracing Collective Rights: Unions and the New Struggle for Relevance
and Autonomy—A View from the Commonwealth Caribbean

Rose-Marie Belle Antoine

/// 11

- 327 Collective Autonomy in New Zealand

Paul Roth

// 12

- 351 Social Partners' Autonomy and its Limits. A Polish Perspective
Michał Seweryński

// 13

- 361 Le droit français du travail est-il toujours un droit de protection des salariés?
Jean Pélissier

// 14

- 377 Les tribunaux judiciaires et les conflits collectifs de travail en Amérique latine
Héctor-Hugo Barbagelata

// 15

- 397 La détermination des conditions collectives de travail dans l'entreprise
au Japon : le règlement intérieur et la modification des conditions de travail
Yasuo Ishii

// 16

- 427 The Wagner Model and International Freedom of Association Standards
Lance Compa

// 17

- 463 Strike Ban for Public Servants in Germany—an International Anachronism
Udo R. Mayer

// 18

- 477 L'autonomie collective, élément clé du travail décent des travailleuses
et travailleurs domestiques
Adelle Blackett

// 19

- 511 The New Public and Private International Labour Regulations
and Their Implementation Experiences
Pablo Lazo Grandi

/// 20

- 543 Organisations nouvelles du travail et représentation collective des travailleurs
Jean-Michel Servais

/// 21

- 571 Repenser les politiques des rapports collectifs de travail à l'ère
des entreprises transnationales
Gregor Murray



AVANT-PROPOS

L'apport du professeur Pierre Verge au droit du travail est remarquable. Ses travaux ont profondément marqué cette discipline et en ont accompagné le développement pendant plus de cinquante ans. Engagé, il occupa dès le début de sa carrière diverses fonctions administratives, dont celle de doyen (Normand). Visionnaire, il se tourna rapidement vers la recherche subventionnée et vers l'interdisciplinarité. Pluraliste, son approche se focalisa sur la multiplicité des sources – juridiques ou non – qui jalonnent sa discipline, élargissant ses horizons de recherche, vers la sociologie, notamment. Joueur d'équipe, il sut transmettre à d'autres, ici même et ailleurs dans le monde, son savoir et son expérience, ce qui se traduit par d'innombrables copublications et collaborations, et autant d'amitiés nouées.

Rigueur intellectuelle, érudition et ardeur au travail sont des traits de personnalité connus du professeur Verge. Mais à cela s'ajoutent de belles qualités humaines: générosité, affabilité et modestie caractérisent en effet cet homme, authentique, qui, durant son illustre carrière, influença tant de collègues et d'étudiants.

Plusieurs d'entre eux ont donc voulu lui rendre un vibrant hommage et exprimer leur attachement et leur reconnaissance sous la forme de *Mélanges*.

Le présent ouvrage regroupe une vingtaine de contributions autour du thème de l'autonomie collective en droit du travail. Ce thème est au cœur de la pensée du professeur Verge (Vallée) et cerne un aspect essentiel de ce qui a fait sa renommée, tant au Canada qu'à l'étranger. Différentes perspectives y sont présentées: théoriques, nationales, régionales, internationales ou transnationales.



Des aspects théoriques de l'autonomie collective sont tout d'abord exposés (Coutu; Goldin). Quelques-unes de ses manifestations sont ensuite analysées, d'abord, d'un point de vue québécois et canadien: l'appartenance syndicale obligatoire (Verge, Brunelle, Laflamme et Roux), la convention collective (Morin; Lebel), la grève (Adell) et l'arbitrage de grief (Nadeau).

S'ensuit une présentation successive de modèles nationaux ou régionaux, soit les Caraïbes (Belle Antoine), la Nouvelle-Zélande (Roth), la Pologne (Seweryński) et la France (Pélissier).

D'autres études font état de problématiques juridiques ayant cours dans certaines régions du monde: les tribunaux judiciaires en Amérique latine (Barbagelata); le règlement intérieur de l'entreprise au Japon (Ishii); la liberté d'association des travailleurs aux États-Unis (Compa); les fonctionnaires en Allemagne (Mayer); les travailleurs domestiques en France (Blackett).

Viennent clore cet ouvrage des textes abordant plus globalement l'autonomie collective et ses défis dans un contexte de mondialisation de l'économie, que ce soit en droit international du travail (Lazo Grandi) ou en droit comparé du travail (Servais), et plus particulièrement à l'ère des entreprises multinationales (Murray).

La publication de *Mélanges en l'honneur du professeur Verge* n'aurait pas été possible sans le soutien financier et logistique de plusieurs personnes ou institutions que nous souhaitons remercier chaleureusement.

Il s'agit des Presses de l'Université Laval, de la Faculté de droit de l'Université Laval et du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT), et en particulier Gregor Murray (directeur), Nicolas Roby (directeur scientifique), Francine Jacques (professionnelle de recherche) et Élise Panier (stagiaire postdoctorale). Le présent ouvrage s'insère d'ailleurs dans la collection *Travail et emploi à l'ère de la mondialisation* du CRIMT.

L'indispensable travail de relecture et d'uniformisation des textes a été effectué par Émilie Rochette, étudiante à la maîtrise à la Faculté de droit de l'Université Laval, qui a fait preuve à cette occasion d'un dévouement et d'une efficacité exemplaires.

Nos remerciements vont évidemment aux auteurs sans qui cet ouvrage n'aurait pu voir le jour. Votre générosité et votre patience furent très appréciées et oh combien nécessaires!

Soulignons aussi la contribution indispensable des membres de la famille du professeur Verge, dont son épouse Colette Habel Verge. Leur amour et leur dévouement l'ont inspiré tout au long de son parcours.

Au nom de toutes et de tous, nous exprimons notre estime et notre gratitude au professeur Verge. Ses enseignements et ses réflexions resteront à jamais gravés dans nos mémoires et dans celles de nos successeurs!

Dominic Roux
Professeur titulaire
Vice-doyen aux études supérieures et à la recherche
Faculté de droit de l'Université Laval
Membre du Centre de recherche interuniversitaire
sur la mondialisation et le travail (CRIMT)



FOREWORD

Professor Pierre Verge's contribution to labour law is simply remarkable. His work has profoundly shaped this discipline and has contributed to its development for more than fifty years.

He was very dedicated to his work and, from early in his career, held various administrative positions, including the position of dean (Normand). He was also a visionary and soon turned to grant-based and interdisciplinary research. His pluralist approach focused on the multiplicity of sources—legal or otherwise—that shaped his discipline, thus broadening his research horizons to other disciplines, notably sociology. A real team player, he invariably transmitted to others, here and elsewhere in the world, his knowledge and experience, resulting in countless co-authored publications and collaborative projects, and many great friendships.

Intellectual rigour, erudite scholarship, and hard work are among Professor Verge's well-known personality traits. But that is far from the full picture since wonderful human qualities, such as generosity, friendship, and modesty, characterize this genuine individual who has influenced so many colleagues and students throughout his illustrious career.

This no doubt explains why so many of them have participated in this heartfelt tribute and wish to express their appreciation and friendship through this *Mélanges (Festschrift)*.

This volume includes some twenty contributions, largely inspired by the theme of collective autonomy in labour law. This theme is in fact central to the scholarship of Professor Verge (Vallée) and defines an essential aspect of his reputation, both in Canada and abroad. The

contributors present different perspectives: theoretical, national, regional, international, and transnational.

The first two contributors focus on theoretical aspects of collective autonomy (Coutu; Goldin). Its manifestations are then analyzed from a Quebec and Canadian perspective: compulsory union membership (Verge, Brunelle, Laflamme and Roux), collective agreements (Morin; Lebel), strikes (Adell), and grievance arbitration (Nadeau). Subsequent contributors then adopt the perspectives of other national and regional models: the Caribbean (Belle Antoine), New Zealand (Roth), Poland (Sewerynski), and France (Pélissier).

Other studies examine the legal issues faced by specific regions of the world: courts and labour conflicts in Latin America (Barbagelata); determination of working conditions in workplaces in Japan (Ishii); freedom of association in the United States (Compa); civil servants in Germany (Mayer); and domestic workers in France (Blackett).

This volume ends with articles addressing, more generally, the challenges to collective autonomy in a context of economic globalization, whether in international labour law (Lazo Grandi) or comparative labour law (Servais) and, more particularly, in the era of multinational corporations (Murray).

The publication of this *Mélanges* in honour of Professor Verge would not have been possible without financial and logistical support from several individuals and institutions.

We would like to express our warm thanks to Les Presses de l'Université Laval, the Faculty of Law of Université Laval, and the Inter-university Research Centre on Globalization and Work (CRIMT). In the last case, we particularly wish to acknowledge the help of Gregor Murray (its director), Nicolas Roby (its scientific coordinator), Francine Jacques (its special project coordinator), and Élise Panier (a postdoctoral fellow at CRIMT, Université de Montréal). Furthermore, this volume forms part of the CRIMT collection *Travail et emploi à l'ère de la mondialisation*.

Émilie Rochette, a master's student at the Faculty of Law of Université Laval, reread and standardized the texts with exemplary dedication and efficiency.

Our thanks go to the authors without whom this volume would not have come to fruition. Your generosity and patience are greatly appreciated and have been so essential to this project!

Another indispensable contribution has been made by Colette Habel Verge and her family. Their love and dedication have inspired have inspired Professor Verge's work throughout his career.

Finally, on behalf of all, we would like to express our respect for and gratitude to Professor Verge. His teachings and thoughts will forever be etched in our memory and those of our successors!

Dominic Roux

Professor and Associate Dean for Graduate Studies and Research

Faculté de droit, Université Laval

Member of the Interuniversity Research Centre on Globalization
and Work



LA CONTRIBUTION SCIENTIFIQUE DE PIERRE VERGE À L’AFFIRMATION ET À LA RECOMPOSITION DU DROIT DU TRAVAIL

Guyline Vallée*

|||| INTRODUCTION

Il est difficile de présenter l’œuvre scientifique de Pierre Verge sans d’abord rappeler son parcours professionnel et universitaire, tellement les deux sont intimement liés. Titulaire d’une licence en droit (LL.L) de l’Université Laval (1959), Pierre Verge est admis au Barreau du Québec en 1961. Il pratique le droit à Québec de 1961 à 1965, tout en complétant une maîtrise en économique (M.A.) à l’Université

* Professeure titulaire, École de relations industrielles, Université de Montréal, membre du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT). L’auteure remercie Marie-Ève Bernier, étudiante de doctorat à la Faculté de droit de l’Université de Montréal, pour l’avoir assistée dans le repérage des travaux publiés par Pierre Verge tout au long de sa carrière.

McGill (1962) et un diplôme d'études supérieures en droit (D.E.S.) à l'Université Laval (1965). Dès cette période, il commence à publier, notamment deux articles dans la Revue *Relations industrielles* (Verge, 1963 et 1963a). Après un stage libre d'études supérieures en droit à la Faculté de droit et des sciences économiques de Lyon (1966), Pierre Verge devient professeur de carrière à la Faculté de droit de l'Université Laval en 1967 tout en complétant une maîtrise en droit (LL.M.) à l'Université de Toronto (1968) et un doctorat en droit (LL.D.) à l'Université Laval portant sur le statut d'« association accréditée » selon le *Code du travail* du Québec (1970). Pendant la même période, il assume d'importantes responsabilités administratives (secrétaire de la Faculté de droit de l'Université Laval, 1968-1969 et vice-doyen à l'enseignement, 1970-1971) tout en maintenant une production scientifique déjà très riche, notamment en tant que coauteur d'un premier ouvrage (Gagnon, LeBel et Verge, 1971) qui est largement recensé dans des revues nationales et internationales¹ et qui est salué, à juste titre, comme le premier ouvrage présentant une « étude vraiment complète et systématique » du droit du travail québécois². Alors qu'il est professeur titulaire depuis 1972 et qu'il termine un mandat de doyen à la Faculté de droit de l'Université Laval (de 1973 à 1977), Pierre Verge séjourne à Cambridge (Commonwealth Fellow St. John's College et member, Faculty Board of Law, Cambridge University, 1977-1978), où il obtient une troisième maîtrise ès arts (M.A.) en 1977.

En somme, dès le tout début de sa carrière, Pierre Verge a assumé toutes les fonctions d'un « juriste universitaire ». Dans un rapport de synthèse qu'il présentait à l'occasion d'un forum international des juristes francophones sur l'apport des universitaires au développement du droit et au progrès de la justice, Pierre Verge écrivait que ceux-ci sont « investis de la mission d'assurer la rencontre de ce

-
1. Recensions de cet ouvrage parues en 1972 dans : (1972) 24 : 4 *Revue internationale de droit comparé* 929-930 ; (1972) *Droit social* 200 ; (1972) 27 *Relations Industrielles* 546 ; (1972) 13 *Cahiers de droit* 600 ; *Le travailleur canadien*, janvier 1972 ; (1972) 26 *Revue juridique et politique* 291.
 2. Recension de l'ouvrage par Xavier Blanc-Jouvan dans (1972) 24 : 4 *Revue internationale de droit comparé* 929.

que le droit comporte de local et de plus universel » (Verge, 2001c : 616) et qu'ils doivent aborder le droit tout autant de l'intérieur, en étant attentif à la mise en cohérence de ses normes, que de l'extérieur, pour le mettre en perspective en tenant compte de l'histoire et des caractéristiques de la société (Verge, 2001c). Cette mission, c'est celle que Pierre Verge a accomplie pour le droit du travail. Par ses travaux, il a contribué à établir le droit du travail comme une branche du droit dotée d'une certaine autonomie au sein de l'ensemble juridique québécois et canadien et d'une portée universelle d'un point de vue comparé et international. Il l'a fait à partir d'une approche « interne et normative », en ce qu'elle s'intéresse aux principes constitutifs du droit du travail et à l'articulation de la pluralité de normes qui le constituent, tout autant qu'avec une approche « externe et empirique » qui cherche à dégager le sens et les fonctions du droit du travail dans la société et à faire l'évaluation critique de ce droit en le confrontant à la réalité de l'entreprise et du travail et à son évolution.

L'apport de Pierre Verge est d'autant plus remarquable que le droit du travail québécois est « encore un droit en formation³ », comme le faisait remarquer Xavier Blanc-Jouvan dans sa recension précitée, au moment où Pierre Verge commence sa carrière. Pour faire ressortir cet apport, les grands thèmes abordés par Pierre Verge dans ses travaux de recherche seront d'abord présentés de manière chronologique et contextuelle afin de faire ressortir les caractéristiques de la méthode d'analyse qu'il a développée pour analyser un droit du travail en constante mutation (1). À défaut de pouvoir rendre justice en profondeur à l'ensemble des questions étudiées par Pierre Verge au long de sa carrière, nous examinerons ensuite de manière longitudinale et plus approfondie deux concepts centraux qui traversent toute son œuvre, ceux de rapport salarial et d'autonomie collective, qui sont des illustrations particulières de son apport à la connaissance mais aussi à la méthode du droit du travail (2).

3. *Ibid.*

IIII 1. PORTRAIT CONTEXTUEL ET CHRONOLOGIQUE DE L'ŒUVRE DE PIERRE VERGE

Il est difficile de rendre justice, en quelques pages, à une œuvre aussi dense, qui s'est déployée sur près de cinquante ans, a donné lieu à la publication de 14 ouvrages et de près de 170 articles⁴ et qui a su refléter les évolutions du droit du travail tout autant qu'elle en a influencé le cours. Aux fins du portrait contextuel et chronologique qui est l'objet de la présente section, les travaux menés par Pierre Verge seront replacés dans un contexte exposé en deux phases, celle de l'affirmation (1.1), puis celle de la recomposition du droit du travail (1.2).

IIII 1.1 L'affirmation d'un droit du travail

Au moment où Pierre Verge publie ses premiers travaux, le *Code civil du Bas-Canada* fonde une vision contractuelle du lien d'emploi. Le droit directement protecteur du salarié est lacunaire et établi dans quelques lois de portée limitée comme la *Loi du salaire minimum* et la *Loi sur les établissements industriels et commerciaux*, situation que Pierre Verge déplore d'ailleurs dès 1969 en soulignant l'absence d'une norme d'application générale concernant la durée du travail (Verge, 1969c). Les politiques publiques dans le domaine du travail qui prévalent alors sont principalement orientées autour des rapports collectifs du travail alors que la *Loi des relations ouvrières* régit les relations collectives du travail. Inspirée de la loi Wagner américaine, la *Loi des relations ouvrières* impose la négociation collective obligatoire avec l'association de salariés majoritaire détenant un monopole de représentation des salariés qui lui est octroyé à l'issue d'une procédure d'accréditation. En 1961, cette loi est amendée pour prévoir l'interdiction de la grève ou du lockout pendant la durée de la convention collective, le recours obligatoire à l'arbitrage de grief lors d'une mésentente relative à l'interprétation ou à l'application de la convention collective et le rattachement de

4. Voir en annexe la liste des publications de Pierre Verge entre 1963 et 2012.

l'accréditation et de la convention collective à l'entreprise et non à l'employeur dans le but d'assurer la continuité des rapports collectifs du travail. Le *Code du travail* remplace la *Loi des relations ouvrières* en 1964 et son application s'étend rapidement aux salariés des services et secteurs publics et parapublics. Au même moment, une réflexion pour une éventuelle révision du *Code civil du Bas-Canada* s'engage, réflexion à laquelle Pierre Verge contribuera par ses travaux de nature critique sur la lecture civiliste des rapports de travail.

Dans ce cadre juridique en pleine ébullition, Pierre Verge mène un travail fondamental d'interprétation du sens, des principes et des effets de ce droit nouveau, notamment par des travaux sur le statut juridique et le pouvoir d'une association de salariés accréditée (Verge, 1967a, 1970, 1971b, 1971c et 1971d), la convention collective (Verge, 1967b, 1967c, 1968d et 1969b), l'arbitrage de grief (Verge, 1963, 1963a, 1968a, 1968d, 1973 et 1974; Dussault et Verge, 1969; Gagnon et Verge, 1970), la grève, le lock-out ou le piquetage (Verge, 1967, 1968b, 1979a, 1979b et 1979c; LeBel et Verge, 1969 et 1970), les droits de direction en présence ou non de rapports collectifs du travail (Verge 1963, 1963a et 1969d) et la notion d'entreprise comme vecteur de stabilité de l'accréditation et de la convention collective (Verge, 1969). Il s'appuie sur le droit français, le droit américain ainsi que sur les règles en vigueur dans certaines provinces canadiennes pour préciser le sens de ces institutions nouvelles. Parallèlement à ces travaux sur les rapports collectifs du travail, Pierre Verge réfléchit à la nature de la relation de travail (Verge, 1968, 1970a et 1971a; Gagnon, Lebel et Verge, 1970) et à la quête d'une certaine sécurité d'emploi pour l'ensemble des salariés face aux mutations de l'entreprise, à l'image de ce qui existe en ce qui concerne les rapports collectifs de travail (Verge, 1969 et 1969d). Il poursuit concurremment une observation minutieuse de l'actualité législative et jurisprudentielle, notamment celle des tribunaux spécialisés, qui donne lieu à des chroniques publiées dans les revues *Cahiers de droit* et *Relations industrielles* de même qu'à une chronique conjointe de droit du travail à laquelle il contribuera, dans la *Revue du Barreau*, de 1971 à 1982.

Sur le fond, l'apport principal de l'œuvre de Pierre Verge pendant cette période est de mettre au jour les fondements radicalement nouveaux du droit du travail en émergence par rapport au droit commun. Il en est ainsi tant en ce qui concerne les rapports collectifs que les rapports individuels du travail, ainsi que nous le verrons dans la deuxième partie du présent texte. Les travaux réalisés par Pierre Verge révèlent l'existence d'un droit du travail distinct du droit commun, tant aux plans substantif que juridictionnel (Verge, 1979), dont l'objet propre est de régir les relations de travail subordonné ayant cours dans une entreprise classique de production.

Plusieurs constantes de la méthode d'analyse que pratiquera Pierre Verge se révèlent aussi dès ces premiers travaux. D'une part, Pierre Verge s'y montre soucieux d'analyser non seulement le contenu de ce droit en émergence mais aussi ses procédés de mise en œuvre. Pour lui, le particularisme du droit du travail est aussi celui de ces procédés qui sont porteurs d'une approche différente de celle qui a cours devant les tribunaux ordinaires (Verge, 1968c, 1969a, 1973, 1974). C'est pourquoi il s'intéresse, dès ses tous premiers travaux, à la compétence, au fonctionnement, aux pouvoirs et à la jurisprudence des tribunaux spécialisés, notamment des arbitres de grief (Verge, 1963, 1963a, 1968a, 1968d, 1969a, 1971, 1973 et 1974; Dussault et Verge, 1969; Gagnon et Verge, 1970) et des commissions des relations du travail ou autres tribunaux spécialisés (Verge, 1964, 1967d et 1971e). D'autre part, Pierre Verge recourt systématiquement à la comparaison pour cerner l'essence de ce droit nouveau au-delà de son expression dans un système national particulier.

La méthode pratiquée par Pierre Verge dans ces travaux, attentive à la fois aux règles et à leurs procédés de mise en œuvre et soucieuse de cerner l'essence de ce qu'est le droit du travail tout comme ses manifestations concrètes dans le cadre québécois, sera au cœur du travail de systématisation qu'il entreprendra face à un cadre juridique qui se complexifiera.

1.2 La recomposition du droit du travail

En effet, à compter du milieu des années 1970, tant la réalité de l'exécution du travail que le cadre juridique qui lui est applicable subissent de profondes mutations. Du point de vue juridique, l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne* – qui reconnaît les libertés et droits fondamentaux de la personne ainsi que le droit à l'égalité, notamment par des dispositions spécifiquement applicables à l'emploi – ainsi que de lois directement protectrices des salariés, syndiqués ou non – notamment la *Loi sur les normes du travail* et la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, qui établissent des conditions minimales de travail ainsi que des recours spécialisés en matière de congédiement sans cause juste et suffisante ou de pratiques interdites pouvant conduire à la réintégration forcée des salariés – s'ajoutent à une intervention étatique prioritairement axée jusque-là sur les rapports collectifs du travail. Les modifications constitutionnelles de 1982, lesquelles intègrent la *Charte canadienne des droits et libertés* à la Constitution canadienne, l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994 ainsi que la multiplication d'accords de libre-échange assortis d'ententes parallèles visant le travail modifient profondément, en le complexifiant, le cadre juridique applicable au travail. En même temps, le travail et l'entreprise se transforment dans un contexte de mondialisation de l'économie. Au lieu d'emploi standard unissant un employeur à un travailleur subordonné, œuvrant à temps plein pour une longue durée sur le site même d'une entreprise dont l'organisation de la production est verticalement intégrée, s'ajoutent des modèles d'emploi qui ne correspondent plus à cette norme d'emploi standard, soit par l'autonomie dont jouit le travailleur dans l'organisation de son travail, soit quant au temps, à la durée ou au lieu de ce travail, soit quant au caractère multipartite de la relation d'emploi rendant l'employeur difficilement identifiable, soit quant aux réseaux d'entreprises complexes, nationaux ou internationaux, dans lesquels s'insère le travail (Verge, 1997a et 2001 ; Murray et Verge, 1993 ; Verge et Dufour, 2003). Dans certains cas, ces nouveaux rapports de travail se déploient au-delà du cadre territorial du droit du travail national, sous l'impulsion des entreprises transnationales et des entreprises-réseaux (Verge et Dufour, 2002).

Le droit du travail québécois, dont la spécificité aux plans matériel et juridictionnel s'était définie jusque-là essentiellement au contact du droit commun (Verge, 2002), se trouve à un moment charnière puisque sa « recomposition » (Verge, 2011) tient à sa capacité de s'ajuster à cette mutation du travail et de l'entreprise tout autant qu'à cet environnement juridique nouveau dans lequel l'intervention directe de l'État dans la détermination des conditions de travail, la protection d'un droit à l'emploi pour les salariés, les droits fondamentaux de la personne et le droit international relatif au travail sont affirmés bien davantage (Verge, 2001b et 2002). Tout en poursuivant son travail fondateur sur les rapports collectifs (Verge, 1983, 1983b, 1984, 1984a, 1985, 1988b, 1989b, 1992 et 1993a; Verge et Barré, 1986; Verge et Murray, 1991; Murray et Verge, 1993, 1994, 1994a et 1999), l'arbitrage de grief (Verge, 1979d et 1980a), les juridictions spécialisées du travail (Verge, 1981a; Verge et Nadeau, 1983) et la nature de la relation de travail, en réaction dans ce dernier cas au contenu du nouveau *Code civil du Québec* (Verge, 1988 et 1993), Pierre Verge débute une série de travaux sur la protection de l'emploi en droit comparé (Javillier, Napier et Verge, 1982) et en droit québécois (Verge, 1980 et 1981b) dans la foulée des nouveaux recours en matière de congédiement et de pratiques interdites créés notamment par la *Loi sur les normes du travail*. Bien que ces dispositions nouvelles consacrent un certain droit à l'emploi pour un ensemble plus large de salariés syndiqués ou non victimes d'une rupture injustifiée ou illégale de leur lien d'emploi, ce que Pierre Verge réclamait dans ses tous premiers textes (Verge, 1969 et 1969d), il note néanmoins que le morcellement juridictionnel et l'absence d'un régime unifié du contrôle des motifs de la rupture (Verge, 1980 et 1981b) ainsi que le pouvoir restreint des juridictions du travail saisies d'une plainte de congédiement illégal (Verge et D'Aoust, 1980) peuvent atténuer la portée de ce droit et même rendre illusoire, en certaines circonstances, la protection de l'emploi que le législateur a voulu promouvoir. Poursuivant, comme dans ses travaux antérieurs, l'analyse combinée des règles et de leurs procédés de mise en œuvre, Pierre Verge voit l'ineffectivité que peuvent entraîner des mécanismes d'application déficients. Il analysera même le recours à l'injonction devant les tribunaux ordinaires comme un moyen

pouvant être mobilisé par les salariés comme instrument d'affirmation de leur droit au travail en l'absence de recours spécialisé unifié (Verge, 1981).

Mais surtout, Pierre Verge prend acte de cette pluralité de normes désormais applicables au travail en étant soucieux d'orchestrer leur mise en cohérence (Verge, 1979, 1988a et 1994; Verge et Vallée, 1994). La plupart de ses travaux se caractérisent par « la recherche d'une interface » (Verge, 2001b) entre le droit du travail, qu'il s'agisse du droit des rapports collectifs du travail ou des conditions de travail directement déterminées par l'État, les droits de la personne et le droit international (Verge, 2001b et 2002).

Cette recherche donnera lieu à de multiples travaux portant sur la protection constitutionnelle ou quasi constitutionnelle de droits jusqu'alors affirmés par le droit légiféré des rapports collectifs de travail (Verge, 2001b). Ces travaux portent en particulier sur l'incidence de la protection du droit à l'égalité sur les régimes de représentation syndicale (Verge, 2002) et sur la protection constitutionnelle, sous le couvert de la liberté d'association ou de la liberté d'expression, de la liberté syndicale (Verge, 2001b; Brunelle et Verge, 2003; Verge et Desbarats, 2009), de la négociation collective (Verge, 2006a, 2008 et 2010c), de la grève (Verge, 2006a et 2009) ou du piquetage (Verge, 2012). Cette rencontre du droit des rapports collectifs du travail et des droits de la personne, qui « s'est pratiquement substituée au contentieux des premières années qui [...] mettait en cause le droit commun » (Verge, 2002: 216), mettra en évidence la protection constitutionnelle d'une liberté préexistante de négociation collective, ce qui, comme nous le verrons dans la deuxième partie, aura une grande influence sur la jurisprudence. Pierre Verge examinera aussi l'effet des droits de la personne sur le statut de salarié (Verge, 2001b), qui s'exprime tant par l'impact du droit à l'égalité dans l'accès au travail ou dans les conditions de travail (Verge, 2001b; Verge et Roux, 2009 et 2010b) que par les limites qu'imposent les libertés et droits fondamentaux – tels les droits à la liberté, à la dignité, à l'intégrité et au respect de la vie privée ou la liberté d'association ou d'expression – sur les droits de direction de l'employeur et les conditions de travail (Verge, 2001b, 2005b et 2012a; Verge et Roux, 2006).

Comme nous le verrons, Pierre Verge conçoit ces rapports entre le droit du travail et les droits de la personne non comme des rapports d'opposition ou de confrontation mais bien davantage comme des rapports de synergie de nature à renforcer la vocation originelle du droit du travail (Verge, 2011 : 145, 152-156).

Dans la recherche de cette interface entre les droits de la personne et le droit du travail, Pierre Verge s'appuiera abondamment sur le droit international du travail ou des droits de la personne « dont l'histoire et le contenu vont aussi avec force dans le sens de la complémentarité » des deux droits en cause (Verge, 2001b : 491). Même si le droit international auquel adhère le Canada n'a pas d'effet immédiat en droit interne à cause du dualisme qui caractérise le Canada en cette matière et qu'il n'a pas une influence si importante sur l'activité législative elle-même (Verge et Roux, 2010a et 2011), il a une portée certaine dans l'interprétation par les tribunaux des droits et libertés que reconnaît le droit constitutionnel ou quasi constitutionnel canadien et québécois (Verge, 2001b ; Verge et Roux, 2010a et 2011). Pour Pierre Verge, le droit international s'avère ainsi un instrument central de la recomposition du droit du travail parce qu'il affirme des principes capables de lier des sources formelles diversifiées – et parfois perçues comme opposées – comme le sont au Québec les sources du droit du travail et des droits de la personne.

Le droit international a aussi une autre vertu dans la réflexion entreprise par Pierre Verge sur la recomposition du droit du travail, en ce qu'il pourrait compléter un droit national qui s'avère incapable de saisir les rapports de travail devenus transnationaux (Murray et Verge, 1993 ; Verge, 2000 et 2010a) sous l'impulsion notamment des nouvelles configurations d'entreprises qu'il a brillamment étudiées dans un ouvrage marquant paru en 2003 (Verge et Dufour, 2003). Le droit national du travail ne saisit en effet qu'une parcelle de ces rapports, ceux qui se déploient sur son territoire, sans atteindre l'envergure transnationale de ceux-ci ni le centre de pouvoir de l'entreprise transnationale où se prennent les décisions, par exemple sur les fermetures d'établissement ou les délocalisations, qui ont un effet bien réel sur le travail (Verge, 1999 et 2010a ; Verge et Dufour 2002 et 2003). Pour examiner le rôle possible du droit international dans

ces rapports transnationaux, Pierre Verge mènera, sur une quinzaine d'années, des travaux qui culmineront avec la publication en 2010 de ce qui est, à notre connaissance, le premier ouvrage canadien de langue française, exposant de manière exhaustive et synthétique les incidences de la mondialisation sur le travail et l'apport des différentes sources du droit international du travail (Verge, 2010).

Ces travaux révèlent que le droit international a une portée ambiguë dans ce contexte de mondialisation. En effet, il impose des obligations aux États et non aux entreprises transnationales qui sont au cœur de la transnationalisation des rapports de travail, à l'exception de certaines sources supranationales européennes ou d'instruments non contraignants comme la *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT* ou les *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* (Verge et Dufour, 2002 et 2003). Plus encore, les accords de libéralisation du commerce – qui favorisent la libre circulation des biens, des services et des capitaux mais pas celle du travail – ont pour effet de sécuriser les activités transnationales des entreprises. C'est pourquoi Pierre Verge s'intéresse aux incidences que pourraient avoir ces accords sur le droit du travail (Verge, 1995b). Il réalise de nombreux travaux sur le contenu et les procédés de mise en œuvre des accords de coopération en matière de travail annexés à ces accords de commerce conclus par le Canada d'abord avec les États-Unis et le Mexique (Verge, 1999a et 2002a), puis avec d'autres pays dont le Chili, le Costa Rica, le Pérou, la Colombie et Panama (Verge, 2003, 2006, 2008a et 2010b). Même si la finalité initiale de ces accords parallèles est ambiguë – puisqu'ils relèvent à certains égards davantage de la promotion du commerce, tout comme les accords auxquels ils se rattachent, que de la protection des droits du travail – Pierre Verge apprécie leur raison d'être en examinant leur contenu tout autant que les activités auxquelles ils donnent lieu par leurs mécanismes d'application et de sanction. Même s'il constate une évolution significative de la finalité qui se dégage du contenu de ces accords – alors que les États n'étaient soumis à aucune norme commune dans les premiers accords, leur engagement se limitant à appliquer leurs propres droits du travail,

les accords plus récents introduisent une référence plus explicite aux normes internationales et un engagement des pays signataires d'incorporer et de protéger dans leur propre droit certains droits internationalement reconnus dans le domaine du travail (Verge, 2008a et 2010b) – leur mise en œuvre reste la responsabilité des États signataires et les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu ne peuvent éventuellement s'imposer que dans le cas de violations liées au commerce (Verge, 2010b), ce qui peut expliquer leurs retombées plutôt modestes (Verge, 2008a et 2010b), comme l'avaient d'ailleurs montré les bilans que Pierre Verge avait réalisés sur les premières années d'application de l'ANACT⁵ (Verge, 1999a et 2002a) et de l'ACCCT⁶ (Verge, 2006). Même si les accords plus récents contribuent « par ricochet à l'affirmation du droit international du travail » et paraissent « un instrument de promotion de ces valeurs du travail plus universelles » (Verge, 2010b : 281), Pierre Verge ne voit pas dans ces accords une tendance claire à une continentalisation d'une protection des travailleurs concomitante au processus d'intégration économique des Amériques (Verge, 2003, 2004, 2005a et 2008a), d'autant qu'ils coexistent avec une autre famille d'accords, celle du MERCOSUR, qui affirment des normes communes en matière de travail rattachées aux droits humains fondamentaux que les États doivent respecter et dont l'application repose sur un processus régulier de contrôle (Verge, 2004 et 2006b).

En somme, dans son entreprise de recomposition d'un droit devenu complexe, Pierre Verge réfléchit aux modes d'articulation de la pluralité des sources du droit du travail dans un ensemble cohérent sur le plan dogmatique tout en étant conforme aux finalités de cette branche du droit et en phase avec la réalité du monde du travail et de l'entreprise. Ainsi en est-il du droit québécois, dont la spécificité

5. *Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT), complémentaire à l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA).*

6. *Accord de coopération dans le domaine du travail entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Chili (ACCCT), complémentaire à l'Accord complémentaire à l'Accord de libre échange entre le Canada et le Chili (ALECC).*

ne se révèle plus uniquement par rapport au droit commun mais par une mise en cohérence de l'ensemble de ses sources. Cet objectif de mise en cohérence se reflète dans la structure des ouvrages dont Pierre Verge sera coauteur (Gagnon, Lebel et Verge, 1987 et 1991 ; Verge, Trudeau et Vallée, 2006). Pierre Verge prendra acte de cette pluralité des sources formelles qui caractérise le droit du travail pour en rechercher l'unité substantielle, ce qui le conduira, sur le plan formel, à réfléchir à une révision du *Code du travail* dans le sens d'une véritable codification du droit du travail (Verge, 1979 et 2005), comme nous le verrons dans la deuxième partie. Pierre Verge aura aussi recours à la comparaison, afin d'appréhender le droit du travail comme une catégorie « générique », au-delà de ses manifestations dans un droit national particulier, c'est-à-dire un droit du travail dont les grandes caractéristiques émergent de différents modèles nationaux ainsi que des normes internationales (Verge, 1995a et 2011 ; Verge et Vallée, 1997). Ce droit du travail *sui generis* possède des caractéristiques particulières, voire des principes – primauté de la réalité du rapport de travail ; protection de sa continuité ; reconnaissance de la portée normative de l'autonomie collective et de sa centralité dans l'articulation des différences sources qui le composent ; importance des modes d'application spécialisés, juridictionnels ou non – qui en expliquent la spécificité et la stabilité (Verge, 1979, 1995a et 2005 ; Verge et Vallée, 1994 et 1997). Il se caractérise aussi par ses fonctions et ses raisons d'être demeurant constantes face à une réalité du travail changeante (Verge et Vallée, 1997 ; Verge, 2011). D'une manière ou d'une autre, les travaux de Pierre Verge sont réunis par ce fil conducteur, soit exposer les concepts et les principes d'articulation de la pluralité de sources applicables aux rapports spécifiques qui se nouent lorsqu'une personne se rend disponible pour exécuter un travail pour une autre et qu'elle en tire ses moyens de subsistance. Parmi ces concepts, deux s'avèrent centraux pour présenter de manière plus approfondie l'apport de Pierre Verge à l'affirmation et à la recomposition du droit du travail. Ils seront l'objet spécifique de la deuxième partie du texte.

IIII 2. LE RAPPORT SALARIAL ET L'AUTONOMIE COLLECTIVE : AU CŒUR D'UNE CONCEPTION COMPRÉHENSIVE ET CRITIQUE DU DROIT DU TRAVAIL

Si Pierre Verge a étudié un droit du travail qui s'est grandement transformé dans le temps, comme nous l'avons illustré dans la première partie, il a utilisé, voire forgé, des concepts qui lui ont permis d'aborder cet objet mouvant d'une manière à la fois compréhensive, explicative et critique. Il en est ainsi des concepts de « rapport salarial » (2.1) et d' « autonomie collective » (2.2), qui traversent toute son œuvre et en ressortent comme des principes cardinaux. Ces concepts, qui ont émergé pour penser un droit du travail affranchi du droit civil, lui ont servi aussi à « ordonnancer » la pluralité des sources privées et publiques, nationales et internationales, applicables au travail et à aborder de manière parfois très critique certaines caractéristiques du droit positif québécois.

IIII 2.1 Le rapport salarial : du contrat de travail et de la relation du travail

Le concept de rapport salarial émerge graduellement des travaux de Pierre Verge pour qualifier la relation qui existe entre un employeur et un travailleur lorsque celui-ci s'insère dans un milieu de travail organisé, l'entreprise (Verge et Vallée, 1997). Le rapport salarial désigne une réalité matérielle, sans égard à l'existence d'un lien de droit entre le travailleur et l'employeur, à la qualification juridique de ce lien ou à l'existence de rapports collectifs du travail dans cette entreprise. Ce concept permet de dépasser la dichotomie entre les rapports individuels et les rapports collectifs du travail pour examiner la relation individuelle qui existe entre des « sujets de droit immédiatement mis en présence par des situations de travail », en milieu syndiqué ou non (Verge, Trudeau et Vallée, 2006 : 61).

Pour Pierre Verge, le droit du travail se caractérise par une lecture particulière de la nature et des effets juridiques de ce rapport salarial. Dans plusieurs écrits, notamment ceux qui ont suivi les travaux de l'*Office de révision du Code civil* dès le début des années 1970 (Gagnon, LeBel et Verge, 1970), Pierre Verge conteste la lecture

contractuelle de la nature du rapport salarial héritée du droit civil pour y substituer une lecture axée sur la réalité du travail et de l'entreprise. L'approche de la « relation de travail » qu'il privilégie, issue de la doctrine internationale, réintroduit, sous une forme modernisée, une conception statutaire et personnaliste du travail pour autrui qui avait été déplacée par le libéralisme du droit commun encore très important au Québec au moment où il publie ces travaux (1). Cette approche est aussi, pour Pierre Verge, un principe d'articulation, de mise en cohérence du droit du travail dans le contexte marqué par une transformation du travail tout autant que par une diversification de ses sources (2).

1. Dès ses premiers travaux, Pierre Verge cerne la profonde originalité de la relation de travail saisie par le droit du travail en émergence, lorsqu'on la compare à une lecture contractuelle du lien d'emploi. En effet, le contrat de travail suppose la commercialisation de la force de travail du salarié, qui se trouve dissociée de la personne qui l'exécute. Le travail est ainsi objectivé, traité comme une marchandise que des personnes peuvent consentir à vendre et à acquérir. À cette lecture contractuelle de la nature de la relation d'emploi, Pierre Verge, inspiré par le droit international et la doctrine étrangère, oppose un droit, le droit du travail, « dont l'orientation et les mécanismes vont au-delà de la commercialité du travail » (Verge, 1993 : 241), ce qui suppose deux conséquences. D'une part, il en découle que le droit du travail s'applique au rapport naissant de l'exécution, par une personne, d'un travail au bénéfice et sous la dépendance d'une autre personne, en échange d'une rémunération. Ce rapport, témoignant de l'existence d'une « relation du travail » ou d'un « lien d'entreprise », est d'abord factuel (Gagnon, LeBel et Verge, 1970). D'autre part, en refusant de dissocier la force de travail de la personne qui l'exécute, l'objet du droit du travail dépasse les conditions d'échange et d'exécution de la prestation de travail pour englober la personne qui l'exécute. Il tient compte de « l'importance de ce travail pour [cette] personne [...] et [du] besoin de protection de celle-ci dans un rapport de travail en fait inégalitaire parce que subordonné » (Verge, 1993 : 241). Cette manière de concevoir l'emploi entraîne une relecture des conditions d'existence et de rupture ainsi que du déroulement de la relation d'emploi.

Suivant une approche consensualiste, l'existence d'un contrat de travail suppose une rencontre de volontés, un échange de consentements entre deux personnes qui s'obligent l'une envers l'autre. À cette lecture s'oppose, suivant Pierre Verge, une approche exigeant un « simple constat, objectif ou réel, de l'exécution d'un travail subordonné, soit l'existence de fait d'une relation du travail » (Verge, 1993 : 243). Cette approche relationnelle a déjà cours en droit du travail : ainsi, le constat de l'accomplissement d'un travail subordonné et rémunéré suffit à déclencher l'application d'une convention collective sans qu'il y ait eu un véritable embauchage direct du salarié par l'employeur lorsqu'en vertu de clauses d'atelier syndical existant dans une convention collective, l'employeur se voit attribuer la main-d'œuvre demandée (Verge, 1988). Il en est de même lorsque le statut de salarié défini dans le texte d'une loi ne fait aucunement référence à l'existence d'un contrat (Verge, 1968). Même si dans la plupart des cas, écrit-il, les deux approches conduisent à des résultats identiques, l'approche dite de la relation du travail peut se révéler plus favorable à l'application du droit du travail advenant par exemple la nullité du contrat du point de vue du droit civil. Cette analyse est toujours d'une très grande pertinence aujourd'hui : elle permet de comprendre le traitement juridique de problèmes aussi importants et répandus que les fausses déclarations à l'embauche (Verge, 2002), l'accès d'un travailleur étranger qui a exécuté une prestation de travail sans permis de travail valide à la protection des lois du travail (Verge, 1993) ou la détermination de l'employeur dans des relations tripartites de travail qui, comme nous le verrons, repose sur l'examen de la relation factuelle.

La prise en compte de l'importance du travail pour l'individu qui l'accomplit a aussi une incidence sur l'analyse des principes régissant la rupture du lien d'emploi. Pierre Verge se montre critique envers l'approche civiliste consacrant le droit de l'employeur, comme du salarié, de rompre unilatéralement le contrat de travail. Pour Pierre Verge, il s'agit d'une « solution du siècle passé, d'un libéralisme intégral, expression d'une artificielle symétrie consensuelle » (Verge, 1988 : 985). En réalité, la démission et le congédiement ne sont pas des situations équivalentes, la fin de l'emploi étant plus lourde de conséquences pour le salarié que pour l'employeur (Gagnon, LeBel

et Verge, 1970). C'est pourquoi les lois du travail, tout comme le droit international, reconnaissent « la valeur sociale du travail » (Verge, 1993 : 245-246) en assujettissant la résiliation du lien d'emploi par l'employeur à l'exigence d'un motif valable. À la lecture contractuelle de la terminaison de l'emploi, le droit du travail oppose un certain droit à l'emploi pour le salarié, indépendamment de la volonté de l'employeur (Verge, 1970a et 1979). Ce droit s'acquiert par l'ancienneté du salarié dans l'entreprise, c'est-à-dire par l'existence d'un lien continu dans le temps. Cette approche se trouve consacrée par l'existence de recours spécialisés en matière de congédiement, tout comme par des dispositifs qui font de la réintégration un remède usuel en cas de rupture injustifiée ou illégale de la relation d'emploi (Verge, 1970a, 1979, 1980). Dans cet esprit, Pierre Verge se montre particulièrement critique à l'égard de la jurisprudence refusant d'assimiler la succession de contrats de travail à durée déterminée au sens du Code civil à un lien d'emploi continu, le non-renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée déjà renouvelé par le passé à un congédiement et la personne dont le contrat n'a pas été renouvelé à un salarié (Verge, 1978). Le bénéficiaire du droit à l'emploi, écrit-il, « comprend aussi bien celui dont l'emploi est précaire que celui jouissant d'une situation permanente » (Verge, 1978 : 681). Cette question est toujours au cœur de l'actualité jurisprudentielle, comme le rappelle l'affaire *Dionne c Commission scolaire des Patriotes*⁷, dont l'appel a été récemment entendu par la Cour suprême du Canada.

Cette approche à la fois réaliste et personnaliste de la relation d'emploi a enfin conduit Pierre Verge à analyser sous cet angle le déroulement du rapport salarial, où le droit du travail protège la continuité de la relation de travail en dépit des vicissitudes de l'entreprise, par exemple à la suite de l'aliénation ou de la concession de celle-ci (Verge, 1979). Cette continuité est aussi préservée lorsque « le droit du travail a recours à la théorie de la suspension de l'exécution des prestations se rattachant au statut de salarié, donc au maintien de l'existence de ce dernier, en diverses circonstances » (Verge, 1979 : 910), comme la grève, le lockout, la maladie ou la maternité, là où

7. *Dionne c Commission scolaire des Patriotes*, 2014 CSC 33.

le droit civil aurait vu une inexécution fautive justifiant la rupture du contrat. De même, c'est par une conception fondée sur la nature même de l'entreprise et du rôle que doivent y jouer les personnes qui la dirigent que l'on peut cerner les fondements des pouvoirs de direction de l'employeur, notamment en matière disciplinaire, ainsi que leurs limites (Gagnon, LeBel et Verge, 1970).

2. Cette approche, que Pierre Verge a adoptée et développée pour cerner la spécificité du droit du travail par rapport au droit commun en ce qui a trait au rapport salarial, est devenue centrale dans son œuvre de « recomposition » du droit du travail, en ce qu'elle représente un véritable vecteur de mise en cohérence matérielle d'un droit dont les sources se sont diversifiées, ainsi que nous l'avons vu. Dans ce nouveau contexte, une réalité foncière demeure : le travailleur est une personne qui ne renonce pas à cette qualité en se mettant à la disposition de son employeur (Verge, 2011). Le droit du travail doit ainsi s'appliquer « à toute personne qui vend sa capacité de travail à autrui » (Verge, 2011 : 145). En se rattachant à cette personne, la protection offerte par le droit peut même viser des régimes fondés sur l'exercice d'une activité professionnelle par cette personne pour des employeurs distincts, en en reconnaissant la continuité (Verge, 2011).

Cette lecture est particulièrement bien adaptée aux formes que prend le rapport salarial dans les nouvelles configurations d'entreprise (Verge, 2001 ; Verge et Dufour, 2003) et les nouvelles formes d'emploi. Dans les nouvelles configurations d'entreprises, qu'elles soient nationales ou transnationales, le rapport salarial peut exister sans qu'un lien de droit contractuel ne soit formé entre le travailleur et la personne qui bénéficie de son travail : il existe alors une relation de travail sans qu'il y ait contrat de travail. C'est le cas lorsqu'une entreprise cliente confie une partie de sa production, voire la totalité, à des sous-traitants ou à des agences de location de personnel qui fournissent leur propre personnel. Grâce à une approche factuelle, la majorité de la Cour suprême du Canada a pu, dans l'affaire *Ville de Pointe-Claire*⁸, considérer qu'il était raisonnable que l'entreprise cliente soit désignée comme l'employeur de ces travailleurs, en dépit

8. *Pointe-Claire (Ville) c Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 RCS 1015.

de l'absence d'un lien contractuel entre eux, lorsqu'elle exerçait *de facto* le plus grand contrôle sur leur travail. Dans ces nouvelles configurations d'entreprise, le pouvoir de contrôler ou d'organiser le travail peut aussi être réparti entre plusieurs entités distinctes qui se partagent les attributs de l'employeur. En rattachant la protection du droit du travail à la personne du travailleur plutôt qu'à l'existence d'une relation bipartite entre celui-ci et un seul employeur, cette approche permet d'en garantir l'accessibilité, le défi n'étant plus d'évaluer le droit du travailleur à la protection du droit du travail mais bien de déterminer le partage des responsabilités entre les différentes entités qui se partagent le contrôle de son travail. Enfin, cette approche est particulièrement adaptée à la montée du travail indépendant (ou autonome) sur le marché du travail, montée d'ailleurs souvent liée à ces nouvelles configurations d'entreprises. Dans de tels cas, Pierre Verge en appelle au « rattachement des droits sociaux liés au travail à la personne du travailleur, *quelle que soit l'assise contractuelle de ce travail* » (Verge, 2011 : 155, nos italiques).

Cette conception personnaliste est aussi particulièrement adaptée à la rencontre que le droit du travail a opérée avec l'affirmation des droits de la personne, sur le plan national ou international. Le droit du travail trouve en effet « son fondement dans les droits fondamentaux de la personne » ; c'est à ce titre qu'il s'adresse à tous les travailleurs (Verge, 2011 : 145) et non aux seuls travailleurs juridiquement subordonnés. Sur les plans international et comparé, il s'inscrit dans un paradigme de « dépassement du salariat » (Verge, 2011 : 156) qui « rejoint l'objectif contemporain de « travail décent » de l'OIT, qui s'étend à tous les travailleurs, y compris les travailleurs indépendants, de l'économie tant structurée qu'informelle » (Verge, 2011 : 156). C'est en ce sens que le droit du travail, en prenant en compte la situation factuelle dans laquelle s'insère la personne du travailleur, « marque un certain retour du contrat au statut, du moins au sens étendu du terme » (Verge, 1993 : 243), statut auquel sont rattachés des droits et obligations découlant tant de sources publiques que privées.

En somme, cette approche est au cœur de la recomposition du droit du travail face aux mutations du travail, des entreprises et du cadre juridique applicable au travail. Elle fonde aussi la lecture critique que

fait Pierre Verge de l'état du droit qui existe au Québec. D'une part, Pierre Verge note l'absence d'intégration du droit québécois en ce qui concerne le champ d'application des lois du travail. Alors que certaines lois du travail ne réfèrent nullement au contrat de travail pour déterminer leur champ d'application, notamment en ce qui a trait à la définition du statut de salarié au sens du *Code du travail*, d'autres y font référence soit dans la définition de la notion de salarié ou de travailleur, soit dans la définition de l'employeur (Gagnon, LeBel et Verge, 1970; Verge, 1979, 1993 et 2011; Verge et Vallée, 1997). Ces différences de rédaction reflètent une incohérence quant à la lecture qui est privilégiée par le législateur de la véritable nature du rapport salarial. Plus encore, même lorsque la définition législative du statut de salarié ne fait référence ni au contrat de travail, ni à la notion de subordination juridique qui lui est rattachée – ce qui est le cas de la définition du statut de salarié dans le *Code du travail* – les tribunaux ont recours aux critères du droit commun en recherchant l'existence d'un lien de subordination juridique se manifestant par le pouvoir de l'employeur de contrôler l'exécution du travail du salarié. Même si, comme l'écrit Pierre Verge dans son commentaire de la décision *Giguère* rendue en 1967, la notion de subordination s'est graduellement affranchie d'une conception stricte qui découlait d'un emprunt au droit civil, où elle servait principalement à l'application de la responsabilité du commettant relativement à la faute de son préposé (Verge, 1968), qui est remplacée par une conception plus souple, il reste que cette référence à l'existence d'un lien de subordination introduit un critère issu du droit commun que le texte de la loi n'exige pas. En somme, le droit du travail québécois ne s'inscrit pas clairement, contrairement au droit international, dans le paradigme du dépassement du salariat, comme un droit de la dépendance du travailleur à l'égard d'autrui (Verge, 2011).

Cette coexistence d'une lecture contractuelle et relationnelle du rapport salarial – suivant les lois ou les décisions – renforce l'absence d'intégration formelle et substantielle du droit du travail québécois (Verge, 1993; Verge et Vallée, 1997). Elle s'éloigne de l'entreprise de codification du droit du travail esquissée dans le *Code du travail* sans avoir jamais été achevée (Verge, 1979, 1988 et 2005). Le défi serait de faire du droit du travail un droit à part entière, qui ne serait pas

une simple « excroissance du droit civil » (Verge, 1979: 906). Comme l'écrit Pierre Verge dès 1979, les conséquences de l'existence de ce droit spécialisé sont importantes :

[...] s'exprimant lui-même dans une véritable codification, le droit du travail étend alors sans difficulté l'influence de ces principes directeurs, de son esprit et de ses techniques, non seulement aux situations expressément prévues, mais aussi à toutes celles que l'on peut raisonnablement inclure dans son champ d'application. Toutes ces situations, il les régit entièrement : le droit commun n'intervient que dans la mesure où la codification du droit du travail le permet ou encore, ce qui élargit l'exception, il joue un rôle proprement supplétif à défaut de portée expresse ou implicite du Code du travail (Verge, 1979: 906).

C'est d'ailleurs pourquoi, dès 1988, Pierre Verge s'interroge sur l'opportunité de faire du contrat de travail un contrat nommé du *Code civil du Québec*, plutôt que de poursuivre l'« œuvre d'édification d'un corpus intégré de législation du travail » (Verge, 1988: 989) en insérant la question de la relation individuelle de travail dans un véritable *Code du travail* qui serait fondé sur les principes distinctifs du droit du travail (Verge, 1995a et 2005; Verge et Vallée, 1997) et qui mettrait fin au morcellement juridictionnel actuel (Verge, 1979 et 2005).

IIII 2.2 Du droit des rapports collectifs et de l'autonomie collective

L'analyse du phénomène collectif est une autre constante dans l'œuvre de Pierre Verge. Dès ses premiers travaux, Pierre Verge met en lumière les fondements radicalement nouveaux du droit des rapports collectifs du travail par rapport à la lecture contractuelle du lien d'emploi fondée sur le droit civil qui prévalait jusqu'alors (1). Néanmoins, ces institutions collectives ne sont pour Pierre Verge que *l'une* des manifestations possibles de l'autonomie collective, concept qu'il a constamment étudié et conceptualisé et qui a eu une incidence certaine sur la jurisprudence constitutionnelle (2) tout en fondant son analyse à la fois critique et prospective du droit des rapports collectifs de travail (3).

1. Au moment où Pierre Verge commence sa carrière, le droit du travail est essentiellement un droit des rapports collectifs du travail entretenant des rapports de coexistence avec le droit commun (Verge, 2002). La manifestation la plus concrète de ces rapports de coexistence tient dans la possibilité pour un salarié et un employeur de conclure un contrat de travail même lorsqu'il existe une convention collective. Critique à l'égard de cet état du droit, Pierre Verge se montre plutôt favorable à la thèse de la primauté absolue de la convention collective sur toute entente individuelle, qui est la conséquence logique, à ses yeux, du monopole de représentation que reconnaît la loi à une association de salariés accréditée. Cette thèse à laquelle il consacra de nombreux écrits transformera profondément et durablement l'état du droit sur les rapports entre la convention collective et le contrat de travail (Verge, 2002). Néanmoins, comme l'illustre la division profonde des juges de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Isidore Garon*⁹, les fondements de cette thèse restent contestés, ce qui renforce la pertinence de rappeler l'analyse fondatrice de Pierre Verge sur cette question.

En vertu de la thèse dite de la primauté absolue de la convention collective, intimement liée au paradigme du pluralisme industriel qui représente un courant fort des relations industrielles et du droit du travail en Amérique du Nord, l'arrivée d'un syndicat accrédité dans une entreprise en transforme profondément la nature ainsi que les rapports qui s'y nouent : « la négociation collective, ainsi que les mécanismes mis sur pied par le législateur pour la favoriser se situent *dans un autre ordre*, celui des rapports collectifs, reconnus et mêmes favorisés par le statut dans le but, précisément, de redresser l'inégalité dans la détermination individuelle des conditions de travail » (Verge, 1968d : 610, nos italiques). Cet autre ordre, c'est celui dans lequel la détermination des conditions de travail est le fait de l'employeur et de l'association accréditée, à qui la loi a reconnu un monopole de représentation des salariés. Permettre à l'employeur de déroger à la convention collective en convenant d'ententes

9. *Isidore Garon ltée c Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc c Syndicat national des employés de garage du Québec inc*, [2006] 1 RCS 27.

individuelles avec les salariés contredit cette volonté du législateur de redresser ces inégalités en remplaçant la liberté individuelle de contracter par le monopole de représentation de l'association accréditée et la négociation individuelle par le droit de cette association accréditée à la négociation collective (Verge, 1967b, 1968d, 1971a, 2002 et 2008c). Les ententes individuelles, même celles prévoyant des conditions plus favorables pour le salarié que celles prévues dans une convention collective ou portant sur des matières que la convention collective n'aborde pas, ne sauraient être possibles parce qu'elles sont incompatibles avec cet ordre nouveau et qu'elles comportent le risque de saper le pouvoir de représentation du syndicat accrédité tout en réduisant l'objet de la négociation collective à l'établissement de normes minimales de travail. Ces ententes peuvent aussi être autant de moyens pour l'employeur de s'opposer à la légitimité de la représentation syndicale, « l'avantage conféré individuellement à quelques salariés [pouvant] servir aussi bien de prime à l'antisindicalisme, qu'à démontrer à d'autres salariés l'inutilité de l'action syndicale... » (Verge, 1968d : 609). C'est en rapport avec le monopole de représentation syndicale, qui est le fondement de cet ordre nouveau, qu'il faut, pour Pierre Verge, comprendre les autres institutions instaurées par le *Code du travail* et la *Loi des relations ouvrières* avant lui, qu'il s'agisse de la nature et des effets de la convention collective ou de l'arbitrage de grief.

Ainsi, même si, formellement la convention collective se définit comme une entente, elle ne peut être réduite à un contrat. D'une part, sa durée, limitée, est d'ordre public puisqu'elle est liée à la protection de la liberté syndicale (Verge, 1969b). Surtout, son objet la distingue du contrat, puisqu'elle établit des normes communes à une collectivité de salariés, négociées par leur unique représentant, plutôt que des normes distinctes correspondant au consentement et au pouvoir de négociation individuel de chacun d'eux. Elle est un véritable instrument de gouvernance de l'ensemble constitué par l'entreprise (Verge, 1968d). En ce sens, « [l]e droit des rapports collectifs du travail s'inscrit donc dans le cours général du droit du travail et correspond, lui aussi, à un passage du stade du contrat au stade du statut » (Verge, 1993 : 251).

Cette lecture a des incidences importantes sur le plan juridictionnel. En effet, la reconnaissance de l'existence du contrat individuel du travail justifiait l'intervention du tribunal civil lorsqu'un litige semblait fondé sur ce contrat, même si les termes de ce contrat étaient en réalité déterminés par les termes d'une convention collective (Verge, 1968d : 613). Pour Pierre Verge, l'institution de l'arbitrage de grief incarne, sur le plan juridictionnel, la spécificité de l'ordre nouveau des rapports collectifs de travail (Verge, 1968d, 1973 et 2002).

L'arbitre de grief ne fait pas qu'exercer une fonction juridictionnelle dans cet ordre nouveau : tout en étant juge, il « doit aussi dans la réalité [...] être plus que juge » (Verge, 1968d : 568). Il ne doit pas aborder la convention collective comme un juge civil le ferait d'un contrat puisque « les justiciables devant l'arbitre ne sont pas de simples étrangers réunis par le hasard, disons, d'un accident d'automobile ou d'un marché. Ils se rattachent, avec une certaine permanence, à l'entreprise » (Verge, 1968d : 568) à laquelle la convention collective s'appliquera successivement. L'ordre des rapports collectifs comprend une régulation propre aux milieux de travail et doit refléter les relations d'emploi continues qui se nouent au sein de l'entreprise : « [cette] entreprise est préexistante : elle a déjà ses usages, ses traditions [...]. La convention, en réalité, signifie donc davantage que le document qui la constate » (Verge, 1968d : 566-567). En somme, le milieu de travail génère une régulation collective qui n'est pas effacée par ces institutions collectives créées par les lois du travail, même si elle se trouve subordonnée à des principes de gouvernance nouveaux donnant une voix à l'expression collective des salariés par le monopole de représentation syndicale. Cette régulation forme en quelque sorte le contenu implicite de la convention collective (Verge, 1967c) et il revient à l'arbitre d'interpréter l'ensemble de ces normes collectives prévalant dans les milieux de travail (Verge, 1968d). L'affirmation de la compétence exclusive de l'arbitre de grief et la retenue dont doivent faire preuve les tribunaux supérieurs en matière de contrôle judiciaire des sentences arbitrales se justifient par cette expertise qu'ont les arbitres de griefs en ce qui concerne les milieux de travail (Verge, 1968d et 1973).

Même si cette approche a fortement influencé le droit commun – à tout le moins quant aux rapports entre la convention collective et le contrat individuel de travail, comme en témoignent plusieurs arrêts de la Cour suprême dont l'arrêt *Isidore Garon*, précité – cette influence n'est pas totale comme Pierre Verge l'a démontré dès ses tous premiers travaux. En effet, la référence au droit commun reste importante lorsqu'un conflit porte, en milieu syndiqué, sur des matières dont la convention collective ne traite pas. Même si ces matières ne peuvent faire l'objet d'une entente individuelle, elles relèvent des droits résiduels de l'employeur (Verge, 1989), comme l'illustrent la jurisprudence arbitrale dominante en matière de soustraction (Verge, 1963 et 1963a) ou les règles applicables en matière de fermeture définitive ou temporaire de l'entreprise (Verge, 1969d et 2005b; Verge et Roux, 2006) lorsque ces questions ne font pas l'objet d'une disposition expresse dans la convention collective. Dans de telles circonstances, les droits de direction préexistants, issus du droit commun, semblent s'imposer à l'ordre nouveau instauré par l'arrivée d'un représentant collectif dans une entreprise et limiter la convention collective à son texte explicite (Verge, 1967c et 1968d; Gagnon et Verge, 1970). Se trouvent du même coup altérés les objectifs d'égalité et de démocratisation portés par ces institutions nouvelles.

2. Les rapports collectifs du travail, bien qu'ils soient reconnus par ces institutions juridiques nouvelles, ne se limitent à cette seule réception juridique. Ils s'incarnent aussi dans l'autonomie collective, qui se reconnaît à la liberté qu'ont les acteurs des milieux de travail d'élaborer et d'administrer les normes qui les régissent, *indépendamment du statut de ces normes dans l'ordre juridique étatique* (Verge, 1989; Verge et Vallée, 1997; Verge, Trudeau et Vallée, 2006; Verge, 2010c). L'autonomie collective se caractérise par la nature paradoxale, à la fois continue et conflictuelle, des rapports qui se nouent entre des parties qui ont des intérêts divergents mais qui doivent vivre ensemble (Verge, 1989). Dans plusieurs travaux, Pierre Verge rappelle que l'autonomie collective est un fait social avant d'être une construction juridique et qu'elle « correspond à une tradition bien antérieure » à la législation actuelle des rapports collectifs du travail (Verge, Trudeau et Vallée, 2006: 125).

Par conséquent, l'analyse juridique du phénomène collectif ne peut se limiter au *Code du travail* et au régime général des rapports collectifs du travail, comme le démontrent plusieurs travaux menés par Pierre Verge. Il en est ainsi des travaux qu'il a réalisés sur la représentation syndicale, seul ou en collaboration étroite avec Gregor Murray pour plusieurs d'entre eux, qui permettent d'illustrer les limites du cadre juridique érigé par le *Code du travail* (Verge et Murray, 1991). La représentation syndicale décentralisée au niveau de l'unité de négociation et réservée aux seuls salariés, telle qu'établie par le *Code du travail*, ne peut suffire à instaurer des formes de représentation syndicale correspondant aux niveaux où se prennent les décisions concernant le travail ou aux nouvelles formes de travail dépendant sans être juridiquement subordonné (Murray et Verge, 1993 et 1999), ni même rendre compte de la représentation syndicale qui se déploie déjà, en réalité, bien au-delà de l'entreprise, notamment dans des instances de concertation en matière de travail, de politiques de l'emploi ou de politiques publiques en général (Murray et Verge, 1994 et 1999) ou dans la négociation d'accords-cadres internationaux (Verge, 2011). Ici aussi, le phénomène collectif ne peut être réduit à sa réception juridique en vertu du *Code du travail*.

Dans cette perspective, le régime général des rapports collectifs du travail établi au Canada et au Québec sous l'influence du *Wagner Act* américain n'est qu'une forme de « juridification » de cette autonomie collective (Verge, 1997 : 663) ou encore, une reconnaissance juridique – au demeurant restrictive et instrumentale (Verge, 2004a) – de ce phénomène social plus large. Pour Pierre Verge, le régime général ne fait pas disparaître l'autonomie collective qui existait avant cette reconnaissance juridique spécifique (Verge et Vallée, 1997) et qui existe toujours en marge de ce régime général. Dans la somme des travaux inspirés de cette approche réalisés par Pierre Verge, ceux portant sur la négociation collective (a) et sur la grève (b) témoignent de manière particulièrement éloquente de la portée analytique d'une telle approche ainsi que de la perspective critique qui en découle. Cette approche a eu une influence sur l'interprétation du droit, certaines manifestations de l'autonomie collective ayant récemment reçu une protection constitutionnelle.

a. La portée du concept d'autonomie collective est particulièrement bien illustrée par la distinction que fait Pierre Verge entre la « *liberté originelle de négociation collective* » (Verge, 2010c: 357, nos italiques) et le *droit* à la négociation collective que reconnaît le régime général de rapports collectifs de travail, notamment, pour le Québec, le *Code du travail*. Cette liberté de négociation n'est pas subordonnée à une structure légale de négociation particulière et se manifeste même en l'absence de toute reconnaissance étatique d'un droit à la négociation collective. Elle correspond à l'autonomie collective en ce qu'elle incarne la volonté des acteurs d'établir librement et volontairement, suivant des modes et processus qu'ils déterminent eux-mêmes, leur propre système de régulation du travail (Verge, 2006a et 2010c). Cette liberté de négociation collective est indissociable de la liberté syndicale qui a graduellement été légalement tolérée, par des exceptions apportées aux lois criminelles, puis positivement reconnue au cours de la fin du XIX^e siècle et de la première moitié du XX^e siècle au Québec, au Canada comme dans l'ensemble des pays occidentaux industrialisés (Gagnon, Lebel et Verge, 1987 et 1991; Verge et Vallée, 1997; Verge, 2004a et 2010c). Dans cette perspective, une certaine reconnaissance juridique de l'autonomie collective existait bel et bien avant que la législation actuelle n'érige un véritable droit à la négociation collective.

Cette analyse dissociant la liberté de négociation du droit à la négociation collective reconnu par la législation relative aux rapports collectifs de travail a une incidence particulière sur l'interprétation de la liberté d'association protégée constitutionnellement par l'article 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, comme l'illustre la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Health Services*¹⁰. Cette décision renversait la jurisprudence antérieure de la Cour¹¹ selon laquelle la négociation collective n'était

10. *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn c Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27 [*Health Services*].

11. Voir la trilogie de décisions rendues par la Cour suprême du Canada en 1987 en ce qui concerne la constitutionnalisation du droit de négociation collective et du droit de grève: *Alliance de la fonction publique du Canada c Canada*, [1987] 1 RCS 424; *Gouvernement de la Saskatchewan c Syndicats de détaillant grossistes et magasins à rayons, sections locales* 544, 496, 635 &

pas comprise dans la liberté d'association protégée par la *Charte*. Dans l'arrêt *Health Services*, la majorité, sous la plume des juges McLachlin et LeBel, rappelle qu'historiquement, « la négociation collective [...] représente la plus importante activité collective et que la liberté d'association s'exprime par son intermédiaire dans le contexte des relations du travail¹² ». L'histoire de la reconnaissance négative, puis positive, de la liberté syndicale au Canada montre que la négociation collective y est reconnue depuis longtemps comme un « aspect fondamental de la vie de la société canadienne¹³ ». La portée de cet arrêt, écrit Pierre Verge, est de protéger constitutionnellement la liberté originelle de négociation collective et non de constitutionnaliser le droit à la négociation collective instauré par le régime général des rapports collectifs du travail (Verge, 2006a et 2010c). Cette distinction entre la liberté de négociation maintenant constitutionnalisée et le droit de négociation collective établi par la législation du travail autorise à soumettre cette dernière « à l'épreuve des exigences du contenu de cette liberté » (Verge, 2010c: 366). Cela conduit Pierre Verge, dans un texte magistral, à identifier les implications qui pourraient découler des écarts entre l'autonomie collective protégée constitutionnellement et le régime légal courant en ce qui a trait aux acteurs et au processus de la négociation collective. Ces implications concernent notamment la possibilité de reconnaître la négociation volontaire avec un syndicat minoritaire dans les entreprises où un syndicat accrédité ne s'est pas établi ou l'accès à la négociation pour des travailleurs qui ne sont pas des salariés au sens du *Code du travail*.

b. La portée analytique et critique du concept d'autonomie collective est aussi centrale dans l'analyse que fait Pierre Verge de la grève, notamment dans un ouvrage absolument remarquable paru en 1985, ainsi que dans plusieurs articles qu'il a rédigés tout au long de sa carrière sur cette question. Dès 1983, Pierre Verge identifie ce qu'il appelle la « syndicalisation de la grève » qui résulte des lois

955, [1987] 1 RCS 460; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb)*, [1987] 1 RCS 313).

12. *Health Services*, *supra* note 10, paragr. 66.

13. *Ibid*, paragr. 41.

portant sur les rapports collectifs de travail : par l'acquisition du droit de grève par l'association accréditée et le régime de légalité qu'il a imposé, le législateur a « domestiqué » (Verge, 1983 : 498) la grève. Même si ces lois érigent un véritable *droit* de grève, elles véhiculent une conception instrumentale de celle-ci et une conception limitée de l'intérêt professionnel poursuivi par une grève puisque celle-ci est liée à la négociation collective et a pour objectif immédiat la conclusion d'une convention collective. Ces lois imposent des restrictions importantes quant à l'époque où une grève peut être déclenchée et quant au groupe pouvant l'exercer, c'est-à-dire l'ensemble des salariés membres de l'unité de négociation représentés par le syndicat accrédité.

Or, la grève, envisagée dans la perspective de l'autonomie collective, ne saurait être juridiquement réduite à ce seul modèle. Dès la fin du 19^e siècle, la *liberté* de grève existait en droit interne canadien, tant par l'insertion d'exceptions favorables à certaines formes d'action collective dans les lois criminelles que par l'interprétation des certaines conséquences civiles de son exercice (Verge, 1979b, 1985, 1989, 2006a et 2009 ; Brunelle et Verge, 2003). Dès le milieu des années 1980, soit quelques années à peine après l'insertion de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la Constitution canadienne, Pierre Verge soutient que cette liberté de grève pourrait recevoir une protection constitutionnelle en vertu de l'article 2d) de cette *Charte canadienne* protégeant la liberté d'association : l'acte de grève, écrit-il, constitue en effet *en lui-même* une forme naturelle ou primaire d'association qui peut précéder l'établissement de structures syndicales permanentes ou l'instauration d'une véritable négociation collective avec l'employeur ou encore, plus largement, exprimer la poursuite, par des groupes de travailleurs, d'objectifs communs liés aux politiques publiques touchant leurs intérêts collectifs sans lien avec la négociation collective (Verge, 1985, 2006a et 2009 ; Brunelle et Verge, 2003). Une telle protection constitutionnelle de la liberté de grève serait conforme à la portée des engagements internationaux du Canada (Verge, 1985 et 2009).

En somme, pour Pierre Verge, le régime juridique de la grève ne saurait être réduit à la reconnaissance et à l'encadrement du droit

de grève dans le *Code du travail*: il doit aussi prendre en compte la protection constitutionnelle de la liberté d'association ainsi que le droit international. Cette approche aurait pour effet de protéger constitutionnellement des actes de grève qui expriment la poursuite d'intérêts collectifs plus larges des travailleurs. La conception instrumentale du droit de grève véhiculée par la législation sur les rapports collectifs du travail pour les fins précises que poursuit cette législation – la négociation d'une convention collective – ne doit pas avoir une influence restrictive sur la reconnaissance de la liberté de grève qui peut se manifester dans des mouvements « atypiques », comme la grève du personnel de direction d'une entreprise, qui sont exclus de la législation sur les rapports collectifs du travail, la grève de solidarité unissant, pour des fins qui peuvent dépasser la négociation collective, tous les salariés d'une entreprise nationale ou transnationale (grève qu'il a été le premier à étudier au Québec¹⁴) ou même la grève dépourvue de toute finalité professionnelle comme la grève politique (Verge, 1985, 1989, 2007, 2009 et 2011a). Ces grèves, atypiques en ce qu'elles ne s'inscrivent pas dans le processus de négociation d'une convention collective au sens du *Code du travail*, ne sauraient être assujetties aux conditions restrictives établies par cette loi, leur régime juridique se trouvant hors du *Code du travail*. Il en va de même d'autres moyens de pression, qui ne sont pas expressément traités par le *Code du travail*, comme l'appel à la solidarité des consommateurs lors d'un conflit de travail, dont la légitimité sera appréciée en fonction d'une confrontation de la liberté constitutionnelle d'expression et de la liberté de commerce découlant du droit commun (Verge et Barré, 1986; Verge, 2007, 2011a et 2012), comme l'a d'ailleurs confirmé la Cour suprême du Canada¹⁵.

3. Les travaux de Pierre Verge sur les phénomènes collectifs – au demeurant présentés ici bien succinctement – produisent un résultat paradoxal. En effet, Pierre Verge identifie les fondements

14. Comme le souligne Denis Nadeau dans la recension de cet ouvrage: (1987) 18 *Revue générale de droit* 529.

15. *T U A C, section locale 1518 c KMart Canada Ltd*, [1999] 2 RCS 1083; *S D G M R, section locale 558 c Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd*, [2002] 1 RCS 156.

radicalement nouveaux du droit des rapports collectifs du travail par rapport au droit commun qui caractérisent aujourd'hui le droit positif tout autant qu'il en fait la critique lucide. C'est le concept d'autonomie collective qui lui permet d'évaluer la réception juridique des rapports collectifs de travail en la confrontant à ce phénomène plus large. Cette posture analytique lui donne le recul requis pour déplorer les limites du cadre établi par le *Code du travail* tant en ce qui concerne les fondements de droits de direction de l'employeur, toujours limités à l'approche des droits résiduels (Verge, 1963, 1963a et 1989), la conception limitative, parce que périodique, de la négociation collective (Verge, 1969d et 2010c) ou le caractère excessif de l'obligation de paix pendant la durée de la convention collective (Verge, 1985, 1988b, 2007, 2009 et 2011a). Le constat de Pierre Verge, qui assimile le régime juridique actuel de rapports collectifs à une « cage dorée » (Verge, 1989 : 171) résume bien son approche : même si le syndicat accrédité se voit conférer des droits importants, il reste que ces droits s'inscrivent dans un processus d'institutionnalisation du syndicat lui-même et dans un « confinement » de son action de coalition (Verge, 2004a : 602) : « la force de coalition syndicale ne peut plus se manifester naturellement, sous différents rapports, comme elle le pourrait autrement si ce n'était cet encadrement législatif contemporain du processus de négociation collective » (Verge, 1989 : 171). En ce sens, les travaux de Pierre Verge s'inscrivent aussi dans un courant très critique des promesses non tenues du pluralisme industriel.

Mais cette posture analytique lui permet, du même souffle, de penser, de manière prospective, l'évolution du droit du travail et sa recomposition. Historiquement, l'autonomie collective est le fait générateur de la substance du droit du travail. Celui-ci n'a pas émané du droit étatique mais bien des acteurs collectifs du travail. Face à un droit étatique dépourvu d'effectivité à l'égard des transformations du travail et de l'entreprise, Pierre Verge voit dans les manifestations nouvelles de l'autonomie collective, notamment sur le plan international, une voie par laquelle pourront émerger des normes nouvelles, adaptées à la réalité du travail (Verge, 2011).

Ainsi en est-il des rapports collectifs transnationaux, qui sont des phénomènes d'autonomie collective qui se situent en marge du droit étatique national et international (Verge, 1997) mais qui ont une portée normative qui s'exprime notamment par des accords-cadres internationaux et des codes de conduite parfois inspirés par les normes internationales et promus par des organismes non gouvernementaux (Verge, 2011). Au-delà de l'étude de la réception de ces rapports collectifs transnationaux par le droit, il faut aussi étudier l'influence que peuvent avoir ces phénomènes d'autonomie collective sur la transformation du droit étatique et du droit international comme l'ont eue, ainsi que le démontre l'histoire du droit du travail, les différents types de coalition sur l'émergence du droit étatique du travail qui existe aujourd'hui (Verge, 1989). Pour Pierre Verge, ces phénomènes d'autonomie collective se déployant au-delà des frontières, bien qu'ils ne soient pas saisis par les droits du travail étatiques nationaux, n'en sont pas moins un objet d'étude du droit du travail, pour autant que l'on accepte d'adopter une conception pluraliste de ce droit (Verge, 2011) et des frontières du phénomène juridique (Verge, 1989 et 2006b). C'est en cela que « le droit du travail est aussi captivant parce qu'il pose d'une façon significative le problème de la compréhension du droit, de la définition de l'aire du juridique » (Verge, 1989 : 163). Pour Pierre Verge, il est clair que le droit n'est pas réductible au seul droit étatique : il est un droit social au sens des travaux de Georges Gurvitch, en ce qu'il suppose « une vision pluraliste de l'organisation sociale, aux règles et aux institutions établies par différents milieux à l'intérieur de la société » (Verge, 1989 : 163 et 2006b).

C'est pourquoi, tout comme le droit contemporain, le droit du travail « conjugue normativité publique et normativité privée » (Verge, 2011 : 157). La normativité privée issue de l'autonomie collective paraît être la voie par laquelle le droit du travail se renouvellera : « [quant] à son adéquation par rapport aux innombrables situations qu'il est appelé à régir, la réponse ne peut que dépendre, tout comme cela a été le cas du développement du droit du travail classique, de la vitalité d'une vie syndicale, et sans doute aussi associative, qui l'utilise et le soutient par des actions collectives » (Verge, 2011 : 166). Au-delà d'un encadrement variable d'un pays à l'autre, c'est la vitalité de cette

autonomie collective, la reconnaissance juridique dont elle est l'objet ainsi que sa relation avec les sources de droit étatique qui sont au cœur de la spécificité du droit du travail.

||| CONCLUSION

Tous ceux qui ont eu le bonheur et le privilège de côtoyer Pierre Verge connaissent sa modestie et son intégrité. D'où le défi du présent texte – qui est aussi le défi de l'ouvrage qui lui rend hommage – de présenter son œuvre sans flagornerie, en mettant en évidence objectivement l'importance que ses travaux ont eue et ont toujours pour le droit du travail et pour ceux qui le pratiquent, l'interprètent, l'enseignent et l'étudient. La longue liste de ses publications témoigne évidemment de son apport exceptionnel. Mais il importe de mettre en évidence ses autres contributions à la communauté du droit du travail, qui sont à la mesure de l'œuvre et de l'homme.

Le survol que nous venons de faire de l'œuvre de Pierre Verge montre qu'il a abondamment utilisé la jurisprudence et la doctrine du droit international et de droits étrangers dans ses travaux afin de capter ce que le droit du travail a d'universel. Mais Pierre Verge ne s'est pas limité à cela : il a aussi publié un nombre impressionnant de chroniques bibliographiques et de recensions d'ouvrages étrangers pour la plupart – près de soixante-dix – qui ont fait de lui, dès le début de sa carrière, un « passeur » de la réflexion qui avait cours sur le plan international auprès de la communauté travailliste d'ici. Ce désir de diffuser la connaissance sur le droit du travail et de rendre compte avec rigueur de travaux autres que les siens témoigne de la générosité de l'homme. Plusieurs de ces chroniques bibliographiques et recensions, comme du reste plusieurs de ses publications, ont été réalisées pour les revues *Cahiers de droit* et *Relations Industrielles*. Même si les travaux de Pierre Verge ont été diffusés dans plusieurs autres revues importantes, il poursuivra fidèlement ce travail de publication et de recension dans ces deux revues tout au long de sa carrière. Son œuvre a ainsi participé à l'institutionnalisation de ces deux lieux de diffusion de la recherche centraux en droit du travail,

qui sont devenus de très grandes revues québécoises contribuant autant au rayonnement international de l'Université Laval qu'à celui de toute la communauté universitaire québécoise.

Un autre aspect intangible mais fondamental de la contribution de Pierre Verge au droit du travail tient à la formation de jeunes chercheurs au-delà de ses responsabilités comme directeur de la thèse ou du mémoire d'innombrables étudiants. Comme sa liste de publications le démontre, Pierre Verge n'a pas hésité à associer à ses travaux de recherche – et ce tout au long de sa carrière – des jeunes collègues dont il n'avait pas nécessairement encadré le doctorat et à les accompagner ainsi dans leurs premiers pas d'universitaires. Pour plusieurs, dont la soussignée, cette collaboration a été un véritable point tournant, un post-doctorat avant même que cette pratique ne soit étendue et institutionnalisée. À l'occasion d'un travail conjoint, collégial et toujours réalisé en pleine égalité, Pierre Verge s'est révélé comme un véritable mentor, généreux, rigoureux et inspirant. Cette contribution de Pierre Verge à la formation au métier de chercheur est inestimable pour les personnes qui l'ont reçue tout en étant de nature à marquer durablement l'évolution des connaissances sur un droit du travail qui lui est si cher. Il y a beaucoup de lui dans les travaux que plusieurs de ces chercheurs poursuivent aujourd'hui.

En somme, la contribution de Pierre Verge est exemplaire et unique. Elle est de celles qui ont des effets durables par la force et le rayonnement de l'œuvre, bien sûr, mais aussi par son influence sur les juges et praticiens, sur les membres de la communauté universitaire et sur les travailleurs eux-mêmes, dont la protection est au cœur même de la raison d'être du droit auquel Pierre Verge a consacré son œuvre.

|||| BIBLIOGRAPHIE

1963

Verge, Pierre, [1963], « Contracting out at arbitration » (1963) 18 *Relations Industrielles* 162.

Verge, Pierre, [1963a], « Contracting out at arbitration » (1963) 18 *Relations Industrielles* 335.

1964

Verge, Pierre, « Le droit d'être entendu par la Commission de relations ouvrières » (1964) 24 *Revue du Barreau* 408.

1967

Verge, Pierre, [1967], *Les critères des conflits créant une situation d'urgence* (étude n° 23, Équipe spécialisée en relations de travail, Conseil privé du Canada), Information/Canada, Ottawa, 1967.

Verge, Pierre, [1967a], « L'accréditation des associations de salariés, selon le Code du travail de la province de Québec » (1967a) 6 *Annales de l'Institut de Droit du travail et de la sécurité sociale de l'Université de Lyon* 63.

Verge, Pierre, [1967b], « Le problème des ententes individuelles plus favorables que la convention collective » (1967) 22 *Relations Industrielles* 281.

Verge, Pierre, [1967c], « Le texte de la convention collective et les usages » (1967) 22 *Relations Industrielles* 446.

Verge, Pierre, [1967d], « Constitutionnalité de certains pouvoirs conférés à la C.R.T. pour assurer la liberté syndicale » (1967) 22 *Relations Industrielles* 569.

1968

Verge, Pierre, codir, *Les Mélanges Beaulieu*, (1967-68) 9 *Cahiers de droit* 317.

Verge, Pierre, [1968], « "Salariés" selon le Code du travail » (1968) 23 *Relations Industrielles* 165.

Verge, Pierre, [1968a], « Représentation collective et représentations individuelles devant l'arbitre des griefs » (1968) 23 *Relations Industrielles* 356.

Verge, Pierre, [1968b], « Caractères du lock-out » (1968) 23 *Relations Industrielles* 513.

Verge, Pierre, [1968c], « L'intervention du tribunal civil dans certains cas de mise à exécution d'une convention collective » (1968) 23 *Relations Industrielles* 672.

Verge, Pierre, [1968d], « Le forum de la convention collective » (1968) 9 *Cahiers de droit* 563.

Verge, Pierre, [1968e], « Le contenu implicite du contrat de travail (droit québécois) », rapport présenté aux Journées suisses de l'Association Henri Capitant, Genève, 1968.

1969

Dussault, René et Pierre Verge, « Le choix de la sanction disciplinaire – discrétion de l'employeur ou de l'arbitre ? » (1969) 24 *Relations Industrielles* 199.

Lebel, Louis et Pierre Verge, « Le rapport Woods et le piquet de grève » (1969) 29 *Revue du Barreau* 681.

Verge, Pierre, « Le rattachement de l'accréditation et de la convention collective à l'entreprise » (1969) 24 *Relations Industrielles* 403.

Verge, Pierre, [1969a], « Admissibilité du recours civil de l'ex-salarié, fondé sur la convention collective » (1969) 24 *Relations Industrielles* 598.

Verge, Pierre, [1969b], « L'entre-temps des conventions collectives » (1969) 24 *Relations Industrielles* 781.

Verge, Pierre, [1969c], « Note sur la *Loi modifiant la Loi des établissements industriels et commerciaux* [Chronique de législation] » (1969) 10 *Cahiers de Droit* 351.

Verge, Pierre, [1969d], « La fermeture de l'entreprise » (1969) 10 *Cahiers de droit* 391.

Verge, Pierre, [1969e] « Droit du travail [Jugements récents] » (1969) 10 *Cahiers de droit* 546.

Verge, Pierre, [1969f], « Droit du travail. Droit administratif [Jugements récents] » (1969) 10 *Cahiers de droit* 786.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1969) 10 *Cahiers de droit* 406.

(1969) 10 *Cahiers de droit* 587.

1970

Gagnon, Robert, Louis Lebel et Pierre Verge, « Du soi-disant contrat de travail », mémoire présenté à l'Office de révision du Code civil, avril 1970, publié dans (1970) 11 *Cahiers de droit* 282.

- Gagnon, Robert et Pierre Verge, « Les lendemains de l'arrêt Port Arthur Shipbuilding » (1970) 25 *Relations Industrielles* 349.
- Label, Louis et Pierre Verge, « Note sur la grève tournante » (1970) 25 *Relations Industrielles* 127.
- Verge, Pierre, [1970a], « La réintégration forcée du salarié en droit québécois » (1970) 25 *Relations Industrielles* 594.
- Verge, Pierre, [1970b], « Jugements récents » (1970) 25 *Relations Industrielles* 376.
- Verge, Pierre, [1970c], « Cour suprême du Canada [Jugements récents] » (1970) 11 *Cahiers de droit* 101.
- Verge, Pierre, [1970d], « Cour suprême du Canada [Jugements récents] » (1970) 11 *Cahiers de droit* 356.
- Verge, Pierre, *Le statut d' « association accréditée », selon le Code du travail du Québec*, thèse de doctorat en droit, Université Laval, 1970.
- Verge, Pierre et Louis Label, « *Loi concernant l'Industrie de la Construction* [Chronique de législation] » (1970) 11 *Cahiers de Droit* 529.

1971

- Carrier, Denis et Pierre Verge, « *Loi concernant la Cour fédérale du Canada* [Chronique de législation] » (1971) 12 *Cahiers de droit* 207.
- DesCôteaux, Gaston, Robert Gagnon, Louis Label et Pierre Verge, [1971], « Droit du travail [Chronique] » (1971) 31 *Revue du Barreau* 355.
- DesCôteaux, Gaston, Robert Gagnon, Louis Label et Pierre Verge, [1971a], « Droit du travail [Chronique] » (1971) 31 *Revue du Barreau* 475.
- Gagnon, Robert, Louis Label et Pierre Verge, *Droit du travail en vigueur au Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1971.
- Verge, Pierre, [1971], « La violation de la convention collective peut-elle donner lieu à des dommages-intérêts ? » (1971) 26 *Relations Industrielles* 234.
- Verge, Pierre, [1971a], « L'embauchage d'un salarié lié par une convention collective » (1971) 26 *Relations Industrielles* 502.
- Verge, Pierre, [1971b], « Le caractère majoritaire, principe d'accréditation » (1971) 26 *Relations Industrielles* 764.
- Verge, Pierre, [1971c], « Accès du syndicat accrédité à l'arbitrage des griefs » (1971) 12 *Cahiers de droit* 287.

Verge, Pierre, [1971d], « Bref historique de l'adoption du monopole de la représentation syndicale au Québec » (1971) 12 *Cahiers de droit* 303.

Verge, Pierre, [1971e], « Un tribunal du travail? – Contribution à l'étude de cette formule et de sa mise en œuvre éventuelle », Rapport du deuxième colloque du Département des relations industrielles de l'Université de Montréal, Montréal, Publications de l'Université de Montréal, 1971.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1971) 26 *Relations Industrielles* 510.

1972

DesCôteaux, Gaston, Robert Gagnon, Louis Lebel et Pierre Verge, [1972], « Droit du travail [Chronique] » (1972) 32 *Revue du Barreau* 61.

DesCôteaux, Gaston, Robert Gagnon, Louis Lebel et Pierre Verge, [1972a], « Droit du travail [Chronique] » (1972) 32 *Revue du Barreau* 164.

DesCôteaux, Gaston, Robert Gagnon, Louis Lebel et Pierre Verge, [1972b], « Droit du travail [Chronique] » (1972) 32 *Revue du Barreau* 295.

DesCôteaux, Gaston, Robert Gagnon, Louis Lebel et Pierre Verge, [1972c], « Droit du travail [Chronique] » (1972) 32 *Revue du Barreau* 438.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1972) 13 *Cahiers de droit* 599.

(1972) 13 *Cahiers de droit* 601.

(1972) 13 *Cahiers de droit* 603.

1973

Verge, Pierre, [1973] « De la souveraineté décisionnelle de l'arbitre » (1973) 19 *McGill Law Journal* 543.

Verge, Pierre, [1973a], « Le droit canadien de la négociation collective » dans *Volumen de estudios in Memoria del Professor Francisco de Ferrari*, Montevideo, 1973, 339.

Verge, Pierre, [1973b], « Poursuivre l'optimum en droit » (1973) *Forum universitaire* 54.

Verge, Pierre, [1973c], *Tableaux analytiques de décisions d'arbitres des griefs du Québec, (1961-73)*, direction de la rédaction, Collection

Instruments de travail, Département des relations industrielles, Université Laval.

Verge, Pierre en collaboration avec l'AJUCIQ, [1973d], « La conférence préparatoire à l'instruction » (1973) 14 *Cahiers de droit* 577.

Arthurs, H W et Pierre Verge, « The Future of Legal Services – Services juridiques de l'avenir » (1973) 51 *Revue du Barreau canadien* 15.

DesCôteaux, Gaston, Robert Gagnon, Louis Lebel et Pierre Verge, [1973], « Droit du travail [Chronique] » (1973) 33 *Revue du Barreau* 177.

DesCôteaux, Gaston, Robert Gagnon, Louis Lebel et Pierre Verge, [1973a], « Droit du travail [Chronique] » (1973) 33 *Revue du Barreau* 308.

DesCôteaux, Gaston, Robert Gagnon, Louis Lebel et Pierre Verge, [1973b], « Droit du travail [Chronique] » (1973) 33 *Revue du Barreau* 432.

Gagnon, Robert, Louis Lebel et Pierre Verge, « Droit du travail [Chronique] » (1973) 33 *Revue du Barreau* 550.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1973) 14 *Cahiers de droit* 568.

1974

Verge, Pierre, « À la croisée de la loi et de la convention collective: l'arbitrage des griefs au Québec », *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Paris, Librairie sociale et économique, 1974, 589.

Gagnon, Robert, Louis Lebel et Pierre Verge, [1974], « Droit du travail [Chronique] » (1974) 34 *Revue du Barreau* 248.

Gagnon, Robert, Louis Lebel et Pierre Verge, [1974a], « Droit du travail [Chronique] » (1974) 34 *Revue du Barreau* 414.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1974) 29 *Relations Industrielles* 887.

1975

Gagnon, Robert, Louis Lebel et Pierre Verge, « Droit du travail [Chronique] » (1975) 35 *Revue du Barreau* 248.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1975) 16 *Cahiers de droit* 997.

1976

Gagnon, Robert P, Louis Lebel et Pierre Verge, « Droit du travail [Chronique] » (1976) 36 *Revue du Barreau* 582.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1976) 17 *Cahiers de droit* 255.

(1976) 17 *Cahiers de droit* 556.

(1976) 17 *Cahiers de droit* 789.

1977

Gagnon, Robert P, Louis Lebel et Pierre Verge, « Droit du travail [Chronique] » (1977) 37 *Revue du Barreau* 264.

1978

Gagnon, Robert P, Louis Lebel et Pierre Verge, « Droit du travail [Chronique] » (1978) 38 *Revue du Barreau* 849.

Verge, Pierre, « Le dépassement du contrat individuel à durée déterminée » (1978) 33 *Relations Industrielles* 680.

1979

Verge, Pierre, [1979], « Vision d'une révision du Code du travail » (1979) 20 *Cahiers de droit* 901.

Verge, Pierre, [1979a], « La participation à une grève illégale en tant que motif de congédiement » (1979) 34 *Relations Industrielles* 183.

Verge, Pierre, [1979b], « Le recours à la grève et au lock-out est-il encore possible? », *Rapport du 34e Congrès des relations industrielles de l'Université Laval*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1979.

Verge, Pierre, [1979c], « "Syndicalisation" de la grève », *Memoriam Sir Otto Kahn Freund*, Munich, Verlag C H Beck, 1980, 317.

Verge, Pierre, [1979d], « The Ambiguity of Collective Agreement Arbitration in Canada », *Rapport du colloque anglo-canadien de droit administratif*, Faculty of Law, University of Birmingham, England et Faculté de droit, Université Laval, Québec, Travaux du laboratoire de recherche sur la justice administrative, (n° 3), 1979.

Lebel, Louis, Pierre Verge et Robert P Gagnon, [1979], « Droit du travail [Chronique] » (1979) 39 *Revue du Barreau* 354.

Lebel, Louis, Pierre Verge et Robert P Gagnon, [1979a], « Droit du travail [Chronique] » (1979) 39 *Revue du Barreau* 984.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1979) 20 *Cahiers de droit* 938.

1980

Verge, Pierre, [1980], « Le contrôle juridictionnel du licenciement » (1980) 11 *Revue générale de droit* 409.

Verge, Pierre, [1980a], « L'octroi de dommages-intérêts par un tribunal d'arbitrage dans le cas d'une grève contraire à la convention collective » (1980) 35 *Relations Industrielles* 578.

Verge, Pierre et Claude D'Aoust, « Le congédiement pour participation à une grève illégale devant la Cour suprême » (1980) 35 *Relations Industrielles* 328.

Lebel, Louis, Pierre Verge et Robert P Gagnon, [1980], « Droit du travail [Chronique] » (1980) 40 *Revue du Barreau* 156.

Lebel, Louis, Pierre Verge et Robert P Gagnon, [1980a], « Droit du travail [Chronique] » (1980) 40 *Revue du Barreau* 702.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1980) 21 *Cahiers de droit* 218.

1981

Lebel, Louis, Pierre Verge et Robert P Gagnon, « Droit du travail [Chronique] » (1981) 41 *Revue du Barreau* 186.

Verge, Pierre, [1981], « La protection du travail par l'injonction » (1981) 41 *Revue du Barreau* 605.

Verge, Pierre, [1981a], « La mission-type d'un conseil des relations de travail » (1981) 36 *Relations Industrielles* 663.

Verge, Pierre, [1981b], « Le droit du licenciement au Québec » (1981) 1 *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1981) 22 *Cahiers de droit* 287.

1982

Gagnon, Robert P, Pierre Verge et Louis Lebel, « Droit du travail [Chronique] » (1982) 42 *Revue du Barreau* 142.

Javillier, Jean-Claude, B W Napier et Pierre Verge, *Comparative Dismissal Law*, London, Croom Helm, 1982.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1982) 37 *Relations Industrielles* 241.

(1982) 37 *Relations Industrielles* 454.

1983

Verge, Pierre, [1983], « Syndicalisation de la grève » (1983) 38 *Relations Industrielles* 475 (traduit en japonais par Yasuo Ishii, (1991) 25 *Asia University Law Review* 81).

Verge, Pierre, [1983a], « Recevabilité de l'action d'intérêt public » (1983) 24 *Cahiers de droit* 177.

Verge, Pierre, [1983b], « La négociation collective et les accords d'entreprise au Québec », (1982-1983) *Annales de l'Institut d'études du travail et de la sécurité sociale de l'Université Jean-Moulin* 85.

Verge, Pierre et Gilles Nadeau, « L'une des juridictions permanentes du Code du travail du Québec : le Tribunal du Travail » dans K P Swan et K E Swinton, dir, *Studies in Canadian Labour Law*, Toronto, Butterworths, 1983, 79.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1983) 38 *Relations Industrielles* 180.

(1983) 38 *Relations Industrielles* 442.

(1983) 38 *Relations Industrielles* 445.

(1983) 38 *Relations Industrielles* 677.

(1983) 31 *American Journal of Comparative Law* 542.

1984

Verge, Pierre, [1984], « L'action d'intérêt collectif » (1984) 25 *Cahiers de droit* 533.

Verge, Pierre, [1984a], « Évolution de la protection juridictionnelle de l'accès au syndicat » (1984) 39 *Relations Industrielles* 710.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1984) 39 *Relations Industrielles* 201.

(1984) 39 *Relations Industrielles* 632.

(1984) 39 *Relations Industrielles* 642.

1985

Verge, Pierre, *Le droit de grève - fondements et limites*, Cowansville, Yvon Blais, 1985.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1985) 40 *Relations Industrielles* 178.

(1985) 40 *Relations Industrielles* 183.

(1985) 40 *Relations Industrielles* 403.

(1985) 40 *Relations Industrielles* 681.

1986

Verge, Pierre, [1986], « La valeur de l'enseignement du droit et ses valeurs » (1986) 27 *Cahiers de droit* 891.

Verge, Pierre, [1986a], « Commentaire d'arrêt » (1986) 4 *International Labour Law Reports* 287.

Verge, Pierre et Alain Barré, « L'appel à la solidarité des consommateurs lors d'un conflit du travail » (1986) 17 *Revue générale de droit* 283.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1986) 41 *Relations Industrielles* 196.

(1986) 41 *Relations Industrielles* 197.

(1986) 41 *Relations Industrielles* 650.

(1986) 41 *Relations Industrielles* 659.

(1986) 41 *Relations Industrielles* 875.

1987

Gagnon, Robert P, Louis Lebel et Pierre Verge, *Droit du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1987 (Prix Walter Owen de l'Association du Barreau canadien, 1990).

Verge, Pierre, [1987], « Commentaire d'arrêt » (1987) 5 *International Labour Law Reports* 96.

Verge, Pierre, [1987a], « Commentaire d'arrêt » (1987) 5 *International Labour Law Reports* 262.

Verge, Pierre, [1987a], « Commentaire d'arrêt » (1987) 5 *International Labour Law Reports* 287.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1987) 42 *Relations Industrielles* 219.

(1987) 42 *Relations Industrielles* 651.

(1987) 42 *Relations Industrielles* 657.

(1987) 42 *Relations Industrielles* 659.

(1987) 42 *Relations Industrielles* 662.

(1987) 42 *Relations Industrielles* 877.

(1987) 42 *Relations Industrielles* 884.

(1987) 42 *Relations Industrielles* 886.

1988

Verge, Pierre, [1988], « Faut-il nommer le contrat de travail ? » (1988) 29 *Cahiers de droit* 977.

Verge, Pierre, [1988a], « Le droit et les rapports du travail au Québec : objet et milieu d'étude » dans Gérard Hébert, Hem C Jain et Noah M Meltz, dir, *L'état de la discipline en relations industrielles au Canada*, Montréal, École de relations industrielles – Université de Montréal, 1988, 113 ; publié aussi dans *The State of the Art in Industrial Relations*, Kingston, Industrial Relations Centre, Queen's University, 1988.

Verge, Pierre, [1988b], « Liberté de grève et liberté de commerce : le régime de la grève légale au Québec au regard de celui découlant de la loi fédérale américaine du travail » (1988) 29 *Cahiers de droit* 447 (texte présenté lors du quatrième colloque de droit comparé Birmingham-Laval).

Verge, Pierre, [1988c], « Commentaire d'arrêt » (1988) 6 *International Labour Law Reports* 74.

Verge, Pierre, [1988d], « Commentaire d'arrêt » (1988) 6 *International Labour Law Reports* 387.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1988) 43 *Relations Industrielles* 710.

(1988) 43 *Relations Industrielles* 712.

1989

Verge, Pierre, [1989], « La place du conflit en droit du travail » (1989) 42 *Présentation*, Académie des lettres et des sciences humaines, Société royale du Canada 163.

Verge, Pierre, [1989a], « The Right to Strike and Technological Change » dans U Mayer et P Verge, dir, *Sozialpolitische und Juristische Aspekte Neuer Technologien in der BRD und Kanada*, Hamburg, Hochschule für Wirtschaft und Politik, 1989, 45.

Verge, Pierre, [1989b], « Influences externes dans la formation du droit québécois des rapports collectifs du travail » dans G Hand et J McBride, dir, *Droit sans frontière – Essays in Honour of L Neville Brown*, Birmingham, Holdsworth Club, University of Birmingham, 1991, 31.

Verge, Pierre, [1989c], « Commentaire d'arrêt » (1989) 7 *International Labour Law Reports* 77.

Verge, Pierre, [1989d], « Commentaire d'arrêt » (1989) 7 *International Labour Law Reports* 277.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1989) 30 *Recherches sociographiques* 137.

(1989) 44 *Relations Industrielles* 287.

(1989) 44 *Relations Industrielles* 728.

(1989) 44 *Relations Industrielles* 959.

1990

Verge, Pierre et R Heenan, « La solución de los conflictos colectivos de trabajo en sector y servicios publicos » (1990) 3 *Debate Laboral* 61.

Verge, Pierre, Éric Tremblay et Gregor Murray, « Les modes privés de règlement des conflits intrasyndicaux » Claude Samson et Jeremy McBride, dir, *Solutions de rechange au règlement des conflits*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 537.

Verge, Pierre, « Commentaire d'arrêt » (1990) 8 *International Labour Law Reports* 320.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1990) 45 *Relations Industrielles* 434.

1991

Gagnon, Robert P, Louis Lebel et Pierre Verge, *Droit du travail*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1991.

Verge, Pierre et Gregor Murray, *Le droit et les syndicats*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1991.

Verge, Pierre, [1991], « Représentations étatiques québécoises de l'autonomie des milieux de travail », Actes du 2^e Colloque de droit comparé Hambourg-Birmingham-Laval, Hambourg, 1991.

Verge, Pierre, [1991a], « Commentaire d'arrêt » (1991) 9 *International Labour Law Reports* 118.

Verge, Pierre, [1991b], « Commentaire d'arrêt » (1991) 9 *International Labour Law Reports* 399.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1991) 46 *Relations Industrielles* 864.

1992

Verge, Pierre, [1992], « Éléments exogènes du droit québécois des rapports collectifs du travail » dans E Caparros, dir, *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 659.

Verge, Pierre, [1992a], « Commentaire d'arrêt » (1992) 10 *International Labour Law Reports* 319.

Verge, Pierre, [1992b], « Commentaire d'arrêt » (1992) 10 *International Labour Law Reports* 414.

1993

Murray, Gregor et Pierre Verge, [1993], « Transformation de l'entreprise et représentation syndicale » (1993) 48 *Relations Industrielles* 3.

Murray, Gregor et Pierre Verge, [1993a], « Représentation syndicale au Canada : situation actuelle et perspectives d'avenir » dans H Lewandowski, dir, *Le syndicalisme contemporain et son avenir*, Lodz, Université de Lodz, 1995, 113.

Verge, Pierre, [1993], « Le contrat de travail selon le Code civil du Québec : pertinence ou impertinence ? » (1993) 24 *Revue générale de droit* 237.

Verge, Pierre, [1993a], « Le régime juridique de la négociation collective d'entreprise au Canada » (1993) 58 *Folia Iuridica* 111.

Verge, Pierre, [1993b], « Commentaire d'arrêt » (1993) 11 *International Labour Law Reports* 342.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1993) 48 *Relations Industrielles* 372.

(1993) 48 *Relations Industrielles* 584.

1994

Murray, Gregor et Pierre Verge, [1994], « La représentation syndicale au-delà de l'entreprise » (1994) 35 *Cahiers de droit* 419.

Murray, Gregor et Pierre Verge, [1994a], « Le syndicalisme au Québec : situation, mutations et perspectives » (1994) 23-24 *Critique régionale* 3.

Verge, Pierre, [1994], « Droits du travail comparés et identité du droit du travail » (1994) 1 *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 96.

Verge, Pierre, (1994a), « Commentaire d'arrêt » (1994) 12 *International Labour Law Reports* 225.

Verge, Pierre et Guylaine Vallée, « Pluralité et articulation des sources du droit du travail : le caractère central de l'autonomie collective » dans Gregor Murray, Marie-Laure Morin et Isabel Da Costa, *L'état des relations professionnelles – Traditions et perspectives de recherche*, Québec, Presses de l'Université Laval, 419.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1994) 49 *Relations Industrielles* 608.

1995

Verge, Pierre, dir, [1995], *Actes du IIIe Congrès américain de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale*, Cowansville, Yvon Blais, 1995.

Verge, Pierre, [1995a], « Réalité juridique du rapport de travail » dans Gilles Trudeau, Guylaine Vallée et Diane Veilleux, dir, *Études en droit du*

travail, à la mémoire de Claude D'Aoust, Cowansville, Yvon Blais, 1995, 343.

Verge, Pierre, [1995b], « Le travail à la mesure du commerce international et de la diplomatie » (1996) *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 72.

Verge, Pierre, [1995c], « Commentaire d'arrêt » (1995) 13 *International Labour Law Reports* 391.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1995) 50 *Relations Industrielles* 236.

(1995) 50 *Relations Industrielles* 890.

1996

Verge, Pierre, [1996], « Les modes canadiens de régulation juridique du travail : disparition ou adaptation au changement ? » (1996-juin) *Québec Travail* 9.

Verge, Pierre, [1996a], « La evolución del pensamiento laboralista, particularmente en el contexto canadiense » dans A Pla Rodriguez, dir, *Evolución del pensamiento juslaborista : estudios en homenaje al Prof Héctor-Hugo Barbagelata*, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 537.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1996) 51 *Relations Industrielles* 597.

1997

Verge, Pierre et Guylaine Vallée, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1997.

Verge, Pierre, [1997], « La négociation collective au Québec : recherche de dimensions transnationales et supranationales » dans Jean-Philippe Colson et Denis Lemieux, dir, *Le droit supranational et les techniques contractuelles*, Québec, Institut québécois des hautes études internationales, 1997, 299.

Verge, Pierre, [1997a], « Canadian Labour Law : Mirror of the New Realities of Work ? » dans Janice R Bellace et Max G Rood, dir, *Labour Law at the Crossroad: Changing Employment Relationships – Studies in*

Honour of Benjamin Aaron, The Hague, Kluwer Law International, 1997, 235.

Verge, Pierre et Bernardo van der Laet, « La négociation collective internationale » dans *Actes du XV^e Congrès mondial de droit du travail et de la sécurité sociale*, Buenos Aires, Fundacion del Trabajo, 1997, 157 ; version anglaise publiée dans Roger Blanpain, dir, *XV World Congress of Labour Law and Social Security*, Leuven, Peeters, 1998, 3).

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1997) 57 *Relations Industrielles* 662.

1998

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1998) 58 *Relations Industrielles* 377.

1999

Murray, Gregor et Pierre Verge, *La représentation syndicale : visage juridique actuel et futur*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999.

Verge, Pierre, [1999], « Mondialisation et fonctions du droit du travail national » (1999) 40 *Cahiers de droit* 437.

Verge, Pierre, [1999a], « Les dilemmes de l'ANACT : ambiguïté ou complémentarité ? » (1999) 54 *Relations Industrielles* 223.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(1999) 54 *Relations Industrielles* 416.

2000

Verge, Pierre, « How does Canadian Labour Law Fare in a Global Economy ? » (2000) 42 *Journal of Industrial Relations* 265.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(2000) 55 *Relations Industrielles* 183.

2001

- Verge, Pierre, [2001], « L'adaptation du droit du travail à la "nouvelle entreprise" » dans J Bernier *et al.*, dir, *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, 56^e Congrès des relations industrielles, Québec, Presses de l'Université Laval, 2001, 21.
- Verge, Pierre, [2001a], « El Derecho Canadiense: Un derecho que corresponde a los actuales modos de trabajo? » dans *Vo Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001, 59.
- Verge, Pierre, [2001b], « Droits de la personne et droit du travail: recherche d'une interface » dans *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle – Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Paris, Dalloz, 2001, 491.
- Verge, Pierre, [2001c], « Rapport » (2001) 42 *Cahiers de droit* 615.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(2001) 56 *Relations Industrielles* 207.

(2001) 56 *Relations Industrielles* 804.

2002

- Verge, Pierre, [2002], « D'un *Mélange* à l'autre: un même droit du travail? » dans Jacques Beaulne, dir, *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, 203.
- Verge, Pierre, [2002a], Présentation analytique de *l'accord Nord-Américain de coopération dans le domaine du travail*, Bureau International du Travail, Lima, Bureau International du Travail, 2002; également publié en espagnol dans *Dimensión social de la globalización y de los procesos de integración*, 91 et en anglais dans *Social dimension of globalization and integration processes*, 59.
- Verge, Pierre et Sophie Dufour, « Entreprises transnationales et droits du travail » (2002) 57 *Relations Industrielles* 12.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(2002) 57 *Relations Industrielles* 194.

2003

Verge, Pierre avec la participation de Sophie Dufour, *Configuration diversifiée de l'entreprise et droit du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003.

Verge, Pierre, « La place des droits relatifs au travail dans le projet d'intégration des Amériques » (2003) 44 *Cahiers de droit* 53.

Brunelle, Christian et Pierre Verge, « L'inclusion de la liberté syndicale dans la liberté (générale) d'association : un pari constitutionnel perdu ? » (2003) 82:3 *Revue du Barreau canadien* 711.

Deslauriers, Jacques et Pierre Verge, « L'insolvabilité de l'employeur et l'application des lois régissant les rapports collectifs de travail » (2003) 63 *Revue du Barreau* 415.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(2003) 18:1 *Revue canadienne droit et société* 157.

2004

Verge, Pierre, [2004], « Vers une graduelle "continentalisation" du droit du travail ? Aperçu de l'impact des accords plurinationaux en matière de travail » (2004) 35 *Études internationales* 287.

Verge, Pierre, [2004a], « Techniques de reconnaissance juridique du syndicat révélatrices de la valeur sociale de l'action collective reliée au travail » dans *Analyse juridique et valeurs en droit social – Études offertes à Jean Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, 591.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(2004) 19:2 *Revue canadienne droit et société* 171.

2005

Verge, Pierre, [2005], « Une codification du droit régissant le travail au Québec : un objectif à poursuivre ? » (2005) 46 *Cahiers de droit* 77.

Verge, Pierre, [2005a], « ¿Hacia una gradual "continentalización" del derecho del trabajo El Impacto de los acuerdos plurinacionales americanos en materia de trabajo » (2005) 48 *Derecho laboral* 5.

Verge, Pierre, [2005b], « Un employeur a-t-il le droit de fermer son entreprise pour un motif antisyndical ? » (2005) 37:5 *Journal du Barreau* 1.

2006

- Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Thémis, 2006.
- Verge, Pierre, [2006], « L'institutionnalisation de la coopération dans le domaine du travail : vers un accord Chili-Canada "exemplaire" ? » (2006) 47 *Cahiers de droit* 581.
- Verge, Pierre, [2006a], « La Cour suprême, le "droit" à la négociation collective et le "droit" de grève » (2006) 66 *Revue du Barreau* 391.
- Verge, Pierre, [2006b], « L'effectivité du droit social : à quelles conditions ? Perspectives canadiennes » dans Philippe Auvergnon, dir, *L'effectivité du droit du travail ; à quelles conditions ? : actes du Séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale*, Bordeaux, Comptrasec, 2006, 291 ; Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2007, 301.
- Verge, Pierre et Dominic Roux, « Fermer l'entreprise : un "droit"... absolu ? » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2006)*, vol 245, Cowansville, Yvon Blais, 2006, 223.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

- (2006) 61 *Relations Industrielles* 537.
- (2006) 61 *Relations Industrielles* 741.

2007

- LeBel, Louis et Pierre Verge, dir, [2007], *L'oreille du juge – Études à la mémoire de Me Robert P. Gagnon*, Cowansville, Yvon Blais, 2007.
- Verge, Pierre, [2007], « Une solidarité sans frontières ? Le droit canadien et l'action syndicale de solidarité transnationale » (2007) 48 *Cahiers de droit* 331.
- Verge, Pierre, [2007a], « La "constitutionnalisation" du droit du travail : perte ou salut de son âme ? » (2007) 48 *Cahiers de droit* 324.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

- (2007) 62 *Relations Industrielles* 571.

2008

- Verge, Pierre, [2008], «La protection constitutionnelle du droit à la négociation collective et le réaménagement du régime légal de représentation collective dans le secteur des affaires sociales du Québec: *CSN c. Procureur général du Québec*» (2008) 14 *Canadian Labour and Employment Law Journal* 99.
- Verge, Pierre, [2008a], «La relative originalité de l'Accord Canada-Pérou de coopération dans le domaine du travail» (2008) 63:3 *Relations Industrielles* 558; «La relativa originalidad del Acuerdo de cooperación Canada-Perú en el área del trabajo» (2008) 51 *Derecho laboral* 695.
- Verge, Pierre, [2008b], «Une université intergénérationnelle?» (2008) 44:2 *Au fil des événements* 6.
- Verge, Pierre, [2008c], «D'une coexistence du contrat de travail et de la convention collective» dans Dominic Roux et Anne-Marie Laflamme, dir, *Rapports hiérarchiques ou anachroniques des règles en droit du travail*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, 22.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(2008) 63 *Relations Industrielles* 172.

2009

- Verge, Pierre, «L'inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association: justification et effets» (2009) 50 *Cahiers de droit* 267.
- Verge, Pierre et Isabelle Desbarats, «La liberté générale d'association assure-t-elle la liberté syndicale? – Analyse comparée des droits européen et canadien» (2009) 12 *La Semaine juridique – Social* 11.
- Verge, Pierre et Dominic Roux, «Un milieu de travail diversifié: l'apport de l'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien» (2009) 261 *Jurisprudence Sociale Lamy* 4; (2010) 12 *Pistes*.

2010

- Verge, Pierre, dir, [2010], *Droit international du travail – perspectives canadiennes*, Cowansville, Yvon Blais, 2010.
- Verge, Pierre, [2010a], « Droit du travail et transnationalité des rapports de travail » dans Pierre Verge, dir, *Droit international du travail – perspectives canadiennes*, Cowansville, Yvon Blais, 2010, 37.
- Verge, Pierre, [2010b], « Les accords de coopération dans le domaine du travail liant le Canada » dans Pierre Verge, dir, *Droit international du travail – perspectives canadiennes*, Cowansville, Yvon Blais, 2010, 261.
- Verge, Pierre, [2010c], « L'affirmation constitutionnelle de la liberté d'association : une nouvelle vie pour l'autonomie collective ? » (2010) 51 *Cahiers de droit* 353.
- Verge, Pierre et Dominic Roux, [2010a], « L'affirmation des principes de la liberté syndicale, de la négociation collective et du droit de grève selon le droit international et le droit canadien : deux solitudes ? » dans Pierre Verge, dir, *Droit international du travail – perspectives canadiennes*, Cowansville, Yvon Blais, 2010, 441.
- Verge, Pierre et Dominic Roux, [2010b], « Personnes handicapées : l'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien » (2010) *Droit Social* 965.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(2010) 65 *Relations Industrielles* 330.

(2010) 65 *Relations Industrielles* 515.

2011

- Verge, Pierre, [2011], « Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique » (2011) 52 *Cahiers de droit* 135.
- Verge, Pierre, [2011a], « Solidarity Without Borders? Canadian Law and Transamerican Union Solidarity » dans Adelle Blackett et Christian Lévesque, dir, *Social Regionalism in the Global Economy*, New York, Routledge, 2011, 129.
- Verge, Pierre et Dominic Roux, « L'affirmation des principes de la liberté syndicale, de la négociation collective et du droit de grève selon le droit international et le droit du travail canadien : deux solitudes ? »

dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail* (2011), vol 333, Cowansville, Yvon Blais, 2011, 121.

Chroniques bibliographiques/Recensions :

(2011) 66 *Relations Industrielles* 686.

2012

Verge, Pierre, [2012], « La liberté d'expression est-elle en phase avec l'action syndicale? » (2012) 53 *Cahiers de droit* 813.

Verge, Pierre, [2012a], « La coexistence de la liberté d'entreprise et de la liberté syndicale? » (2012) 67 *Relations Industrielles* 526.



UN DÉCANAT DE DÉVELOPPEMENT ET DE CONSOLIDATION

Sylvio Normand*

*Pierre Verge, doyen de la Faculté de droit
de l'Université Laval (1973-1977)*

Les décennies 1960 et 1970 contribuent à transformer profondément la Faculté de droit de l'Université Laval. Pierre Verge assume les fonctions de doyen au cours de cette période, soit de 1973 à 1977. Il serait hasardeux de s'arrêter à ce décanat sans tenir compte de la trame dans lequel il s'inscrit.

Jusqu'au milieu des années 1960, la faculté est plus ou moins intégrée à l'université, même si elle compte au nombre des facultés fondatrices de l'institution. À cette époque, l'enseignement du droit est donné par des praticiens, certes d'une grande compétence, mais peu disponibles (Normand, 2005 : 131-181). Les cohortes d'étudiants sont réduites à quelques dizaines d'inscrits. Les études supérieures en

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

droit de même que la recherche universitaire sont embryonnaires. En quelques années cependant, la faculté va connaître une transformation spectaculaire.

À la faveur de la Révolution tranquille et du rapport de la Commission royale d'enquête sur l'enseignement dans la province de Québec (commission Parent), le monde de l'enseignement évolue. L'accès des jeunes Québécois à l'éducation, notamment aux études supérieures, devient une priorité gouvernementale. Les cégeps sont créés dans cette foulée et le réseau universitaire voit sa fréquentation croître sensiblement. L'Université Laval s'adapte à cette nouvelle réalité en réformant ses structures, en systématisant le régime des études et en appuyant le développement de la recherche (Hamelin, 1995 : 239-274).

Dans ce contexte, la Faculté de droit, à l'instar d'autres composantes de l'université, doit tenir compte de ces changements. Or, la croissance significative du nombre des admissions à la licence en droit et la difficulté posée par le recrutement de professeurs de carrière expliquent que la faculté éprouve des difficultés particulières à s'adapter aux nouvelles réalités qui marquent le monde universitaire. Aussi, est-il compréhensible qu'au tournant des années 1970 la faculté connaisse une période difficile marquée de nombreuses secousses. C'est dans ce contexte que Pierre Verge occupe des fonctions administratives. Avant de devenir doyen, il est secrétaire de la faculté (1968-1970), puis vice-doyen à l'enseignement (1970-1973), sous les doyens Louis Marceau et Hubert Reid. L'année qui précède son entrée en fonction comme doyen, il assume la présidence de l'Association canadienne des professeurs de droit.

Il aurait été certes possible d'étudier cette période en considérant plusieurs questions, j'ai décidé de retenir deux thèmes particulièrement cruciaux : la redéfinition de l'enseignement du droit et la conception de la carrière de professeur de droit. Par ailleurs, durant cette période des événements vont marquer la vie facultaire, il s'agit des grèves étudiantes de 1971 et de 1973 et de la grève des professeurs de 1976. Ces moments de mobilisation exceptionnels ont favorisé une production documentaire significative.

1. REDÉFINIR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT

Au cours des années 1960, il devient impératif de redéfinir l'enseignement du droit. Des doléances en ce sens sont formulées par des étudiants, des professeurs et des praticiens. Elles portent sur la structuration du programme, l'offre et le contenu des cours et, plus généralement, la pédagogie. La direction de la faculté prend conscience de la nécessité d'agir, et ce, d'autant plus que l'université, à la même époque, revoit pour le systématiser le régime des études. L'enseignement du droit constitue donc une préoccupation incontournable du décanat de Pierre Verge, encore que pour bien saisir le sens des orientations prises au cours de ce mandat il faille remonter à la fin des années 1960.

En septembre 1968, entre en vigueur un programme de licence au contenu révisé. L'innovation la plus marquante demeure l'abandon du caractère monolithique du programme avec l'introduction d'un bloc significatif de cours optionnels (Annuaire 1968-69 : 19-26). Le changement exige d'offrir à chaque année une gamme de cours plus étendue qu'auparavant, et ce, dans une faculté où le corps professoral compte des effectifs réduits. Il s'agit d'une transformation importante en ce qu'elle accorde aux étudiants une certaine liberté dans l'orientation de leurs études.

La faculté est consciente que d'autres changements doivent être apportés au programme. En plus des priorités qui sont les siennes, elle doit composer avec les orientations que l'université s'est donnée. En 1971, l'institution, dans un objectif de standardisation de l'enseignement, se dote de règles pour régir les études de premier cycle (Hamelin, 1995 : 255-258). La mise en œuvre de ces règles alimente une série de conflits à la faculté. Ce texte, applicable à l'ensemble des programmes de premier cycle, est précédé d'énoncés généraux qui en révèlent les orientations principales. L'étudiant, à qui on attribuait auparavant un rôle passif, est présenté comme « l'agent principal de sa formation ». L'enseignement doit désormais lui permettre d'acquérir la méthode, les concepts et les principes généraux de la discipline dans laquelle il s'est engagé. De plus, les études universitaires doivent lui permettre de développer un jugement critique et un esprit

novateur, sans compter une préparation au travail interdisciplinaire¹. Les règles stipulent que les programmes sont constitués de cours obligatoires et de cours optionnels². Le texte, même s'il reconnaît la pertinence des « leçons magistrales », dresse une liste de plusieurs formules pédagogiques susceptibles d'être adoptées dans l'enseignement³. De plus, l'évaluation des études doit être « continue », et, précise un article, « [u]n examen final ne saurait habituellement être l'unique moyen d'évaluation⁴ ». Ce document, en ce qu'il cherche à uniformiser le régime des études, est révélateur d'une certaine technocratisation de l'enseignement universitaire.

Les journaux publiés par les étudiants trahissent de l'insatisfaction à l'égard de l'enseignement du droit. Ils font état régulièrement de doléances. Malgré les changements apportés au programme, il est manifeste que, pour les étudiants, le chantier de la modernisation n'est pas terminé. Les règles édictées par l'université en 1971 viennent ajouter un appui à certaines revendications. Les grèves étudiantes de 1971 et 1973 amènent les insatisfactions à l'avant-scène.

Fin octobre 1971, les étudiants déclenchent une grève qui au départ est limitée à des enjeux pédagogiques (Normand, 2005 : 209-213). Les étudiants estiment que leur charge de travail est trop lourde à la suite d'un changement apporté au programme. En effet, les crédits alloués à chacun des cours ont été uniformisés – alors qu'ils étaient variables jusque-là – sans adaptation du contenu des cours. Ils expriment également des critiques à l'égard des méthodes pédagogiques, des modes d'évaluation et de certains éléments du programme de licence. En cours de grève, s'ajoutent des revendications sur la gestion de la faculté, notamment le désir de voir accorder aux étudiants la parité de la représentation avec les professeurs au sein de différents organes de la faculté.

-
1. Université Laval, « Le premier cycle de l'enseignement supérieur », dans Université Laval, *Gazette officielle*, 1^{er} septembre 1971, p. 3, art. 3.
 2. *Ibid.*, p. 8, art. 4.5.
 3. *Ibid.*, p. 5, art. 2.2
 4. *Ibid.*, p. 24, art. 6.2

La grève est vite réglée et les étudiants retournent en classe début novembre. En décembre, le Conseil de la faculté confie au vice-doyen Verge la responsabilité de préparer une étude sur l'orientation future de l'institution. Deux aspects doivent être traités, soit le contenu du programme de licence et le rôle du professeur de droit (G.O.D., 1972, 8-9). Dans cette tâche, le vice-doyen est appuyé d'une équipe de six étudiants dont certains ont joué un rôle important lors de la grève. L'équipe, désignée sous le nom de Groupe d'étude sur les orientations de la Faculté de droit de l'Université Laval (G.O.D.), soumet son rapport en mai 1972 [ci-après : rapport G.O.D.].

La rédaction du rapport est fondée sur une recherche documentaire étendue et de nombreuses consultations. Alors que le modèle d'inspiration des revendications étudiantes antérieures avait été le monde universitaire français, les sources citées dans le rapport proviennent souvent d'universités rattachées à la tradition de common law. Le document est révélateur des défis auxquels est confrontée la faculté. Tout en demeurant plus ou moins précis quant aux solutions à mettre en place, il identifie des orientations à privilégier. Ce rapport exercera une influence déterminante tout au long du décanat de Pierre Verge et même dans les années qui suivront.

La réforme du baccalauréat⁵ est au cœur des préoccupations du groupe. Certes, le programme a déjà fait l'objet de modifications, toutefois les réformes ont été limitées et surtout l'approche n'a pas été globale. La faculté doit revoir le contenu du baccalauréat en considérant les nouvelles règles universitaires sur les études de premier cycle qui traitent notamment de la structuration des programmes et de l'évaluation des apprentissages.

Dans l'ensemble le rapport prend ses distances à l'égard d'un enseignement du droit qui accorderait une nette prévalence à la systématisation de la matière. Le texte rappelle la nécessité de considérer l'application du droit : « la construction théorique doit être en accord non seulement avec elle-même mais avant tout avec la réalité qu'elle

5. En 1972, la licence est remplacée par le baccalauréat comme programme spécialisé de premier cycle.

régit » (G.O.D., 1972 : 23)⁶. Les étudiants appuient une telle approche qui, d'une part, est en accord avec leurs aspirations professionnelles et, d'autre part, est favorable à une conception évolutive du droit.

Le rapport revient sur le programme du baccalauréat et l'offre de cours rattachés aux blocs obligatoire et optionnel (G.O.D., 1972 : 53-63). Il reste que le texte insiste surtout sur le développement d'orientations pédagogiques propres à favoriser l'autonomie des futurs juristes. L'objectif visé est de promouvoir la capacité des étudiants à « apprendre à apprendre le droit » (G.O.D., 1972 : 29). La formule – qui est retenue pour le titre même du rapport – devient un véritable leitmotiv dans les années qui suivent. De cela, il découle une valorisation des principes fondamentaux du droit, une capacité à analyser correctement les situations factuelles et le développement d'un esprit critique. En somme, le rapport s'inscrit dans le sillage de l'orientation privilégiée par l'université pour ses programmes de premier cycle.

L'ouverture des cégeps facilite l'accès aux études supérieures et a un impact immédiat sur la fréquentation des universités. La faculté est alors confrontée à un problème important. De 1965 à 1970, le nombre des étudiants inscrits à la licence en droit triple. Pour la seule année 1968, 456 nouveaux étudiants sont admis à ce programme. De plus, la population étudiante présente une diversité sociale et idéologique plus marquée que par le passé⁷. En contrepartie, le nombre des professeurs ne croît pas au même rythme. Le ratio professeur / étudiant s'établit, en 1970, à 1 / 29,8. Il est alors le plus élevé de l'université (Reid, 1970 : 5). Le corps professoral, qui passe de 32 membres en 1970 (Annuaire 1970-71 : 15-16) à 46 en 1972 (Annuaire 1972-1973 : 9-11), connaît une croissance rapide, même si elle est jugée insuffisante. De manière à maintenir un ratio professeur / étudiant acceptable, un contingentement des admissions est établi en 1970. Il fixe

6. Un résumé du rapport a donné lieu à une publication : Groupe d'étude sur les orientations de la Faculté de droit de l'Université Laval (G.O.D.), « Apprendre à apprendre le droit », (1972) 13 *C. de D.* 261-269.

7. Jean-Guy Belley, « La faculté devenue folle ... », *Laval Droit*, vol. 5, n° 3 (hiver 1996), p. 3.

le nombre des admis à 300⁸. Le rapport G.O.D. propose d'abaisser ce nombre à 200 (G.O.D., 1972 : 75-85). Par ailleurs, il souhaite porter à 60 le nombre des professeurs (G.O.D., 1972 : 80).

La mise en place de certains changements à la suite de la grève ou au dépôt du rapport exige des études ou des réflexions plus poussées. Un des leaders de la grève vient appuyer la direction de la faculté, à titre de professionnel, afin d'aider à parachever les réformes envisagées⁹. Le rapport fixe l'automne 1973 comme horizon pour sa mise en œuvre (G.O.D., 1972 : 15). Le contenu des cours donne lieu rapidement à une révision systématique¹⁰.

Pierre Verge devient doyen, en 1973, dans ce contexte de remise en question de l'enseignement et de transformation de la faculté. Acteur de premier plan sous le décanat d'Hubert Reid, alors qu'il avait été vice-doyen à l'enseignement et rapporteur du groupe d'étude sur les orientations de la faculté, il a charge de mener à terme le chantier des réformes. Son mandat se situe dans la suite logique de celui de son prédécesseur.

Aussitôt entré en fonction, Pierre Verge est confronté à une seconde grève étudiante (Normand, 2005 : 214-215). Les étudiants s'en prennent à l'impact provoqué par certaines réformes pédagogiques pourtant revendiquées haut et fort au cours de la grève de 1971. Le soulèvement est notamment causé par les modes d'évaluation. Le souhait de l'université en faveur de l'évaluation continue et de la diversification des modes d'évaluation a conduit la faculté à multiplier les évaluations jusqu'à prévoir un test hebdomadaire dans certains cours. Le rythme des évaluations devient insoutenable et provoque la grève. Déclenchée début novembre, elle connaît son dénouement en janvier.

-
8. « Rapport du Comité exécutif de la Faculté au Conseil de la faculté », 23 juin 1972, p. 19 (Archives de l'Université Laval, Fonds de la Faculté de droit, U539/31/1).
 9. « Devant ou derrière la caméra ... ou à côté », *Laval Droit*, vol. 5, n° 3 (hiver 1996), p. 6.
 10. « Procès-verbal de la réunion du Conseil de la Faculté de droit [...] », 11 avril 1973 et 18 avril 1973 (Archives de l'Université Laval, Fonds de la Faculté de droit, U539/31/1).

Les revendications vont au-delà des problèmes causés par les modes d'évaluation, elles s'étendent au contenu des cours et à leurs objectifs, de même qu'aux formules pédagogiques¹¹. Dans la suite logique des doléances, les étudiants demandent que les professeurs soient tenus de proposer un « syllabus » précis pour chaque cours, de manière à connaître à l'avance les grandes lignes du déroulement d'un cours et les modalités auxquelles ils seront assujettis¹². Les professeurs, à l'occasion d'une réunion portant sur la grève, appuient une résolution dans laquelle ils partagent l'avis des étudiants sur « l'existence du malaise réel » causé par le nombre excessif d'évaluations au cours du semestre¹³. Une fois la grève terminée, des professeurs, individuellement ou en groupe, formulent des critiques sévères sur le dénouement¹⁴.

La quiétude revenue à la faculté, Pierre Verge rédige un document, diffusé en juillet 1974, dans lequel, au nom de l'équipe de direction¹⁵, il fait le point sur l'état de la faculté (Verge, 1974). Il s'attarde longuement à l'enseignement. Ses propos reprennent des thèmes développés dans le rapport G.O.D. Il demeure fidèle à des orientations défendues antérieurement, par exemple le lien qu'il établit avec le monde réel : « La mission propre d'une faculté de droit est de traiter de la réalité sociale, sous son angle juridique. » (Verge, 1974 : 17) Il n'est certainement pas mécontent d'affirmer que la révision du programme est terminée (Verge, 1974 : 8). L'entreprise, conduite dans des conditions

-
11. Association des étudiants en droit, « Document de travail », 18 novembre 1973 (Archives de l'Université Laval, Fonds de l'Association des étudiants en droit de l'Université Laval (AED), P180/10/3).
 12. Raymond Brançon, « Suspension des cours en droit jusqu'au 4 janvier, à l'U. Laval », *Le Soleil*, 14 novembre 1973, p. 13.
 13. « Procès-verbal de la réunion de l'Assemblée des professeurs de droit [...], 15 novembre 1973 (Archives de l'Université Laval, Fonds de la Faculté de droit, U539/31/1).
 14. Jacques Dupont, « Refusant les modalités de la rentrée en droit, le professeur Jacques Dupont démissionne », *Au fil des événements*, vol. 9, n° 18, (24 janvier 1974), p. 4-5; Claude Belleau et autres, « 14 professeurs de droit et le "conflit" du trimestre d'automne », *Au fil des événements*, vol. 9, n° 22, (21 février 1974), p. 5.
 15. Outre le doyen, l'équipe de direction est alors composée de Raymond Boucher (vice-doyen), Nabil Antaki (vice-doyen à l'enseignement), Patrice Garant (vice-doyen à la recherche) et Denis Lemieux (secrétaire).

souvent difficiles, donne au baccalauréat en droit la configuration qui sera la sienne pour une longue période. La croissance du corps professoral a permis de combler des lacunes importantes notamment en droit pénal et de réduire la taille des classes. Une innovation a, par ailleurs, été introduite : l'obligation faite à chaque professeur de soumettre un « syllabus », dans lequel il expose les formules pédagogiques et les modes d'évaluation utilisés (Verge, 1974 : 12). La diversification des formules pédagogiques explique que le cours magistral soit moins prépondérant qu'il l'était auparavant.

Le contingentement des étudiants admis au baccalauréat en droit fait l'objet de discussions à la suite du rapport G.O.D. Il cause des frictions avec le Comité exécutif de l'université. Alors que la faculté souhaite abaisser ce contingentement et par le fait même le ratio professeur / étudiant, l'université entend le maintenir au niveau fixé en 1970¹⁶. Le contingentement est finalement établi à 250 étudiants par année ce qui est perçu comme un gain (Verge, 1974 : 15-16).

L'interdisciplinarité est une idée qui, au début des années 1970, est à la fois normale et étonnante. Plusieurs spécialistes des sciences humaines et sociales actifs à l'époque – dont certains juristes – avaient reçu une formation universitaire dans plus d'une discipline. La constitution de baccalauréats spécialisés réduit l'ouverture aux autres disciplines, quoique l'université, dans ses règles régissant les études de premier cycle, considère important de préparer les étudiants « au travail interdisciplinaire¹⁷ ». La direction de la faculté disserte peu sur cette question. Elle n'en réfléchit pas moins à l'idée de mettre sur pied un programme de « mineure » (30 crédits) et même de « majeure » (60 crédits) de premier cycle en droit (G.O.D., 1972 : 37, 38 et 87 ; Verge, 1974 : 21). Ces programmes seraient destinés à des personnes qui joindraient ce diplôme à des études faites dans une

16. « Rapport du Comité exécutif de la Faculté au Conseil de la faculté », 23 juin 1972, p. 19 (Archives de l'Université Laval, Fonds de la Faculté de droit, U539/31/1) et « Procès-verbal de la réunion du Conseil de la Faculté de droit [...] », 8 février 1973, 30 janvier 1974, 19 février 1975, 22 décembre 1975 et 27 janvier 1977 (Archives de l'Université Laval, Fonds de la Faculté de droit, U539/31/1).

17. Université Laval, « Le premier cycle de l'enseignement supérieur », dans Université Laval, *Gazette officielle*, 1^{er} septembre 1971, p. 3, art. 3.

autre discipline. La priorité mise à la consolidation du baccalauréat explique la réticence à se lancer dans une telle entreprise (Verge, 1974: 21).

IIII 2. CONCEVOIR LA CARRIÈRE DE PROFESSEUR DE DROIT

Après avoir évolué à l'ombre du barreau et de la magistrature, la faculté doit s'intégrer plus résolument à la communauté universitaire. La constitution d'un corps professoral de carrière participe de cette mutation. Son existence est nécessaire pour ancrer la faculté dans l'université. Elle a pour effet d'accélérer le processus d'appartenance à la communauté universitaire. En 1974, Pierre Verge décrit bien cette réalité à laquelle est confrontée la faculté :

Ce n'est [...] que depuis un nombre relativement restreint d'années que l'on y fait également des efforts soutenus dans la poursuite d'objectifs proprement universitaires. Bâtir d'abord une équipe professorale de carrière, favoriser l'épanouissement de l'enseignement et – espérons-le – celui des étudiants eux-mêmes, de même que l'essor de la recherche. (Verge, 1974: [2])

La redéfinition de l'enseignement du droit et la croissance des effectifs étudiants exigent des professeurs qu'ils puissent répondre rapidement à de nouveaux besoins. Ceci explique qu'une réflexion sur le rôle spécifique du professeur de droit prend forme à cette époque. Pierre Verge, en plus d'alimenter cette réflexion, peut être considéré comme une illustration particulièrement aboutie du professeur de droit.

Durant le mandat de Pierre Verge, le nombre de professeurs de la faculté s'élève à 50. Malgré sa croissance, le corps professoral n'atteint pas les effectifs souhaités en 1972 (G.O.D., 1972: 96). Comme le fait remarquer Pierre Verge lui-même, le corps professoral a été quintuplé en une décennie (Verge, 1974: 33). Les femmes constituent le cinquième de ce corps professoral (Normand, 2005: 191) qui se caractérise par sa jeunesse relative, puisque 34 de ses 50 membres possèdent moins de cinq années d'expérience. À quelques exceptions près, ces professeurs ont poursuivi des études supérieures ;

plus de la moitié de leurs diplômes ont d'ailleurs été obtenus hors du Québec (Normand, 2005 : 192). Pierre Verge est conscient de l'étendue du chemin parcouru et satisfait des résultats obtenus en quelques années seulement (Verge, 1974 : 2-6).

Le corps professoral possède désormais des effectifs qui permettent de répondre à l'essentiel des besoins de la faculté. Pierre Verge ne manque toutefois pas de rappeler que malgré les acquis, la faculté subit la concurrence de l'administration publique et des cabinets d'avocats (Verge, 1974 : 3). Plusieurs jeunes professeurs ont ainsi quitté la faculté peu de temps après leur embauche. Le recrutement demeure donc une préoccupation alors que la faculté doit attirer des candidats qui détiennent des diplômes supérieurs et qui peuvent répondre à des besoins ciblés.

Les professeurs de la première génération d'universitaires font face à des défis professionnels et culturels, et ce, d'autant plus qu'il existe peu de modèles de nature à les inspirer. Ils sont souvent partagés entre leur appartenance à la communauté juridique et leur volonté d'intégrer le monde universitaire. De plus, ils se questionnent sur la manière d'aborder le droit tant en enseignement qu'en recherche. Les études supérieures que cette génération de professeurs a faites leur ont permis de prendre conscience de l'étendue de la gamme des approches qui leur sont ouvertes.

La période étudiée en est une de transformation et de restructuration de l'enseignement universitaire du droit. Les professeurs ont comme objectif d'élaborer des cours qui, s'ils ne sont pas entièrement nouveaux quant à leur contenu, présentent la matière différemment par rapport à l'enseignement donné auparavant. L'offre de cours optionnels au baccalauréat et la diversification des cours de maîtrise permettent de présenter de nouveaux thèmes d'enseignement et de développer les champs d'expertise des professeurs.

La transformation des cours et la valorisation de l'enseignement expliquent que plusieurs professeurs rédigent des notes détaillées dont le texte va parfois donner, quelques années plus tard, des ouvrages de doctrine. Ceci conduit à lier étroitement la recherche et l'enseignement de premier cycle (Verge, 1974 : 24). Pierre Verge va lui-même publier un ouvrage qui suit une telle genèse. En 1968,

il élabore un recueil de notes de cours consacré au droit du travail qui comprend une présentation synthétique de la matière, suivie de textes empruntés à la jurisprudence et à la doctrine (Verge, 1968). Dans son introduction, il présente ce recueil comme une « lointaine ébauche d'un Précis de droit du travail » (Verge, 1968 : i). Une seconde édition, plus dense, paraît en 1970 ; elle est présentée cette fois comme « l'ébauche bien imparfaite d'un précis de droit du travail » (Verge, Gagnon, 1970 : ii). L'année suivante paraît un ouvrage signé avec deux coauteurs (Gagnon, LeBel, Verge, 1971). Cette manière de faire va marquer profondément l'orientation de la recherche durant plusieurs années. Elle va permettre l'édification d'une doctrine juridique tant sur des matières fondamentales que sur des matières négligées.

Les publications des professeurs de 1973 à 1976 atteignent des chiffres remarquables. Durant cette période, ils font paraître 21 ouvrages et 86 articles dans des périodiques (Normand, 2005 : 195). Le moment est propice à une réflexion sur le développement de la recherche, et ce, d'autant plus que la faculté est capable désormais de répondre aux besoins de l'enseignement de premier cycle. Amorcée sous le décanat d'Hubert Reid (G.O.D., 1972 : 92-95), cette réflexion est poursuivie par Pierre Verge (Verge, 1974 : 26-28)¹⁸. Le choix de thèmes de recherche à privilégier, l'appui à accorder aux professeurs et la mise en place de structures favorables au développement de la recherche sont au cœur des questions envisagées.

Le rapport G.O.D. fait état d'un intérêt manifeste à l'égard du rôle du professeur de droit. Les attentes des étudiants sont multiples. Ils veulent une diversification des méthodes pédagogiques. Le cours magistral – incontournable à une époque où les classes débordent – est mis en concurrence avec plusieurs autres formules. Le séminaire, le stage, l'enseignement clinique, le projet d'initiative étudiante sont présentés comme des solutions de rechange. Cette diversification est d'autant plus facile à envisager que l'université suggère

18. « Procès-verbal de la réunion de l'assemblée des professeurs [...] », 26 janvier 1976 et « Procès-verbal de la réunion du Conseil de la Faculté de droit [...] », 13 avril 1976 (Archives de l'Université Laval, Fonds de la Faculté de droit, U539/31/1).

ces types d'enseignements dans son document sur les études de premier cycle. Au-delà des méthodes, la perception du professeur change. Le rapport consacre un passage à la mutation souhaitée de son rôle. Qualifié de « professeur-ressource », il est appelé, en plus de donner ses enseignements et d'être un auteur, à devenir un conseiller ou un animateur au sein de la faculté (G.O.D., 1972 : 72-74). Cette proposition pouvait trouver un certain appui dans l'exposé des règles universitaires régissant les études de premier cycle¹⁹. Les professeurs de la faculté, qui avaient pris au sérieux leur rôle d'enseignant, étaient certes sensibles aux demandes formulées par les étudiants. Ils devaient toutefois les concilier avec les exigences de la réalité universitaire particulièrement prenantes pour une génération de professeurs qui devaient consacrer du temps à la structuration de l'enseignement et établir la preuve de leurs compétences en recherche.

La période permet de définir avec plus de précision le rôle de différents acteurs de la vie facultaire. Les professeurs prennent conscience du poids et aussi des limites du pouvoir que détient leur assemblée appelée à se prononcer sur une multitude de sujets. Le doyen, autrefois considéré comme un *primus inter pares* devient, plus clairement, un supérieur hiérarchique dont les décisions ont une incidence sur la carrière professorale. Dans ce contexte, les professeurs s'efforcent de développer des critères afin de baliser le processus d'évaluation auquel ils sont assujettis²⁰, de même que l'établissement de leur charge de travail²¹.

Au moment où est constitué le corps professoral de la faculté, la syndicalisation du personnel enseignant fait son chemin. Le Syndicat des professeurs de l'Université Laval (S.P.U.L.) reçoit son accréditation en janvier 1975. Il représente les professeurs de l'institution,

19. Université Laval, « Le premier cycle de l'enseignement supérieur », dans Université Laval, *Gazette officielle*, 1^{er} septembre 1971, p. 17, art. 1.4.

20. « Procès-verbal de la réunion de l'assemblée des professeurs de droit [...] », 25 avril 1973, 28 août 1973 et 22 août 1974 (Archives de l'Université Laval, Fonds de la Faculté de droit, U539/31/1).

21. « Procès-verbal de la réunion de l'assemblée des professeurs de droit [...] », 1^{er} avril 1974 et 30 mai 1974 (Archives de l'Université Laval, Fonds de la Faculté de droit, U539/31/1).

à l'exclusion de ceux qui occupent des fonctions administratives. La négociation d'une première convention collective commence dans les mois qui suivent la reconnaissance du syndicat. Les enjeux sont multiples, mais concernent surtout la participation des professeurs à la gestion de l'institution, le mode de règlement des litiges et les salaires (Pettigrew, 1999 : 51-54).

Les professeurs de droit, à l'instar de collègues d'autres unités où les membres sont rattachés à des ordres professionnels, demandent au syndicat que leur soit reconnue une échelle salariale distincte. Le syndicat refuse et une majorité de professeurs entend former un syndicat distinct du S.P.U.L. et, à cette fin, dépose une demande d'accréditation. La requête est rejetée en juin 1976²² et cette décision est confirmée en appel²³. Les professeurs faisaient valoir que leur faculté bénéficiait d'une large autonomie administrative, qu'un régime particulier de rémunération y existait et que le S.P.U.L. ne les représentait pas de manière adéquate.

En parallèle à la demande de création d'un syndicat de professeurs de droit, la négociation de la première convention collective continue. Devant l'impasse des négociations, une grève, déclenchée en août 1976, dure tout le semestre d'automne. La convention finalement conclue accorde des gains non négligeables aux professeurs. Ils acquièrent une participation à la gestion de l'institution par la reconnaissance d'une collégialité qui demeure circonscrite. Chaque unité d'enseignement, dont la Faculté de droit, est pourvue d'une nouvelle instance – l'assemblée de l'unité pédagogique et administrative (UPA) – qui est chargée de l'application de la convention collective. Cette assemblée illustre le partage du pouvoir qui doit désormais prévaloir. Elle se voit attribuer des responsabilités importantes notamment lors de l'engagement des professeurs et à l'occasion de l'établissement de leur charge annuelle de travail. Le syndicalisme gagne la faculté avec la formation d'une section syndicale. Les professeurs de droit participent activement à la vie

22. *Syndicat des professeurs de la Faculté de droit de l'Université Laval c. Syndicat des professeurs de l'Université Laval*, 1976 C.E. 108.

23. *Syndicat des professeurs de la Faculté de droit de l'Université Laval c. Syndicat des professeurs de l'Université Laval*, 1976 T.T. 204.

syndicale tant en présentant leur point de vue aux instances syndicales universitaires qu'en élaborant en commun des positions à défendre dans leur assemblée. Le syndicalisme n'a certes pas atténué les singularités que les professeurs de droit ont souvent fait valoir, il a tout de même contribué à développer leur réflexion sur l'appartenance à la communauté universitaire.

* * *

Le décanat de Pierre Verge se situe à un moment d'effervescence dans l'histoire de la faculté. Les années qui précèdent son entrée en fonction sont tumultueuses. Son mandat est marqué par des revendications, mais il en est surtout un de consolidation. La réforme du programme de baccalauréat a été menée à terme et le corps professoral est parvenu à atteindre à la fois l'importance et la configuration nécessaires pour répondre aux besoins. La faculté que laisse Pierre Verge au terme de son mandat a atteint une maturité qui lui assure la stabilité nécessaire à son développement.

|||| BIBLIOGRAPHIE

Annuaire 1968-69: *Annuaire 1968-69*. Québec, Université Laval – Faculté de droit, 1968.

Annuaire 1970-71: *Annuaire 1970-71*. Québec, Université Laval – Faculté de droit, 1970.

Annuaire 1972-1973: *Annuaire 1972-1973*, Québec, Université Laval – Faculté de droit, 1972.

G.O.D., 1972: Groupe d'étude sur les orientations de la Faculté de droit de l'Université Laval (G.O.D.), *Apprendre à apprendre le droit: rapport*, Québec, Faculté de droit / Université Laval.

Gagnon, R. LeBel, L et P. Verge, 1971. *Droit du travail en vigueur au Québec*. Québec, Presses de l'Université Laval.

Hamelin, J., 1995. *Histoire de l'Université Laval: les péripéties d'une idée*. Québec, Presses de l'Université Laval.

- Normand, S., 2005. *Le droit comme discipline universitaire: une histoire de la Faculté de droit de l'Université Laval*. Québec, Presses de l'Université Laval.
- Pettigrew, L., 1999. *Une histoire de solidarité syndicale. Les 25 ans du Syndicat des professeurs et professeures de l'Université Laval (1974-1999)*. Québec, Syndicat des professeurs et professeures de l'Université Laval.
- Reid, H., 1970. *Le développement de la faculté de droit de l'Université Laval de 1970-1971 à 1973-1974*, 2^e mémoire de la Faculté de droit à l'intention du Conseil de l'Université Laval, Québec, Université Laval – Faculté de droit, 24 novembre 1970, dans Groupe d'étude sur les orientations de la Faculté de droit de l'Université Laval (G.O.D.), *Apprendre à apprendre le droit: rapport*, Québec, Faculté de droit / Université Laval, mai 1972, annexe 5.9.3.
- Verge, P., 1968. *Droit du travail*, Québec, Université Laval / Faculté de droit.
- Verge, P. avec la collaboration de R. Gagnon, 1970. *Droit du travail*. 2^e éd., Québec, Université Laval / Faculté de droit.
- Verge, P., 1974. *La Faculté de droit de Laval*, Document de présentation préparé par le doyen et présenté au nom de l'Exécutif de la faculté, Québec, Faculté de droit / Université Laval.



AUTONOMIE COLLECTIVE ET PLURALISME JURIDIQUE : GEORGES GURVITCH, HUGO SINZHEIMER ET LE DROIT DU TRAVAIL

Michel Coutu*

|||| INTRODUCTION

Si l'on rapporte l'idée de pluralisme juridique à la sphère du droit du travail, la notion décisive apparaît à l'évidence : c'est celle de *l'autonomie collective*.

En 1931, Georges Gurvitch publiait à la Librairie philosophique Vrin un ouvrage intitulé *Le temps présent et l'idée de droit social*. C'est dans cet ouvrage, ainsi que dans l'étude davantage théorique

* Avocat et docteur en droit ; professeur titulaire, École de relations industrielles, Université de Montréal. Membre de la coordination scientifique du Centre interuniversitaire de recherche sur la mondialisation et le travail (CRIMT) www.crimt.org.

et historique publiée l'année suivante aux Éditions Sirey (Gurvitch, 1932), qu'apparaît pour la première fois à notre connaissance non pas l'idée – bien antérieure – mais le concept même de « pluralisme juridique », dont on connaît la fortune subséquente. *Le temps présent et l'idée de droit social* présentait également au public francophone, dans sa première partie, une synthèse de la pensée de Hugo Sinzheimer, le fondateur de la science moderne du droit du travail, dont Gurvitch se réclame et qu'il convoque en appui à sa conception pluraliste du droit. La pierre angulaire de la construction de Sinzheimer repose sur les concepts « d'autodétermination sociale » (*soziale Selbstbestimmung*) et de « droit autonome du travail » (*autonome Arbeitsrecht*), notions que la doctrine travailliste francophone rend généralement, en les fusionnant, par l'idée « d'autonomie collective ».

Dans l'exposé qui suit, nous allons partir de l'étude de 1931 de Gurvitch pour suivre sa présentation des travaux de Sinzheimer, laquelle trace un lien fondamental entre autonomie collective et pluralisme juridique dont l'intérêt nous paraît capital pour l'étude scientifique du droit du travail. En même temps, comme nous le verrons, Gurvitch infléchit l'analyse de Sinzheimer dans le sens d'une opposition irréductible entre le droit étatique et le droit social que le théoricien allemand du droit du travail n'a jamais partagée. Ce dernier point nous apparaît tout aussi déterminant. L'examen de la réplique qu'adresse à cet égard Sinzheimer à Gurvitch en 1936 (Sinzheimer, 1976 : 164-187) permet en effet de mieux cerner la portée de la notion d'autonomie collective et les liens qu'elle entretient avec celle de pluralisme juridique, tout en faisant appel à l'intervention décisive du droit étatique. Une fois délimitée la position de Sinzheimer par rapport à celle de Gurvitch, nous procéderons à une synthèse critique des positions des deux auteurs, en soulignant les éléments qui doivent être retenus par la sociologie du droit du travail.

IIII 1. DROIT DU TRAVAIL, AUTONOMIE COLLECTIVE ET DROIT SOCIAL CHEZ GEORGES GURVITCH

Dans *Le temps présent et l'idée de droit social*, Georges Gurvitch cherche à démontrer qu'au droit commun individualiste et libéral à la base du *Code Napoléon* se surimpose un droit social, droit de « communion » et d'émancipation, et non de subordination et de domination, comme l'est le premier. Le droit civil individualiste demeure le produit de l'*imperium* de l'État, alors que le droit social revêt au contraire un caractère extra-étatique, étant issu d'associations et de collectivités extérieures à l'État. Pour asseoir sa démonstration, Gurvitch analyse les tendances nouvelles pour l'époque du droit du travail, du droit international et de la doctrine juridique. Compte tenu de notre objet, nous nous en tiendrons ici au volet travailliste de cette analyse.

IIII 1.1 Perspective générale

Gurvitch remarque que « le stade actuel du droit du travail est caractérisé avant tout par le rôle croissant du droit extra-étatique et “inofficiel” qui émane des groupements spontanés des intéressés et de leurs accords » (1931 : 13). Alors qu'à partir de la seconde moitié du 19^e siècle, le droit du travail naissant reposait uniquement sur des mesures législatives ou réglementaires de protection des ouvriers (en matière d'heures de travail, de travail de nuit, de protection des femmes et des enfants, d'hygiène et de sécurité au travail, etc.), le début du 20^e siècle voit l'émergence d'un droit social « pur » dans la terminologie de Gurvitch, produit de l'activité des associations ouvrières, se traduisant par la croissance exponentielle du nombre des conventions collectives et par l'institution de conseils ouvriers dans plusieurs pays. Suivant Gurvitch, « seul ce droit social pur s'est montré capable de pénétrer à l'intérieur même de l'usine et de l'entreprise, et de limiter l'arbitraire des patrons » (1931 : 14).

Gurvitch fait référence à la doctrine travailliste française et allemande, mais centre rapidement son intérêt sur les travaux de Hugo Sinzheimer, notamment l'ouvrage de 1917 sur l'idée de l'autodétermination sociale et avant tout la 2^e édition (1927) du traité sur

les fondements du droit du travail. Sinzheimer, observe Gurvitch, distingue parmi les sources du droit du travail le droit étatique, jugé trop schématique, et le droit ouvrier autonome issu de l'autodétermination sociale, lequel fait concurrence à la loi (1931 : 17 ; Sinzheimer, 1927 : 46 et ss).

À côté du caractère autonome et extra-étatique des sources du droit collectif du travail, Gurvitch en met en lumière une seconde caractéristique, celle de la prédominance des dimensions institutionnelles et statutaires sur la situation contractuelle et individuelle (1931 : 18). Cette idée se manifeste à la fois dans la doctrine française et allemande du droit du travail. Sinzheimer souligne ainsi que le droit autonome du travail porte une dimension sociale où l'élément collectif l'emporte nettement sur le droit individuel (1931 : 21).

La troisième caractéristique du droit autonome du travail provient de la dynamique démocratique qui le fonde et s'oppose à l'absolutisme des droits de direction de l'employeur. L'entreprise voit ainsi confrontées ses assises fondées sur un rapport de domination, le droit du travail étant le vecteur de la démocratie industrielle ayant pour objet de détacher la gestion des entreprises du droit de propriété.

Enfin, le droit autonome du travail revêt une quatrième caractéristique : le dépassement de l'opposition traditionnelle entre le droit public et le droit privé. Ce trait fondamental serait affirmé avec vigueur par Hugo Sinzheimer, lequel aurait envisagé le droit ouvrier comme un « nouvel ordre juridique » en formation, tendant à se libérer complètement de la souveraineté étatique¹. En conséquence,

1. Voir cependant Hugo Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2^e édition, Jena, Gustav Fisher Verlag, 1927 à la p. 3 : « Le droit du travail est un droit unifié. Il relève à la fois du droit public et du droit privé. Ces deux modalités du droit ne peuvent être dissociées l'une de l'autre, car le droit du travail les intègre toutes deux étroitement [...] L'essence du droit du travail n'apparaît dès lors qu'à la condition de l'envisager dans sa totalité. Qui voudrait en dissocier la dimension de droit public de celle relevant du droit privé, pour autant qu'une telle dissociation demeure possible, en détruirait immanquablement l'unité interne. » [notre traduction]. Cela ne signifie nullement, comme le précise derechef Sinzheimer, qu'il faille écarter cette distinction entre le droit public et le droit privé, car elle conserve son utilité analytique (p. 4).

la distinction entre le droit public et le droit privé, issue de la volonté de l'État, « ne pouvait être appliquée à des ordres juridiques qui lui font concurrence comme ordres équivalents » (1931 : 24).

1.2 La convention collective

Une fois mis en lumière les traits caractéristiques du droit autonome du travail, Gurvitch procède à l'analyse de deux de ses manifestations éminentes, soit la convention collective et la démocratie industrielle. La convention collective présente pour la théorie juridique classique un caractère énigmatique : en effet, « le développement des conventions collectives soulève des problèmes qui se présentent comme absolument insolubles pour l'individualisme juridique et son revers : l'étatisme » (1931 : 27). Ces problèmes, pour Gurvitch, se résument à trois :

- a. La convention collective engage non seulement les parties signataires, mais tous les membres du groupement ouvrier, même contre leur volonté ;
- b. La convention collective lie juridiquement non seulement tous les membres des groupes contractants, mais aussi des tiers tels les futurs employés ;
- c. La convention collective s'impose avec une force obligatoire inéluctable, entraînant la nullité des contrats individuels dérogatoires. Voilà qui, suivant Gurvitch, « souligne une fois de plus le caractère purement institutionnel de cette formation, qui limite strictement le principe de l'autonomie individuelle dans le droit civil » (1931 : 29).

Les différents efforts pour rattacher la convention collective aux catégories traditionnelles du droit civil, par exemple à la théorie du mandat – telle était la position de Philipp Lotmar² – se sont montrées totalement infructueuses. Mais l'idée de chercher dans le droit

2. Voir notre étude Michel Coutu, « La naissance du contrat de travail comme discipline scientifique : Max Weber et Hugo Sinzheimer, critiques de Philipp Lotmar » (2009) 24:2 *Revue canadienne de droit et société/Canadian Journal of Law and Society* 159.

public, dans une délégation de l'autorité étatique, le fondement de la portée obligatoire de la convention collective demeure tout aussi insatisfaisante. Voilà qui reviendrait en effet à inverser le processus historique qui conduit de l'autodétermination sociale à la reconnaissance, tardive, du fait syndical par l'État.

Par ailleurs, souligne Gurvitch, on retrouve dans la doctrine française la conception purement réglementaire de la convention collective, défendue notamment par un disciple de Léon Duguit, Jean Brethe de la Gressaye³. Pour ce dernier, la convention collective n'a rien de commun avec le contrat et doit être plutôt assimilée, de manière analogique, à la loi vue la nature générale, abstraite et impérative de ses dispositions. La convention collective opère ainsi le constat d'un ordre juridique préexistant, celui de la communauté de travail présente dans l'entreprise ou la branche d'activité (1931 : 36-37). Mais cette solution, à l'instar de celle de Duguit pour la théorie générale du droit, se révèle bien trop étatiste pour Gurvitch, car Brethe de la Gressaye ne procède pas à une distinction claire entre le droit étatique fondé sur la contrainte inconditionnée et le droit social dont le pouvoir de contrainte ne peut être que limité (1931 : 39).

Influencé plutôt par la théorie institutionnelle de Maurice Hauriou, un autre auteur, Emmanuel Gounot (1912), parvient à une solution plus satisfaisante du point de vue de l'opposition irréductible entre le droit social et le droit étatique que défend Gurvitch : l'entreprise ou la branche industrielles sont saisies comme institutions autonomes par rapport à l'État, dont la convention collective – tout comme en son absence le règlement d'atelier – dicte l'ordre interne. Toutefois, l'approche de Gounot, en voyant dans l'ouvrier l'un des « associés » de cet ordre juridique autonome, court le risque de verser dans une sorte d'harmonisme économique contraire à la réalité (1931 : 41).

3. Dont Gurvitch cite la thèse de doctorat : *De la nature de la convention collective de travail*, Bordeaux, 1921. Jean Brethe de la Gressaye fut professeur de droit civil et de droit du travail à la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux. Il est reconnu comme l'un des très grands spécialistes de Montesquieu. Claude Ducouloux-Favard, « Mélanges offerts à Jean Brethe de La Gressaye » (1969) 21 : 4 *Revue internationale de droit comparé* 895.

C'est en définitive vers Sinzheimer que se tourne à nouveau Gurvitch pour trouver, au regard de l'idée de droit social, la conception doctrinale adéquate de la convention collective⁴. Pour Sinzheimer, la convention collective est la manifestation d'un ordre juridique autonome fondant un droit objectif spécifique. Sinzheimer distingue au sein de la convention collective entre les normes sociales ou de solidarité (*Solidarnormen*) et les normes individuelles (*Individualnormen*). Celles-ci comprennent les règles relatives au droit de direction de l'employeur, ainsi que les clauses délimitant sa responsabilité en cas d'accident, de maladie, etc. Les normes de solidarité déterminent pour leur part l'ordre général de l'entreprise, ainsi que l'organisation des rapports entre l'association de salariés et l'employeur (1931 : 43 et ss).

Sinzheimer différencie nettement l'ordre juridique interne des organisations syndicales et patronales, et l'ordre juridique autonome érigé par la convention collective. Celle-ci a une portée beaucoup plus large que le règlement interne du syndicat – lequel ne vise que ses membres – et fait l'objet d'une contrainte juridique de nature différente. Sinzheimer souligne que ce droit objectif issu de l'autonomie collective revêt un caractère impératif, tout comme la loi : il entraîne la nullité des contrats individuels de travail ou des règles internes de l'entreprise qui lui seraient contraires (1931 : 45). Pour Sinzheimer, le fondement de la convention collective repose sur l'autodétermination sociale. Celle-ci implique une distinction entre la communauté économique et la communauté politique.

De manière plus générale, les divers ordres juridiques du travail (l'ordre patronal, syndical, conventionnel) constituent « un terrain de conflit entre les règles du droit social et les règles du droit individuel, celles-ci pénétrant à l'intérieur des totalités en question par l'intermédiaire des rapports de propriété » (1931 : 52). L'entreprise demeure en effet en régime capitaliste – nous l'avons souligné – un groupement de domination. La convention collective limite certes le pouvoir patronal, mais elle ne modifie pas fondamentalement cet

4. Gurvitch rejette au passage (1931 : 42) la conception de la convention collective chez Philipp Lotmar, lequel n'aurait pas su se libérer de la tradition civiliste et individualiste héritée du droit romain.

état de choses : « La possession et l'usage des biens restant la prérogative exclusive des chefs d'entreprise, ceux-ci continuent d'exercer sur les salariés un pouvoir anormal, dû à l'asservissement du droit social du groupe à l'ordre du droit individuel » (1931 : 53).

Seule une modification des rapports de propriété pourrait de ce point de vue assurer l'émancipation du droit social⁵.

|||| 1.3 Les conseils ouvriers

Gurvitch porte ensuite son attention sur le « droit constitutionnel de l'entreprise » qui voit dans l'institution des conseils l'instrument central du contrôle ouvrier sur les lieux de travail. L'analyse s'ouvre ici sur des considérations empiriques, l'auteur soulignant s'adonner à ce stade à une digression « du domaine des idées, qui nous occupe ici exclusivement, au domaine des faits » (1931 : 55). Gurvitch rappelle ainsi certaines manifestations, parfois éphémères, de l'idée de cogestion, telle l'institution de comités d'entreprise par le Gouvernement provisoire de Kerensky en Russie (1917), les conseils paritaires (*Whitley Councils*) établis en Angleterre en 1918 et le comité paritaire formé également en 1918 aux États-Unis (*National War Labor Board*). Sont ensuite mentionnées des réalisations plus durables, notamment en Suède, en Autriche et surtout en Allemagne, où l'article 165 de la Constitution de Weimar de même que la Loi du 4 février 1920 rendent obligatoire la formation de conseils du travail (*Arbeitsräte*) dans les entreprises (1931 : 56). Trois modes d'émergence des conseils ou comités d'entreprise se voient distingués par l'auteur : par législation ou réglementation étatiques ; par négociation collective entre les syndicats et l'employeur ; enfin, du fait de l'initiative patronale. Seule l'institution de comités d'entreprise sur la base de la négociation collective représente pour Gurvitch la manifestation d'un « droit social pur ».

5. Cette idée se traduit chez Gurvitch par la représentation – passablement floue – d'une gestion des entreprises par deux communautés de droit social aux intérêts opposés, les consommateurs et les producteurs.

L'auteur reconnaît toutefois la fragilité des formes de contrôle ouvrier introduites par la négociation collective. Il suffit en effet que la conjoncture économique place les syndicats en position défensive, pour que les employeurs écartent cette concession et en reviennent à des modalités unilatérales de gestion. Par ailleurs, les comités institués à l'initiative des patrons, comme le montre l'exemple états-unien où ils furent fort répandus, visent essentiellement à faire écran à l'implantation des syndicats dans l'entreprise : ces comités ont surtout servi à « couvrir l'arbitraire patronal qu'à le limiter réellement » (1931 : 60). Par contraste, en Allemagne et en Autriche, le droit étatique et le mouvement syndical ont rapidement trouvé un terrain d'entente sur la question des conseils ouvriers. Bien que le législateur, entendant nettement dissocier la démocratie économique de la négociation collective, n'eût concédé au point de départ que la primauté des conventions collectives sur les accords conclus au niveau du comité d'établissement, les syndicats obtinrent dans les faits un rôle beaucoup plus important en plaçant leurs délégués sur les *Arbeitsräte* : ils furent ainsi en mesure d'en contrôler l'activité et de l'harmoniser avec la négociation visant la branche économique. Gurvitch en tire la conclusion suivante :

La tendance vers l'union organique des conseils d'usine et des syndicats est un phénomène qui devra être pris en considération par la doctrine occupée de justifier juridiquement les institutions de la démocratie industrielle : ce phénomène dénote clairement que c'est dans le droit social pur, droit de la Société opposé à celui de l'État, et non dans le droit social annexé par l'ordre étatique et élevé au rang de droit public, qu'il faut chercher le fondement juridique véritable de ces institutions. (1931 : 62)

En outre, Gurvitch insiste sur l'importance de dissocier le problème de la démocratie industrielle de celui de l'étatisation de l'économie. Si l'on analyse la démocratie industrielle non plus suivant son mode d'institution mais plutôt suivant son rapport à la propriété, trois formes spécifiques peuvent alors être distinguées :

- /// La participation des travailleurs à la propriété du capital de l'entreprise, leur donnant éventuellement le droit de prendre part à la gestion de celle-ci, voire à sa direction ;

- /// La participation des travailleurs à la direction de l'entreprise sans acquisition d'actions, donc sans implication dans la propriété du capital ;
- /// Enfin, la cogestion, d'ampleur variable, de l'ordre interne de l'entreprise par les travailleurs.

Dans cette troisième forme « dont les théoriciens récents ont été obligés de s'occuper particulièrement parce qu'elle a été réalisée en pratique, le droit social, comme base juridique de toute institution, se manifeste avec une netteté et une pureté exceptionnelles » (1931 : 65).

Pour Gurvitch, la démocratie industrielle « reste la question la plus actuelle de notre époque ». C'est pourquoi il convient d'en examiner avec grand soin les justifications doctrinales. Gurvitch part du constat suivant : le travailleur se soumet dans l'usine à toute une série de règles juridiques objectives, lesquelles ne découlent pas du contrat de travail, mais bien du règlement interne de l'entreprise. Comment justifier ce pouvoir interne qui ne trouve son origine ni dans le contrat de travail, ni dans le droit de propriété lequel régit des objets et non des personnes ? Pour Gurvitch, la réponse largement majoritaire de la doctrine consiste à voir dans l'entreprise, sur le mode institutionnaliste, un ordre juridique autonome :

Chaque usine, chaque entreprise industrielle doit être considérée comme une « totalité juridique », comme une cellule sociale autonome, d'où se dégage son propre ordre juridique objectif, indépendant du droit de l'État. Le patron, en édictant le « règlement d'atelier » s'érige en représentant de cette totalité autonome et agit au nom de cet ordre juridique particulier. (1931 : 67)

Adopter cette perspective, c'est admettre comme fondement de l'ordre interne de l'entreprise l'existence d'un pouvoir autocratique fondé sur la volonté unilatérale du patron : si l'on examine plus avant cette question, celle-ci aboutit logiquement à soulever en retour le problème de la démocratie dans l'entreprise. Gurvitch passe à cet égard en revue la doctrine juridique française, mais aussi autrichienne, russe et allemande.

Encore une fois, la doctrine allemande lui semble la plus détaillée, car celle-ci doit traiter d'une institution en plein fonctionnement qu'elle saisit notamment, comme nous l'avons mentionné, sous l'angle de la « constitution de l'entreprise » (1931 : 76). Le droit des conseils du travail en Allemagne trouve son origine à la fois, tel que mentionné, dans la Constitution et la législation, et dans l'auto-détermination sociale, celle qui porte notamment le mouvement syndical. Mais doit-on y voir, interroge Gurvitch en référence à sa propre terminologie, un « droit social pur », c'est-à-dire « intégrant une totalité sans avoir recours à une contrainte inconditionnée » ou plutôt un droit social autonome mais *annexé* par l'État et s'appuyant désormais sur la contrainte étatique ?

La réponse que donne Gurvitch ne manque pas d'intérêt. L'intervention du droit étatique ne vise à son avis que la limitation de l'absolutisme unilatéral de l'employeur, jugé illégitime, et le développement des « manifestations spontanées du droit social pur se dégagant de la communauté sous-jacente de l'entreprise et ayant une structure purement intégrative » (1931 : 78).

À cet égard, la doctrine allemande du droit du travail (Gurvitch se réfère en particulier à Walter Kaskel et à Hugo Sinzheimer) conçoit en fait l'entreprise comme formant un ordre juridique mixte et entrecroisé et non comme une unité homogène :

Il y a donc, dans l'organisation actuelle de l'entreprise, un dualisme inéluctable entre la communauté des salariés qui a pour organes représentatifs les conseils d'usine, et la sphère d'influence du pouvoir patronal qui s'exprime dans tous les autres organismes de l'usine. Ce dualisme rappelle celui du *rex et regnum (populus)*, caractéristique de l'État patrimonial du Moyen Âge, qui n'était pas encore incorporé dans une association unifiée. (1931 : 79)

Ce sont les salariés, et eux seuls, qui constituent les porteurs historiques du mouvement de démocratisation de l'entreprise du point de vue du droit social. Cela dit, il importe suivant Gurvitch de pousser plus avant l'analyse des rapports existant entre le droit

social (l'autonomie collective) et le droit étatique (la Constitution et la législation du travail) dans l'aménagement de la démocratie industrielle. Pour l'auteur, la compréhension du droit constitutionnel de l'entreprise comme droit social pur a été formulée de la manière la plus nette par Hugo Sinzheimer (1931 : 81). Pour ce dernier, les conseils ouvriers ne trouvent pas la source de leur compétence dans une délégation du pouvoir étatique, puisque leur champ d'intervention touche uniquement au pouvoir de l'employeur, fondé sur la propriété et d'ordre privé. En outre, Sinzheimer voit dans les conseils ouvriers, par-delà l'opposition entre le droit public et le droit privé, « les cellules d'une vaste organisation économique globale, aménagée par un droit social commun au service de l'intérêt général » (1931 : 82). On retrouve ici l'idée de la constitution économique (*Wirtschaftsverfassung*) défendue par Sinzheimer et qu'il espérait voir se développer en Allemagne⁶.

Nous aboutissons ainsi, souligne Gurvitch, au paradoxe d'un renforcement du droit social par le biais de l'interventionnisme de l'État. Mais le paradoxe n'est qu'apparent :

L'intervention législative ne fait que refouler de l'organisation intérieure de l'usine les éléments hétérogènes du droit individuel, pour donner libre jeu au droit social spontané qui se dégage de la communauté sous-jacente de l'entreprise. [...] La loi combat cet asservissement et endigue le pouvoir anormal du patron, pour débayer la voie au droit social inorganisé de la communauté sous-jacente, qui cherche à pénétrer dans l'organisation superposée et à transformer le droit subordonnatif de celle-ci en un droit d'intégration inorganisé. Ce n'est pas l'État, mais le droit social spontané de la communauté industrielle sous-jacente qui produit, en fin de compte, cette transformation (1931 : 84).

6. Sur ce plan les idées de Sinzheimer ne furent pas suivies. L'article 165 de la Constitution de Weimar (3^e alinéa) prévoyait la formation de conseils économiques d'arrondissement, ainsi que d'un Conseil économique du Reich. En fait, seul ce dernier fut institué et, bien que disposant d'un droit d'initiative au Reichstag, ne joua qu'un rôle très modeste dans la vie sociale et politique de la République de Weimar. À cet égard, voir Suzanne KNORRE, *Soziale Selbstbestimmung und individuelle Verantwortung. Hugo Sinzheimer (1875-1945). Eine politische Biographie*, Francfort, Peter Lang, 1991, p. 138 et s.

IIII 2. HUGO SINZHEIMER ET L'AUTONOMIE COLLECTIVE : CRITIQUE DE GURVITCH

En 1936, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, Sinzheimer se livre à une critique détaillée de la pensée de Georges Gurvitch, telle qu'elle apparaît en particulier dans son ouvrage portant sur l'idée de droit social. Sinzheimer appréhende cette idée chez Gurvitch dans sa globalité et non au regard de ses seules implications pour la théorie du droit du travail. Nous allons emprunter la même voie, pour bien saisir dans sa globalité également la critique de Sinzheimer et ensuite seulement en dégager les idées-force pour la doctrine travailliste.

IIII 2.1 Synthèse des conceptions de Gurvitch

Sinzheimer commence d'abord par résumer les conceptions de Gurvitch, telles qu'elles se présentent au moment de la rédaction de *L'idée de droit social*. Gurvitch part d'une analyse de la diversité des relations sociales, lesquelles reposent dans sa terminologie sur les interactions individuelles, les rapports de domination – où l'individu se soumet à la volonté d'autrui et se met au service des intérêts de celui-ci⁷ –, enfin, les relations communautaires : celles-ci surgissent lorsque les individus s'associent pour poursuivre des intérêts communs sur la base du principe de « communion » dont la présence est indispensable pour que l'on puisse parler de « droit social » (Sinzheimer, 1976 : 165). La communion comme fondement des relations communautaires présente cinq caractéristiques, soit :

- /// l'*autonomie*, c'est-à-dire le fait de ne pas être assujetti à une autorité externe, telle l'État ;
- /// l'*activité*, l'orientation vers la réalisation d'une œuvre commune ;
- /// l'*objectivité*, par quoi « l'intégration ou inordination est objective puisque indépendante de toute volonté commandante, de

7. Sur la notion sociologique de domination, voir Guy Rocher, « Droit, pouvoir et domination », *Sociologie et sociétés* (1986) 33.

toute personnification de la totalité dans une organisation » (Gurvitch, 1932 : 18) ;

- /// la *concrétude*, en ce sens qu'apparaît dans la vie sociale empirique une « personnalité collective complexe » en mesure d'attribuer à ses membres des droits sociaux subjectifs, lesquels se voient garantis par une contrainte limitée (et non inconditionnée, comme celle de l'État) (Sinzheimer, 1976 : 165) ;
- /// enfin, le *fondement axiologique*, car la présence de la communion demeure indissociable d'une orientation de l'activité en fonction de valeurs transpersonnelles.

Gurvitch aboutit ainsi à une définition d'ensemble de l'idée de droit social : « [Le droit social] est le droit autonome de communion par lequel s'intègre d'une façon objective chaque totalité active, concrète et réelle incarnant une valeur positive » (Gurvitch, 1932 : 11).

Le problème demeure toutefois, pour Sinzheimer, celui du rapport de ce droit social au droit étatique. À cet égard, Gurvitch distingue – nous l'avons souligné – le droit social pur et indépendant, lequel forme un ordre juridique équivalent ou supérieur à celui de l'État, du droit social qui repose sur un certain lien de dépendance par rapport au droit étatique. Ainsi, Gurvitch se réfère au droit social pur « mais soumis à la tutelle étatique » pour décrire le droit des rapports collectifs du travail, lequel est apparu historiquement comme droit indépendant mais bénéficie maintenant de la garantie de la contrainte étatique. Le droit social peut en outre être annexé par l'État tout en demeurant autonome, ou se voir condensé en ordre même du droit étatique (Gurvitch, 1944 : 86).

En défendant l'idée d'un droit social pur, Gurvitch s'oppose évidemment à ce qu'il appelle l'étatisme (ou positivisme) juridique, suivant lequel l'État demeure la seule assise concevable du droit⁸. La vision de Gurvitch demeure, tout à l'opposé, celle de l'autonomie sociale. Le droit, tout comme c'est le cas chez Eugen Ehrlich (Ehrlich,

8. Cf. la position de Kelsen relative à l'unité du droit et de l'État : Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in der rechtswissenschaftliche Problematik*, 1^{re} éd. (1934), Aalen, Scientia Verlag, 1994 aux pages 117 et ss.

1989), n'est pas le produit de la volonté étatique, mais celui des forces sociales: « On ne peut dire que le droit préexiste ici à la communauté, ni la communauté au droit, mais ils naissent et s'affirment ensemble, inséparables dans leur existence et leur validité » (Gurvitch, 1932: 119).

Plus précisément, pour Gurvitch, le droit ne repose pas en premier lieu sur des normes formelles, mais plutôt sur des « faits normatifs », ceux-ci revêtant une importance primaire pour le droit, alors que les secondes représentent un phénomène dérivé et secondaire (1932: 133). Par conséquent, Gurvitch défend une position contraire à celle de la dogmatique (positiviste) du droit, pour laquelle les propositions juridiques formelles déterminent l'orientation de la vie concrète (Sinzheimer, 1976, 169). Gurvitch démontre l'inverse, qu'il s'agisse de la propriété, du droit des successions et de la famille, de la liberté contractuelle, etc., en s'inspirant notamment de la théorie de l'institution de Maurice Hauriou.

Qui plus est, le droit social contemporain tend pour Gurvitch d'une part à s'émanciper complètement de la tutelle de l'État, d'autre part à dépasser les particularismes des divers groupements qui le soutiennent, pour s'unifier toujours davantage autour d'intérêts communs, donc s'orienter vers une pleine réalisation d'un droit social commun, pur et indépendant. Suivant Sinzheimer, quatre principes se dégagent d'une telle conception du droit social :

- (1) *Le rejet de la représentation de l'État comme étant le seul porteur de l'intérêt commun.* Sous l'influence de Gierke, Gurvitch incite à ne pas confondre l'État avec l'ensemble de la communauté sociale et surtout à ne pas assimiler l'intérêt de l'un avec celui de l'autre. En particulier, Gurvitch témoigne d'une forte hostilité à l'égard de l'idée de « l'État total » qui lui paraît constituer la négation même de la liberté. En des termes voisins de ceux de Max Weber dénonçant les dangers de la fusion des bureaucraties publiques et privées⁹, Gurvitch met en garde contre l'institution d'un nouveau Léviathan :

9. Cf. Max Weber, « Le socialisme », dans *Œuvres politiques*, trad. de Élisabeth Kaufmann, Jean-Philippe Mathieu et Marie-Ange Roy, Paris, Albin Michel, 2004, 457.

L'État monopoleur de la contrainte inconditionnée englobe les moyens de production dans ce même monopole, dès lors qu'il en devient propriétaire. Le monopole de la contrainte et le monopole de la propriété se confondent. L'État, ayant concentré dans ses mains les deux monopoles, se transforme inévitablement en un Léviathan tout puissant. Chaque personne, chaque groupe, dans la mesure où il n'est pas un élément de l'État (organe de l'État, État-membre, service public), est condamné à devenir une victime du régime, privée de toute base économique réelle et de toute capacité de résistance. Il est indispensable d'avoir présent à l'esprit cet état de choses inévitables lorsqu'on examine le problème de la socialisation. (Gurvitch, 1930 : 117)

La perspective de Gurvitch n'est aucunement ici celle du libéralisme économique, mais plutôt celle, solidariste, de l'établissement d'une communauté sociale émancipée de la sphère étatique.

- (2) La *propriété commune*, ce que Gurvitch appelle, inspiré en cela par Proudhon, la « propriété fédéraliste ». Il ne saurait être question pour lui du maintien de la domination fondée sur la propriété privée. Comme nous venons de le voir, Gurvitch ne défend pas pour autant une étatisation de la propriété, mais plutôt sa « communalisation », ce qui se concilie avec le maintien de formes individuelles de propriété. Sinzheimer souligne que c'est au regard de cette idée de la propriété fédéraliste que s'établit la jonction entre la pensée de Gurvitch et les conceptions socialistes, mis à part le marxisme rejeté pour son étatisme.
- (3) Le troisième principe relève de la *notion même du pluralisme*. Déjà Proudhon distinguait la *constitution sociale* de la *constitution politique*, une idée qui sera également reprise par Maurice Hauriou (1930). Gurvitch trace la même opposition entre l'organisation constitutionnelle de la sphère étatique et celle des droits fondamentaux dans la sphère de l'autodétermination sociale. Ce faisant, il reconnaît la nécessité de l'État, mais récuse complètement une organisation hiérarchique de la société qui subordonnerait à celui-ci chacune de ses manifestations autonomes. Ceci se traduit par un renouveau du *pluralisme juridique*:

Cette perspective du pluralisme juridique, qui est [...] le véritable sens des transformations actuelles de la vie du droit, ne peut être saisie ni appréciée dans sa véritable portée si l'on ne recourt à l'idée du droit social. Cette idée est absolument indispensable pour pouvoir décrire l'évolution contemporaine du droit, pour pouvoir même la remarquer dans toute sa réalité. (Gurvitch, 1932 : 43)

- (4) Enfin, le quatrième principe est celui de *l'équilibre*. Ici, Gurvitch s'oppose au principe d'identité, lequel exigerait la dissolution de toutes les oppositions au sein de la même unité politique. Pour Gurvitch, c'est plutôt *l'équilibre des contraires et des antinomies* qui fonde la diversité de la communauté sociale et y assure le règne de la liberté.

IIII 2.2 Critique

Une fois complétée cette synthèse brillante des éléments clés de la pensée de Gurvitch telle qu'elle se présente dans *L'idée de droit social*, Sinzheimer procède à une critique, tout aussi pénétrante, de cette conception. Cette critique s'échafaude autour de trois éléments centraux :

- (a) *L'idéalisation du droit social* ;
- (b) *La dichotomie rigide entre l'État et la société* ;
- (c) *La nature axiologique du concept de droit*.

Reprenons ces éléments dans cet ordre.

L'idéalisation du droit social. Même si à l'époque le tournant décisif de Gurvitch vers la sociologie n'apparaît alors qu'en filigrane, Sinzheimer n'a aucune difficulté à situer d'emblée l'apport de l'auteur sur le terrain de la *sociologie du droit*. Gurvitch développe en effet le concept de droit social non seulement sur le plan de la pensée théorique, mais également en tissant des liens multiples avec des phénomènes empiriques. Cela dit, pour Sinzheimer, la conception gurvitchéenne du droit social relève cependant d'une sociologie *idéale* du droit, car la référence à l'empirie ne sert que de point d'appui au tracé de la vision théorique, en quelque sorte *donnée à*

priori: « Le point de départ empirique représente seulement le point d'ancrage d'une sociologie idéale, c'est-à-dire d'une considération de la vie sociale qui s'oriente vers sa forme idéale et non vers les facteurs réels dont dépend la réalisation de « l'idée » (notre traduction). (Sinzheimer, 1976: 177)

L'idéalisation théorique apparaît en particulier dans la notion de « corps social » qu'utilise l'auteur comme substrat du droit social en tant que communauté fondée sur la coopération libre et volontaire, exempte de rapports de domination: le corps social permet la réalisation de la liberté dans la recherche de l'intérêt commun en se révélant indépendant de l'État. Gurvitch s'appuie à cet égard sur la conception de la démocratie industrielle propre à Proudhon qui en appelle à la collaboration de tous les groupes extra-étatiques à l'œuvre sur le plan économique. Pour Sinzheimer, il y a ici une dangereuse illusion, en ce sens qu'un tel corps social ne saurait être immunisé ni contre l'instauration en son sein de rapports de domination, ni contre la tendance maintes fois constatée empiriquement au développement d'oligarchies, ni enfin contre l'éventualité d'une bureaucratisation de son fonctionnement. Certes, Gurvitch ne nie pas l'existence de tensions et d'antinomies au sein du corps social, pas plus que l'existence d'une certaine contrainte (volontairement acceptée) qu'il oppose toutefois à la contrainte « inconditionnée » de l'État. Mais il se refuse à y voir la présence éventuelle de la domination, qui serait caractéristique du droit individuel/étatique, mais aucunement du droit social. Or, une telle idéalisation de la sphère non-étatique est contredite par l'expérience :

L'émancipation de l'homme dépend-elle complètement de son insertion dans un corps social séparé de l'État ? Cela serait seulement le cas si le corps social était le domaine de la liberté et si celle-ci était impossible à atteindre à travers l'État. Gurvitch méconnaît le pouvoir de contrainte qu'exerce l'économie sur l'homme, même lorsque celui-ci est représenté par une forme spécifique de communauté (*Gemeinwesen*). Même lorsqu'une telle communauté ne représente de fait que l'intérêt général, elle doit poser certaines exigences qui auront pour effet de limiter la liberté individuelle. Mais lorsqu'une telle communauté trahit en fait le principe sur lequel elle prétend reposer, lorsque des intérêts particuliers dominant en réalité l'intérêt général, alors

un tel « corps social » non seulement limite, mais viole toute liberté. (notre traduction) (Sinzheimer, 1976 : 180)

La dichotomie rigide entre l'État et la société. Sinzheimer aborde ensuite la question tout à fait décisive des rapports entre l'État et la société chez Gurvitch. Celui-ci insiste avec raison sur le développement autonome de nouvelles formes sociales, tels les cartels sur le plan économique et les associations de salariés et d'employeurs sur le plan des relations du travail. Au vu de ces développements, on penserait qu'une organisation autonome de l'économie est possible, sans intervention étatique. Pourtant, comme l'illustre le cas allemand, le pas décisif vers la négociation collective pour l'ensemble des salariés ne fut effectué qu'avec l'aide de l'État. En fait, l'émergence d'un authentique « corps social » au sens de Gurvitch, lequel implique une transformation fondamentale des rapports de propriété, demeure impossible sans l'intervention de l'État (Sinzheimer, 1976 : 181).

Par ailleurs, en caractérisant l'État en tant que détenteur de la contrainte inconditionnée, Gurvitch oppose contrainte et liberté. Or, seule la contrainte étatique a garanti historiquement l'abolition du servage, la protection minimale des droits des travailleurs, etc. Sans la présence d'un certain degré de contrainte étatique, la liberté relative des acteurs sociaux serait également impossible. Gurvitch a certes raison d'insister sur une organisation autonome de l'économie, mais celle-ci doit en outre être soumise à l'arbitrage de l'État, seule instance apte à garantir l'intérêt général (Sinzheimer, 1976 : 183).

La nature axiologique du concept de droit. Le concept de droit présente une double dimension chez Gurvitch. Il relève en premier lieu de la facticité, s'adressant non aux propositions juridiques formelles, mais aux règles effectives de la conduite réciproque des agents. Il s'agit donc du concept sociologique de droit, équivalant au droit vivant chez Ehrlich. Ce droit vivant peut correspondre en gros aux normes du droit étatique, les compléter ou encore les contredire, l'ordre juridique empirique s'éloignant fortement en ce cas des normes du droit officiel (Sinzheimer, 1976 : 184). Une seconde dimension du concept de droit apparaît toutefois chez Gurvitch qui revêt une nature axiologique plutôt que sociologique : une règle de

conduite ne peut se voir qualifiée de « juridique » que si elle incorpore (*verkörpert*) une « valeur positive », quand bien même cette règle aurait été instituée par la loi. Cette exigence sous-tend le concept central de « fait normatif » chez Gurvitch, lequel associe le fait sociologique et la valeur morale indépendamment de toute référence au droit de l'État. Sinzheimer élève à cet égard les objections suivantes :

- a. *Gurvitch méconnaît le rôle de l'État dans l'émergence du droit.* Gurvitch invoque à juste titre que le droit étatique repose largement sur des formes de socialisation qui lui sont antérieures : la propriété, le contrat, la famille, et nombre d'autres institutions comme le montrent notamment les travaux de Maurice Hauriou, de François Gény et d'Eugen Ehrlich. Mais il demeure tout aussi vrai que « nombre d'institutions juridiques ont été d'abord créées par l'État en l'absence de tout modèle social préexistant, de même que nombre d'institutions juridiques apparues d'abord sur le plan social furent tout simplement abolies par l'État » [notre traduction] (Sinzheimer, 1976 : 185). L'État, par conséquent, constitue suivant le cas une source « primaire » du droit tout aussi bien qu'il en représente une source « secondaire ». À vrai dire, l'autonomie sociale ne peut être à notre époque une pure autonomie, entièrement dégagée de toute présence d'éléments étatiques.
- b. *Encore que Gurvitch s'en défende, son concept de droit s'inscrit dans la tradition du droit naturel.* L'idéal moral fondé sur une représentation intemporelle de la justice dicte chez Gurvitch l'exigence que les faits sociaux, pour entrer dans la sphère du juridique, s'élèvent au rang des « faits normatifs ». Ainsi, une loi excluant toute participation des travailleurs à la détermination de leurs conditions de travail, désormais considérée comme une prérogative du patron, ne constitue pas du droit suivant Gurvitch car elle contredit cet idéal moral en étant fondée sur un pur rapport de domination¹⁰. Il

10. Sinzheimer se réfère ici à la loi du 20 janvier 1934 sur l'organisation du travail national, adoptée par les nationaux-socialistes.

ne s'agit pas de nier la valeur éthique de cette position, mais simplement de constater qu'elle relève de la philosophie, et non de la sociologie du droit.

- c. *Ce faisant, Gurvitch n'est pas en mesure de contrer le concept dominant de « droit ».* Le concept de droit dominant chez les juristes fait appel à des sources formelles. La définition normative du droit n'est pas en soi davantage inexacte que la conception sociologique ou philosophique du droit. En particulier, le juge considère le droit avant tout comme un ensemble de normes formelles de décision : dans sa perspective, le droit ne réside pas dans les règles empiriques de la conduite ni dans les normes idéales du droit juste, mais dans ce que prescrit la loi. (Sinzheimer, 1976 : 186)

L'ensemble de ces considérants conduit Sinzheimer à la conclusion suivante. D'un côté, « Gurvitch a démasqué l'unilatéralité de l'image du monde étatiste, suivant laquelle seul l'État paraît être la force créatrice derrière le droit [...], seule puissance qui possède la solution du problème d'une communauté sociale nouvelle » [notre traduction] (Sinzheimer, 1976 : 186).

De l'autre, Gurvitch s'expose toutefois au même reproche d'unilatéralité, en occultant le rôle de l'État dans la formation de la vie sociale. Si Gurvitch a raison de s'insurger contre la vision hégélienne, tout à fait réductrice, de la société civile, l'État n'en demeure pas moins chez lui artificiellement dissocié de la vie sociale :

Dissocier l'État de l'ensemble du « droit social » n'est ni théoriquement juste, ni pratiquement réalisable. On doit en toute rigueur se demander si le concept « d'autonomie sociale » peut être soutenu sur le plan scientifique, lorsque l'on considère que l'activité étatique n'est que l'expression de forces sociales, encore que d'une nature particulière. Gurvitch n'aurait pu opposer de manière aussi tranchée l'État et la société, s'il avait reconnu l'unité de la société et la complémentarité de ces forces. [Notre traduction] (Sinzheimer, 1976 : 186)

||| 3. SYNTHÈSE CRITIQUE

De multiples convergences caractérisent les travaux de Hugo Sinzheimer et de Georges Gurvitch. On soulignera d'abord une parenté terminologique évidente, même si la portée précise des concepts utilisés n'est pas identique : tous deux se réfèrent abondamment à l'autodétermination sociale, au droit social ou à la distinction entre le droit étatique et le droit non-étatique. En second lieu, les deux auteurs partagent une même préoccupation centrale pour la démocratie industrielle, l'émancipation des travailleurs et la cogestion des lieux de travail, sur la base d'une aspiration au socialisme non autoritaire. Le diagnostic de départ, fortement influencé par Gierke, est le même chez les deux auteurs, soit une vision réaliste de l'entreprise comme structure de domination et l'opposition au droit civil individualiste qui sous-tend cette unité de base de l'économie capitaliste, et trouve sa légitimation dans l'idéologie libérale. Enfin, tant Sinzheimer que Gurvitch se réclament d'une sociologie du droit qui représente chez eux l'un des pivots essentiels du travail scientifique.

Comme le fait ressortir toutefois la section précédente, les divergences entre les deux théoriciens demeurent fondamentales, en particulier quant aux rapports entre les faits et les valeurs en sociologie du droit, et entre le droit social et le droit étatique, lesquels déterminent une conception nettement distincte, sinon opposée, de la dynamique de l'autodétermination sociale et de ses potentialités émancipatoires. Considérons successivement ces deux questions, ce qui nous permettra ensuite d'aborder sur des bases méthodologiques plus nettes celle de l'intérêt des concepts d'autonomie collective et de pluralisme juridique pour la sociologie du droit du travail.

||| 3.1 Présupposés épistémologiques et méthodologiques

A) *Le fait et la valeur en sociologie du droit.* Cette distinction se rattache directement à l'opposition entre l'être (*Sein*) et le devoir-être (*Sollen*) du droit. Cette opposition fondamentale représente pour nous un présupposé indispensable à toute approche sociologique du droit. Gurvitch dit adhérer au relativisme des valeurs et rejette

sur cette base la tentative de Heinrich Rickert d'identifier certaines valeurs absolues, transcendantes (Gurvitch, 1937). Mais, au-delà de toutes les mises en garde, la construction conceptuelle de Gurvitch entremêle très souvent, comme le souligne Sinzheimer à propos du concept de « fait normatif », *être* et *devoir-être* juridiques. La confusion entre être et devoir-être se manifeste à cet égard sur deux plans :

1° *Quant au devoir-être du droit au sens d'une science normative (et non empirique)*. Tout comme c'est le cas chez Eugen Ehrlich lorsqu'il oppose règles de décision et droit de la société (ou droit « vivant »)¹¹, le droit étatique est considéré uniquement sous l'angle normatif, alors que le droit social correspond aux règles juridiques appréhendées de manière empirique (encore que fortement idéalisée) sous l'angle sociologique. On aboutit ainsi, comme le signale Max Weber dans sa critique de Stammler, au combat « de l'ours contre le requin », en ce sens que *Sein* et *Sollen* juridiques, lesquels se situent sur des plans tout à fait hétérogènes, sont assimilés l'un à l'autre et mis sur un même plan¹².

2° *Quant au devoir-être du droit au sens d'une conception philosophique ou « politique » du droit*. Comme le montre bien la critique de Sinzheimer, la position de Gurvitch est fondée, en dépit de toutes les précautions rhétoriques, sur un idéal moral – ce qui apparaît notamment dans le concept de « fait normatif ». De ce point de vue, Gurvitch s'inscrit *volens nolens* dans la tradition du droit naturel. Ceci ne pose aucun problème en soi, sauf celui de vouloir transposer cet idéal au sein même de la science empirique de l'*être* que constitue la sociologie du droit. En prétendant définir le droit en référence à une valeur positive dont les contours demeurent au surplus très vagues, Gurvitch aboutit à une seconde confusion, celle qui assimile

11. Voir à cet égard la critique de Hans Kelsen : Kelsen, Hans, « Eine Grundlegung der Rechtssoziologie », dans Hans Kelsen et Eugen Ehrlich, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17)*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, 3 aux pages 17 et ss.

12. Max Weber, *Rudolf Stammler et le matérialisme historique*, traduit de l'allemand par Michel Coutu et Dominique Leydet avec la collaboration de Guy Rocher et Elke Winter, Québec/Paris, Presses de l'Université Laval (collection « Pensée allemande et européenne »/ Les Éditions du Cerf (coll. « Passages »), 2001 aux pages 112-113.

la sociologie à la philosophie ou politique du droit. Gurvitch entend certes dépasser l'antinomie du fait et de la valeur, mais cette tentative, aussi raffinée soit-elle, aboutit néanmoins à un échec. (Garapon, 1991 : 227)

B) Le droit social et le droit étatique. Le mérite revient à Gurvitch d'avoir clarifié et systématisé la notion de pluralisme juridique. Le présupposé central d'une approche pluraliste du droit repose sur la distinction entre le droit étatique et extra-étatique, un présupposé que l'on retrouve bien en évidence chez les initiateurs de la sociologie du droit, tels Eugen Ehrlich et Max Weber¹³. Dans ce qui deviendra un lieu commun chez plusieurs tenants du pluralisme juridique, Gurvitch pose cette distinction de manière inadéquate en attribuant une valeur entièrement positive au droit extra-étatique et entièrement négative au droit étatique : ce dernier est caractérisé comme un droit de domination, de nature individualiste et reposant sur une contrainte inconditionnée, alors que le premier serait un droit de coopération, de nature solidariste et reposant sur une contrainte conditionnelle. Sinzheimer, nous l'avons vu, a récusé cette position de manière convaincante. Mais il est un autre aspect qui pose problème, c'est le concept même d'État présent chez Gurvitch.

13. Gurvitch a retenu de Max Weber la méthode typologique, laquelle est pour lui en mesure de fonder scientifiquement la construction des concepts dans les sciences sociales. Et de typologies Gurvitch ne se privera pas, jusqu'au point d'en étourdir passablement ses lecteurs. Pour le reste, Gurvitch récuse largement la sociologie wébérienne et en particulier sa sociologie du droit, coupable à ses yeux de ne porter attention qu'aux tenants et aboutissants du droit formel étatique. Voir Georges Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique* (1940), réédition, Paris, Dalloz, 2012 aux pages 19-24, 124-125 ; Georges Gurvitch, *Sociology of Law*, London, Routledge & Kegan Paul, 1947 aux pages 28-32. Sinzheimer se révèle pour sa part beaucoup plus proche de Weber, même si l'on peut avancer que ce n'est que sur le tard qu'il adhère pleinement à l'opposition fondamentale entre le « droit » comme construction normative, objet de la science idéale des juristes et le « droit » comme phénomène empirique, comme complexe de conduites sociales qu'analyse le sociologue du droit. Voir en particulier Hugo Sinzheimer, « Formalismus in der Rechtsphilosophie (1939) » dans *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Gesammelte Aufsätze und Rede*, tome 2, *op.cit.* aux pages 219-244. Gurvitch opère lui-même un rapprochement entre Weber et Sinzheimer dans ses *Éléments de sociologie juridique, op.cit.*, p. 135.

La perspective négative que celui-ci en développe revient à ériger l'État en un monolithe obscur qui ne se définit qu'en opposition au droit social, lequel seul fait l'objet de distinctions subtiles. L'idée ne viendrait pas à Gurvitch de transposer le pluralisme juridique au cœur même de l'institution étatique, comme le fait Max Weber en insistant sur le développement des « particularités juridiques » caractéristiques du droit moderne de l'État (Belley, 1977). Le pluralisme juridique, à la fois fait social et idéal moral chez Gurvitch, ne peut servir utilement les fins de la sociologie du droit qu'à la condition d'être épuré de son idéologie antiétatique.

Ajoutons que la vision du politique chez Gurvitch – Jacques Le Goff attire à juste titre l'attention sur ce point – est dominée de part en part par une perspective *irénique* (Le Goff, 2012 : 93 et ss). C'est en somme ce que met aussi en exergue Sinzheimer, en récusant, comme nous l'avons mentionné, l'antinomie tracée erronément entre le droit social et la domination ou contrainte inconditionnée. Il est aisé de voir que Gurvitch idéalise l'autodétermination sociale et en entretient une vision lénifiante, alors que le froid regard du sociologue devrait l'amener à reconnaître le fait suivant : la mise en retrait de l'État peut se traduire par la corruption éventuelle du droit social – en dépit de toutes les velléités émancipatrices – par la lutte implacable pour la domination économique, sociale et politique dans le sens le plus autoritaire¹⁴.

14. Incidemment, il demeure tout à fait remarquable que Georges Gurvitch analyse les conseils ouvriers dans *Le temps présent et l'idée de droit social* sans jamais faire allusion au fait historique central : les conseils sont d'abord apparus comme *forme révolutionnaire de lutte des travailleurs*, lors des Révolutions russes, allemandes, autrichiennes et hongroises. La question, éminemment politique, de l'institutionnalisation, de l'endiguement ou du contrôle des conseils devint alors décisive pour le mouvement socialiste : on vit les bolchéviques les réduire en Russie au rôle d'instrument docile de la dictature du parti ou, à l'opposé, les sociaux-démocrates allemands (Ebert, Noske et Scheidemann) les combattre résolument en s'alliant à l'armée réactionnaire et aux corps-francs. Des propositions d'institutionnalisation du mouvement des conseils furent avancées, notamment par Hugo Sinzheimer (comme instruments de la démocratie industrielle) et par Max Adler (comme forme constitutionnelle de dictature du prolétariat et moyen démocratique de contrôle du parlementarisme). C'est

||| 3.2 Autodétermination sociale et pluralisme juridique

Sans prise en considération de *l'autodétermination sociale*, c'est-à-dire, dans la sphère du travail, du mouvement collectif des travailleurs s'opposant historiquement à la volonté autonome individuelle de l'employeur, le processus d'élaboration du droit du travail demeurerait méconnaissable. Les institutions fondamentales du droit du travail sont en effet apparues, dans la plupart des pays occidentaux industrialisés, *bien avant leur reconnaissance par l'État* et généralement *en dépit de l'hostilité* du droit étatique et du pouvoir judiciaire. L'autodétermination sociale préside encore aujourd'hui, à un degré variable suivant les contextes, aux destinées du droit du travail. Par conséquent, la sociologie du droit du travail doit faire sienne la distinction désormais classique entre le droit étatique et le droit extra-étatique, et ne peut reposer que sur une perspective *pluraliste* qui reconnaît, *sur le plan empirique*, l'existence d'une diversité d'ordres juridiques conditionnant le champ des relations du travail.

Si l'on associe dans cette perspective les éléments communs aux analyses de Gurvitch et de Sinzheimer, le tableau suivant peut être dégagé :

finalement la solution proposée par Sinzheimer qui s'imposa : en Allemagne et en Autriche, les conseils furent institutionnalisés en tant que modalités d'une cogestion (fort limitée toutefois) de l'entreprise et sont à l'origine des comités d'entreprise présents dans la plupart des pays européens et au niveau communautaire, à l'échelle européenne. Cf. Max Adler, *Démocratie et conseils ouvriers*, trad. par Yvon Bourdet, Ed. Maspero, Paris, 1967 ; Hugo Sinzheimer, « Europa und die Idee der wirtschaftlichen Demokratie », dans *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Gesammelte Aufsätze und Rede* (Otto Khan-Freund, Thilo Ramm, dir.) Volume 1, Francfort-Cologne, Europäische Verlagsanstalt, 1976 aux pages 221-225 ; Sebastian Haffner, *Die deutsche Revolution 1918/1919*, Cologne, Anaconda Verlag, 2008.

Tableau 1

Autonomie et droit social chez Gurvitch et Sinzheimer

Droit	Étatique	extra-étatique
Individuel	Droit civil	Ordre interne de l'entreprise
	Autonomie individuelle	
Social	Droit du travail	Association de salariés Conventions collectives Conseils ouvriers
	Autonomie collective	

Ces analyses convergentes présupposent l'idée de pluralisme juridique. Comme l'illustre le tableau, le droit social ne relève pas de l'opposition entre l'État et la société (nous adoptons ici la perspective de Sinzheimer), mais est plutôt pensé en opposition au droit individuel, fondement de l'économie capitaliste et légitimé par le droit naturel moderne.

L'autonomie collective, pour sa part, constitue avant tout une manifestation extra-étatique du droit social, susceptible toutefois d'être renforcée par l'intervention de l'État. En ce sens, l'autonomie collective *n'est pas synonyme d'une simple autonomie des partenaires sociaux*, à laquelle elle se voit souvent assimilée dans une perspective « neutre » par rapport aux conflits opposant le patronat et le salariat. L'autonomie collective représente historiquement la volonté d'une *collectivité de travailleurs* s'élevant en contrepoids effectif face à la volonté individuelle du patron (agissant directement ou par l'intermédiaire d'une association d'employeurs, d'un cartel, etc.). La précision est importante pour la sociologie du droit du travail, car elle permet de comprendre la dynamique spécifique de l'autonomie collective en tant que manifestation de l'autodétermination sociale, dont les formes les plus spectaculaires furent celles revêtues par la lutte des classes aux 19^e et 20^e siècles.

Toutefois, ne doit-on pas considérer que l'opposition entre le droit individuel et le droit social est chargée *ab initio* – dans la perspective d'une sociologie du droit qui se veut axiologiquement neutre¹⁵ – de lourds présupposés idéologiques, une valeur négative (celle de la domination) étant imputée à l'individualisme juridique et une valeur positive (d'émancipation) au droit social? Le droit social, comme le démontre Sinzheimer en critiquant la notion de « corps social » chez Gurvitch, peut être porteur de domination, tout comme le droit individuel, ajouterons-nous, fut historiquement source de libertés en reconnaissant à la personne un ensemble de droits subjectifs (droit de propriété, liberté contractuelle, de croyance, de pensée, etc.), autrefois fortement limités ou niés au profit de l'entité collective (communauté, église, guilde, statut, etc.). En outre, l'autonomie du groupement économique qui se concrétise par l'attribution de droits subjectifs aux membres ou au groupement même représente une manifestation éminente de pluralisme juridique, à la fois émergence d'un droit social et consécration des droits individuels des « intéressés au commerce ».

|||| CONCLUSION

La discussion intervenue entre Georges Gurvitch et Hugo Sinzheimer livre des concepts indispensables à la sociologie du droit du travail: celui de pluralisme juridique bien sûr, mais aussi ceux d'autodétermination sociale, d'autonomie collective et – compte tenu des réserves qui précèdent – de « droit social ». Elle est également source précieuse de réflexion sur nombre de thèmes centraux pour une telle sociologie, tels la nature de l'entreprise, des droits de direction de l'employeur ou de la convention collective, l'importance de

15. L'effort de neutralité axiologique représente l'une des conditions de la recherche sociologique. Il n'a rien à voir toutefois avec une croyance naïve en la neutralité du savant ni avec une exigence d'apolitisme ou d'indifférence éthique. En fait, l'effort de neutralité, comme le montre bien Max Weber, repose sur une tension constante avec un indispensable *rapport aux valeurs* lequel intervient nécessairement aux étapes essentielles de la recherche.

la démocratie industrielle et des conseils d'entreprise, enfin le rôle de l'État dans l'affirmation du « droit social ».

L'œuvre de Gurvitch comme celle de Sinzheimer illustrent bien, au surplus, le fait indéniable que la réflexion critique sur le droit du travail se voit rapidement privée de repères essentiels, si elle ne s'abreuve pas à même la sociologie du droit, c'est-à-dire si elle ne fait pas appel à une analyse rigoureuse des faits sociaux relatifs aux interactions juridiques sous-tendant le travail subordonné. Cette leçon a été bien assimilée par les auteurs marquants en droit du travail qu'ils se revendiquent expressément ou non de la sociologie du droit : tel est le cas, pour citer quelques noms, de Philipp Lotmar et de Hugo Sinzheimer en Allemagne, d'Otto Kahn-Freund en Angleterre, d'Antoine Jammaud et d'Alain Supiot en France, de Gino Giugni en Italie, de Harry Arthurs au Canada anglais, enfin de Pierre Verge au Québec¹⁶.

Dans notre perspective, le droit du travail se doit d'être à la fois science normative *et* sociologie du droit. Ceci n'est nullement une invitation à la confusion des genres et au syncrétisme des méthodes, mais tout au contraire à la rigueur dans l'articulation assurément complexe de ces deux sciences, dont les objets, nettement distincts, doivent néanmoins être traités en complémentarité, pour qui espère parvenir à une connaissance d'ensemble des rapports de travail.

|||| BIBLIOGRAPHIE

- Adler, Max, *Démocratie et conseils ouvriers*, trad. par Yvon Bourdet, Ed. Maspero, Paris, 1967.
- Belley, Jean-Guy, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, thèse de doctorat non publiée, Paris, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1977.

16. Voir dans le cas de cet auteur l'ouvrage réalisé en collaboration avec Guylaine Vallée : Pierre Verge et Guylaine Vallée, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1997.

- Coutu, Michel, « La naissance du droit du travail comme discipline scientifique : Max Weber et Hugo Sinzheimer, critiques de Philip Lotmar » (2009) 24:2 *Revue canadienne de droit et société/Canadian Journal of Law and Society* 159.
- Ducouloux-Favard, Claude, « Mélanges offerts à Jean Brethe de La Gressaye » (1969) 21 :4 *Revue internationale de droit comparé* 895.
- Erhlich, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), Berlin, Duncker & Humblot, 4^e éd. (Manfred Rehbinder, dir.), 1989.
- Garapon, Antoine, « L'idée de droit social : Georges Gurvitch » dans Pierre Bouretz, *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, 215.
- Gounot, Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, A. Rousseau, 1912.
- Gurvitch, Georges, *Éléments de sociologie juridique* (1940), réédition, Paris, Dalloz, 2012.
- Gurvitch, Georges, *La Déclaration des Droits sociaux*, New York, Éditions de la Maison française, 1944.
- Gurvitch, Georges, « La théorie des valeurs de Heinrich Rickert » (1937) 124:9 *Revue philosophique de la France et de l'Étranger* 80.
- Gurvitch, Georges, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1931.
- Gurvitch, Georges, *L'idée du droit social : notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17^e siècle jusqu'à la fin du 19^e siècle*, Paris, Éditions Sirey, 1932.
- Gurvitch, Georges, « Socialisme et propriété » (1930) 37 *Revue de Métaphysique et de Morale* 117.
- Gurvitch, Georges, *Sociology of Law*, London, Routledge & Kegan Paul, 1947.
- Haffner, Sebastian, *Die deutsche Revolution 1918/1919*, Cologne, Anaconda Verlag, 2008.
- Haurious, Maurice, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930.
- Kelsen, Hans, « Eine Grundlegung der Rechtssoziologie », dans Hans Kelsen et Eugen Ehrlich, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17)*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, 3.

- Kelsen, Hans, *Reine Rechtstheorie. Einleitung in der rechtswissenschaftlichen Problematik*, 1^{re} édition (1934), Aalen, Scientia Verlag, 1994.
- Knorre, Suzanne, *Soziale Selbstbestimmung und individuelle Verantwortung. Hugo Sinzheimer (1875-1945). Eine politische Biographie*, Francfort, Peter Lang, 1991.
- Le Goff, Jacques, *Georges Gurvitch : Le pluralisme créateur*, Paris, Michalon, 2012.
- Rocher, Guy, « Droit, pouvoir et domination », *Sociologie et sociétés* (1986) 33.
- Sinzheimer, Hugo, *Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1917.
- Sinzheimer, Hugo, « Europa und die Idee der wirtschaftlichen Demokratie », dans *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Gesammelte Aufsätze und Rede* (Otto Khan-Freund, Thilo Ramm, dir.) Volume 1, Francfort-Cologne, Europäische Verlagsanstalt, 1976.
- Sinzheimer, Hugo, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2^e édition, Jena, Gustav Fisher Verlag, 1927.
- Sinzheimer, Hugo, « Eine Theorie des sozialen Rechts (1936) », dans *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Gesammelte Aufsätze und Rede*, tome 2, Francfort-Cologne, Europäische Verlagsanstalt, 1976, 164.
- Weber, Max, « Le socialisme », dans *Œuvres politiques*, trad. de Élisabeth Kaufmann, Jean-Philippe Mathieu et Marie-Ange Roy, Paris, Albin Michel, 2004, 457.
- Verge, Pierre et Guylaine Vallée, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1997.



CORPORATISM, NEO-CORPORATISM, AND FREEDOM OF ASSOCIATION

Adrián Goldín*

Freedom of association, corporatism, and neo-corporatism are categories of different theoretical origins—the first one comes from labour law and industrial relations and the last two from political science—and respond to correspondingly diverse scientific logics. However, these categories include social and political phenomena that partially overlap, and which, in my opinion, would be treated incompletely if not jointly considered during analysis.

It is said that the overlap is “partial” because while corporatism and neo-corporatism evoke the idea of a model of representation or, more widely, of an intermediation of interests, freedom of association is a legal and therefore prescriptive status and a factual condition of legitimacy of the framework where collective action takes place (and in which corporatism should be developed).

* President of the International Society for Labour and Social Security Law.

After raising conceptual distinctions between corporatism and neo-corporatism, highlighting the way in which states intervene in each one of those models, I will review other pairs of classificatory conceptualizations deemed relevant for the purpose of this essay, such as the distinctions between statizing corporatism and privatizing corporatism, “inclusionary” and “exclusionary” political systems, bureaucratic-authoritarian and populist corporatisms.

Finally, I will pass those categories and their defining features through the sieve of the standard of freedom of association in order to realize to what extent the latter, in addition to its deontic value itself, can be used as a descriptive category that helps to recognize the type and legitimacy of corporatism.

|||| 1. CONCEPTS AND DEFINITIONS IN POLITICAL SCIENCE

|||| 1.1 Corporatism, the starting point of an institutional evolution

Corporatism, a political scheme closely linked to fascism and to various authoritarian experiences of the first half of the twentieth century, acquired in the 1970s a new theoretical apparel that extracted it from that authoritarian “crypt” (Lanzaro, 1998) to be used as a framework for diverse models of representation and for political and socio-economic commitments and agreements that materialized thereafter.

This renewed conception of corporatism aimed to express itself in demonstrations that would be henceforth compatible with democratic logic and connected with certain demands or basic needs required by capitalism to reproduce the conditions necessary for its existence, thus regulating the class conflict in the income distribution and in the structure of industrial relations (Lehmbruch, 1979), and would recognize, therefore, the central role of both employers

and workers, organized in collaborative schemes of “capital” and labour.¹

In this new framework, corporatism can be defined as a *system of interest representation in which the constituent units are organized into a limited number of singular, compulsory, non-competitive, hierarchically ordered and functionally differentiated categories, recognized or licensed (if not created) by the State and granted a deliberate representational monopoly within their respective categories in exchange for observing certain controls on their selection of leaders and articulation of demands and supports* (Schmitter, 1979).

Although stated during the early years of that renewal process, that germinal definition has been blamed for being “neutral” (Perez Yruela and Giner, 1985) and, as such, for including variants that are close to the original authoritarian conception, specially for not distinguishing whether its defining features are spontaneously constructed by the system, as a result of exercises of freedom performed by its subjects, or if, on the contrary, these traits are the deliberate product of the dominant intervention of the state. This definition is also said to suffer from some *conceptual bias* (Lehmbruch, 1979), since it only considers the phenomenon of interest representation but not the mechanisms whereby these interests are represented (the most notable one being so-called social concertation). It will be necessary to admit, nevertheless, that it was from this definition that emerged the richest analysis, the most fertile distinctions (among others, the crucial distinction between *state corporatism* and *societal corporatism* or *neo-corporatism* (to which I will dedicate some lines below) and, finally, diverse breakdowns relating to the state’s role,

1. To Lehmbruch (1979), other social sectors—the agricultural sector is mentioned as an example—are less often included, and when they are, they do not seem to have a decisive voice, remaining confined within the classic policies of pluralist pressure. And when these sectors seek to influence power, they must do so within the limits set by the “cartel” of the organized companies, the trade unions, and the administration. In Schmitter’s traditional description, pluralism is characterized by a free and competitive formation of groups, subject to scanty external control. A more detailed definition is omitted so as not to exceed the limits of our analysis, but it is the exact opposite of the corporate “model.”

from which I will get inspiration at the moment of submitting these ideas to the sieve of freedom of association (see below section II).

Indeed, Schmitter's definition has been consistently criticized for scarcely including the phenomenon of interest representation and for omitting the large space occupied ever since by *corporatism* as an institutionalized factor in the shaping of policies, rather than as just a mode of interest articulation.² It is argued that the non-authoritarian versions of *corporatism* refer to the governance of democracies through the exchange of advantages between interest organizations³ ("*social concertation*"), a process in which the state intervenes as director or mediator (Malloy, 1979). From another perspective, *social concertation* can be seen as just one form (among others) of mediation between society and the political system (together with other early or contemporary forms, as the political party system, lobbying and pressure groups, organized interest groups, corporations) (De Grossi, M. and M. Dos Santos, 1987). In this approach, *social concertation* would be only a political practice and, therefore, one among several available mechanisms to regulate mediation and representation, from rather limited exchanges (prices and wages) up to the most extensive interventions (investment, accumulation, income distribution, definition of the model of development).

As it will be studied in more detail later, state intervention in these processes is far from being a secondary condition, since it is a regulatory mechanism of economic relations between organized groups and is supported by a state always present, at least in the last instance. Private actors assume wider responsibilities and their relative positions become public: they have to attend to the specific

-
2. Schmitter recognizes finally his omission and incorporates the distinction between "corporatism" as a representation, naming it *corporatism 1*, and the corporatism developed within concerted exchanges, called *corporatism 2* (Schmitter, 1982: 264).
 3. These are the terms of the political compromise: workers' representatives are integrated into the process of formulating public policies and, in turn, they recognize the market economy and take control of the union shop-floor level; even if it can be said that political terms of this trade are asymmetrical and uneven, it is still true that workers and their representatives can independently decide on their own interests (Marques-Pereira, 1999).

interests of who they represent, and to more general considerations concerning the social order and the societal aims that ultimately will operate as boundaries enforced by the presence of the state.

This paper is about the first *corporatism* as well as later versions (in particular, their analysis and evaluation in terms of *freedom of association*) and, reciprocally, the ways in which this “standard” can contribute to the descriptive and taxonomic work typical of political science. In the remaining paragraphs of this section, I will concisely go through various conceptual and classificatory aspects proposed by the literature. In the following section, I will try to subsume them under the prescriptive requirements of a category that comes from a different disciplinary field, which belongs to the deontic domain of rights and liberties and, particularly, to labour law: *freedom of association*. In the last section I will try to make some connections and to formulate, only as a preliminary hypothesis, a few conclusions.

||| 1.2 Neo-corporatism: qualifying features

It is clear that for the purpose of this study *corporatism* appears as a dilemma only after the formulation of a primary distinction that, as said before, allows us to think about it “outside” its original authoritarian context. This is what separates the historical *state and authoritarian corporatism* from a category that intends to provide it with a republican, liberal, and democratic legitimacy: the one that Schmitter named *societal corporatism or neo-corporatism* (Schmitter, 1979) and that Lehmbruch—in an analogous sense—called *liberal corporatism* (Lehmbruch, 1979).

Unlike *state corporatism*, which is constituted in an *instance of intermediation of interests subordinated to the state*, where the demarcation between the private and the public is diluted, and which is based on the hypothetical harmony of the diverse interests coexisting within it, *neo-corporatism* is born of a social dynamic that creates and preserves the autonomy of collective actors. Neo-corporatism is polycentric and the relations between the actors can be consensual but also legitimately conflictual (Marques-Pereira, 1999).

As suggested before, the state fulfils a central role, as much in the authoritarian model of corporatism as in the one now being discussed; but, while in the latter the state is a subject that *encourages, promotes, boosts, stimulates, mediates, and gives support*, in the former the state is a principal and dominant actor. It *defines, anoints, commands, and controls*.

In *neo-corporatism*, the structures, even in their particular, exclusive, and monopolistic dimensions (that are also part of its conception), arise from the agreement between essentially voluntary associations of interests that seek consensus in order to limit the inter-associational conflict or the competitive predominance of some of them (Coleman; 1985). In this scheme, the state does not lead the associations of interest; nor are government agencies caught by private interests. Both of them have a degree of mutual autonomy (Cawson, 1985), and the model excludes both the “statization” of private actors and the “privatization” of government. The *neo-corporatist* model (which tends to be described, for the sole purpose of differentiation, by the terms “corporate” and “corporatism” instead of “corporative” and “corporativism”⁴) embraces only a part of political and economic social relations and is associated with a system of parliamentary representation that is congruous with the principles of liberal pluralism (Pérez Yruela and Giner, 1985).

Although it is true that *neo-corporatism* also requires the exercise of some monopoly and singularity of representation, these features are not the ones that characterize it decisively. Instead, it is the almost public status acquired by collective subjects, which enables them to interact with the government via a framework of reciprocal

4. As Schmitter wrote, *neo-corporatism* faced strong demands for legitimacy, at first, because of its unfortunate association with the experiences of authoritarian corporatism in the inter-war period. Certainly, in some countries, such as France, discussion remained for a long time subdued by this linguistic link. The Italians and the Germans, more inventive, settled the case rather quickly, removing the “iv” and speaking of “*corporatismo*” and “*korporatismus*” as neologisms conveniently purged of their discredited past connections. Behind this issue, Schmitter says, there is the more substantial topic of how to justify these transformations in the way to mediate interests and to develop specific policies (Schmitter, 1985).

independence (Marques-Pereira, 1999). *Neo-corporatism* cannot work without some connivance or complicity by the state, which gives recognition, encouragement, support, and promotion to the private actors but does not appropriate them, does not colonize them, and does not allow others to do so. Notwithstanding the foregoing, or more precisely through this way, monopolies and hierarchy must also be present in *neo-corporatism* although, as stated above, differently (Schmitter, 1982).

In the real world what makes possible such a model, besides democratic and liberal convictions, is a state strong enough to preserve its own autonomy from private interests but not so strong (when implementing its conception of the mode of linking with these interests) to do without the participation of the organizations that represent them. Each part has enough power to prevent the other ones from pursuing its interests unilaterally and each one is weak enough to need, indirectly, the state's mediation in order to enforce its interests (Perez Yruela and Giner, 1985). *Neo-corporatism* has therefore more probability of emerging where the hegemony of any one class is no longer possible (Schmitter, 1979).

What distinguishes neo-corporatism from the old *state corporatism* is that the former does not respond to a political design of the state but to a multiplicity of concurrent causes that arise from the evolution of civil society, from the capitalist economic system and the state itself, and from a social dynamic that creates and preserves the autonomy of collective actors (Marques-Pereira, 1999); the state *activates, encourages, promotes, but does not impose*.

In *state corporatism*, socio-economic groups in conflict must enter into non-voluntary associations, created by the state (Coleman, 1985); in its most extreme variant, the state produces an associational system, restricts the number of participants in the associations, defines their domains of representation, and makes membership obligatory, all that in a way that can be described as the antipodes of a *pluralist* system. In this context, associations arise from the state and, as such, even operate independently from their own members, and thus serve as an extension of state bureaucracy rather than as

an expression of the political interests of their members; the demarcation between public and private is, again, diluted.

It is clear therefore that the state is decisive in shaping both *state corporatism* and *neo-corporatism*: I will say now and hereinafter that it is not the presence or the absence of the state (present in both systems) that constitutes them, but rather the different role that is given to it in each of them; in *state corporatism* the articulation of the actors with the state apparatus affirms the position of the state as an *intermediary*; in *neo-corporatism*, the representation covers the close articulation of each actor with the social group represented by it, defines its representativeness and, by doing so, institutes the *representative leader* as a central figure (Marques-Pereira, 1999).

Finally, *neo-corporatism* implies that the liberal democratic system adapts to the organizational complexity of the state without altering its basic principles, and it is built according to the monopolistic or oligopolistic natural tendencies of interest representation and the mutual recognition of the power that every actor has to influence the others (Perez Yruela y Giner, 1985), whereas in the *state corporatism* that preceded it the state has been the one that organized and imposed a monopoly, operating on a pre-existing unionism or generating *ex-ante* the conditions of its organization.

|||| 1.3 Other taxonomic approaches

To refine the approach to the various versions of corporatism in so far as they are defined by the intensity and mode of linking with the state, I must quickly review other classificatory formulations that I found relevant for this essay.

There is, for instance, the distinction made by Guillermo O'Donnell (1998) between the subtypes of *statizing corporatism* and *privatizing corporatism*. The former involves the penetration of social groups by the state and the subsequent conquest and subordination of civil society organizations by it, while the latter involves the penetration of the state by those who, by doing so, put some areas of public policies under private control. The *statizing* form seems broadly compatible with the system of *state corporatism*, while the *privatizing* one

connects better with *neo-corporatism*. However, not any privatizing penetration is compatible with neo-corporatism, in so far as this model arises from a relationship in which the state does not lead the interest associations and the state agencies are not appropriated by private interests (Cawson, 1985). There is neither a “*privatized*” government nor “*statized*” interests groups. In the neo-corporatist model, both the associations of interest and the state preserve their autonomy while admitting some voluntary and reciprocal limitation (Schmitter, 1985). As we will see later, *freedom of association also entails, from a prescriptive point of view, this configuration of autonomy with which the literature characterizes the neo-corporatist model.*

Another of the differentiations propounded earlier by O’Donnell himself (1973) is the one between so-called “*inclusionary*” political systems, where state resources are used to mobilize the working class and to raise its political power (or to preserve pre-existing levels of mobilization), and “*exclusionary*” systems, in which state policy tends to demobilize the working class and its organizations and to reduce its power.

While the first system seeks political and economic incorporation of work sectors, guaranteeing them effective or symbolic welfare policies, in the second one the aim is to establish a new balance between the state and civil society, based on a policy that uses corporatist structures of representation to depoliticize and discipline the working class.⁵

As can be seen by examining the comparative experience, this “*inclusionary/exclusionary*” condition refers generally to trade unions: sometimes to promote their performance, sometimes to turn them into a bare fiction (so-called “*official unionism*”). In the case of *inclusionary* regimes, the aims of the state are relevant to establish the scope of that condition: the state can get the support of

5. “*Inclusionary*” state corporatism is associated with the populist regimes of Mexico, Brazil, and Argentina. The “*exclusionary*” kind has been expressed in military regimes, as in Brazil from 1964 to 1985, in Argentina from 1966 to 1973 and from 1976 to 1983, and even under Portuguese Salazarism or the regime of Franco in Spain (Marques-Pereira, 1999).

the labour movement to enhance its ability to go after broad objectives, such as improving the relative position of the movement, or it can actually control the unions to reduce their ability to oppose, while pursuing aims that do not necessarily satisfy the interests of the workers (or some sectors of them).

Similar phenomena, seen from another perspective, have been categorized as typical of “*bureaucratic-authoritarian*” *corporatism* (O’Donnell, 1998). These phenomena act on civil society areas, in an *exclusionary* and *penetrating* (and therefore *statizing*) way, which is repressive and authoritarian.⁶ From *inclusionary* logic, the model of *populist integration* appears based on a collaborative class exercise performed under the control of the state. Unlike the social-democratic scheme, where autonomous cooperation is established to institutionalize the class conflicts in a libertarian way, *populist corporatism* produces a kind of political and economic incorporation of low-income sectors, in order to break the oligarchic domination, but also to prevent the outgrowth of autonomous shop-floor levels, leaderships, and goals (O’Donnell, 1998)⁷.

Bureaucratic-authoritarian corporatism is by definition in clear contradiction with the principles of *freedom of association*, while the

-
6. The model points to capitalist growth based on the exclusion of previously activated low-income sectors, and is personified, for instance, by military regimes evoked in the previous footnote.
 7. Social incorporation and political activation of low-income sectors in *populist corporatism* are usually controlled by imposing vertical links that subordinate trade unions to the state (Malloy, 1970). A good number of unions were created by populist leaders who reserved themselves the right to grant and withdraw legal recognition to the trade unions (in the case of Argentina, by granting the simple registration and “trade union legal recognition” (“*personería gremial*”) that confers full ability to a union, to influence the selection of their leaders and, ultimately, to grant them the right of representation before the employers and the state itself. Malloy notes that even if the working class or the trade unions did not become mere tools of populism, they were soon marked by some degree of political, economic, and even ideological subordination. The author concludes that populism, while falling short of the aspirations of low-income sectors and the degree of autonomy achieved by the working class in central capitalistic societies, meant crucial political and economic progress for the low-income sectors (Malloy, 1979).

inclusionary continuum, which has the *social-democratic* model at one end and the *populist* model at the other, should have (from the perspective of its *neo-corporatist* and libertarian legitimacy) a cut-off point in the way in which the system interferes in the autonomous construction of the interest representation of the sectors allegedly favoured. *Populist* corporatism is often a straightforward manifestation of *inclusionary state corporatism* (*populist state corporatism*) but, again as a *continuum*, it can move on to *neo-corporatism*, which is only reached when the state gives away dominance and control, allowing the autonomy of private actors.

To conclude comparatively this very brief examination of the *bureaucratic-authoritarian* and *populist* models, it can be said that *populism* is a system of controlled and *statizing* inclusion of the low-income sector (the extent and rigour of authoritarian control makes it closer to or further away from *neo-corporatism* and, in parallel, from the system of *freedom of association*), while the *bureaucratic-authoritarian* model is, if corporatist, a model of *state corporatism* that excludes the low-income sector.⁸

1.4 Corporatism and state, a provisional conclusion

By act or omission, the figure of the state is omnipresent in the full range of models that we have just briefly examined. Regardless of the neo-corporatism school to which one is attached, it is

8. The price that the low-income sector had to pay for the partial but important victory achieved during populism was its corporatization: in the bureaucratic-authoritarian (BA) populism, its defeat and consequent exclusion finds in the *statizing corporatism* one of its most important modalities of materialization. Through the BA model, the low-income sector is virtually dispossessed of all its organizational resources by the *statizing corporatism*. This is not what happens with the bourgeoisie, which preserves both important organizational resources and informal communication channels with the state and tends to increase its effectiveness, as a result of the exclusion of the low-income sector. There is not much class organization involved in the BA model, because the trade union depends on the state rather than on the shop-floor level, its role is reversed, and it turns into a bulwark of the State, set in one of the boundaries between the latter and civil society (O'Donnell, 1998).

unlikely that this kind of model may arise or survive without the state's connivance or active complicity (Schmitter, 1985); the interest organizations would not get the monopoly of representation or the ability to hierarchically coordinate sectoral or class interests without some degree of official recognition or encouragement. Such recognition does not come without reservations; virtually all corporatism theoreticians proclaim their opposition to statism, their commitment to decentralization, and their penchant for some associational autonomy. Even *state corporatism* theoreticians will say that while it is unlikely that these individual, non-conflicting, hierarchically ordered, and functionally compartmentalized units appear spontaneously, the use of state authority to establish mandatory structures and to remove voluntary structures in competition should be just temporary. However, a political mechanism through which this authoritarian presence of the state may vanish is conspicuous by its absence.⁹

Of course, as stated earlier, among the models of *state corporatism* and *neo-corporatism* there is a wealth of intermediate situations according to how the state intervenes in the determination of the monopoly, in the assignment of representative power, in compulsory membership, etc. Certainly, the descriptive task of saying how far *state corporatism* should go or where *neo-corporatism* begins to emerge is not easy. In order to do so, this paper just intends to suggest that observance of the principles of *freedom of association*, in addition to legitimizing the *neocorporatist* exercise, can send an interesting "message" for the task of description.

9. In Latin America, there is a tendency to deny the authoritarian nature of the determinant corporatist presence of the state, which is rather considered to be a promotional feature. Certainly, it seems there is no pride attached to adhering to state corporatism, even among populist leaders. Oliveira Salazar repeatedly expressed in an apparently sincere way—according to myself—his fervent opposition to any form of statism or economic intervention of the government, while presiding over the creation of one of the most over-bureaucratic, centralized and regulated state apparatuses ever observed (Schmitter, 1974).

IIII 2. CORPORATISM, NEO-CORPORATISM, AND FREEDOM OF ASSOCIATION

When examining the corporatist issue from the perspective of *freedom of association*, it seems clear that so-called *state corporatism* is by definition far from the principles of *freedom of association*. We are going now to advance the hypothesis that, on the contrary, *neo-corporatism* (or *democratic or liberal corporatism*) is widely inclined to be consistent with the principles and criteria of *freedom of association*. This positive relationship between *neo-corporatism* and *freedom of association* is enabled by the *relatively spontaneous* nature of the former (Perez Yruela and Giner, 1985), which does not respond to a design entirely state-conceived. As we said before, the issue is not the state's absence in the configuration of *neo-corporatism*: state power necessarily has to take part in it, although its role is limited and, in any case, different. In the same way as with *freedom of association*, the decisions of the supervisory bodies of the ILO on freedom of association *contribute to identify these limitations as determinant factors of the system's legitimacy in its terms and as coadjuvants in the task of drawing the boundary with state corporatism*.

Neo-corporatism is also surrounded by a certain social conception that has to be *pluralistic and conflictivist* (Perez Yruela and Giner, 1985), and which is incompatible with the reduction of the phenomenon to the harmoniously integrated whole that is, precisely, typical of *state corporatism*. In these aspects, also, the proximity to the principle of *freedom of association* is remarkable: *pluralism* (which does not deny the possibility of unity, or even of monopoly freely constituted) is a condition of legitimacy in terms of *freedom of association* (CFA 315, 316 and ff, 323¹⁰). The right to start a conflict and even to articulate direct action, i.e., the right to strike (CFA 520 ff)—are deep-rooted conditions of the exercise of *freedom of association*.¹¹

10. In 323, the Committee of Freedom of Association states that although Convention 87 does not make trade-union pluralism mandatory, it requires at least that diversity must be possible (ILO, 2006).

11. Which speaks to the theoretical and conceptual weakness—without prejudice of its political strength—of the position assumed by the employers at

On the other hand, the theoretical description of *neo-corporatism* presupposes a parliamentary representation environment, consistent with the principles of liberal pluralism; *freedom of association*, at least as defined in the scope of the ILO, has been built in a context of international multilaterality with a wide diversity of political models, so it is not possible to expect an analogous definition from it. In this field, nevertheless, a clear stipulation implicitly superposed on this definition has been effectively expressed, as stated in the resolution of the International Labour Conference on trade unions rights and their relation to civil liberties (1970), and subsequently confirmed by multiple decisions of the supervisory bodies of the ILO: it is not possible to speak of *freedom of association* where civil liberties, especially those stated in the Universal Declaration of Human Rights and in the International Covenant on Civil and Political Rights, are not guaranteed. These liberties are the right to liberty, life, safety, and physical and moral integrity of the person, the protection against arbitrary arrest and detention, the right to freedom of opinion and expression and to freedom of assembly, the right to due process by independent and impartial courts, the protection of trade union rights of ownership and, in more specific approaches, to various particular manifestations of these rights (see, for example, CFA 30/208).

As stated above, *neo-corporatism* also requires some levels of organizational *centralization* and some *concentration* in the exercise of power (Lehmbruch, 1979 and 1982); both of them are compatible with this political scheme only when they are the product of a spontaneous process of pluralist competition (Cawson, 1985). Once again, the requirements of *freedom of association* are reasonably aligned with the *neo-corporatist* scheme: the concepts of unity, centralization, and concentration are perfectly compatible with freedom of association provided that they are the result of free will at the

the International Labour Conference (June 2012) in favour of striking down the criteria of the ILO supervisory bodies that recognize the right to strike as an unavoidable corollary of the principle of freedom of association under the terms of Convention 87.

shop-floor levels and their leaders, and not imposed by the government or by the law.¹²

Although, as we saw above, the basic distinction used as a starting point for this inquiry is the product of multiple and convergent approaches, we will continue to follow Schmitter (1974) in order to consider the *neo-corporatist* model from the perspective of *freedom of association*. The reason for this option is that after defining the *corporatist* type in “neutral” terms (although in that very document these neutral terms are said to be inadequate), he starts immediately to examine the characteristics that determine the *corporatist* type, in order to identify the criterion that enters into the definition of each one, and completes them by identifying corporatism in its *state and societal* “models” respectively. We have said before and we reiterate now that the *state* “model” is contrary to the idea of *freedom of association*¹³; it is necessary to see how the *societal or neo-corporatist* model, in Schmitter’s perspective, relates to the criteria that define the principle of *freedom of association*, although these criteria are not always, or necessarily, fulfilled.

-
12. Although *pluralism* is the antithesis of what we are considering here, it may be necessary to indicate that the concept also recognizes state or societal variants. As clearly described (Schmitter, 1979) pluralism, expressed in multiple associations, superimposed structures, autonomous organizations, and not monopolistic representations, can be the product of undeliberate social or economic trends, of slow incremental changes, of a certain cultural continuity, and of the gradual rise of a pluralistic conscience or a growing respect for constitutional freedoms by the authorities. It can also be the deliberate product of governmental action that seeks to extend the number of interest spheres (following the classic expression “divide et impera” by means of multiple and superimposed associations that are reciprocally in competition. The latter kind of pluralism, *state pluralism*, therefore, corresponds to the manifestations of *decentralization* imposed by laws and governments (which have been frequent in Latin America) and, as an authoritarian phenomena, they are also contrary to the principles of *freedom of association* (Goldin, 2007:6).
13. The limitations to the power of state intervention—of the law, of the administration—are an almost defining attribute of the principle of *freedom of association*. It will be clearly seen in section II, when the decisions of the Committee on Freedom of Association will be reviewed to “measure” in terms of freedom of association the distinguishing features of *corporatism/neo-corporatism*.

In a later study (Schmitter, 1982), the author argues that when compared to the prevailing *pluralist* logic, the interest organizations of Western democratic political life have the following features: representational monopolies exist and are important to explain political behaviour; hierarchies are settled between associations and membership in them is not always voluntary; associations of interest are not just passive recipients of their members' interests but also play an active role in shaping these interests; they are not limited to representing the members but also govern their behaviour; the state is a constitutive element that often defines, distorts, encourages, regulates, permits, or suppresses the associations' activities; associations are not always simple autonomous entities that put pressure on the state and seek access to it, but are also usually brought to exert, through institutional channels, a co-responsibility in the shaping of public policies, without prejudice to putting them into practice.

Consistently with these features, we must remember the "neutral" definition of Schmitter (1974), who said that corporatism is *a system of interest representation in which the constituent units are organized into a limited number of singular, compulsory, uncompetitive, hierarchically ordered and functionally differentiated categories, recognized or licensed (when not created) by the State, which ensures them a certain representative monopoly within their respective categories in exchange for tolerating the practice of certain controls in the selection of leaders and the articulation of some demands and supports*. We will follow Schmitter in further delineation of the boundaries *within every defining element*. It is easy to see that the distinctive excluding axis passes through the way in which the state intervenes in the constitution of these elements; our task is to pass through the sieve of *freedom of association* the constituent alternative criteria that define a model considered to be *neo-corporatist*. To do so, we will use the wide range of opinions expressed in the reports of the Committee on Freedom of Association of the ILO, included in the Digest of its decisions and principles, issued in 2006.¹⁴

14. There are certainly other defining sources that *authentically* express the development of the principle in the context of the ILO, such as the collection of decisions of the Committee of Experts on the Application of

We will now follow Schmitter in that endeavour:

- a. *A limited number of categories*: that limitation may be due to an inter-associational arrangement process, to “political cartels” conceived by the participants in order to exclude newcomers, or to a deliberate imposed government restriction. Schmitter suggests that the *inter-associational arrangement* or the “*political cartels*” integrated by the participants are consistent with the *neo-corporatist* model, while the *government’s deliberate imposition of restrictions* expresses the purely *state corporatism* model. From the perspective of *freedom of association*, union and employer structures—and, therefore, the indication of the relevant categories—must be the product of worker and employer autonomy, and not of a definition imposed by the government (CLS 333 and ff). Inter-associational arrangements and political cartels intrinsically define the *neo-corporatist* model in the construction of that limitation; their compatibility with *freedom of association* depends on the fact that this construction, which implies agreements or formation of cartels, does not involve restrictions other than those due to the factually summoning, dissuasive or excluding capacity of those who reach the arrangements and, therefore, *does not materially prevent the formation of other entities, or the right to join them*.
- b. *Singular*, by spontaneous co-optation, by competitive elimination of multiple or parallel associations, or by state-imposed eradication. Clearly, spontaneous co-optation or competitive elimination contribute to shape the *neo-corporatist* model, whereas eradication imposed by the state is precisely a manifestation of *state corporatism*. The criterion almost overlaps with the one proposed by *freedom of association*: eradication by the state (*state corporatism*) is also frankly incompatible

Conventions and Recommendations and their General Reports, and numerous decisions of the Committee on the Application of Standards of the International Labour Conference. It has not seemed to me indispensable to record them for this paper, since there are no significant discrepancies between these three decisive sources.

with the principle of *freedom of association* (CFA 313, 314 and ff); spontaneous co-optation or elimination through a competitive process without state intervention satisfies this principle: *trade union unity is not the issue, but rather the unity imposed by the state* (CFA 319, 320 and 321).

- c. *Compulsory*: if the obligation to belong to a trade union has been imposed by the labour code or by another way of using state authority, we are in the presence of *state corporatism*. If, on the contrary, membership is derived from some kind of social pressure, from the supplying of essential services, or from the supervision of contractual duties, we would come closer to the *societal or neo-corporatist* model. In terms of *freedom of association*, so-called “union clauses,” which tend to impose membership in a certain organization, must be immediately considered. This issue was deliberately omitted in the text of Convention 87 but became, through the work of the ILO supervisory bodies, a differentiating criterion consistent with the definition of the *neo-corporatist* “model”: if these clauses are imposed by law (i.e., by the state) they are contrary to that convention; if they are introduced through collective agreement, they acquire legitimacy and validity (CFA 366). Their eligibility has been deferred to the decision of the ratifying states, provided they do not serve to set up a system of trade union monopoly. Even if they are written into a collective agreement (and, therefore, a product of autonomy), when membership in a certain trade union is necessary to get a job, that agreement should not set unreasonable requirements for membership (CFA 368). If a trade union is given the exclusive power to provide workers with essential services, this power may conspire against *freedom of association* in some situations. It is stated in CFA 516 that the possibility of entrusting trade unions with social security management and control of social law enforcement is not contrary to *freedom of association*, provided that it does not result in a violation of the free exercise of union rights; a violation does result if the trade unions make discriminatory use of available social

security funds in order to compel workers to sign up, or if union independence is in any way endangered.

The right of a trade union to represent workers who do not belong to it is mentioned in a study (Collier and Collier, 1998) as a manifestation of compulsory membership. From the perspective of labour law and labour relations, this right does not imply mandatory union membership—and is not judged as such—but rather the empowerment of a trade union to represent a category or professional group. The compatibility of this right with *freedom of association* depends on other considerations, in this case, whether it is appropriate for the union to have this power of representation (see below paragraphs d. and h.).

- d. The *non-competitive* feature may be a product of state mediation, arbitration, repression, oligarchic tendencies, or voluntary agreements between associations. In the case of state repression, there is no doubt that we are dealing with a form of *state corporatism* and also a construct that is clearly in contradiction with the principles of *freedom of association*. From this logic, nothing prevents—on the contrary, it can be considered valuable or at least legitimate—the state from encouraging, promoting, and stimulating trade union unity via, for example, a legal regime of the most representative unions that gives a trade union exclusive control over certain representative functions. But that unity is legitimate only if this exclusive control is established or provided by a truly independent agency; the ILO supervisory bodies understand that labour ministries and other state bodies do not comply with this requirement (CFA 351, 969 and ff, as 628, 613, and 932). Another condition is that this adjudication, which preserves a trade union from competition, must give the beneficiary only some union powers and not all of them,¹⁵ since to

15. They are identified as relevant, by way of example but also in a restrictive way: collective bargaining; representation in public bodies with participation by employer and worker organizations (this being the typical corporatist set-up); and international representation (CFA 346 and ff.).

deprive other organizations of a large number of union powers (other than the ones that seem to be appropriate, and mentioned above by way of example) can discourage workers or employers from joining them. It might be inferred from these statements *that the system of collective labour relations, and the standard of freedom of association that imposes its framework, makes certain “concessions” to corporatism and brings about a regime that operates within these parameters and complies with its limits to establish itself as a manifestation of neo-corporatism or societal corporatism.* It goes without saying, finally, that the non-competitive feature resulting from oligarchic tendencies or voluntary agreements between associations (while they do not imply exercises of force that discourage spontaneity or the expression of consensus), would endow the construct with a *neo-corporatist* dimension not incompatible, in addition, with the principle of *freedom of association*.

- e. *Hierarchically ordered*, which may result from state-imposed centralization and administrative dependence—which is a form of *state corporatism* clearly contrary to the principle of *freedom of association*—or may result from development processes or the spontaneous and autonomous consolidation of bureaucratic organizations. The latter are consistent with *freedom of association*, even when such freedom requires further conditions of legitimacy, e.g., the formation of a union should not require prior authorization from a trade union confederation to be registered (CFA 299¹⁶). It goes without saying that this autonomy from hierarchical interference is also specific to the previously mentioned freedom in the creation of the union structure, as stated in CFA 333 and ff.
- f. *Functionally differentiated*, through the framing of state-established professional categories, which is a form of *state corporatism* and incompatible, therefore, with *freedom of association* or, by contrast, through voluntary and autonomous

16. Unless, of course, the first-level entity voluntarily joins the trade-union confederation and voluntarily submits to its rules.

agreements on the respective areas of representation. Once again, this is about the design of the organizational structure, which should be the exclusive responsibility of workers, employers, and their respective leaders (CFA 333 and ff). It may be that through these autonomous options (which are the basis for assigning the fields or areas of activity of each individual) the plurality of subjects in a coincident sphere leads to strategies for selecting the most representative ones, in order to exclusively assign some powers. In terms of *freedom of association*, the legitimacy of this hypothesis is subject to some conditions, as described in d.

- g. *State recognition*, as an authorization for the formation and activity of the associations, which suggests a form of *state corporatism* that is not consistent with the principles of *freedom of association* (as stated in CFA 273, 294 and ff.), or as a mere registration that may be seen as a way to advertise and establish the union, thus helping it to perform and act. This would be a form of *neo-corporatism*.
- h. *Existence of a representative monopoly*, which may be state-imposed or independently appropriated and/or established by a trade union. The first situation typifies *state corporatism* and is contrary to *freedom of association* standards (CFA, 316, 317, 319, 320, 321, and 328). The unity and consequent monopoly created by the autonomous action at the shop-floor levels and by their leaders should not be condemned as a violation of *freedom of association* and facilitates representation and consultation in *neo-corporatist* contexts; as stated before, the actual issue is not trade union unity, but rather the legal or administrative imposition of such unity (as the CFA 332 says, public authorities should respect trade union unity that workers have voluntarily established and which is therefore appropriate for *neo-corporatist* exchange. More explicitly, the CFA also calls for a distinction between union security clauses *allowed* by law and those *imposed* by law, because only the latter seem to result in a system of trade-union monopoly contrary to the principles of *freedom of association*. And as

stated in CFA 346, discussed above, the resulting monopoly by the most representative union is valid only as long as it allows the real and active survival of alternative trade unions; it is thus necessary to limit the exclusive powers of the most representative union. This legitimate relative monopoly must be determined objectively (CFA 347 and 348), be founded on factors that are not liable to bias or abuse, be recognized by an independent body (CFA 351), and not influence unduly the workers' choice of the organization that they wish to join (CFA 355). Minority trade unions should be able to perform their activities, to speak on behalf of their members, and to represent them for individual claims (CFA 359). Indeed, ILO supervisory bodies have a strong aversion to granting any trade union a monopoly that prohibits competition from all others (CFA 314, 316, 317).

Strictly speaking, a bilateral monopoly is not an ineluctable necessity, even if some thresholds of *centralization and concentration* are at least required (Grossi and Dos Santos, 1987), like those that the principles of freedom of association allow in a “neo-corporatist concession,” as we have seen in this section and in previous ones. Without a significant degree of internal democracy—also a derivative of *freedom of association*¹⁷—it is doubtful that *neo-corporatist* arrangements can be sustainable.¹⁸

-
17. It is necessary to have the full enjoyment of the right of *freedom of association* and, in particular, of the right of “workers and employers, without distinction and without previous authorisation... to establish and to join organizations of their own choosing... “(Convention 87, Art. 1) to ensure participatory and democratic union management; since the freedom to form other unions is guaranteed, if a certain entity is no longer sufficiently democratic, the formation of others unions is encouraged.
 18. A significant degree of internal democracy in the sectoral representative groups is necessary for people to work together toward a common cause. The representativeness of those who set up the arrangements will determine whether the covenants are honoured, and the fragility of the latter is proved when some sectors that are not part of the negotiations are affected (Grossi, M. and M. Dos Santos, 1987). The shop-floor levels do not consider the agreements as an expression of their true interests—the outcomes of

- i. In the area of the *controls applied for the selection and articulation of interests*, if they are an asymmetric state imposition, they are therefore typical of *state corporatism* and, moreover, in contradiction with the principles of *freedom of association*, whereas if they result from a reciprocal agreement about procedures or aims, they do not affect *freedom of association* and correspond to the *neo-corporatist* model. Against such asymmetric state imposition, the CFA 390 states that worker and employer organizations are the ones that have to set the conditions for electing their leaders, and that the authorities should refrain from any undue interference in the exercise of this right; in 391 it is added that the state should refrain from involvement in both the conduct of elections and the eligibility of applicants.¹⁹ In 433, the CFA says that the appointment of members to executive committees by state authorities is an interference in union affairs incompatible with Convention 87 of the ILO. In the particular matter of the conditions of eligibility for leadership of worker and employer associations, CFA 405 stipulates that they should be left to the discretion of the statutes of the associations. In the same vein—restrictions on state intervention—CFA 683 states that the dissolution of a trade union by administrative channels is considered a serious violation of the principles of *freedom of association*; CFA 685 and ff. specify that the cancellation or exclusion of union registration by the Registrar of Trade Unions is equivalent to suspension or dissolution by administrative channels. More generally, on the subject of state intervention in a trade union, CFA 449 has drawn attention to the importance attributed to the principle that public authorities should refrain from any interference that would restrict the right of worker organizations to freely choose their representatives and organize their administration and activities. In relation to the internal activities of the organizations, the power of labour ministers

the consultation are not “their” outcomes—and so they tend to withdraw their support and no longer guarantee their sustainability over time.

19. See, in the same vein, CFA 429.

to investigate the internal affairs of a trade union is considered contrary to *freedom of association*. As such power is not congruous with the right of trade unions to organize their administration and activities, public authorities must refrain from any interference that would restrict this right (CFA 461).

Freedom of association also implies financial independence, so it is important to guarantee that organizations are financially supported in ways that are not submitted to the discretion of public authorities (CFA 466). Correspondingly, any power given to the authorities to restrict the freedom of a trade union to administrate and invest its own funds (always for legitimate and normal union purposes) would be incompatible with the principles of *freedom of association* (CFA 485). Regarding the control of union funds in particular, CFA 490 has said that if the authorities have the discretionary power to inspect and to request information at any time, there is a danger of interference in the administration of trade unions.

|||| 3. CONNECTIONS AND CONCLUSIONS

As shown in the previous paragraphs, we must add to the question about the limits of state intervention, so that it does not become incompatible with the system of liberal democracy. We must add the condition of its compatibility with *freedom of association*. The above description of these limits shows that the principle of *freedom of association in no way implies an absence or absolute abstention of the state* and, therefore, that the processes of tripartite consultation in which the latter participates together with trade unions and employers—and which is, under certain conditions, the fullest manifestation of *neo-corporatism*—are perfectly compatible with *freedom of association*. This freedom is guaranteed when the concertation process ensures full independence for both employer and worker organizations—it is precisely because of this autonomy that *neo-corporatism* has been described as “*autonomous and pervasive*” (Collier and Collier, 1998) as it explores areas otherwise reserved to the powers of the state—and when state intervention in the

configuration of actors is limited to stimulate, promote, facilitate, and encourage their criteria of action without invading their spaces of autonomy, defined and preserved by the supervisory bodies (see their interventions in the preceding paragraphs). It could be argued therefore that the question that categorizes *neo-corporatism* and, within it, its compliance with the principles of *freedom of association*, is not about the state's presence or absence in absolute terms, but about its criteria of action. As seen before, these criteria imply *state corporatism* when the articulation of the actors with the state apparatus affirms the state's position as an *intermediary*, and *societal, liberal or democratic corporatism*, when the representation is based on the articulation of each actor with the social group represented by the actor, instituting the *representative leader* as a central figure (Marques-Pereira, 1999). In other words, the difference is between the creation of a regime that violates the principles of freedom and the creation of one that observes them.

Other *corporatism*-related typologies can also be evaluated in terms of *freedom of association*. Thus, *statizing corporatism* is close, by definition, to *state corporatism* and is therefore inconsistent with the principle of *freedom of association*, while *privatizing corporatism*—is more consistent but not always, see above in I. 3—with *neo-corporatism* and with *freedom of association*. In turn, *inclusionary corporatism* can be kept within the limits of *freedom of association* if, in the framework of the societal model just considered, it respects the autonomy of private actors and does not use the system to exercise a control not tolerated by the system of liberties. *Exclusionary corporatism*, by implicitly restricting the exercise of sectoral demands, is certainly illegitimate from the perspective of *freedom of association*.

There remains, finally, *populist corporatism*, which we imagine at one end of a continuum that has the *social-democratic* model at the other end; according to our perception, the compatibility of *populism* with the *neo-corporatist* model, and with the principle of *freedom of association*, depends on whether it is on one side or the other side of a cut-off point for fulfilment of the descriptive requirements of *neo-corporatism* and the prescriptive requirements of *freedom of*

association, particularly with respect to observance of the autonomy of private actors.

In this context, it is probable that the principles of *freedom of association*, in addition to their deontic value itself, can be used as a descriptive category that helps us to recognize the presence and legitimacy of the *neo-corporatist model* and its variants, and to find where the point is at which the intervention of a state that wishes to reduce the plurality of interests and to facilitate certain monopolistic tendencies in worker and employer representation becomes divorced from liberal and democratic logic.

It could be inferred from these qualifications, as anticipated above, that the system of collective labour relations and the standard of *freedom of association* that imposes its context make certain “concessions” to *corporatism* and enable a regime that operates within these parameters and complies with its limits to establish itself as a form of *neo-corporatism* or liberal corporatism that is compatible with that principle. It seems, in fact, that *freedom of association* leaves spaces more than favourable for the exercise of *neo-corporatist* action; there is in *freedom of association* some “realism” that accepts the promotion of the unity, though not its imposition. *Freedom of association is neither dogmatic nor exclusive, as evidenced by the force of the figure of the most representative trade union (949/955), the conditions of demonstration of representativeness (964 and ff.), the extraordinary granting of power to negotiate on behalf of the collective interest of a whole professional category, the recognition of the erga omnes effect when the agreements have been concluded by the most representative union (346/359), the tolerance of union security clauses as long as they are not imposed by law (363 / 368), and the establishment of federative rights (710/768).*

In conclusion, I believe it is legitimate to confirm—as suggested as a hypothesis at the beginning of the previous section—that when *corporatist* issues are examined from the perspective of *freedom of association*, it seems clear and even self-evident that *state corporatism* is by definition far from its principles and criteria and, on the other hand, that *neo-corporatism (or liberal or democratic corporatism)* has a wide proclivity to be consistent with them. Nevertheless, the

previous analysis leads me to admit as a possibility that a *neo-corporatist* construct should collide with some of the requirements of that principle of freedom; the *freedom of association* factor goes through so vast and idiosyncratic issues that it does not seem possible to me to draw exact boundaries between these two categories of political science. From this perspective, the deontic criteria of *freedom of association* would not be necessarily decisive for the recognition of those categories but they are robust and extremely useful elements for carrying out this descriptive task, and they are also highly relevant to add to *neo-corporatism*—a phenomenon rather widespread in societies that are post-liberal welfare states and that exist within advanced, organized and democratic capitalism (Schmitter, 1974)²⁰—a condition of legitimacy that flows from what the universal legal understanding in this matter²¹ seems to express.

|||| BIBLIOGRAPHY

- Beyme, Klaus von, “Neo-Corporatism: A New Nut in an Old Shell?” (1983) 4:2 *International Political Science Review / Revue internationale de science politique* 173.
- Cawson, Allan, “Introduction. Varieties of Corporatism: The Importance of the Meso-Level of Interest Intermediation” in Alan Cawson, ed., *Organized Interests and the State: Studies in Meso Corporatism* (London: Sage, 1985) 1.
- Coleman, William D, “State Corporatism as a Sectoral Phenomenon: the Case of the Quebec Construction Industry” in Alan Cawson, ed., *Organized Interests and the State: Studies in Meso Corporatism* (London: Sage, 1985) 106.

20. Oscar Ermida Uriarte, whom we want here to pay a very heartfelt tribute, described *freedom of association*, in a posthumous work, as a “constitutive element of democracy,” recalling that “it is common to mention the “trade-union test” of democracy, in which the recognition of freedom of association is used as an indicator of democracy” (Ermida, 2012).

21. In the matter of freedom of association, this legal understanding has a voice in the opinions of the supervisory bodies of the ILO, which have been used for this analysis.

- Collier, David, "Trajectory of a Concept "Corporatism" in the Study of Latin American Politics", in Peter H. Smith, ed., *Latin America in Comparative Perspective* (Boulder: Westview, 1995) 135.
- Collier, David and Ruth Berins Collier, "Quién hace qué, a quién y cómo. Hacia un análisis comparativo del corporativismo latinoamericano", in Jorge Lanzaro et al, eds, *El fin del Siglo del corporativismo* (Caracas: Nueva Sociedad, 1998) 169.
- Doctor, Mahrukh, "Lula's Development Council: Neo-Corporatism and Policy Reform in Brazi" (2007) 34:6 *Latin American Perspectives* 131.
- Goldin, Adrián, "Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina" (International Institute for Labour Studies, ILO: Geneva, 2007), DP/173/2007.
- Grossi, M and M Dos Santos, "La concertación social. Una perspectiva sobre instrumentos de regulación económico-social en procesos de democratización", in M Santos, ed., *Concertación político-social y modernización* (Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 1987).
- Lanzaro, Jorge "El fin del siglo del corporativismo" in Jorge Lanzaro et al, eds, *El fin del Siglo del corporativismo* (Caracas: Nueva Sociedad, 1998) 9.
- Lehmbruch, Gerhard, "Liberal Corporatism and Party Government" in Philippe C Schmitter and Gerhard Lehmbruch, eds, *Trends Toward Corporatist Intermediation*, (Beverly Hills: Sage, 1979) 147.
- Lehmbruch, Gerhard, "Introduction: Neo-Corporatism in Comparative Perspective" in Philippe C Schmitter and Gerhard Lehmbruch, eds, *Patterns of Corporatist Policy-Making* (Beverly Hills: Sage, 1982) 7.
- Malloy, James M, "Authoritarianism and Corporatism in Latin America: the Modal Pattern" in James M Malloy, ed., *Authoritarianism and Corporatism in Latin America* (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1979) 3.
- Marques-Pereira, Berengere, "Corporativismo societal y corporativismo de Estado: Dos modos de intercambio político" (1999) 39:1 *Foro Internacional* 93.
- O'Donnell, Guillermo A, *Modernization and Bureaucratic-Authoritarianism: Studies in South American Politics* (Berkeley; University of California, Institute of International Studies, 1973).

- O'Donnell, and Guillermo A “Acerca del corporativismo y la cuestión del Estado” in Jorge Lanzaro et al, eds, *El fin del Siglo del corporativismo* (Caracas: Nueva Sociedad, 1998) 121.
- Ortega Riquelme, and Juan Manuel, “Sobre el desarrollo de la teoría del neocorporativismo” (1997) 59:4 *Revista Mexicana de Sociología* 31.
- Panitch, Leo, “The Development of Corporatism in Liberal Democracies”, in Philippe C Schmitter and Gerhard Lehbruch, eds, *Trends Toward Corporatist Intermediation* (Beverly Hills: Sage, 1979) 7.
- Perez Yruela, Manuel and Salvador Giner, “Corporatismo; el estado de la cuestión” (1985) 31 REIS 9.
- Ruffat, Michèle (1987) “À quoi sert le néocorporatisme?” (1987) 13:13 *Vingtième Siècle, Revue d'histoire* 94.
- Schmitter, Philippe C, “Still the Century of Corporatism” (1974) 36 *The Review of Politics* 85, reproduced in Philippe C Schmitter and Gerhard Lehbruch, eds, *Trends Toward Corporatist Intermediation* (Beverly Hills: Sage, 1979) 7.
- Schmitter, Philippe C, “Modes of Interest Intermediation and Models of Societal Change in Western Europe” in Philippe C Schmitter and Gerhard Lehbruch, eds, *Trends Toward Corporatist Intermediation* (Beverly Hills: Sage, 1979) 63.
- Schmitter, Philippe C, “Reflections on Where the Theory of Neo-Corporatism Has Gone and Where the Praxis of Neo-Corporatism May Be Going” in Philippe C Schmitter and Gerhard Lehbruch, eds, *Patterns of Corporatist Policy-Making* (Beverly Hills: Sage, 1982) 259.
- Schmitter, Philippe C, “Neocorporativismo y Estado” (1985) 31 REIS 47.
- Solé, Carlota, “El debate corporativismo –neocorporativismo” (1984) 26 REIS 9.
- Streeck, Wolfgang and Lane Kenworthy, “Theories and Practices of Neocorporatism” in Thomas Janoski, Robert R Alford, Alexander M Hicks and Mildred A Schwartz, eds, *The Handbook of Political Sociology: States, Civil Societies and Globalization* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) 7.
- Trebilcock, Anne, “Structural Adjustment and Tripartite Consultation” (1996) 9:1 *International Journal of Public Sector Management* 5.



LE SYNDICAT OBLIGATOIRE AU QUÉBEC : UNE CONTRAINTE INDIVIDUELLE À LA FAVEUR DE L'AUTONOMIE COLLECTIVE

Pierre Verge*, **Christian Brunelle,**
Anne-Marie Laflamme et Dominic Roux

* Une première version de ce texte a été écrite par le professeur Verge, au début de l'année 2012, sans qu'elle ne puisse être complètement achevée. Avec son accord, ses trois collègues et amis travaillistes de la Faculté de droit de l'Université Laval – les professeurs Brunelle, Laflamme et Roux – l'ont légèrement remaniée, actualisée et enrichie de quelques références additionnelles, en vue de permettre sa publication. Ce travail de révision, effectué à l'été 2013, a été guidé essentiellement par le souci de préserver l'esprit de la version initiale et la pensée originale du professeur Verge. À la manière de l'artiste appelé à restaurer le tableau d'un grand maître, ses collègues auront surtout cherché à faire jaillir son opinion plutôt qu'à y apporter des nuances susceptibles de mieux refléter leurs points de vue personnels respectifs – et parfois divergents – à l'égard du sujet traité. Cela étant, il s'agit ici de l'ultime publication scientifique du professeur Verge et ses collègues sont honorés d'y être associés. Les auteurs remercient l'étudiant Bernard Mailloux qui les a remarquablement assistés dans le repérage des sources doctrinales et jurisprudentielles grâce au soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines (CRSH) du Canada.

IIII INTRODUCTION

Être tenu d'être membre du syndicat signataire de la convention collective pour avoir droit au travail dont elle régit les conditions est-il légalement admissible? Si la question n'est pas nouvelle (Beaulieu, 1955: 413 et ss)¹, elle continue de soulever les passions parce qu'elle met en cause une certaine conception de la liberté individuelle et, plus fondamentalement, la possibilité même de travailler (Dion, 1960; Roux, 2005: 239 et ss)².

La pratique de négociation qui consiste, pour le syndicat, à revendiquer des clauses dites de sécurité syndicale a des origines lointaines dans l'histoire du syndicalisme mais elle demeure toujours bien vivante. Ainsi, au Québec, l'atelier syndical *parfait* – s'il s'impose indistinctement à tous les salariés – ou *imparfait* – s'il ne s'applique pas aux salariés non membres du syndicat au moment de la signature de l'entente – est consacré dans près de 89 % des conventions collectives déposées au ministère du Travail (Gouvernement du Québec, 2014: 29 [tableau B-01]), conformément à la loi³. Cette proportion paraît incidemment comparable à celle déjà observée à l'aube des années 1950⁴.

D'aucuns peuvent s'étonner de la vitalité de cette pratique dans le contexte actuel. De fait, l'obligation légale imposée à l'employeur de prélever la cotisation syndicale sur la paie de chaque salarié, qu'il soit membre ou non du syndicat, afin de la remettre au syndicat⁵ – exigence mieux connue sous le nom de « formule Rand »

-
1. *Convention collective – Sécurité syndicale*, 2^e Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Département des relations industrielles de la Faculté des sciences sociales de l'Université Laval, 1947.
 2. *Seafarer's International Union of North America (Canadian District) c. Stern*, [1961] R.C.S. 682, p. 692 (j. Fauteux, citant avec approbation le juge Rand dans l'arrêt *Orchard c. Tunney*, [1957] R.C. S. 436, p. 446).
 3. Art. 72 du *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27 (ci-après: « C.t. »).
 4. Une étude menée auprès de 1823 établissements industriels québécois et conclue en 1949 a révélé qu'il y avait présence de clauses de sécurité syndicale dans 90,3 % des cas: Gérard Dion, « Sécurité syndicale dans la province de Québec » (1949) 4:5 *Bulletin des relations industrielles* 48-49.
 5. Art. 47 C.t.; Art. 70(1) du *Code canadien du travail*, L.R.C., ch. L-2 (ci-après: « C.c.t. »).

(Dion, 1975 ; Kaplan, 2011) ou précompte syndical (Verge et Murray, 1991 : 186) – assure une certaine sécurité financière aux organisations syndicales (Coutu, Fontaine, Marceau et Coiquaud, 2013 : 466 et 641). Pour ceux-là qui épousent une perspective purement économique, cette mesure législative devrait suffire pour assurer la viabilité des syndicats, sans qu'ils soient autorisés à négocier, en plus, des clauses par lesquelles l'adhésion au syndicat devient obligatoire comme condition d'emploi (Fortin et Kelly-Gagnon, 2011). Qui plus est, pour les salariés « dissidents », l'atelier syndical conventionnel rend plus difficile le remplacement de l'association accréditée par une autre ou la révocation pure et simple de l'accréditation⁶. Se trouveraient alors heurtés, de plein fouet, la liberté de choix individuelle, voire l'idéal démocratique que traduit manifestement le caractère d'ordre public des périodes de maraudage syndical⁷. Quant à l'employeur qui cherche à retrouver le plein pouvoir d'imposer les conditions de travail, l'atelier syndical peut aussi faire obstacle à toute démarche de sa part visant à obtenir la révocation de l'accréditation. En somme, pour ses détracteurs, cette pratique favoriserait « la dictature du syndicat unique et éternel, ferment trop souvent d'une perversion du syndicalisme⁸ ».

Un coup d'œil au rétroviseur permet cependant de constater qu'une telle vision passe à la trappe d'autres objectifs importants qui sous-tendent les clauses de sécurité syndicale. Si la sécurité financière facilite l'existence des syndicats, elle ne leur offre pas pour autant « l'assurance de continuer d'exister » (Dion, 1945). De telles clauses contribuent ainsi à ce que le syndicat obtienne une certaine reconnaissance par l'employeur, certes, mais aussi par les salariés eux-mêmes (Coutu, Fontaine, Marceau et Coiquaud, 2013 : 642) et, plus généralement, par l'opinion publique⁹. Elles permettent, en outre, de contrer « l'inertie » (Morin, 1961 : 475) ou « le désintéressement de

6. Art. 41 C.t.; art. 38 et suiv. C.c.t.

7. Art. 22 C.t.; art. 24 (2) C.c.t.

8. *Lefort c. Syndicat canadien de la fonction publique, local 3247*, [1993] T.T. 346, p. 366 (j. Brière).

9. Ce sont les « moyens psychologiques » qu'évoque Jacques Archambault, « Liberté et sécurité syndicales » (1950) 5:6 *Bulletin des relations industrielles* 55.

certains salariés du groupe» (Morin, Brière, Roux et Villaggi, 2010 : 979 [para IV-20]) et même, possiblement, de combattre certaines pratiques antisyndicales (Gardner, 2006 : 324).

Si le passé peut assurément nous éclairer sur les fondements des clauses de sécurité syndicale, nous n'entendons pas revenir sur d'anciens débats péniblement résolus, notamment la question de savoir si l'atelier syndical se qualifie, ou non, comme une « condition de travail » pouvant légalement figurer dans la convention collective (Morin, Brière, Roux et Villaggi, 2010 : 979-984 [paras IV-21 et IV-22]). Nous souhaitons plutôt aborder le sujet sous un angle plus contemporain : celui d'une certaine tension entre, d'une part, l'autonomie *individuelle* du salarié et sa quête d'épanouissement *personnel* et d'égalité – qu'accentue l'enchâssement des libertés fondamentales de la personne et du principe de non-discrimination dans les chartes des droits – et, d'autre part, l'action du syndicat, collective par nature.

Nous verrons que l'atelier syndical est un prolongement naturel, un corollaire de la nature associative et, partant, collective de la formule syndicale (1.). Cela étant, le respect dû à l'autonomie de l'individu et à ses convictions peut en limiter la portée (2.).

|||| 1. LE SYNDICAT OBLIGATOIRE, PROLONGEMENT DE LA FORMULE SYNDICALE

La nature même de la formule syndicale (1.1) explique des positions doctrinales et jurisprudentielles favorables à la légalité du syndicat obligatoire. Cette légalité s'infère du lien pour ainsi dire symbiotique que l'adhésion au syndicat entretient avec l'action collective promue par la formule syndicale (1.2).

|||| 1.1 Nature de la formule syndicale

Le rapport de travail est, dans sa réalité, inégalitaire ; l'égalité du contrat de travail qui la traduit, n'est que formelle entre l'employeur

et le salarié¹⁰. La propriété des instruments de production amène le premier à exercer son pouvoir sur le second, qui dépend de l'aliénation de sa capacité de travail pour sa subsistance. Le redressement de cette inégalité peut s'opérer par le regroupement de la force de travail des salariés¹¹ dont l'employeur, cette fois, dépend. Cette force de travail, *collective*, se manifeste dans la possibilité de son retrait : l'action de grève. Pour que celle-ci soit véritablement efficace, elle doit rejoindre l'ensemble d'un milieu de travail. De là l'importance, pour son instigateur, d'exercer une certaine emprise sur ce milieu et de pouvoir compter sur l'acceptation, par les salariés, de son autorité sur le travail en cause. Ne peuvent travailler dans ce milieu, que les salariés qui sont membres du syndicat, résultat qui s'obtient naturellement par la persuasion, plus ou moins forcée selon le cas. C'est dans ce contexte que le syndicalisme a pu s'implanter au pays, en particulier à la fin du XIX^e siècle et durant les premières décennies du siècle dernier (Verge, Trudeau et Vallée, 2006 : 33 et ss).

Au Québec, la jurisprudence a bien fait voir l'importance, pour le syndicat, d'exercer un contrôle sur le milieu de travail et d'obliger ainsi les travailleurs à y adhérer pour pouvoir avoir part au travail en cause¹². En définitive, l'atelier syndical, quand ce n'est pas l'atelier fermé – lequel impose à l'employeur de ne recruter que des membres du syndicat – s'impose tout naturellement. Il participe ainsi de la nature du regroupement syndical quand celui-ci ne bénéficie alors pas encore d'une reconnaissance législative.

10. *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391 (j. McLachlin et LeBel, par. 84) (ci-après « *Health Services* »).

11. Voir dans le même sens : *Cabiakman c. Industrielle Alliance, compagnie d'assurance sur la vie*, [2004] 3 R.C.S. 195, par. 28 et 56 (j. LeBel et Fish). En doctrine, voir notamment : Hugo Sinzheimer, « La théorie des sources et le droit ouvrier », dans *Le problème des sources en droit positif, Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1934, p. 73 ; Gérard Lyon-Caen, « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail » (1951) *Droit ouvrier* 1 ; Pierre Verge et Guylaine Vallée, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1997, p. 13 et ss.

12. *Perreault c. Gauthier*, (1897-1898) 28 R.C.S. 241.

Cet apport législatif devait être le fait des législateurs canadiens au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Le nouveau contexte les amène à miser sur l'action syndicale unifiée. Le régime du syndicat accrédité, selon le *Code du travail*¹³ québécois, ou celui de l'agent négociateur, selon le *Code canadien du travail*¹⁴, reprend l'idée que le syndicat majoritaire dans l'unité de négociation doit être le représentant exclusif, aux fins des rapports collectifs du travail, de tous les salariés de cette unité, sans pour autant leur conférer, du fait de ce monopole, la qualité de membres du syndicat. Ils seront néanmoins tous liés par la convention collective négociée par ce dernier, en leur nom¹⁵.

Le régime collectif du travail québécois prolonge incidemment ce comportement unitaire dans son régime dit « anti-briseurs de grève » : la grève déclenchée par le syndicat, conformément à la loi, est totale en ce sens que l'employeur ne peut, en principe, fournir du travail aux salariés de l'unité de négociation pendant la grève¹⁶. L'apport légal va donc dans le sens de l'unité d'action du syndicat.

Cette unité d'action, dans les cas où la loi ne l'impose pas elle-même, est activement recherchée par le syndicat. Il cherche ainsi à lui donner une assise dans la convention collective, en y prévoyant l'atelier syndical. L'appartenance obligatoire au groupement pour avoir droit au travail dans le milieu régi par la convention collective favorise la solidarité par la communication qui s'établit entre les membres, au sein du groupement, de même que par l'exercice – plutôt illusoire, il faut en convenir – du pouvoir disciplinaire du syndicat à l'endroit de ses membres (Morin, Brière, Roux et Villaggi,

13. Précité, note 3.

14. Précité, note 5.

15. Art. 67 *C.t.* ; art. 56 *C.c.t.* Comme la Cour suprême du Canada le souligne dans l'arrêt *Bernard c. Canada (Procureur général)*, [2014] 1 R.C.S. 227, le principe du monopole syndical est « ...une assise fondamentale de notre droit du travail... » (par. 21) de telle sorte qu'« ...un employé ne peut renoncer à son droit d'être représenté de façon équitable – et exclusive – par le syndicat » (para 29).

16. Art. 109.1 *C.t.*

2010 : 985-986 [para IV-23])¹⁷. Cette cohésion est vitale en cas de grève et de piquetage, comme l'ont d'ailleurs fait voir les premières heures du syndicalisme. Elle conserve tout son sens sous l'empire du *Code canadien du travail*, où le défaut de dispositions anti-briseurs de grève fait en sorte que le succès de l'exercice de grève est à la mesure de la capacité du syndicat de l'imposer (Verge et Murray, 1991 : 189 et 215).

Le salarié qui bénéficie du régime collectif de travail en assume aussi sa quote-part des frais (Weiler, 1980 : 147 ; Coutu, Fontaine, Marceau et Coiquaud, 2013 : 641). Ceci comprend non seulement sa participation, par solidarité syndicale, dans les phases conflictuelles de la négociation collective, mais aussi, plus couramment, la participation monétaire aux frais de la représentation syndicale à l'intérieur de l'unité de négociation, non seulement pour établir ce régime collectif de travail, mais aussi pour l'administrer. Il en va aussi, le cas échéant, de l'expansion de la représentation syndicale au-delà de l'unité en cause, de même que de l'appui à certaines causes sociales ou politiques soutenues par le groupement¹⁸. L'adhésion en bonne et due forme au syndicat accrédité, qu'elle soit volontaire ou forcée, permettra au salarié incidemment, selon la loi québécoise, d'ajouter sa voix à celle des autres membres pour l'élection des dirigeants syndicaux, de même que pour juger de l'opportunité de déclencher une grève ou d'entériner la convention collective¹⁹.

17. Comme il sera vu, même si le syndicat peut expulser un salarié de ses rangs, cette sanction ultime sera sans effet sur le droit du salarié de maintenir son emploi, l'employeur n'ayant pas à y donner suite. Ainsi, le pouvoir disciplinaire du syndicat ne parviendra pas à s'imposer contre la volonté du salarié en pareilles circonstances.

18. Contrairement au droit américain, les lois canadiennes n'interdisent pas l'utilisation du produit du précompte pour promouvoir de telles causes dépassant l'unité de négociation : *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 331 (j. LaForest) (ci-après « *Lavigne* »). Certains n'hésitent pas à critiquer cette situation, jugeant que les syndicats devraient s'en tenir au strict financement d'activités liées aux relations de travail : Louis Fortin, Youri Chassin et Michel Kelly-Gagnon, *Le financement et la transparence des syndicats*, Montréal, Cahiers de recherche de l'Institut économique de Montréal, octobre 2011, chapitre 4, en ligne : <http://www.iedm.org/files/cahier1011_fr.pdf>.

19. Art. 20.1 à 20.3 C.t.

L'atelier syndical vient donc assurer le plein exercice du rôle syndical. Il peut être remis en cause périodiquement, en fonction du statut de syndicat accrédité, lequel dépend alors de la capacité du syndicat à obtenir l'appui de la majorité des salariés de l'unité d'accréditation, a-t-on vu²⁰. La loi exige aussi un syndicat « ouvert ». D'abord, le syndicat ne peut généralement faire montre de discrimination dans l'admission de ses membres²¹. Mais plus spécifiquement, l'employeur ne peut être tenu de renvoyer un salarié pour la seule raison que le syndicat a refusé de l'admettre dans ses rangs – à moins que le salarié ait été embauché à l'encontre d'une disposition de la convention collective ou qu'il ait participé, à l'instigation ou avec l'aide directe ou indirecte de son employeur ou d'une personne agissant pour ce dernier, à une activité contre le syndicat accrédité. Le pouvoir disciplinaire du syndicat se trouve ainsi fortement marginalisé, même en présence d'une clause d'atelier syndical, lorsque le salarié souhaite effectivement adhérer au syndicat accrédité ou maintenir son adhésion²². La loi fédérale interdit pour sa part au syndicat d'exiger de l'employeur qu'il mette fin à l'emploi de l'employé parce que celui-ci a été expulsé du syndicat, à moins que l'expulsion ne soit justifiée par le défaut de payer la cotisation exigée sans distinction de tous les membres²³.

Le salarié n'est pas autrement obligé de participer aux activités du syndicat, sous réserve cependant de l'obligation qui lui incombe, aux termes de la loi, de payer la cotisation syndicale. En somme, l'atelier

20. Art. 22 *C.t.*; art. 24 *C.c.t.*

21. Art. 17 de la Charte québécoise; *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, art. 9; art. 95f) *C.c.t.*; Sur cette notion de « discrimination », voir notamment: Christian Brunelle, « Le devoir syndical de juste représentation et l'obligation d'accommodement raisonnable: de l'importance de négocier...un virage », dans Roch Laflamme, coor, *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail?*, 63^e congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, 2008, 93, aux pages 95 et ss.

22. Art. 63 *C.t.* Voir à ce propos: Robert P Gagnon, Louis LeBel et Pierre Verge, *Droit du travail*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1991, p. 337; Dominic Roux, *Le principe du droit au travail: juridicité, signification et normativité*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 242.

23. Art 94(3)a)(ii) et 95e) *C.c.t.*

syndical, bien que se différenciant du précompte syndical par l'obligation d'appartenance au syndicat, ne le dépasse guère en réalité en contenu contraignant pour le salarié. En outre, l'ordre public assure aussi à tout salarié la faculté d'appartenir en plus à un autre syndicat de son choix cette fois, et de participer à ses activités, s'il le désire²⁴.

1.2 Reconnaissance de la légalité du syndicat obligatoire basée sur son lien avec la formule syndicale

La précédente réalité avait été acceptée, à tout le moins implicitement, par la plus haute instance du pays²⁵ avant que ne se pose la question de la validité de l'atelier syndical au regard des chartes canadienne et québécoise. Si la Charte canadienne, de nature pleinement constitutionnelle²⁶, ne s'applique qu'à l'action des gouvernements fédéral et provinciaux et de leurs mandataires²⁷, la Charte québécoise, qualifiée de « quasi constitutionnelle²⁸ », s'applique à la fois à l'action gouvernementale et aux rapports de droit privé²⁹. Ces textes de portée prééminente garantissent les libertés fondamentales d'association et d'expression et même, selon les termes plus explicites

24. Art. 3 C.t. ; art. 8(1) C.c.t.

25. *Orchard c. Tunney*, précité, note 2, p. 446 (j. Rand) ; *Seafarer's International Union of North America (Canadian District) c. Stern*, précité, note 2.

26. *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), dans L.R.C. (1985), App. II, n° 44, art. 52.

27. Art. 32 de la Charte canadienne ; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 ; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 ; *Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 ; *Eldridge c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 624 ; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants – Section Colombie-Britannique*, [2009] 2 R.C.S. 295.

28. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 42 (j. Gonthier) et 116 (j. L'Heureux-Dubé) ; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, par. 17 (j. LeBel) ; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, [2010] 3 R.C.S. 64, par. 45 (j. LeBel).

29. Art. 54 et 55 de la Charte québécoise ; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, p. 910 (j. LaForest).

de la Charte québécoise, le droit du salarié d'accéder à un emploi et de le conserver sans faire l'objet de discrimination illicite³⁰. Ce sont principalement ces droits qui peuvent être mobilisés contre la pratique de l'atelier syndical.

La nature fondamentalement collective du syndicat et de son action transparait dans certaines conceptions que l'on peut entretenir de la liberté d'association. Par extension, la légalité de l'atelier syndical en fonction de cette liberté s'en trouve assurée.

Il en est d'abord ainsi dans l'hypothèse où la liberté d'association protégée ne peut s'étendre à la liberté individuelle négative d'association, c'est-à-dire à la liberté qu'aurait le salarié de ne pas adhérer au syndicat pour pouvoir travailler. Cette conception de la liberté d'association pourrait logiquement se justifier par la nature même de son objet. Selon le point de vue avancé par certains, il serait, en effet, incongru que cette liberté, qui assure la vie collective et la faculté d'y participer, se préoccupe, dans la même mesure, de la protection du comportement individuel qui lui est contraire³¹. Il en irait de la finalité de la liberté d'association : permettre aux salariés de se regrouper pour contrebalancer l'inégalité qui caractérise leurs rapports avec l'employeur. Par le passé, des juges de la Cour suprême du Canada – dont l'opinion n'a cependant pas rallié une majorité de leurs collègues – ont d'ailleurs exprimé l'avis que la liberté d'association n'avait qu'un contenu positif, à l'exclusion d'un volet abstentionniste ou négatif³². Rejet alors du simple raisonnement voulant que la consécration du droit positif d'association entraîne implicitement et corrélativement la protection d'un droit

30. Art. 10, 16 et 17 de la Charte québécoise.

31. Ferdinand Von Prondzynski, *Freedom of Association and Industrial Relations: A Comparative Study*, London, Mansell, 1987, p. 232: « It would be both unfortunate and strange if the main substance of freedom of association, which was first introduced to allow workers to combine, were now to be seen in the right of individuals to an isolated "existence" ».

32. *Advance Cutting and Coring Ltd. c. R.*, [2001] 3 R.C.S. 209, par. 58 (j. L'Heureux-Dubé) (ci-après *Advance Cutting*); Lavigne, précité, note 18, p. 258 à 263 (j. Wilson) et 342 (j. Cory).

négatif, par souci, disait-on, de symétrie (Bich, 1993 : 547)³³. Il en fut de même dans une dissidence de juges de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Young, James et Webster*³⁴, qui ne prévaudra cependant pas dans le cours ultérieur de la jurisprudence de cette instance (Mantouvalou, 2010 : 439).

À l'échelle internationale, les instruments internationaux ratifiés par le Canada reconnaissent d'emblée que le droit de tous les travailleurs d'adhérer aux syndicats de leur choix ne peut être entravé, ni par l'État, ni par les entités privées agissant sous leur juridiction territoriale³⁵. C'est dans cette perspective que les organes de

-
33. Si la tradition française paraît ainsi et « se révèle, selon un auteur, pour une fois, plus individualiste », celui-ci ne manque pas de souligner le paradoxe qui en découle : « Paradoxalement, la liberté de ne pas adhérer à une association pourrait parfois mettre en péril la liberté d'association elle-même en fragilisant l'action des associations » : Xavier Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, coll. Cours, Paris, Montchrestien-lextenso, 2013, p. 526 (par. 1394) et p. 532 (par. 1412).
34. Voir l'opinion dissidente du juge Sørensen dans l'affaire *Young, James et Webster*, 13 août 1981, CEDH, Série A, vol. 44, p. 30. Selon le point de vue avancé, les travaux préparatoires de la convention laissaient cet aspect aux législations nationales, « [...] conclusion [qui] se concilie parfaitement avec la nature et le rôle des droits en question. Les libertés dites positive et négative d'association ne sont pas simplement les deux faces de la même médaille ou [...] deux aspects de la même liberté. Il n'existe aucun lien logique entre les deux. [La liberté positive d'association] concerne l'individu en tant que participant actif à des activités sociales et constitue en ce sens un droit collectif dans la mesure où elle ne peut s'exercer que conjointement par une pluralité d'individus. La liberté négative de négociation, en revanche, vise à protéger l'individu contre le fait d'être groupé avec d'autres avec lesquels il n'est pas d'accord [...]. Si fort que puisse être parfois le besoin d'une telle protection de l'individu, elle ne fait ni logiquement ni implicitement partie de la liberté d'association ». Selon les arrêts plus récents de *Sørensen c. Danemark* et *Rasmussen c. Danemark*, du 11 janvier 2006, « la Cour n'exclut pas en principe que les aspects négatifs et les aspects positifs du droit [d'association] consacré par l'article 11 [de la Convention européenne des droits de l'Homme] doivent bénéficier du même niveau de protection dans le domaine pertinent. Il est toutefois difficile de trancher *in abstracto* cette question qui ne peut être examinée de façon adéquate qu'à la lumière des circonstances propres à une affaire donnée [...] » (par. 56).
35. Art. 2 de la *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical*; art 8 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (1976) 999 R.T.N.U. 3; art. 22 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 171. Sur la réception

l'Organisation internationale du travail (OIT) ont jugé que l'adhésion à un syndicat particulier ne pouvait être imposée législativement (Conférence internationale du travail, 1994 : par. 100). Par contre, libre à l'État, selon le cas, d'interdire ou d'autoriser, tout en le balisant, l'atelier syndical conventionnel (Conférence internationale du travail, 1994 : par. 103).

Cela étant, la validité de l'atelier syndical fondée sur son lien avec la nature même de l'institution syndicale se retrouve aussi dans la thèse contraire de la protection de la liberté négative d'association. Pour ses tenants, elle découle, en effet, de l'énonciation même de la liberté positive d'association et de sa finalité : « l'épanouissement et l'accomplissement personnels de l'individu ». L'association forcée serait incompatible avec l'idée même de liberté, dit-on³⁶. Or, cette conception relevée de la liberté d'association souffre toutefois certains cas d'associations forcées découlant des « nécessités de la vie » et de leur réalité. L'association n'est, rappelons-le, pas toujours pleinement volontaire. À titre d'exemples, la naissance nous associe à une famille, l'obligation de fréquentation scolaire³⁷ à des collègues de classe, la nécessité de gagner sa vie à des collègues de travail, etc. Certaines associations, en effet, « font partie intégrante de la structure même de la société³⁸ ». Dans ce dernier cas, il est raisonnablement possible d'y ranger l'institution syndicale, qui réagit à la nature inégalitaire du rapport de travail :

Selon cette conception, l'environnement de travail peut représenter l'un des lieux où une forme de relation forcée découle de la nécessité de s'associer, de collaborer et de trouver, avec les autres intervenants dans le rapport de travail, une voix appropriée dans

de ces textes internationaux en droit interne, voir : *Syndicat des employés et employés professionnels et de bureau, section locale 573 (CTC-FTQ) c. Commission de la construction du Québec*, 2014 QCCA 368 (par. 61 et suiv.).

36. Lavigne, précité, note 18, p. 318 (j. LaForest); *Advance Cutting*, précité, note 32, par. 193 (j. LeBel); David M. Beatty, *Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code*, Kingston-Montreal, McGill-Queen's University Press, 1987, chapitre 12; Debra Parkes, « The Rand Formula Revisited: Union Security in the Charter Era » (2010) 61 *UNB LJ / RD UN-B* 223, p. 224.

37. *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-13.3, art. 14 et ss.

38. Lavigne, précité note 18, p. 321 (j. LaForest).

le dialogue ou les conflits. L'arrêt *Lavigne* considère ces formes d'association forcée comme légitimes, lorsqu'elles respectent les valeurs démocratiques. Un individu peut être forcé de s'associer dans la mesure où il n'est pas privé du droit de se dissocier de l'idéologie du groupe et s'il n'est pas privé des droits à la liberté que la Charte lui garantit³⁹.

Dans la mesure, du moins, où le syndicat s'en tient à des sujets qui se rapportent au milieu de travail, en l'occurrence à la négociation collective, activité jouissant de surcroît de la protection constitutionnelle attachée à la liberté d'association⁴⁰, il ne compromettrait pas substantiellement la liberté négative d'association⁴¹.

Mais une telle dichotomie, qui prévaut incidemment en droit américain⁴², entre ce qui fait l'objet des préoccupations immédiates de l'unité de négociation et ce qui ne l'est pas – l'action à caractère charitable ou politique, par exemple – ne s'accorde toutefois pas avec la nature de l'action syndicale, laquelle, selon les circonstances, peut comprendre les deux aspects, sans se limiter à ce qui relève strictement des rapports collectifs du travail⁴³. La réalité syndicale est très diversifiée à cet égard : des groupements trouvent souvent avantageux de promouvoir des causes qui contribuent à élargir la solidarité syndicale, ou encore, à favoriser l'action législative dans le sens de leurs intérêts (Brunelle, 2010 : 31 ; Rouillard, 2008 : 17-18 ; Murray et Verge, 1999 : 59 et ss). Cette attitude s'accorde pleinement avec la nature d'une société organiquement démocratique. Cette action syndicale s'impose dans sa totalité à la considération de la liberté

39. *Advance Cutting*, précité, note 32, par. 204 (j. LeBel).

40. *Health Services*, précité, note 10.

41. *Lavigne*, précité note 18, p. 321 à 326 (j. LaForest) ; *Advance Cutting*, précité, note 32, par. 195, 196 et 199 (j. LeBel) ; *contra* : par. 20 (j. Bastarache).

42. *Abood v. Detroit Board of Education*, 431, U.S. 209 (1977) ; *Ellis v. Brotherhood of Railway Workers*, 104 S. Ct. 1883 (1984) ; Marie-France Bich, « Petit manuel de guérilla patronale-syndicale : Effets de la Charte canadienne des droits et libertés sur le Code du travail », (1987) 47 *Revue du Barreau* 1097, p. 1153 et ss ; Fortin, Louis, Youri Chassin et Michel Kelly-Gagnon, *op. cit.*, note 10.

43. *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Attorney General)*, 2002 CanLII 19258 (ON CA), par. 49 et 50 (j. Goudge).

d'association et c'est dans cette perspective qu'elle devra s'envisager (Etherington, 1991 : 542 et 546)⁴⁴.

IIII 2. LE RESPECT DE L'AUTONOMIE DU SALARIÉ, LIMITE DU SYNDICAT OBLIGATOIRE

Prolongement de l'institution syndicale, l'atelier syndical doit respecter l'aire de liberté et d'égalité assurée au salarié par les chartes des droits (2.1). Dans la négative, le salarié doit pouvoir exercer un recours afin de faire respecter ses droits fondamentaux (2.2).

IIII 2.1 L'aire de liberté et d'égalité du salarié

Les libertés d'association et d'expression consacrées dans les chartes canadienne et québécoise sont particulièrement sollicitées en la matière. Elles sont connexes, se « chevauchent⁴⁵ ». Par exemple, le droit américain, qui ne reconnaît pas expressément la première, la fait plutôt dériver de la seconde⁴⁶. Il en est ainsi, car ces

44. Il demeure toutefois possible, dans la perspective constitutionnelle, de conclure à la validité d'une mesure étatique, d'abord jugée contraire à la liberté d'association, parce que liée à la négociation collective, à partir d'une conception large de l'article 1 de la Charte canadienne, comme l'a fait le juge LaForest dans l'arrêt *Lavigne*, précité, note 18, et, ce faisant, de tenir compte de la totalité du rôle syndical. Voir en part. p. 334. Conséquence aussi envisagée par la Cour d'appel de la Saskatchewan saisie de la validité d'une loi requérant l'atelier syndical, si l'hypothèse de la protection de la liberté négative d'association devait prévaloir : *Assn of Provincial Engineers of Saskatchewan v. S.G.E.U.*, (1992) 91 D.L.R. (3th) 694 (C.A.), à la p. 706. La Cour tient alors compte de ce rôle du syndicat dans la société : « The purpose of [the legislation] is to advance the interests of workers by providing for union security. Allowing employees to opt out of membership at any time would create chaos and skew the balancing of interest that has developed over the years in labour relations. »

45. *Lavigne*, précité, note 18, p. 330 (j. LaForest).

46. Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 345 (j. Dickson, diss.); Michelle Cumyn et Julien Tricart, « Les associations contractuelles en droit québécois et comparé. Analyse critique et perspectives de réforme » (2010) 40:2 *Revue générale du droit* 337, p. 354.

deux libertés, que l'on en vient à distinguer l'une de l'autre même si elles peuvent se conjuguer⁴⁷, ne sont que deux manifestations particulières de cette même liberté qui doit prévaloir généralement dans la société⁴⁸.

Quant à la première, celle d'association, la situation dont traitait l'arrêt *Advance Cutting* se rapprochait de l'atelier syndical, quoiqu'elle s'en distinguait sous plusieurs rapports⁴⁹. Il s'agissait bien d'une obligation d'appartenir à l'un ou l'autre de cinq groupements syndicaux mentionnés dans la loi – des centrales syndicales ou des instances analogues – afin de pouvoir travailler dans l'industrie de la construction sur le territoire du Québec. Pour déterminer sa validité au regard de la liberté d'association, sept juges sur les neuf qui composent la Cour en viennent à se demander s'il en résulte, ou non, une « contrainte idéologique » pour le salarié, c'est-à-dire le fait d'avoir « [...] à adhérer contre [son] gré à certains principes ou idées [...] »⁵⁰. Pour quatre d'entre eux, disposés à invalider la loi québécoise, et pour l'un des cinq juges majoritaires disposés à sauvegarder celle-ci, cette contrainte découlerait de la simple obligation d'appartenir à un groupement de type syndical afin de pouvoir travailler dans l'industrie de la construction. Selon eux, il faut se soucier de la personne qui n'accepte pas le syndicalisme, en définitive⁵¹. Pour trois autres juges formant la majorité, qui confirmera incidemment la validité de la loi, la « contrainte idéologique » n'existe que s'il s'agit d'adhérer à un syndicat particulier, c'est-à-dire un syndicat qui poursuit des objectifs politiques, ou assimilables, allant au-delà du contexte de travail, des relations de travail des salariés en cause⁵². Le salarié contestataire devra ainsi apporter une preuve démontrant, d'une part, que « d'adhérer à un syndicat l'associ[e] à des activités

47. Voir par ex. Christian Brunelle, Louis-Philippe Lampron et Myriam Roussel, « La liberté d'expression en contexte de crise : le cas de la grève étudiante » (2012) 53:4 *Les Cahiers de droit* 831, p. 856.

48. *Lavigne*, précité, note 18, p. 330 (j. LaForest).

49. *Advance Cutting*, précité, note 32.

50. *Id.*, par. 382 (j. Iacobucci).

51. *Id.*, par. 17, 27 et 31 (j. Bastarache).

52. *Id.*, par. 194 à 199 et 204 à 211 (j. LeBel).

qu'il désapprouv[e] ou à des opinions qu'il ne partage [...] pas⁵³ » et, d'autre part, que le syndicat en cause exerce sur lui une quelconque forme de « pression idéologique » en tentant de lui imposer ses valeurs et ses opinions⁵⁴. Dans un tel cas, obliger l'appartenance au syndicat violenterait la liberté d'association de ce salarié, faut-il entendre, en ce que cela le « contraindrait psychologiquement⁵⁵ ».

Cette distinction entre les groupements dont les activités sont exclusivement reliées au contexte immédiat du travail et ceux qui poursuivent aussi d'autres finalités qui marquent leur identité ne devrait cependant pas affecter la validité de l'exigence, posée par la loi conformément à la formule Rand, de contribuer monétairement à diverses causes sociales, politiques ou autres, comme l'a conclu, en 1991, l'arrêt *Lavigne* au sujet de l'utilisation du produit du pré-compte syndical⁵⁶. D'ailleurs, le défaut du législateur de prévoir une disposition imposant à l'employeur l'obligation de prélever, selon la formule Rand, la cotisation syndicale déterminée par le syndicat a même été jugé contraire à la liberté constitutionnelle d'association, une telle protection législative étant considérée essentielle afin que le syndicat puisse participer efficacement au processus de négociation collective⁵⁷.

53. *Id.*, par. 220 et 232.

54. *Id.*, par. 223 et suiv.

55. Un rapprochement peut être fait avec la distinction, proposée ailleurs, entre le syndicat qui est « instrumental », c'est-à-dire préoccupé uniquement de négociation collective, et celui dit « expressif » ou idéologique : Stuart White, « Trade Unionism in a Liberal State » dans Amy Gutman, dir, *Freedom of Association*, Princeton, Princeton University Press, 1998, chapitre 2, p. 330, aux p. 334 et 335. Voir à ce propos : Mantouvalou, Virginia, « Is There a Human Right Not to Be a Trade Union Member? Labour Rights under the European Convention on Human Rights » dans Colin Fenwick et Tonia Novitz, dir, *Human Rights at Work: Perspectives on Law and Regulation*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2010, p. 458-459.

56. *Lavigne*, précité, note 18.

57. *United Food and commercial Workers Union, Local 401 v. Old Dutch Foods Ltd.*, 2009 CanLII 61316 (AB LRB). Soumise à une procédure de révision judiciaire, cette décision est finalement restée sans effet puisque les parties privées impliquées ont subséquemment convenu d'intégrer à leur convention collective une clause d'atelier syndical, rendant ainsi théorique l'enjeu qui les opposait : *Alberta (Attorney General) v. United Food and Commercial Workers Union, local No. 401*, 2011 ABCA 93.

Cela étant, malgré la distinction évoquée, il devrait être possible d'admettre, au regard de la liberté d'association, les groupements dont le type s'impose des « nécessités de la vie » reliées aux milieux du travail. Sous réserve de cette exception, il serait également possible de faire abstraction de la « contrainte idéologique » au regard de la liberté d'association. Il s'agit-là certes d'un élément qui se rattache plus naturellement à la liberté d'expression. La liberté d'association, elle, devrait logiquement s'opposer à toute contrainte de s'associer, sans référence à la « contrainte idéologique⁵⁸ ».

Il en serait donc ainsi de l'atelier syndical : contraindre d'appartenir à un regroupement dont les « nécessités de la vie » n'imposent pas l'existence irait certes, en principe, à l'encontre de la liberté d'association du salarié, du moins si cette liberté fondamentale présente un certain jour négatif comme l'état actuel du droit permet de l'affirmer⁵⁹. En ce sens, la clause d'atelier syndical pourrait bien constituer, *a priori*, une atteinte à la liberté individuelle de non-association⁶⁰.

Pour ce qui est de la seconde liberté, celle d'expression, il est vrai que, du fait de l'atelier syndical, le salarié ne peut manifester sa désapprobation avec les vues du groupement en s'abstenant ou cessant d'y appartenir. Toutefois, il dispose d'autres moyens de communiquer

58. *Advance Cutting*, précité, note 32, par. 281 et 282 (j. Iacobucci).

59. Louis-Philippe Lampron, *La hiérarchie des droits: Convictions religieuses et droits fondamentaux au Canada*, coll. « Diversitas », (n° 12), Bruxelles, PIE Peter Lang, 2012, p. 248.

60. Pour une opinion en ce sens exprimée dans le contexte d'un arbitrage de différend tenu en vertu des art. 74 et ss du *C.t.*, voir: *Transit 24 inc. c. Syndicat des travailleuses de Transit 24 (CSN)*, [1998] R.J.D.T. 932 (T.A.). La proposition syndicale visant à insérer une clause d'atelier syndical dans la convention collective fut ainsi rejetée au motif qu'elle violait la liberté d'association. Des auteurs favorables au maintien du « critère de la conformité idéologique » estiment « ...peu probable – sauf circonstances exceptionnelles – que l'atelier syndical et l'atelier fermé soient jugés contraires au principe de la liberté de non-association garanti par les chartes des droits et libertés »: Michel Coutu, Laurence-Léa Fontaine, Georges Marceau et Urwana Coiquaud, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec, vol. 1 – Le régime général*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 645.

son désaccord⁶¹. Du reste, il ne peut être confondu avec le syndicat qui constitue clairement, à son égard, une entité autonome et distincte. Appartenir au syndicat sous l'effet d'une clause d'atelier syndical n'identifie pas les vues du salarié à celles du syndicat⁶². La liberté d'expression du salarié ne serait donc pas sérieusement mise en cause.

La clause d'atelier syndical peut-elle, par ailleurs, être contestée sur la base de l'égalité? Plus précisément, la protection contre la discrimination qui se dégage expressément de la Charte québécoise peut-elle être mobilisée en pareil contexte? Il semble acquis que le salarié dont les convictions religieuses sincères proscrivent l'adhésion à un syndicat (et la participation à son financement et à ses activités) a droit à une exemption⁶³, à titre d'accommodement raisonnable⁶⁴.

Mais qu'advierait-il si le salarié alléguait que l'adhésion forcée au syndicat heurte plutôt ses « convictions politiques »? Certes, ce

-
61. En contexte de travail, la possibilité de s'exprimer par d'autres moyens a déjà permis aux tribunaux de conclure qu'il n'y a pas d'atteinte à la liberté d'expression en pareil cas: *Association provinciale des enseignantes et enseignants du Québec (A.P.E.Q.) c. Conseil des services essentiels*, D.T.E. 2002T-589 (C.A.) (par. 3) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée: C.S.C., n° 29326). Voir, sensiblement au même effet, *Grain Workers' Union, section locale 333 c. B.C. Terminal Elevator Operators' Assn.*, [2010] 3 R.C.F. 255 (C.A.), par. 89 (j. Blais) (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée: C.S.C., n° 33322).
 62. *Lavigne*, précité, note 18, p. 340 (j. LaForest). Voir Fernand Morin, « Liberté syndicale et adhésion obligatoire, une réconciliation possible! », dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail (2003)*, vol. 190, Cowansville, Yvon Blais, 2003, 1, p. 26.
 63. Quelques codes du travail en vigueur au Canada comportent même des dispositions précises à cette fin: Bich, précité, note 42, p. 1153; Lampron, précité, note 59, p. 251 (note 654); Pierre Verge et Gregor Murray, *Le droit et les syndicats: Aspects du droit syndical québécois*, Québec, Presses de L'Université Laval, 1991, p. 151. Voir, à titre d'exemple, le par. 70(2) *C.c.t.* Sur les conditions permettant d'obtenir, « en des circonstances exceptionnelles », une exemption aux termes de cette dernière disposition, voir: *Bradford c. Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada*, 2013 CCRI 696 (demande de réexamen rejetée: 2014 CCRI 716).
 64. Voir notamment: *Dykstra v. City of Abbotsford*, 2008 CanLII 19736 (BC LRB); *A.R.R. v. Saskatchewan Gouvernement*, 2011 CanLII 8557 (SK LRB).

motif de discrimination, tout comme ceux qui l'escortent, commande une interprétation large⁶⁵. Mais contrairement aux libertés fondamentales qui ont maintes fois retenu l'attention des tribunaux, la jurisprudence sur la notion de « convictions politiques » demeure anémique, ce qui nous laisse sans direction vraiment précise⁶⁶. Bien sûr, « dans une société démocratique, tout est, en quelque sorte, politique⁶⁷ » mais les convictions politiques semblent impliquer surtout « des débats sur l'organisation où le fonctionnement de la société, ses buts ou sa nature⁶⁸ ». Cela étant, il est raisonnable de penser que la distinction faite à l'encontre d'un salarié qui adhère à un parti politique, se porte candidat sous sa bannière ou y milite, participe à son financement ou à ses activités est visée par la Charte québécoise⁶⁹.

Mais qu'en est-il des convictions (anti-)syndicales ? Certains assimilent d'emblée les « convictions syndicales » à des « convictions politiques » (Coutu, Fontaine, Marceau et Coiquaud, 2013 : 404). Toutefois, les plaintes de discrimination mettant en cause le motif des « convictions politiques » ont généralement été jugées « irrecevables lorsque seules des activités syndicales sont en jeu, mais recevables dans le cadre d'une option prise par un syndicat par rapport à des options politiques, des législations, des politiques

65. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 63, 70 et 71 (j. L'Heureux-Dubé).

66. Il y a d'ailleurs longtemps que l'incertitude prévaut en cette matière : J Stuart Russell, « Discrimination on the Basis of Political Convictions or Beliefs » (1985) 45 *Revue du Barreau* 377, p. 392 : « There is apparently no generally accepted definition of "political convictions" or "political belief" in Canadian law. »

67. *Morel c. St-Sylvestre (Corporation municipale de)*, J.E. 87-670 (C.A.) (j. LeBel, *en obiter*).

68. *Id.*

69. Voir, à titre d'analogie, la définition que l'assemblée législative de l'Île-du-Prince-Édouard donne à l'expression « political belief » dans le *Human Rights Act*, R.S.P.E.I., chap. H-12, art. 1*m*). Voir également : Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick, *Ligne directrice sur les convictions ou l'activité politiques*, Janvier 2011, p. 2, en ligne : <<http://www.gnb.ca/hrc-cdp/f/g/Ligne-directrice-convictions-activites-politiques-discrimination-Nouveau-Brunswick.pdf>>.

gouvernementales ou des mouvements⁷⁰». Ainsi, pour la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec :

Les convictions politiques sont des idées politiques auxquelles vous croyez fermement et auxquelles vous vous identifiez. Vous pouvez, par exemple, les exprimer en vous réclamant d'une idéologie politique, en militant pour un parti politique ou un groupe de revendication sociale ou encore en participant à des actions de pression sociale⁷¹.

Il faut convenir qu'une organisation syndicale, à plus forte raison si elle prend la forme d'une confédération ou d'une centrale, devrait pouvoir se qualifier comme « groupe de revendication sociale ». À titre comparatif, la Commission manitobaine des droits de la personne avance, de son côté, que le motif des « convictions politiques » vise « le fait d'avoir une conviction quant à ce qui arrive ou devrait arriver dans la société ou au gouvernement, ou les deux, notamment du fait d'associations ou d'activités politiques⁷² ». Ce faisant, cette commission « reconnaît qu'il existe une grande différence entre les incidents liés aux relations syndicales patronales ou aux activités d'un syndicat dans un certain lieu de travail et le point de vue général sur le rôle que les syndicats ouvriers devraient (ou non) jouer dans notre société⁷³ ». Une telle définition des « convictions politiques », qui ne reflète pas forcément l'acception la plus large ou généreuse que cette expression est susceptible de recevoir, n'a pas

70. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Le droit à l'égalité : des progrès remarquables, des inégalités persistantes*, Étude n° 2 (rédaction : Muriel GARON et Pierre BOSSET), Québec, CDPDJ, 2003, p. 153-154, en ligne : <http://www.cdpedj.qc.ca/publications/bilan_charte_etude_2.pdf>.

71. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, « Convictions politiques », en ligne : <<http://www.cdpedj.qc.ca/fr/droits-de-la-personne/motifs/Pages/convictions-politiques.aspx>>.

72. Commission des droits de la personne du Manitoba, *Manuel des politiques et procédures*, Section Législation : Définition du terme « convictions politiques », Politique L-6, 6 février 2002, en ligne : <http://www.manitoba-humanrights.ca/publications/policy/policy_definition-of-political-belief.fr.html>.

73. *Ibid.*

encore reçu l'aval des tribunaux. Si ceux-ci en venaient à la retenir, ils pourraient bien arriver à la conclusion que l'assujettissement à une clause d'atelier syndical est un simple incident lié à un certain milieu de travail qui ne met pas véritablement en jeu le rôle plus général des syndicats dans notre société. Ainsi entendue, la protection contre la discrimination fondée sur les convictions politiques pourrait alors difficilement être mise à profit afin de neutraliser les effets de l'atelier syndical dans une entreprise donnée⁷⁴.

2.2 Les recours du salarié

L'atelier syndical tire normalement sa source d'un acte privé, une convention collective. Il ne saurait donc être question d'invoquer la Charte canadienne si l'on prétend qu'une clause d'atelier syndical intégrée dans une convention collective en vigueur dans une entreprise privée viole, dans les circonstances, les libertés fondamentales du salarié ou encore la protection contre la discrimination fondée sur les convictions politiques. Il s'agira plutôt de s'en remettre respectivement à l'article 3 ou aux articles 10, 16 et 17 de la Charte québécoise, dont la portée s'étend généralement aux actes privés dans la société québécoise, au-delà de l'action gouvernementale⁷⁵. La Charte canadienne ne pourra trouver application que dans les cas où la clause d'atelier syndical s'intègre à une convention collective qui lie un acteur gouvernemental⁷⁶ (Brunelle, 2001 : 120-121).

74. Pour une décision à l'effet contraire mais qui paraît isolée, voir *Lefort c. Syndicat canadien de la fonction publique, local 3247*, précité, note 8, p. 363 (j. Brière).

75. Cette particularité de la Charte québécoise semble avoir échappé à l'attention d'une majorité de juges de la Cour dans l'arrêt *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada Inc.*, [2009] 3 R.C.S. 465 (par. 55 et 56), où l'article 3 de la Charte québécoise était pourtant invoqué. Voir à ce propos : Michel Coutu, Laurence-Léa Fontaine et Georges Marceau, « *Affaire Wal Mart – La légitimité vacillante de la Cour suprême* », *Le Devoir*, Montréal, 2 décembre 2009, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/economie/actualites-economiques/278358/affaire-wal-mart-la-legitimite-vacillante-de-la-cour-supreme>>.

76. C'était précisément le cas dans l'arrêt *Lavigne*, précité, note 18, où la convention collective contenant la clause de précompte syndical résultait

Cela étant, le salarié demeure un tiers par rapport aux signataires de la convention collective. Pour le salarié, cette situation est susceptible de soulever une difficulté d'envergure sur le plan procédural. En effet, l'instance exclusive d'application de la convention collective est l'arbitre de grief, dont la saisine est la prérogative de l'employeur et du syndicat⁷⁷. Si l'employeur se refuse d'appliquer la clause d'atelier syndical et que le syndicat veut l'y contraindre par grief, le salarié aura bien sûr le droit d'être entendu par l'arbitre et pourra plaider l'inapplication de la clause d'atelier syndical dont il s'agit⁷⁸. Mais qu'en est-il si l'employeur applique volontiers la clause et renvoie le salarié ou encore refuse de l'embaucher? À moins que la convention ne le prévienne expressément – ce qui demeure plutôt exceptionnel⁷⁹ – le salarié congédié ou à qui l'employeur refuse le travail qui lui serait autrement acquis ne pourrait saisir lui-même l'arbitre de grief en vue de faire annuler la clause d'atelier syndical⁸⁰. D'ailleurs, comme ce type de disposition conventionnelle est plutôt à l'avantage du syndicat, il est à craindre que celui-ci éprouverait des résistances assez importantes à en demander l'annulation devant le forum arbitral⁸¹. Dans ces conditions, le salarié pourrait alors devoir s'adresser, à ses « risques, périls et frais⁸² », aux tribunaux de droit commun⁸³ – ou encore au Tribunal des droits de la personne si, par

de la participation d'un agent gouvernemental: voir p. 248 (j. Wilson) et p. 316 (j. LaForest).

77. Noël c. Société d'énergie de la Baie James, [2001] 2 R.C.S. 207.

78. Art. 100.5 C.t.; Hoogendoorn c. Greening Metal Products and Screening Equipment Company, [1968] R.C.S. 30. Voir Baie-James (Municipalité de la) c. Fraternité des policiers de la municipalité de la Baie-James, D.T.E. 95T-107 (C.A.).

79. Rousseau c. Hamelin, [1997] R.J.Q. 1857 (C.A.).

80. Art. 100 C.t.; Weber c. Ontario Hydro, [1995] 2 R.C.S. 929. Quant à l'exception, voir: Québec (Ville de) c. Morin, D.T.E. 88T-22 (C.A.).

81. Voir, par analogie, Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général), [2004] 2 R.C.S. 185, par. 28 (j. McLachlin); Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 2995 c. Spreitzer, [2002] R.J.Q. 111 (C.A.), par. 77 et ss. (j. Forget).

82. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal, précité, note 28, paragr. 13 (j. LeBel).

83. Baie James (Municipalité de la) c. Fraternité des policiers de la municipalité de la Baie-James, 1994 QCCA 6223; Montréal (Ville de) c. Audigé, 2013

hypothèse, l'allégation d'une discrimination illicite fondée sur les convictions politiques était reçue favorablement par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse⁸⁴.

Toutefois, même ce dernier scénario emporterait sa part de problèmes. De fait, non seulement le *Code du travail* du Québec, et son pendant fédéral, n'interdisent pas la pratique de l'atelier syndical, mais leurs libellés donnent plutôt à penser que de telles dispositions conventionnelles demeurent parfaitement licites⁸⁵. Ainsi, pour le salarié, il deviendrait juridiquement risqué de contester une pratique apparemment autorisée par la loi sans attaquer également la validité de cette loi elle-même, au regard des chartes. S'ouvrirait alors un débat de nature constitutionnelle où le ministère public serait appelé, par l'effet de la loi⁸⁶, à soutenir la validité des dispositions législatives ainsi soumises à l'examen judiciaire. Les aléas, coûts et délais inhérents à un tel litige pourraient avoir un tel effet dissuasif sur le salarié – même le plus déterminé! – qu'ils expliquent peut-être déjà pourquoi le contentieux en la matière occupe davantage les salles de classe, de conférence ou de négociation... que les salles d'audience!

||| CONCLUSION

Traditionnellement, l'action syndicale unifiée qu'exprime l'atelier syndical s'accorde avec la nature du milieu de travail. Cette véritable institution a émergé à une époque où l'idéologie dominante voulait que l'individu s'efface derrière le groupe et abdique ses désirs

QCCA 171 (autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée : C.S.C. n° 35291).

84. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, précité, note 81.

85. Le libellé, tout en retenue, de l'art. 63 *C.t.*, et le libellé, nettement plus affirmatif celui-là, de l'art. 68 *C.c.t.* permettent cette conclusion : Coutu, Fontaine, Marceau et Coiquaud, précité, note 60, p. 644; Fernand Morin, Jean-Yves Brière, Dominic Roux et Jean-Pierre Villaggi, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 986; Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Thémis, 2006, p. 113.

86. *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 95.

au nom du bien commun⁸⁷. Or, en plaçant la personne au cœur du projet sociétal dont elles sont porteuses, les chartes des droits ont fortement contribué à la valorisation de l'individu, de sa liberté et de son autonomie personnelle (Brunelle, 2001 : 44-45 ; Nadeau, 2012). Combiné à la pénétration de plus en plus importante, dans nos sociétés, des idées néolibérales, qui tendent généralement à dévaloriser l'action collective et à dépendre négativement le mouvement syndical (Rouillard, 2008 : 61 ; Coutu, Fontaine, Marceau et Coiquaud, 2013 : 45-49), le contexte actuel paraît plutôt favorable à ceux-là qui prétendent que les clauses de sécurité syndicale sont les vestiges d'une autre époque.

Certes, la reconnaissance, par une majorité de juges, d'une certaine liberté individuelle de non-association, à titre de droit dérivé de la liberté constitutionnelle d'association, ouvre la porte à une contestation de la part de salariés « dissidents ». Toutefois, le succès d'une telle démarche paraît bien incertain. D'une part, des éléments de preuve tangibles devront être présentés au tribunal afin de l'amener à conclure que l'adhésion obligatoire se traduit, dans les faits, par une contrainte idéologique constitutive d'une atteinte substantielle à la liberté de non-association. D'autre part, à l'heure où les politiques publiques favorables aux syndicats sont sous tension (Brunelle, 2010 : 13 ; Millan, mai 2013) et que la solidarité semble s'effriter – la stagnation sinon le déclin des taux de syndicalisation en est un révélateur⁸⁸ – il n'est pas exclu que le syndicat puisse établir que cette atteinte est néanmoins justifiée au regard des chartes⁸⁹, notamment eu égard aux avantages importants qu'une présence syndicale forte, dans le milieu de travail, peut procurer à l'ensemble des salariés, par comparaison aux inconvénients que l'adhésion obligatoire est

87. Gérard DION, « Clauses de sécurité syndicale : définitions – aspect moral », dans *Convention collective – Sécurité syndicale*, précité, note 1, p. 77, notamment aux pages 96 et 105.

88. Ressources humaines et développement des compétences Canada, *Travail – Taux de syndicalisation*, en ligne : http://www4.rhdcc.gc.ca/3nd.3c.1t.4r@-fra.jsp?iid=17#M_1 : « Le taux de syndicalisation a diminué de façon graduelle au fil des ans au Canada, passant de 33,7 % en 1997 à 31,5 % en 2012. »

89. Art. 1 de la Charte canadienne ; art. 9.1 de la Charte québécoise.

susceptible de poser à quelques-uns d'entre eux. Il faut cependant convenir qu'un tel exercice de pondération des droits opposés peut fortement dépendre de la conception que le décideur se fait de l'acteur syndical et de la légitimité de son action.

Si la contestation de la validité de l'atelier syndical demeure juridiquement possible, le faible contentieux en la matière s'explique vraisemblablement par le fait que les voies de recours à cette fin restent limitées, l'accès au forum arbitral étant généralement réservé au syndicat tandis que l'accès aux tribunaux de droit commun appelle à investir temps et énergie et à mobiliser des ressources dont les salariés dissidents ne disposent pas, pour la plupart.

Cela étant, même si la présence de clauses d'atelier syndical dans les conventions collectives paraît tout aussi marquée qu'au milieu du siècle dernier, elle ne semble pas avoir été une source importante de controverse ou d'agitation dans les milieux de travail au cours des dernières décennies. Nous aimons croire que les parties ont ainsi su dégager des consensus et trouver un terrain d'entente afin de régler les litiges que de telles dispositions ont pu susciter, le cas échéant. Atteindre ainsi le compromis par la négociation, sans pour autant compromettre les droits des uns et des autres, n'est-ce pas là l'essence de l'autonomie collective ?

|||| BIBLIOGRAPHIE

Archambault, Jacques, « Liberté et sécurité syndicales » (1950) 5:6 *Bulletin des relations industrielles* 55.

Beatty, David M., *Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code*, Kingston-Montreal, McGill-Queen's University Press, 1987.

Beaulieu, Marie-Louis, *Les conflits de droit dans les rapports collectifs du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1955.

Bich, Marie-France, « Droit du travail québécois : Genèse et génération » dans H. Patrick Glenn, dir, *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Yvon Blais, 1993, 515.

- Bich, Marie-France, « Petit manuel de guérilla patronale-syndicale : Effets de la Charte canadienne des droits et libertés sur le Code du travail » (1987) 47 *Revue du Barreau* 1097.
- Bioy, Xavier, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, coll. « Cours », Paris, Montchrestien-lextenso, 2013.
- Brunelle, Christian, *Discrimination et obligation d'accommodement en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Yvon Blais, 2001.
- Brunelle, Christian, « Le devoir syndical de juste représentation et l'obligation d'accommodement raisonnable : de l'importance de négocier... un virage », dans Roch Laflamme, coor, *Quels accommodements raisonnables en milieu de travail*, 63^e congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, 2008, 93.
- Brunelle, Christian, « Le droit comme moyen de pression... politique : le cas des rapports collectifs de travail » (2010) 40:1 *Revue générale de droit* 9.
- Brunelle, Christian, Louis-Philippe Lampron et Myriam Roussel, « La liberté d'expression en contexte de crise : le cas de la grève étudiante » (2012) 53:4 *Les Cahiers de droit* 831.
- Commission des droits de la personne du Manitoba, *Manuel des politiques et procédures*, Section Législation : Définition du terme « convictions politiques », Politique L-6, 6 février 2002, en ligne : <http://www.manitobahumanrights.ca/publications/policy/policy_definition-of-political-belief.fr.html>.
- Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick, *Ligne directrice sur les convictions ou l'activité politiques*, janvier 2011, p. 2, en ligne : <<http://www.gnb.ca/hrc-cdp/f/g/Ligne-directrice-convictions-activites-politiques-discrimination-Nouveau-Brunswick.pdf>>.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Le droit à l'égalité : des progrès remarquables, des inégalités persistantes*, Étude n° 2 (rédaction : Muriel GARON et Pierre BOSSET), Québec, CDPDJ, 2003, p. 153-154, en ligne : <http://www.cdpedj.qc.ca/publications/bilan_charte_etude_2.pdf>.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, « Convictions politiques », en ligne : <<http://www.cdpedj.qc.ca/fr/droits-de-la-personne/motifs/Pages/convictions-politiques.aspx>>.
- Conférence internationale du travail, *Liberté syndicale et négociation collective. Étude d'ensemble de la Commission d'experts pour l'application*

des conventions et recommandations, Rapport III, Partie 4B, 81^e sess, Genève, 1994.

Coutu, Michel, Laurence-Léa Fontaine et Georges Marceau, « Affaire *Wal Mart* – La légitimité vacillante de la Cour suprême », *Le Devoir*, Montréal, 2 décembre 2009, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/economie/actualites-economiques/278358/affaire-wal-mart-la-legitimite-vacillante-de-la-cour-supreme>>.

Coutu, Michel, Laurence-Léa Fontaine, Georges Marceau et Urwana Coiquaud, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec, vol. 1 – Le régime général*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013.

Cumyn, Michelle et Julien Tricart, « Les associations contractuelles en droit québécois et comparé. Analyse critique et perspectives de réforme » (2010) 40:2 *Revue générale de droit* 337.

Dion, Gérard, « Le droit au travail » (1960) 15:2 *Relations industrielles* 398.

Dion, Gérard, « L'origine de la formule Rand » (1975) 30:4 *Relations industrielles* 747.

Dion, Gérard, « Sécurité syndicale » (1945) 1:2 *Bulletin des relations industrielles* 4.

Dion, Gérard, « Sécurité syndicale dans la province de Québec » (1949) 4:5 *Bulletin des relations industrielles* 48.

Etherington, Brian, « *Lavigne v. OPSEU: Moving Toward or Away from a Freedom Not to Associate* » (1991) 23:3 *Ottawa Law Review* 533.

Fortin, Louis, Youri Chassin et Michel Kelly-Gagnon, *Le financement et la transparence des syndicats*, Montréal, Cahiers de recherche de l'Institut économique de Montréal, octobre 2011, chapitre 4, en ligne : <http://www.iedm.org/files/cahier1011_fr.pdf>.

Fortin, Louis et Michel Kelly-Gagnon, *Le modèle de syndicalisation québécois: une anomalie à corriger*, coll. « Lois du travail », Montréal, Institut économique de Montréal, février 2011, en ligne : <http://www.iedm.org/files/note0111_fr.pdf>.

Gagnon, Robert P, Louis LeBel et Pierre Verge, *Droit du travail*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1991.

Gardner, Richard, « Les ententes et l'accréditation en vertu du *Code du travail*: le rôle exclusif du syndicat et l'incapacité d'agir de la personne salariée » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit du travail* (2006), vol. 245, Cowansville, Yvon Blais, 2006, 293.

- Gouvernement du Québec, *Portrait statistique des conventions collectives analysées au Québec en 2013*, Québec, ministère du Travail, septembre 2014, en ligne : <http://www.travail.gouv.qc.ca/fileadmin/fichiers/Documents/conventions_collectives/portrait_2013.pdf>.
- Kaplan, William, « How Justice Rand Devised His Famous Formula and Forever Changed the Landscape of Canadian Labour Law » (2011) 62 *University of New Brunswick Law Journal / Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick* 73.
- Lampron, Louis-Philippe, *La hiérarchie des droits: Convictions religieuses et droits fondamentaux au Canada*, coll. « Diversitas », (n° 12), Bruxelles, PIE Peter Lang, 2012.
- Lyon-Caen, Gérard, « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail » (1951) *Droit ouvrier* 1.
- Mantouvalou, Virginia, « Is There a Human Right Not to Be a Trade Union Member? Labour Rights under the European Convention on Human Rights » dans Colin Fenwick et Tonia Novitz, dir, *Human Rights at Work: Perspectives on Law and Regulation*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2010.
- Millan, Luis, « Les malheurs du mouvement syndical », *National*, Avril-Mai 2013, en ligne : <http://www.nationalmagazine.ca/Articles/Recent4/Labour_pains.aspx?lang=FR>.
- Morin, Fernand, « Liberté syndicale et adhésion obligatoire, une réconciliation possible ! », dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail (2003)*, vol. 190, Cowansville, Yvon Blais, 2003, 1.
- Morin, Fernand, « Sécurité syndicale et le droit du travail au Québec » (1961) 21 *Revue du Barreau* 449.
- Morin, Fernand, Jean-Yves Brière, Dominic Roux et Jean-Pierre Villaggi, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.
- Murray, Gregor et Pierre Verge, *La représentation syndicale – Visage juridique actuel et futur*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999.
- Nadeau, Denis, « Monopole de représentation syndicale et droits individuels des salariés : l'incontournable défi de la diversité » (2012) 53 :1 *Les Cahiers de droit* 139.
- Parkes, Debra, « The Rand Formula Revisited: Union Security in the Charter Era » (2010) 61 *University of New Brunswick Law Journal/Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick* 223.

- Ressources humaines et développement des compétences Canada, *Travail – Taux de syndicalisation*, en ligne : <http://www4.rhdcc.gc.ca/3nd.3c.1t.4r@-fra.jsp?iid=17#M_1>.
- Rouillard, Jacques, *L'expérience syndicale au Québec : Ses rapports avec l'État, la nation et l'opinion publique*, coll. « Études québécoises », Montréal, VLB, 2008.
- Roux, Dominic, *Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.
- Russel, J Stuart, « Discrimination on the Basis of Political Convictions or Beliefs » (1985) 45 *Revue du Barreau* 377.
- Sinzheimer, Hugo, « La théorie des sources et le droit ouvrier », dans *Le problème des sources en droit positif, Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1934.
- Weiler, Paul C, *Reconcilable Differences*, Toronto, Carswell, 1980.
- White, Stuart, « Trade Unionism in a Liberal State » dans Amy Gutman, dir, *Freedom of Association*, Princeton, Princeton University Press, 1998, chapitre 2, 330.
- Verge, Pierre et Gregor Murray, *Le droit et les syndicats : Aspects du droit syndical québécois*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1991.
- Verge, Pierre et Guylaine Vallée, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1997.
- Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Thémis, 2006.
- Von Prondzynski, Ferdinand, *Freedom of Association and Industrial Relations : A Comparative Study*, London, Mansell, 1987.



« LA CONVENTION COLLECTIVE LIE TOUS LES SALARIÉS... » MAIS, SANS LES LIGOTER ! (ART. 67 C.T.)

M^e Fernand Morin*

*Il n'importe pas d'avoir raison
que de n'être pas resté indifférent.*

Cioran

Il était et il demeure nécessaire d'assurer le maintien de la règle de droit stipulant que « La convention collective lie tous les salariés actuels ou et futurs¹... » En d'autres termes, la finalité même des rapports collectifs du travail impose que l'on aboutisse à cet effet juridique impératif et pratique de protection et ce, au bénéfice de

* Professeur émérite au Département de relations industrielles de l'Université Laval.

1. *Code du travail*, L.R.Q., c C-27, art 67.

tous et aussi de chacun des salariés visés par une convention collective². Si nous voulons éviter de confondre le collectif et l'individuel, nous devons déterminer jusqu'à quel point ou comment le salarié serait ainsi « lié » par la décision collective prise en vertu l'article 20.3 du *Code du travail* (C.t.) d'autoriser la conclusion de la convention collective. Telle est la problématique que nous voulons explorer.

Nous effectuons d'abord un bref rappel des caractéristiques des règles du *Code du travail* aménageant cet aspect du régime des rapports collectifs du travail et lesquelles demeurent les assises politico-juridiques de l'article 67 C.t. Nous devons également discuter de l'entendement plus ou moins direct de cette même problématique par la Cour suprême du Canada. À ce chapitre, nous retenons une position qui diffère de l'approche retenue par la plus haute cour. Aussi, devons-nous la justifier ou, à tout le moins, l'expliquer. Au besoin, le lecteur prendra position. En droit, la dialectique demeure toujours un exercice vivifiant pour l'auteur comme pour le lecteur intéressé. La thèse retenue diffère sensiblement de celle que privilégie notre collègue et ami Pierre Verge (Verge, 2008 ; Verge, 1967), mais, connaissant ses qualités intellectuelles et sa magnanimité, il ne peut être outrageusement surpris d'une telle liberté de notre part, même à cette occasion privilégiée.

IIII 1. LES ASSISES POLITICO-JURIDIQUES DE L'ARTICLE 67 C.T.

Le régime des rapports collectifs du travail aménagé au *Code* entend assurer aux parties des rapports stables, sécuritaires et relativement simples. À ces fins, il ne vise qu'une entreprise à la fois à l'égard d'un groupe déterminé de salariés (l'unité d'accréditation) et représentés collectivement par un seul syndicat dont l'authenticité et la représentativité requises sont préalablement vérifiées par un organisme public (la Commission des relations du travail). Le syndicat accrédité

2. Cette affirmation liminaire s'impose afin que nos propos ne soient pas perçus ni retenus à titre de moyen pour contourner ou réduire la nécessaire et réelle portée juridique de cette règle impérative de protection.

devient ainsi le représentant collectif du groupe de salariés par-delà et au-delà des *desiderata* de l'employeur (art. 141 C.t.).

1.1 Le syndicat accrédité, représentant unique d'un groupe de salariés³

L'employeur ne peut valablement négocier avec le syndicat de son choix (l'effet ventriloque) et il ne peut se lier que pour un temps déterminé à l'aide d'une seule convention collective pour ce même groupe de salariés (art. 67, al. 2 C.t.). Ce processus de négociation collective n'est repris qu'à l'aboutissement du terme de la convention collective. C'est d'ailleurs à cette dernière condition de temps qu'un autre syndicat peut tenter de supplanter celui qui est déjà en place (art. 22 C.t.). Cette unicité des parties à l'acte collectif confère à l'employeur et au syndicat accrédité une certaine stabilité et constance dans leurs rapports continus⁴.

Ensemble, les parties à la convention collective ont aussi la charge d'assurer le respect de leur entente collective de la manière suivante :

- ⚡ pour la durée de la convention collective, le syndicat ne saurait valablement exiger plus que ce qui a déjà été convenu avec l'employeur ;
- ⚡ l'employeur ne peut valablement refuser d'obtempérer aux obligations qui lui reviennent en vertu de la convention collective ;
- ⚡ les difficultés relatives à l'application de la convention collective ne peuvent être résolues par voie de pression au moyen de la grève ou du lock-out (art. 107 C.t.) ;

3. Le qualificatif « unique » entend exclure la présence active de représentation des autres syndicats et dans le sens que l'employeur se doit d'agir auprès de ce seul syndicat, et ce, pour la durée de l'accréditation.

4. Ce régime des rapports collectifs de travail aménagé au *Code du travail* pourrait être synthétisé selon la formule 3U=3S, les 3U étant les unités de temps, de lieu et de personnes et les 3S étant la stabilité, la sécurité et la simplicité recherchées.

- /// les parties disposent encore de la liberté de régler à leur mutuelle convenance les griefs découlant de l'application de leur convention collective (art. 100.2 et 100.3 C.t.);
- /// un mécanisme de justice adapté leur est imposé et ensemble elles peuvent aussi convenir de modalités propres à ce processus : l'arbitrage de grief (art. 100 et 101 C.t.).

La convention collective s'appliquerait à l'instar d'une « loi du lieu » et laquelle repose sur la trame constituée, notamment, des lois du travail et autres règles d'ordre public (art. 62 C.t.). Ainsi, tous ceux qui y sont juridiquement visés à titre de salariés, sans égard à leur date respective d'arrivée en ce lieu, en sont bénéficiaires. Cette règle générale concernant les « salariés actuels et futurs » de l'unité d'accréditation est aussi retenue au *Code du travail* à d'autres fins, assurant ainsi une application généralisée de la convention collective. Il en est ainsi notamment en ces cas :

- /// l'obligation pour tous les salariés de participer financièrement aux frais du syndicat accrédité (art. 47 C.t.);
- /// l'obligation imposée au syndicat accrédité de représenter de façon juste et loyale tous et chacun de ses salariés (art. 47.2 C.t.);
- /// la compétence juridique du syndicat accrédité d'ester en justice en vue d'assurer le respect de la convention collective, et ce, au bénéfice de tous et de chacun des salariés et sans devoir disposer, au préalable, d'une « cession de créance » des salariés pour lesquels un recours serait entrepris (art. 69 C.t.) et aussi, sans égard au fait que ces salariés soient membres ou non du syndicat accrédité⁵;
- /// l'obligation imposée à tous ces salariés d'obtempérer à la décision collective de faire grève et de s'abstenir de travailler, s'il y a lock-out (art. 109.1 C.t.);

5. Cet article 69 du *Code du travail* illustre bien le caractère impératif de cette représentation collective qui échoit au syndicat par l'effet de l'accréditation.

- /// le recouvrement de l'emploi de tous les salariés à la fin d'une grève ou d'un lock-out (art. 110.1 C.t.), ces deux faits collectifs n'étant pas respectivement causes de rupture du contrat de travail selon la règle civiliste *non adimpleti contractus*⁶.

|||| 1.2 Le caractère impératif de la convention collective

Dans ce contexte et en raison de la finalité de ce régime de représentation collective, le libellé de l'article 67 C.t. ne saurait surprendre : «La convention collective lie tous les salariés actuels ou et futurs visés par l'accréditation.» Il devait en être ainsi en raison même de la fonction des rapports collectifs de travail. S'il en était autrement, si des salariés pouvaient se retrouver, d'une manière ou d'une autre, hors de l'écran protecteur de la convention collective, un employeur ne pourrait-il pas profiter de cette voie de sortie à l'aide de salariés «francs-tireurs» qui accepteraient de travailler à rabais et ce, au détriment de salariés qui pouvaient croire être collectivement protégés ? On viderait ainsi peu à peu de son réel contenu la portée de la convention collective. Pour éviter d'affaiblir ainsi la «digue protectrice», ce régime se doit d'être impératif notamment parce que les deux parties à la relation de travail, le salarié et l'employeur, ne disposent pas, l'un par rapport à l'autre, d'une réelle égalité de fait.

Si les parties au contrat de travail jouissent, d'une façon abstraite, de la même liberté de convention, le salarié ne peut personnellement l'exercer que d'une façon négative du fait que sa liberté contractuelle serait, en quelque sorte, neutralisée par l'inégalité de son positionnement vis-à-vis de l'employeur⁷. Laisse à lui-même, un salarié se doit d'accepter la proposition de l'employeur ou de refuser de s'engager en raison des conditions de travail que l'employeur entend lui imposer. Cette inégalité a un deuxième effet pour le salarié, celui de

6. Ces cinq dispositions du *Code du travail* furent respectivement édictées à la suite de multiples expériences démontrant la nécessité de colmater les brèches que pouvait autrement connaître l'action collective.

7. Telle est la situation généralement, mais il est des cas où le positionnement des parties diffère quelque peu.

ne pouvoir pratiquer cette négation d'une façon systémique en raison même de ses besoins matériels récurrents⁸. Par voie associative, les salariés suppléent à leur inégalité individuelle respective et peuvent alors, ensemble, participer réellement et d'une façon efficiente à l'élaboration de leurs conditions de travail⁹. À ces fins, le *Code du travail* retient et adapte l'une des règles fondamentales propres à tout processus démocratique soit la prise d'une décision collective majoritaire au moyen d'un scrutin secret. Ce procédé vaut notamment :

- /// pour départager, s'il y a lieu, les requérants à l'accréditation (art. 28, 37 et 38 du Code du travail) ;
- /// pour permettre à tous les salariés visés de participer aux grandes décisions syndicales et susceptibles de les affecter personnellement au-delà du (ou par-delà le) seul aspect collectif¹⁰ ;
- /// pour procéder à l'élection des dirigeants syndicaux (art. 20.1 C.t.) ;
- /// pour décider ou refuser de faire grève (art. 20.2 C.t.) ;
- /// pour autoriser le syndicat accrédité à conclure la convention collective (art. 20.3 et 58.2 C.t.).

Ces cinq décisions prises collectivement portent sur des questions essentielles au processus des rapports collectifs du travail et permettent aux salariés de participer réellement à l'élaboration de leurs conditions de travail. Telle est d'ailleurs la finalité *sine qua non* de ce processus. À cette fin, les diktats de l'employeur à ces mêmes

-
8. Ainsi, la liberté non adoubee d'une réelle égalité demeure une abstraction et ne dure qu'un moment.
 9. Notons que l'histoire de l'élaboration du droit des compagnies en Angleterre repose sur un pareil constat, soit la mise en commun des épargnes des actionnaires pour constituer le capital nécessaire à la réalisation de grandes aventures « outre-mer » et en « limitant » la responsabilité de chacun à sa seule mise de fond réelle ou convenue.
 10. La voie collective demeure un moyen d'action défensive et qui doit avoir des effets concrets sur les individus visés. Parfois, ceux-ci sont comme les maillons d'une même chaîne dont la solidité réelle est égale à celle de son plus faible membre. Sur la portée de ces deux concepts politico-juridiques de liberté et d'égalité, voir Pierre Rosanvallon, *La société des égaux*, Paris, Seuil, 2011.

sujets ne valent pas plus que ne valent ceux qu'un dirigeant syndical tenterait d'imposer aux salariés syndiqués, et ce, quels qu'en soient ses motifs¹¹.

Il va de soi que la convention collective valablement conclue lie l'employeur et le syndicat accrédité. Telle est la finalité historique et pratique des rapports collectifs du travail, ces derniers n'étant pas que des composantes d'un simple processus d'une consultation mutuelle. Les salariés négocient collectivement leurs conditions de travail parce qu'ils ne peuvent d'ordinaire le faire réellement sur une base individuelle. Sur le plan politique et même économique, nous le réitérons, les salariés ne disposent pas tous de la liberté et des ressources nécessaires que requiert une véritable négociation d'un contrat de travail. Qui plus est, il est vrai que la négociation individuelle des contrats de travail serait aussi fastidieuse pour l'employeur puisque, le plus souvent, il ne saurait ni offrir ni accepter des modalités contractuelles différentes en fonction des désirs de chacun des salariés. La normalisation des postes et l'exercice nécessaire d'un contrôle des processus de production et des coûts afférents exigent une certaine uniformisation ou standardisation du régime général de travail. De plus, des fluctuations plus ou moins importantes, mais multiples, entre des salariés œuvrant par ailleurs « côte-à-côte » deviendraient vite une cause de rivalité interne et peut-être même, de discorde. Par voie de conséquence, ce même effet s'appliquerait également à l'endroit du syndicat accrédité qui ne peut favoriser réellement et même donner l'apparence qu'il privilégie certains salariés et non d'autres collègues de travail. S'il devait en être autrement, l'employeur accepterait-il de respecter unilatéralement les conditions de travail collectivement négociées alors que le syndicat ne serait pas

11. Bien qu'il soit un « hors-d'œuvre » au *Code du travail*, le nouvel article 58.2 C.t. reposerait sur une pareille appréhension, mais cette fois de la part de l'employeur à l'égard du syndicat. Il est symptomatique que les salariés ou le syndicat éprouvant de pareils doutes à l'endroit des représentants de l'employeur ne disposent pas de moyens équivalents de vérification : un effet sous-jacent au principe d'unicité de l'autorité patronale. Tant qu'elle n'est pas formellement rescindée, la décision du contremaître, comme celle du directeur général de l'entreprise, demeure une décision réputée être celle de l'employeur.

aussi contraint à s'en tenir au contenu de l'acte collectif? Les articles 100 et 101 du *Code du travail* participent d'ailleurs au respect de cette double contrainte en assurant l'égalité de traitement. Toute violation de l'employeur ou du syndicat aux prescriptions conventionnelles peut donner prise à un contrôle arbitral (art. 100 C.t.) initié par l'une ou l'autre partie et la sentence arbitrale qui en résulte « [lie] les parties » (art. 101 C.t.)¹².

En raison de l'importance pratique de l'impératif de l'unicité d'une convention collective, l'employeur ne saurait valablement conclure à rabais quelques conditions de travail par le truchement des contrats de travail de certains salariés. S'il le faisait, il contreviendrait à ses propres engagements conventionnels. Si un salarié acceptait de travailler à salaire moindre et pour des motifs qui lui sont propres, ce contrat de travail contreviendrait à la convention collective et il n'aurait aucune valeur juridique du moins sous ce chef. Dans une telle situation, le syndicat devrait intervenir par voie d'un grief en vue de l'émission d'une ordonnance de l'arbitre enjoignant l'employeur à se conformer à ses obligations conventionnelles à l'égard du salarié concerné, nonobstant l'entente privée que ce dernier aurait pu conclure (art. 100.12 et 101 C.t.)¹³.

||| 1.3 L'article 67 C.t. : un empêchement dirimant ?

Ces préalables servent de trame générale à l'étude de cette double question : le caractère impératif de la convention collective à l'encontre du salarié comporte-t-il un empêchement dirimant à l'égard de toute condition de travail non expressément traitée à la convention collective ou encore, d'une condition de travail objectivement plus

12. Si, indirectement, le syndicat accrédité était moins vigilant quant au respect des droits de certains salariés, et ce, à l'encontre des dispositions de la convention collective, il violerait l'article 47.2 C.t., ce qui pourrait donner prise à un recours (art. 47.3, 114 et 118 C.t.).

13. Parce qu'il est lié par la convention collective (art. 67 C.t.), le salarié ne peut valablement y contrevenir. Il s'agit là d'un effet de son « incapacité de protection ». Le syndicat peut alors intervenir sans devoir obtenir l'assentiment du salarié qui se placerait autrement en porte-à-faux (art. 69 C.t.). L'intérêt collectif doit alors prévaloir sur l'intérêt individuel.

avantageuse que celles déjà retenues à la convention collective? En d'autres termes, le postulat affirmant que le « plus contient le moins » vaudrait-il, en ces deux mêmes situations? La question est d'autant plus pertinente que la *Loi sur les normes du travail*¹⁴ (L.N.T.) retient ce même principe au sujet des normes d'ordre public (art. 93 L.N.T.): « Malgré l'article 93, une convention ou un décret peut avoir pour effet d'accorder à un salarié une condition de travail plus avantageuse qu'une norme prévue par la présente loi ou les règlements¹⁵. » (art. 94 L.N.T.) Cette même règle du « plus avantageux » est notamment réitérée à l'article 13 de la *Loi sur les décrets de convention collective*¹⁶.

Puisque nous tentons de connaître la véritable portée de l'article 67 C.t., cette double question nous conduit à considérer le volet inversé de cette même règle, celle où l'employeur offre à un salarié un avantage supérieur aux conditions de travail fixées, ou encore inexistantes, à la convention collective. Cette même question peut être ainsi schématisée: *Contrat de travail > convention collective!* Il va de soi que si nous étions d'avis qu'il s'agit d'un empêchement dirimant, cette double question ne saurait être valablement posée et nous aurions modulé autrement ce commentaire.

IIII 2. UN CONTRAT DE TRAVAIL EXCÉDENTAIRE

La discussion relative à ce deuxième volet de notre problématique nous conduit à considérer de plus près les implications de la convention collective sur le lien juridique subsistant entre l'employeur et le salarié, le contrat individuel de travail dont les modalités principales sont aménagées au *Code civil du Québec*¹⁷ (C.c.Q.). Nous

14. *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c N-1.1

15. Il est vrai que cette norme vise la situation conflictuelle entre une norme et la convention collective et non la convention collective et le contrat de travail. Mais, la règle stipulant que le véritable « plus » contienne le « moins » soit retenue, ne devrait-elle pas, en droit du travail, le demeurer sauf si de réelles contre-indications exigeraient d'en moduler autrement la portée?

16. *Loi sur les décrets de convention collective*, L.R.Q., c D-2.

17. *Code civil du Québec*, LRQ, c C-1991.

étudierons la question en omettant de traiter directement de la thèse déjà retenue par la Cour suprême du Canada, soit que, durant le terme d'une convention collective, les contrats de travail seraient « suspendus¹⁸ ». Des contraintes pratiques afférentes à un exposé écrit nous forcent à effectuer cette réserve et aussi des raisons logiques nous l'imposent. En effet, s'il y avait une réelle « suspension » du contrat de travail et si ce dernier était juridiquement inerte, du moins pour la durée de la convention collective, comment alors pourrions-nous concevoir le fait que l'employeur puisse donner ce « plus » que ce à quoi un salarié aurait droit en vertu de la convention collective? Par quelle voie juridique ce salarié recevrait-il alors ce « plus » de la part de l'employeur? Pourrions-nous y voir une simple libéralité de ce dernier?

IIII 2.1 Le contrat de travail selon le Code civil du Québec

Il y a lieu de prendre en compte le fait juridique de la relation individuelle de travail, car la convention collective ne saurait être assimilée à un quelconque « contrat de marchandage ». Ainsi, ce fait juridique que constitue le contrat de travail établit ainsi le statut des deux personnes mises en présence : le salarié et l'employeur au sein de l'entreprise. À l'aide des libellés des articles 2085 à 2097 C.c.Q., il est possible d'en dégager ces tenants et aboutissants :

- i) L'existence d'un contrat de travail peut être déduite ou présumée d'une simple situation de fait (art. 2085 C.c.Q.). Il

18. Au sujet de la thèse de la « suspension » du contrat de travail du fait de la convention collective et retenue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Isidore Garon Itée c Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c Syndicat national des employés de garage du Québec*, [2006] 1 R.C.S. 27 (ci-après : « *Garon/Fillion* »), nous en discutons sous le titre « La spéciale suspension du contrat de travail » dans Dominic ROUX et Anne-Marie LAFLAMME (dir.), « Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail : chartes, normes d'ordre public, convention collective, contrat de travail, etc. », *Actes du colloque organisé par la Faculté de droit de l'Université Laval et le Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT)*, Québec le 8 novembre 2007, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 31.

s'agit qu'une personne s'active professionnellement au service d'un tiers qui accepte sa prestation de travail et consent à assumer le versement d'une contre-prestation, le salaire. Aucune condition formelle n'est requise à la conclusion juridiquement valable d'une telle relation de travail. Il va de soi que l'employeur peut préalablement préciser les conditions de travail qu'il entend retenir si, toutefois, elles ne contreviennent pas aux lois et que le candidat au statut de salarié accepte d'obtempérer aux directives relatives à l'exécution de la prestation de travail convenue. À défaut de ce double accord exprès ou valablement présumé, il n'y aurait pas embauche¹⁹.

- ii) Par ce contrat nommé, le statut juridique des personnes ainsi mises en présence est fixé: une prestation de travail du salarié, une contre-prestation de l'employeur, la durée possible du contrat, les modalités de résiliation du contrat de travail, notamment, y sont édictées (art. 2085 à 2097 C.c.Q.). Par ces seules modalités du *Code civil du Québec*, nous en déduisons que l'on ne saurait réduire le contrat de travail à la seule fonction de l'embauche, soit l'acceptation des services professionnels d'une personne. On y retrouve en effet des modalités de fonctionnement et de mutuel comportement (art. 2087 et 2088 C.c.Q.).
- iii) Telle qu'articulée au *Code civil du Québec*, la conclusion d'un contrat de travail implique une reconnaissance implicite de la liberté de convention des deux parties. Cette même liberté de convention aménagée principalement au *Code civil du Québec* ne précise nullement l'effet juridique d'une quelconque suspension du même contrat de travail causée par le seul avènement d'une convention collective. D'ailleurs, ni le *Code civil du Québec* ni le *Code du travail* (C.t.) ne traitent d'un possible effet de suspension ou de substitution du contrat de travail. Bien au contraire, la présence même de l'article 67 C.t. renvoie

19. Imaginons un contrat de travail pour «la vie durant». Cette dernière disposition serait nulle parce qu'elle constituerait un genre «d'esclavage contractuel», ce que l'article 2085 C.c.Q. entend prohiber par la mention «[pour] un temps limité» (art. 1373 et 1438 C.c.Q.).

implicitement au contrat de travail, c'est-à-dire à la présence, en fait et en droit, d'un employeur et d'un salarié (art. 2085 C.c.Q.). Ce même sous-entendu se retrouve aussi à l'article 110.1 C.t., lequel affirme le maintien du contrat de travail de chacun des salariés grévistes ou touchés par un lock-out.

- iv) Le statut de « salarié » tel qu'établi au *Code civil du Québec* sert de fondement à l'admissibilité d'un individu aux droits articulés au *Code du travail* (art. 1, par. 1 C.t.) et aux autres lois du travail.

IIII 2.2 Une condition de travail objectivement plus avantageuse

Pour mieux clarifier l'objet de la question que nous soulevons et pour en circonscrire la portée, il y a lieu de préciser ce que nous entendons par des conditions objectivement plus avantageuses. Nous tentons de le faire à l'aide d'exemples de modalités contractuelles plus avantageuses, ou excédentaires, que le contenu de la convention collective. Il va de soi qu'en chaque milieu de travail, selon les impératifs du moment et la culture ou la pratique du lieu, d'autres modalités pourraient être retenues.

À titre illustratif, nous considérons que seraient des conditions objectivement plus avantageuses :

- /// une prime accordée à un salarié en raison de ses qualifications professionnelles exceptionnelles et non expressément exigibles selon la convention collective mais néanmoins utiles à l'exercice de ses fonctions ;
- /// une réduction des heures de travail hebdomadaires d'un salarié afin de lui permettre de parfaire sa formation professionnelle et laquelle serait éventuellement aussi bénéfique au développement d'un nouveau créneau de l'entreprise tout en assurant à ce salarié un avenir professionnel plus prometteur ;
- /// une libération mensuelle équivalent à trois jours de travail en vue de permettre à un salarié d'assumer des activités inhérentes à la présidence d'une association caritative bien

reconnue et soutenue dans le milieu où intervient l'entreprise, etc.

Il est aussi entendu que de telles situations, et d'autres semblables, ne feraient nullement l'objet d'une disposition spécifique à la convention collective et ne contreviendraient pas directement à l'une de ses modalités.

Dès lors, et dans le cadre strict de ces trois hypothèses ou d'autres de semblable facture, les tenants de la thèse permissive pourraient faire valoir que :

- /// L'employeur ne violerait aucunement les obligations qui lui incombent en vertu de la convention collective et du Code du travail ;
- /// Le salarié ne contreviendrait pas à la convention collective en acceptant de tels accommodements à sa prestation de travail ni du fait de ses autres activités ;
- /// Faute d'assiette au grief, l'arbitre saisi de l'affaire pourrait difficilement émettre une ordonnance enjoignant l'employeur de cesser cette pratique ou, au salarié, de rembourser le « trop perçu » à l'employeur.

Certes, on pourrait aussi invoquer le fait que de telles situations pourraient faire l'objet d'études entre les parties à la convention collective et être alors acceptées formellement par une lettre d'entente préventive, évitant ainsi toute éventuelle contestation judiciaire. Si une telle voie de solution demeure toujours possible et sans doute souhaitable, elle soulèverait d'autres questions relevant indirectement de la problématique qui nous occupe, portant notamment sur :

- /// l'étendue du pouvoir de représentation du syndicat à l'égard d'une donnée qui ne toucherait qu'un salarié sur un sujet non traité à la convention collective ;
- /// la difficulté politique que pourrait éprouver le syndicat en autorisant une exception en faveur d'un seul salarié, et non au profit de tous les autres salariés qui peuvent prétendre aussi posséder, du moins à leur point de vue, des qualités professionnelles toutes aussi exceptionnelles mais que l'employeur

semblerait ignorer ou auxquelles il semblerait ne pas prêter suffisamment d'attention !

- /// la difficulté qu'aurait un syndicat qui s'y opposerait par voie de grief d'accepter par la suite un compromis, et ce, alors que sa position initiale serait maintenant connue des autres salariés.

Malgré ces interrogations, nous savons qu'en bien d'autres cas le syndicat et l'employeur s'entendent pour solutionner un grief par voie d'un compromis pouvant ne pas toujours être conforme au dit formel de la convention collective (art. 100.3 C.t.). Lorsque les parties conviennent d'un accommodement applicable à un sous-groupe de salariés, n'excèdent-elles pas, pour ce faire, les conditions de travail formellement articulées, par ailleurs, dans leur convention collective ?

En somme, on ne saurait valablement considérer et administrer la convention collective comme il en est de l'application d'un code pénal exigeant une interprétation rigoureuse de manière à respecter la « présomption d'innocence ». Une telle rigueur porterait tôt ou tard préjudice à l'une puis à l'autre partie.

Certes, on reconnaît le caractère impératif de la convention collective qui lie les parties et, par voie de conséquence, bénéficie aux salariés qui n'ont pas à donner au préalable leur accord personnel. Par ailleurs, un accord collectif doit être formulé selon les prescriptions de l'article 20.3 C.t. En ce sens, l'acte collectif vaut titre de droit à l'égard de chacun des salariés visés sans un nécessaire retour sur le plan de la relation individuelle de travail, et ce, à l'instar d'une règle édictée en vertu de la *Loi sur les normes du travail*.

|||| 2.3 Le passage de l'acte collectif au contrat individuel de travail

Mais, serait-ce suffisant de clore le débat en prétendant l'incapacité juridique du salarié ? Du seul fait juridique de la convention collective, le salarié perdrait-il sa propre liberté contractuelle alors que les lois du travail n'auraient nullement une telle emprise totalitaire ? La présence d'une convention collective rendrait-elle le salarié

juridiquement incapable d'accepter valablement plus que ce que la convention collective lui procure? S'il devait en être ainsi, le syndicat se substituerait non seulement au groupe de salariés qu'il représente, mais aussi à chacun des membres de ce même groupe²⁰. Au sujet des éléments communs à tous et à chacun des salariés, il va de soi qu'il n'y a pas de distinction à faire, mais chaque salarié demeure une personne juridiquement distincte de ses collègues de travail et jouit ainsi, à ce titre, de droits et de libertés auxquels il ne saurait valablement renoncer. Dès lors, une certaine réconciliation des droits et libertés s'imposerait.

Certes, le syndicat accrédité représente un groupe de salariés en vue d'établir collectivement la « loi du lieu », mais serait-ce bien le « contenu exclusif » de chacun des contrats individuels de travail? Nous ne le croyons pas, entendu que cette dernière assertion suppose que la modalité contractuelle excédentaire, ou « non conventionnée », ne contreviendrait pas expressément à la convention collective. S'il devait en être autrement, la convention collective énoncerait d'une façon extensive tout le contenu possible de chacun des contrats de travail.

Mais alors, n'aurait-il pas fallu modifier le *Code civil du Québec* pour aboutir à un tel rapport de contenu à contenant? Ne serait-il pas plus logique et respectueux de l'économie juridique de l'ensemble des règles de droit en présence d'assimiler le contenu de la convention collective à autant de règles de droit modulant le régime de travail au sein d'une entreprise à l'instar des normes édictées en vertu de la *Loi sur les normes du travail*? Ainsi, on replacerait la portée juridique de la convention collective à sa dimension propre, et ce, en cessant d'assimiler le syndicat accrédité à un négociateur direct et exclusif des contrats de travail et de faire ainsi du salarié un « handicapé juridique ». Par ailleurs, l'accréditation confère au syndicat un pouvoir de représentation d'un groupe de salariés et non un mandat de nature civile liant nommément, à ce titre, chacun de ces salariés²¹.

20. On passerait ainsi assez prestement du collectif à l'individuel et inversement.

21. Il y a déjà 40 ans, la Cour suprême du Canada (*Syndicat catholique des employés de magasins de Québec inc. c Cie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206)

Il va de soi que le salarié et l'employeur ne peuvent valablement convenir, par le truchement d'un contrat de travail, de conditions de travail contrevenant aux dispositions conventionnelles. Toutefois, nous soutenons que ce salarié disposerait encore d'une liberté contractuelle suffisante pour accepter des conditions plus avantageuses que celles articulées à la convention collective, mais nullement contraires, par ailleurs, à ces mêmes dispositions conventionnelles. Nous ne retenons que la situation où ce « plus » contractuel ne contreviendrait pas, ni en fait ni en droit, au contenu réel et explicite de la convention collective applicable.

La question qui nous anime provient à la fois du fait que tous les salariés ne sont pas, sur le plan professionnel, nécessairement de mutuels équivalents à l'instar d'un même code à barres estampillé sur de semblables objets²². Certains ont plus de talent que leurs collègues, d'autres sont plus intellectuellement disponibles ou ont une présence active plus stimulante ou dynamique auprès de leurs collègues de travail. De la même manière, par exemple, il y a des salariés qui sont plus avides de connaissances professionnelles et plus disponibles pour assumer certaines tâches. Il est aussi vrai qu'il peut être difficile pour les dirigeants d'un syndicat accrédité de reconnaître et d'admettre de telles distinctions entre leurs membres et d'accepter d'en prendre acte²³. Ces dernières affirmations résultent de communes expériences et même en 1789, les artisans de la Révolution reconnaissaient que les citoyens disposaient de qualités différentes les uns des autres. Ainsi, l'article VI de la *Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen* était ainsi formulé : « Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux (la loi), sont également admissibles

avait établi que le rapport juridique du syndicat accrédité aux salariés ne pouvait s'assimiler à celui d'un mandataire de ces mêmes salariés au sens du droit civil, tel que l'avait pourtant retenu la Cour d'appel du Québec d'alors.

22. Certes, il n'y a pas d'inégalité naturelle au point que certains naîtraient pour servir les autres, mais nous ne disposons pas tous des mêmes qualités professionnelles et nous ne les développons pas tous de la même manière.
23. Le critère démocratique retenu pour la prise de décisions collectives (art. 20.1 C.t. et ss) produit le même effet au-delà des qualités professionnelles de chacun des membres.

à toutes dignités, places et emplois publics selon leur capacité et sans autre distinction **que celle de leurs vertus et de leurs talents.** »

Outre ces considérations générales, il y a aussi lieu de concrétiser l'entendement de la Cour suprême du Canada quant au rapport entre la loi et la convention collective et aussi, quant à son apport à cette question de fond et de nature politico-juridique.

III 3. LE RAPPORT LOI ET CONVENTION COLLECTIVE SELON LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Un juriste, même « profane » en droit du travail, pourrait concevoir, sans trop de difficulté, le rapport hiérarchique établi entre le contrat de travail, la convention collective et les lois du travail. À cette fin, il ferait sans doute appel à un principe fondamental en droit : le respect de l'ordre hiérarchique des règles de droit en fonction de leur source respective. D'ailleurs, il préciserait, au besoin, que telle est bien la règle retenue au *Code du travail* pour circonscrire la liberté de convention de l'employeur et du syndicat accrédité et, du même coup, pour assurer l'harmonisation des rapports provenant de différentes sources du droit : loi, convention collective et contrat de travail. En somme, cet interlocuteur invoquerait, de quelque manière, la règle expressément édictée à l'article 62 du *Code du travail*. Il est vrai cependant que la Cour suprême du Canada a déjà retenu une approche assez différente et que l'on ne saurait feindre d'ignorer.

III 3.1 L'apport de la Cour suprême du Canada

Pour les fins de notre analyse, nous rappelons l'entendement de la Cour suprême du Canada au sujet de la fonction et de la portée de la convention collective tant à l'égard des parties signataires que des salariés. La plus haute cour semble éprouver des difficultés à bien saisir ce rapport, du moins certains de ses membres. On peut percevoir cette difficulté d'établir le rapport entre la convention collective et le contrat individuel de travail, soit l'acte collectif et l'acte individuel, dans les définitions ingénues déjà proposées par

des juges de la Cour suprême du Canada qui y voyaient l'institution d'un quelconque tripartisme :

- /// « [L]a structure consacre une nouvelle forme de contrats tripartites avec seulement deux signataires, une solution législative aux lacunes de la *common law* dans le domaine des droits des tiers²⁴ » ;
- /// « [L]a relation tripartite qui existe entre le syndicat, l'employeur et l'employé en raison du Code supplante les principes de *common law*²⁵ » ;
- /// « La convention collective est un contrat privé mais un contrat qui sert une fonction publique : le règlement pacifique des conflits de travail²⁶. »

L'ambiguïté de ces propositions de définition de la convention collective est aussi illustrée par les conséquences juridiques que l'on en dégage. Ainsi, M. le juge LaForest déclarait ceci dans l'arrêt CAIMAW : « Tout en acceptant qu'il n'y a plus de contrat individuel de travail lorsque les parties se trouvent dans une relation de négociation collective, une conclusion inéluctable depuis l'arrêt de notre Cour *McGavin Toastmaster* [...] [1976] 1 R.C.S. 718 » (p. 1006). En 2006, dans l'arrêt *Garon/Fillion*, M^{me} la juge Deschamps crut nécessaire de bémoliser quelque peu cette dernière assertion : « [L]e contrat de travail n'est pas abrogé, il est simplement suspendu ». . . « Pendant la durée de la convention collective, le contrat individuel de travail ne peut cependant être évoqué comme source de droit » (par. 27).

Il nous semble imprudent de confondre le tout et ses parties, en l'occurrence le groupe de salariés formant l'unité d'accréditation, d'une part, et, d'autre part, chacun des salariés compris dans ce groupe à la

24. *St. Anne Nackawic Pulp & Paper c. SCTP*, [1986] 1 R.C.S. 704, par. 14.

25. *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, p. 1008 (ci-après : "Caimaw").

26. *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 30.

suite d'une décision syndicale prise à la majorité du même groupe : d'abord pour l'accréditation, puis, pour la conclusion de la convention collective. Tout en aménageant les rapports collectifs du travail, le législateur sut reconnaître la présence des individus, les salariés.

Cette « loi du lieu » collectivement élaborée élève le seuil du régime de travail des salariés qui y sont visés comme le font les lois générales du travail d'ordre public et ces dernières servent à la fois de substrat à la convention collective et aux contrats individuels de travail. Aucune disposition légale au *Code civil du Québec* ni au *Code du travail* ne fait disparaître le contrat de travail à titre d'instrument juridique (point 2.1). Ce contrat sert à fixer le statut juridique des parties à la relation individuelle de travail, et c'est à ces fins, au-delà de (et par-delà) la convention collective, qu'il aménage la relation individuelle de travail selon les modalités des articles 2085 à 2097 C.c.Q. En somme, le fait qu'un groupe de salariés empruntent la voie collective de négociation de leurs conditions de travail n'est pas et ne pourrait l'être en vue de s'extirper collectivement de l'application du *Code civil du Québec*, mais bien pour être en état de négocier les conditions de travail applicables à ce milieu de travail et ce qu'ils ne sauraient réaliser au strict plan individuel.

Il va de soi que les implications juridiques et pratiques de la tenue des rapports collectifs du travail ne se limitent pas à ce seul aspect palliatif de l'inégalité systémique que peut connaître distinctement chaque salarié à l'égard de son employeur. La présence d'un syndicat accrédité et qui demeure en fonction jusqu'à son remplacement éventuel en des temps prédéterminés au *Code du travail* permet la mise en place d'institutions et de services au sein de l'entreprise. Parce que l'employeur dispose alors d'un interlocuteur représentant à ces fins la collectivité des salariés (l'unité d'accréditation) et présent à moyen ou à long termes, différents mécanismes d'intervention sont institués et notamment :

- /// L'établissement d'un certain ordre de priorité entre les salariés et retenu en diverses situations afin de les départager d'une façon claire et objective : l'ancienneté et l'élaboration des mêmes grilles d'évaluation des compétences professionnelles

déjà acquises et celles éventuellement requises. Ce n'est pas que l'employeur ne pourrait le faire seul mais le fait que ces actes soient élaborés en concertation en tout ou en partie et que leur application soit sujet à un droit de vue de la part du syndicat confère une certaine légitimité et autorité aux décisions et actes qui en résultent et en garantit le respect de part et d'autre.

- ≡ Un tel interlocuteur présent sur les lieux du travail permet, au besoin, d'assurer une communication bilatérale d'information, soit un dialogue direct et systématique d'abord pour l'application de la convention collective et, aussi, pour la gestion relative au personnel, à la prévention et à la sécurité du travail et à la formation professionnelle, etc.
- ≡ Au besoin, chaque salarié dispose ainsi d'un agent capable de le représenter en temps utile en vue d'assurer le respect des conditions de travail arrêtées à la convention collective (art. 100 C.t.).
- ≡ Etc.

Ainsi, la présence active et constructive d'un syndicat accrédité au sein de l'entreprise agit à titre de représentant des intérêts collectifs d'un groupe de salariés. Il n'empêche que chacun de ces salariés demeure une entité juridique à titre de personne. En ce sens, nous ne saurions valablement prétendre ni dogmatiquement soutenir que le syndicat accrédité dispose lui-même d'une main-d'œuvre et qu'il intervient auprès de l'employeur comme s'il était un marchand en « semblable matière ». Pour cette raison, comment pourrions-nous valablement assimiler ou confondre, en droit et en fait, la convention collective comme s'il s'agissait d'un « contrat de travail collectif » se substituant juridiquement à chacun des contrats individuels de travail des salariés bénéficiaires de la convention collective ? Au-delà de la présence de la convention collective, un contrat individuel de travail saisit juridiquement et respectivement le fait juridique de la relation de travail entre l'employeur et chacun de ses salariés. Aucun tribunal judiciaire ne disposerait d'une telle autorité, et de surcroît d'ordre législatif, pour faire disparaître ou mettre en « sourdine » le contrat de travail et les dispositions du *Code civil du Québec*.

La personne présente sur un lieu de travail à titre de salarié, et ce, pour le compte d'un employeur, demeure juridiquement liée à ce dernier en vertu d'un contrat de travail compris au sens des articles 2085 à 2097 C.c.Q. Les lois du travail et la convention collective ne nient pas ce fait juridique et elles se limitent directement ou par ricochet à l'aménagement de la trame juridique servant de principal fondement à l'élaboration du régime de travail applicable à ce groupe de salariés. Tout comme les lois du travail, la convention collective ne « s'incorpore » pas aux contrats individuels de travail : elle produit son propre effet juridique tout en demeurant ce qu'elle est. En d'autres termes, le salarié ne perd pas « son âme juridique » du fait de la présence d'un syndicat accrédité et d'une convention collective. Or, cette question fondamentale pour situer juridiquement la position et la fonction des parties en présence (employeur, syndicat accrédité et le salarié) ne semble pas être comprise de cette même façon par tous et, nous le réitérons, par la Cour suprême du Canada. Ce qui pourrait surprendre davantage, du moins à notre avis, serait le fait que l'entendement de la plus haute cour n'aurait pas produit un effet de stupéfaction au point d'inciter l'État à procéder, par voie d'un référé législatif, à la correction de cet imbroglio juridique.

La question concernant la portée ultime de l'article 67 C.t. permet de saisir, sous un autre angle, cette même problématique de la coexistence du contrat de travail et de la convention collective. Il s'agit alors de savoir si un salarié sous convention collective au sens de l'article 67 C.t. dispose encore de la capacité juridique, à titre de personne, pour recevoir ou même valablement exiger de l'employeur plus que ce que la convention collective lui garantit ? Dit autrement, est-ce que le contrat de travail peut valablement servir d'assiette juridique pour que l'employeur d'un salarié sous convention collective puisse convenir de modalités excédentaires à cet acte collectif si toutefois ce « complément » ne contrevient pas au contenu même de l'acte collectif ? C'est à ces seules fins que nous rappelons certains aspects de deux arrêts : *Garon c. Fillion* et *S.F.P. c. P.G.* (Québec).

||| 3.2 L'arrêt Garon/Fillion²⁷

En cet arrêt, la Cour suprême du Canada confère à la convention collective une présence omnipotente à l'égard du lieu de travail visé. Les dispositions conventionnelles qui y sont énoncées s'imposeraient en priorité aux parties et à chacun des salariés assujettis. Sans autre recherche, ces autres règles de droit considérées « incompatibles » au contenu de la convention devraient être écartées. Telle fut l'approche dite « exclusive » que retenait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Garon/Fillion*. Il est d'ailleurs révélateur que la Cour suprême du Canada amorça l'exposé des motifs de cet arrêt en reconnaissant l'existence de deux conceptions relatives au rapport loi/convention collective/contrat de travail : la voie dite « **exclusive** » et celle qualifiée d'« **inclusive** ». M^{me} la juge Deschamps, pour la majorité des juges de cette formation *ad hoc* (4/3), les définissait ainsi, puis retenait l'approche « **exclusive** » :

- /// la voie « **exclusive** » consisterait « ... en l'exclusion du droit commun et de la négociation individuelle pour tout ce qui touche les conditions de travail dans le processus des rapports collectifs du travail ». (par. 9) ;
- /// la deuxième voie qualifiée d'« **inclusive** » se définirait ainsi : « ... l'incorporation aux conventions collectives des normes minimales d'emploi par les différentes lois régissant le travail... » (par. 9).

Les termes employés et la schématisation de ces deux formulations sont déjà très indicatifs de la position « politique » retenue par la plus haute cour :

- /// « ... **L'exclusion du droit commun...** » ! Avec respect mais conviction, aucune disposition du *Code du travail*, aucune loi du travail ni aucun article du *Code civil du Québec* ne permettraient d'étayer une telle prise de position affirmant l'« exclusion » du droit commun. Ne pourrions-nous pas y percevoir l'amorce d'un « apartheid » juridique des salariés sous convention collective ? La loi ne nie pas cette réelle et

27. *Garon/Fillion*, précité, note 18.

nécessaire conjugaison des sources et, à cette même fin, elle exige l'harmonisation des règles de droit en fonction de l'ordre hiérarchique de leur source respective. Cette consigne se retrouve à l'article 62 du *Code du travail* et elle est destinée notamment à assurer un aménagement harmonieux de l'acte devant résulter du «... processus des rapports collectifs du travail...». C'est pourquoi l'article 62 C.t. délimite la liberté conventionnelle des parties, et ainsi, la question de l'incompatibilité se poserait, en sens inverse: l'ordre à respecter, s'il y a un tel conflit de droit, devrait consister à faire prévaloir la loi et non pas la convention collective.

/// À la définition de l'approche «**inclusive**», la Cour suprême du Canada emploie le terme «**incorporation**» ce qui devrait surprendre le lecteur des arrêts de la Cour suprême du Canada. En effet, comment croire ou concevoir qu'il pourrait y avoir un rapport consubstantif entre, d'une part, la diversité des conventions collectives et, d'autre part, les normes édictées par les lois du travail? Ce terme «incorporation» laisserait entendre que la convention collective ferait corps avec les lois du travail. Certes, ces dernières encadrent et peuvent servir de creuset à la convention collective mais ces lois ne perdent pas leur autonomie juridique: elles demeurent ce qu'elles sont sans égard au contenu de chacune des conventions collectives. S'il était établi qu'une convention collective s'écarte du champ libre dont disposent ensemble les deux parties, ce sont ces modalités conventionnelles *ultra vires* qui devraient être écartées. Tel fut d'ailleurs, verrons-nous, ce que la Cour suprême du Canada fit quatre ans après l'arrêt *Garon/Fillion*.

En raison de l'approche «exclusive» retenue en cet arrêt *Garon/Fillion*, la Cour suprême du Canada considéra que l'article 2091 C.c.Q. qui confère une protection accrue aux salariés serait néanmoins «incompatible» avec la convention collective. On peut en déduire qu'en fonction de cette même approche «exclusive», il en serait ainsi d'un contrat de travail adapté aux contraintes ou qualités d'un seul salarié! Devant de telles méprises, il y a lieu de considérer

le changement de cap de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *S.F.P. c. P.G. (Québec)*.

|||| 3.3 L'arrêt *S.F.P. c. P.G. (Québec)*²⁸

Quatre ans après cet arrêt, la Cour suprême du Canada aborda à nouveau la question du rapport loi/convention collective et le fit en retenant la deuxième voie, c'est-à-dire celle dite « inclusive ».

M. le juge Lebel, au nom de la majorité (5/4) de cette formation *ad hoc*, considéra que l'on devait d'abord prendre en compte le rapport établi entre la *Loi sur les normes du travail* et les dispositions conventionnelles visées. Ces dernières modalités n'ont le droit à l'arbitrage de grief à certains salariés en raison de leur statut dans l'entreprise, mais alors sans prendre en compte l'article 124 L.N.T. Selon cette disposition d'ordre public, tous les salariés disposant déjà de deux ans de « service continu » (art. 1, par. 12 L.N.T.) bénéficient d'un droit de contrôle de la décision de l'employeur en résiliation de leur contrat de travail. Dans un tel contexte, M. le juge Lebel situa ainsi la véritable problématique dont la Cour devait se saisir : « Ces pourvois soulèvent plutôt une question de hiérarchie des sources du droit du travail québécois, et plus particulièrement de l'effet d'ordre public de la Loi sur les normes du travail sur le contenu des conventions collectives et, par conséquent, sur la compétence attribuée aux arbitres de grief chargés de leur interprétation et de leur application » (par. 25 in fine).

Ainsi, la Cour suprême du Canada réconcilia les deux actes juridiques en conflit apparent : la *Loi sur les normes du travail* et la *convention collective*. En raison du caractère d'ordre public de la *Loi sur les normes du travail* (art. 124) et de l'article 62 C.t. précisant l'ordre prévalant des règles de droit en fonction de leur source respective, la Cour suprême du Canada écarta les dispositions conventionnelles qui contredisaient ces normes d'ordre public et notamment

28. *Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 61 (ci-après : « S.F.P. »). En cet arrêt, on fit une application générale du principe de l'inclusion assurant ainsi l'unicité des droits et non plus sa segmentation négativiste.

l'article 1, par. 12 L.N.T. (le concept de « service continu » (par. 42)). Ce premier exercice de « blanchiment » du texte conventionnel comportait, de son seul fait, la réponse à la question principale soulevée en cette affaire.

Au sujet du rapport « loi, convention collective et contrat de travail », cet arrêt dégagea des articles 93 et 94 L.N.T. et 62 et 64 C.t. cet enseignement :

La loi restreint pour autant la liberté contractuelle des parties, en privant d'effet toute stipulation incompatible avec les normes d'ordre public qu'elles ont incluses dans l'entente ou en les obligeant à adopter des conditions de travail à tout le moins aussi avantageuses pour les salariés que celles prévues à la Loi sur les normes du travail. L'ordre public législatif produit donc ses effets sur le contenu même du contrat de travail ou de la convention collective et non uniquement sur son encadrement juridique. (par. 41 in fine) (nos soulignés)

Il est vrai que ces deux arrêts, transposant respectivement l'une et l'autre approches, soit l'inclusive et l'exclusive, ne répondent pas directement à la question concernant la valeur juridique d'un contrat de travail excédentaire à la convention collective. Par ailleurs, on constate que, selon l'approche « inclusive » retenue à l'arrêt *S.F.P.*, les conditions de travail articulées à la convention collective peuvent être plus avantageuses que celles fixées aux lois du travail : le plus contenant implicitement le moins (art. 93, al. 2, et 94 L.N.T.). Pour ces raisons, on ne saurait affirmer ni prétendre, selon cet arrêt *S.F.P.*, qu'un tel contrat de travail excédentaire :

- i) serait, de son seul fait, « incompatible » à la présence d'une convention collective ;
- ii) contreviendrait manifestement à une disposition expresse du *Code du travail*.

En somme, il y a lieu de savoir si l'économie générale du régime des rapports collectifs du travail aménagé au *Code du travail* implique que la convention collective qui en résulte élimine, du seul fait de sa présence, toute liberté contractuelle au salarié et à son employeur ?

Ceci étant, on ne saurait davantage considérer cet article 67 C.t. comme s'il pouvait s'agir d'un simple « hors-d'œuvre » législatif (points 1.2 et 1.3). Cette même disposition traduit, à notre avis, l'effet de protection historique et pratique recherché par l'institution même de ce régime : la personne du salarié étant placée en situation d'incapacité réelle d'exercer, sur le plan individuel, sa liberté de convention et, de ce fait, le salarié étant laissé à lui-même, le contrat de travail en serait un d'adhésion au sens de l'article 1379 C.c.Q. C'est pourquoi le contrat de travail ne doit pas servir d'instrument juridique pour contrevenir aux dispositions expresses de la convention collective. Pour cette raison fondamentale et qui constitue l'ipséité même du régime des rapports collectifs du travail, la présence de l'article 67 C.t. peut être considérée comme une règle principale du régime. Remarquons cependant que cet article 67 C.t. réfère à la « convention collective » et c'est à ce titre qu'elle « lie tous les salariés ». Telle serait, à notre avis, la véritable autorité que la loi lui reconnaît, sans plus ni moins. Par ailleurs, une conception radicale et hégémonique de l'article 67 C.t. nous entraînerait à prétendre que :

- /// Le salarié serait juridiquement « pieds et mains liés » par la convention collective ! D'une clef libératrice, on en ferait une « camisole de force » !
- /// Les parties à la convention collective ne pourraient valablement convenir qu'il en serait autrement à l'égard de certains salariés ou pour tenir compte de circonstances déjà précisées à l'acte collectif soit par suite d'un éventuel accord *ad hoc* entre ses parties signataires !

Certes, nous reconnaissons que, dans le contexte propre au régime des rapports collectifs du travail, l'article 67 C.t. confère au salarié une « incapacité de protection ». En ce sens, le contrat de travail ne saurait être retenu comme simple moyen pour soustraire un salarié de l'écran juridique protecteur qui lui est impérativement et immédiatement applicable. Par ailleurs, nous croyons que la convention collective peut préciser, si les parties le jugent prudent ou nécessaire, à quelles conditions l'employeur pourrait valablement offrir à un salarié plus (qualitativement et quantitativement) que les conditions expresses articulées à cet acte collectif (point II.3). Sans prétendre

ni laisser sous-entendre que l'employeur offrirait de tels « plus » à certains salariés en vue d'un quelconque « malin dessein », un syndicat accrédité peut vouloir s'assurer que ce « plus » exceptionnel ne porte pas objectivement atteinte aux intérêts collectifs du groupe de salariés. Par ailleurs, le syndicat qui s'opposerait à une proposition de l'employeur favorable à un salarié pourrait devoir justifier son refus total ou même partiel. Le débat varierait quelque peu selon que la convention collective traite expressément de la question de ces possibles « écarts » et de conditions qui y sont rattachées et de la situation où la convention collective ignore totalement cette même problématique.

En ces hypothèses, toute difficulté à ce sujet autoriserait ou le syndicat ou l'employeur à recourir à la voie arbitrale afin de trancher la question du respect intégral (l'esprit et la lettre) de la disposition conventionnelle. La réponse que donnerait l'arbitre pourrait varier selon, d'abord et surtout, la qualité de l'énoncé de l'exception qui y serait retenue, s'il en est une. Ainsi, ce qui pourrait être valablement retenu en un cas pourrait être tout à fait différent en un autre, etc. De plus, il nous faudrait aussi savoir si un refus du syndicat, en un cas particulier, respecte bien l'article 47.2 C.t. et, alors, la C.R.T. (art. 114 et 118, par. 4, C.t.) pourrait en disposer. Ce dernier moyen de contrôle applicable lorsque la convention collective ne touche pas cette question, demeure tributaire de l'entendement retenu de ce même article 67 C.t., d'une part, et, d'autre part, des faits et circonstances pouvant justifier la proposition de l'employeur et, aussi, le refus du syndicat. C'est alors qu'il convient de vérifier la véritable finalité de cette condition excédentaire (point 2.3).

Quoi qu'il en soit, les parties peuvent certes retenir des conditions et des réserves particulières à la convention collective en vue de moduler le contenu de cette éventuelle disposition contractuelle aux impératifs que les parties connaissent en un milieu de travail et compte tenu de leur expérience respective. Lorsqu'une convention collective reconnaît expressément, et de quelque manière, cette discrétion de l'employeur, alors la question pendante demeure celle de savoir si ce « plus » respecte bien cette consigne conventionnelle. En cas de silence à la convention collective à ce sujet, nous croyons que

l'employeur peut aussi le faire si, ce faisant, il ne contrevient pas, de quelque manière, aux dispositions expresses de la convention collective. En ce sens, l'article 67 C.t. ne constituerait pas implicitement un empêchement dirimant (point 1.3), mais alors sous réserve d'un possible contrôle arbitral, à savoir si cet « écart » contredit la lettre et l'esprit de la convention collective qui lie les parties.

Sous l'un ou l'autre de ces deux aspects de la problématique, on constate que c'est bien par la voie du contrat de travail que l'opération « excédentaire » peut juridiquement se réaliser. Pour les tenants de la thèse de la « suspension » du contrat de travail retenue dans l'arrêt *Garon/Fillion*, notre problématique principale ne devrait pas pouvoir être soulevée, car autrement il nous faudrait savoir comment et par quelle voie la convention collective pourrait juridiquement atteindre la personne du salarié puisque cet acte collectif ne saurait constituer un contrat de travail collectif de marchandage.

|||| QUE OU COMMENT CONCLURE ?

Une telle condition de travail « excédentaire » serait-elle, de son seul fait, contraire à l'économie du régime des rapports collectifs du travail ? Certes, il ne pourrait s'agir, du moins selon notre hypothèse, que d'une mesure d'exception tenant compte d'une situation particulière (point 2.2). À ce titre, elle serait ou devrait être connue du syndicat accrédité. À de telles conditions, en quoi ou sous quel titre cette modalité violerait-elle la convention collective ? L'employeur et le syndicat ne feraient-ils pas que reconnaître que l'on adapte le tout collectif à des conditions particulières propres à une personne (point 2.3) ? Nous le réitérons, n'est-ce pas ce que les parties font elles-mêmes depuis longtemps lors d'un règlement à l'amiable de certains griefs ou par voie d'un « accommodement » dit raisonnable ? Lorsque le législateur ajoute de nouvelles conditions de travail à la *Loi sur les normes du travail*, bien des conventions collectives en sont aussitôt affectées sans que l'on conteste cet effet immédiat sur les actuelles conventions collectives. Même la Cour suprême du Canada dut reconnaître qu'à l'égard des conditions de travail, ce « plus »

objectivement avantageux comprenait le « moins » collectivement ou étatique­ment arrêté.

Le passage de l'approche exclusive à l'inclusive (point 3.3) semble dépendre d'un seul membre de la Cour suprême du Canada et il peut encore en être ainsi pour effectuer un retour à « l'exclusion ». Cette approche négativiste inhérente à « l'exclusion » ne repose aucunement sur l'économie réelle du droit des rapports collectifs du travail, et elle a l'effet de conférer à la convention collective un statut d'acte prioritaire: *primus inter leges* au point que tout ce qui y serait prétendument « incompatible » serait inapplicable et même lorsqu'il s'agit des articles 2091 et 2092 C.c.Q. Or, le législateur n'a donné aucune prise pouvant justifier une telle incapacité juridique du salarié sous convention collective à bénéficier de ces dispositions et lesquelles s'adressent expressément au salarié. Une semblable décision, si elle devait être valablement retenue, relèverait du législateur et non de l'institution chargée de « dire le droit », sans plus.

À notre avis, des modalités vraiment et seulement « excédentaires » ne violeraient pas la convention collective. Au besoin, la présence active et vigilante du syndicat accrédité devrait nécessairement assurer aux salariés qu'il en est bien toujours ainsi. Et, s'il y a un doute, il reviendrait à l'arbitre de grief d'en exercer le contrôle à la demande de l'une des deux parties.

« ...écrire c'est relever un défi
et en proposer un autre au lecteur...! »

Jacques Derrida

|||| RÉFÉRENCES

VERGE, Pierre, « Le problème des ententes individuelles plus favorables que la convention collective », (1967) 22 *Relations industrielles* 281.

VERGE, Pierre, « D'une coexistence du contrat de travail et de la convention collective », dans Dominic ROUX et Anne-Marie LAFLAMME (dir.), « Rapports hiérarchiques ou anarchiques des règles en droit du travail : chartes, normes d'ordre public, convention collective, contrat de travail, etc. », *Actes du colloque organisé par la Faculté de droit de l'Université Laval et le Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT)*, Québec le 8 novembre 2007, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 22-31.



LA SOLUBILITÉ DE LA CONVENTION COLLECTIVE DANS SON ENVIRONNEMENT NORMATIF : QUELQUES RÉFLEXIONS SUR UNE MUTATION INSTITUTIONNELLE

L'honorable Louis LeBel*

|||| INTRODUCTION

Le modèle d'organisation des relations de travail au Québec, comme ailleurs au Canada, a atteint un âge vénérable. Ce système bientôt septuagénaire sinon octogénaire atteindra-t-il le siècle? Fera-t-il place à un aménagement différent?

Ces questions se posent de plus en plus devant les phénomènes de diminution graduelle de la présence syndicale, particulièrement dans le secteur privé (Coutu, Fontaine, Marceau et Coiquaud, 2013 : 12-15; 19-20). La disparition de l'agent représentatif syndical

* Juge à la Cour suprême du Canada

entraîne nécessairement celle de la convention collective. L'absence de celle-ci provoque alors un retour à la détermination individuelle des conditions de travail ou à l'acceptation forcée de normes imposées par l'employeur, sous réserve de la présence de régimes législatifs ou réglementaires divers pour établir des normes minimales d'exécution de travail. Ces changements réduisent nécessairement l'importance du rôle de la convention collective comme instrument de régulation des relations de travail. Cette question ne représente qu'une facette des difficultés posées par l'évolution des fonctions de la convention dans la gestion des rapports de travail.

En effet, une autre question se pose, même lorsque la convention collective survit dans un milieu de travail. On conclut souvent que la convention demeure un instrument privilégié de réalisation de l'autonomie collective des parties à sa négociation et à sa conclusion. Cependant, cette conception reste-t-elle toujours valide? L'évolution législative et les mouvements sociaux qui l'ont favorisée n'ont-ils pas transformé graduellement et subtilement sa fonction? N'échappe-t-elle pas désormais souvent aux parties pour devenir un instrument de réglementation des conditions et des rapports de travail par l'État? Pour esquisser une réponse à cette interrogation, dans une première partie, je rappellerai très brièvement la conception traditionnelle de la nature et de la fonction de la convention collective dans le cadre du modèle prédominant en Amérique du Nord depuis la Grande Dépression des années 1930, le «Système Wagner». Dans une seconde partie, j'étudierai comment l'évolution de l'environnement juridique de la convention collective modifie la conception classique du rôle de la convention collective. Je conclurai par quelques réflexions sur la nature du système actuel de réglementation des conditions de travail par la convention collective.

IIII 1. LA CONVENTION COLLECTIVE COMME INSTRUMENT DE RÉALISATION DE L'AUTONOMIE COLLECTIVE

Le *Code du travail* du Québec, comme les autres législations comparables adoptées au niveau fédéral ou provincial au Canada depuis la

Deuxième Guerre mondiale, a établi le cadre juridique de la conclusion et de l'application de la convention collective¹. J'utiliserai le *Code du travail* du Québec comme un modèle assez standard des lois qui s'appliquent avec des variantes diverses au Canada. Le *Code du travail* traite la convention collective comme le cœur du régime d'aménagement des conditions de travail qu'il aménage. Le *Code du travail* établit un régime de protection de l'action syndicale. Il reconnaît au salarié le droit à la représentation syndicale. L'objectif fondamental du système est la négociation, la conclusion et l'application d'une convention qui régira l'exécution du travail chez un employeur durant une période de paix, parfois relative. Le *Code du travail* privilégie cet acte collectif comme instrument de détermination des rapports de la convention collective (Morin *et al.*, 2010 : 933-34). Selon un courant d'opinion, d'ailleurs critiqué, cette entente se substituerait même au contrat individuel d'emploi. Celui-ci tomberait en quelque sorte en latence, après la conclusion de la convention collective (Morin *et al.*, 2010 : 1276-77).

Le *Code du travail* affirme aussi la liberté des parties à l'égard du contenu de la convention collective. Il leur laisse le soin de définir le contenu effectif de leur entente. Le contenu de la convention collective exprimerait donc les choix et les rapports de pouvoirs des parties à cette entente.

De plus, le *Code du travail* ne contient aucune définition globale des conditions de travail, bien qu'il en fasse l'objet même de la convention². Ce vide délibéré élargit, en théorie, la liberté de négociation des parties. La définition des conditions de travail devient un objet particulièrement important de l'action de l'association des salariés susceptibles de recevoir l'accréditation et de celle des employeurs ou de leurs associations lorsqu'il en existe.

Ainsi, à première vue, le *Code du travail* expose clairement la nature et la fonction de la convention collective. En l'adoptant, l'Assemblée nationale du Québec a établi un cadre destiné à réaliser l'autonomie des parties. Elle a créé un ensemble d'institutions et a adopté des

1. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27.

2. *Ibid*, art. 2d).

règles juridiques destinées à permettre au syndicat et à l'employeur de définir, au cours d'un processus de collaboration parfois conflictuel, comment s'établiront les conditions d'exécution du travail des salariés et celles de leurs rapports mutuels. Le résultat de cette œuvre commune se retrouve explicité dans la convention collective, laquelle lui assure son effectivité juridique (Hébert *et al.*, 2003 : 1-5).

La jurisprudence a respecté la liberté reconnue aux parties dans la définition des conditions de travail. Depuis l'arrêt *Syndicat Catholique des Employés de Magasins de Québec Inc. c. Paquet Ltée*³, le terme « condition de travail » est réputé comprendre en substance toutes clauses sur lesquelles les parties s'entendent et qu'elles jugent à propos d'insérer dans la convention collective. Le *Code du travail* n'apporte que des limites, apparemment modestes, à cette liberté, essentiellement celles qu'établissent l'ordre public (article 62) et certaines restrictions relatives aux clauses de sécurité syndicale (article 63).

Ce modèle général d'organisation des rapports collectifs de travail attache tant d'importance à la réalisation de ce travail d'élaboration d'un régime de conditions de travail que le législateur a cherché à le moraliser. En effet, il oblige les parties à négocier de bonne foi. Même s'ils ne sont pas tenus de conclure une entente, l'employeur et le syndicat doivent au moins accomplir un effort sérieux et sincère pour s'entendre. La notion même de négociation de bonne foi insiste sur la nécessité d'une attitude d'attention aux positions de la partie adverse⁴. Parallèlement, le syndicat assume des obligations de représentation juste et équitable envers ses propres membres. Celles-ci visent l'ensemble de ses rapports avec le salarié. Elle inclut nécessairement la négociation et l'application de la convention collective. Sans l'obliger à défendre l'ensemble des recommandations ou des souhaits de chacun de ses membres, elle lui demande toutefois

3. *Syndicat Catholique des Employés de Magasins de Québec Inc. c. Paquet Ltée*, [1959] RCS 206.

4. *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 RCS 369; *Health Services and Support—Facilities Subsector Bargaining Association c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 RCS 391; *Code du travail*, *supra* note 1, art 53

de considérer les intérêts légitimes, mais parfois contradictoires, de groupes ou de personnes souvent opposés au cours du déroulement d'un processus de négociation collective⁵.

Le système contemporain de règlement des conflits d'interprétation et d'application de la convention collective accentue cette apparence d'autonomie du régime de la négociation collective. En effet, la convention possède son propre juge, puisque les débats relatifs à l'interprétation et à la mise en œuvre de l'entente relèvent d'un décideur particulier, « l'arbitre de grief », et non des tribunaux de l'ordre judiciaire. Les parties peuvent d'ailleurs choisir cet arbitre ou convenir de son mode de désignation⁶.

De plus, après des débats longs et difficiles, la jurisprudence a reconnu en principe l'autonomie décisionnelle de l'arbitre à l'égard des matières qui se situent dans le champ d'exercice de sa compétence. Tout différend relatif à la mise en œuvre des conditions de travail prévues à la convention relève donc en principe de cet arbitre, à l'exclusion des tribunaux civils⁷. Sauf, le plus souvent, par la voie des recours en contrôle judiciaire, les tribunaux civils, comme la Cour supérieure et les juridictions d'appel, ne peuvent être saisis de ces litiges. Le particularisme de la mise en œuvre de la convention renforce la conception selon laquelle la convention collective représente le fruit de l'autonomie collective des parties à la négociation. En effet, les parties acquièrent la capacité de définir la loi de leur rapport et peuvent la faire appliquer par leur propre juge. Ils obtiennent ainsi un degré théoriquement important de maîtrise de la vie de leur milieu de travail et du cadre de leurs rapports.

Cette perception du rôle de la convention collective correspond-elle à la réalité des rapports entre les différentes normes juridiques

5. Voir *Tremblay c Syndicat des employées et employés professionnels et de bureau, section locale 57*, [2002] 2 RCS 627; *Noël c Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 RCS 207.

6. *Code du travail*, supra note 1, art 100.01.

7. Voir *St. Anne Nackawic Pulp & Paper c SCTP*, [1986] 1 RCS 704; *Weber c Ontario Hydro*, [1995] 2 RCS 929; *Bisaillon c Université Concordia*, [2006] 1 RCS 666.

applicables aux relations de travail? Il faut maintenant évaluer de manière critique la nature de l'autonomie collective des parties, dans le cadre où elle s'exerce, pour comprendre les mutations de l'institution que constitue la convention collective, lorsqu'elle subsiste toujours dans un milieu de travail.

IIII 2. L'INTÉGRATION DE LA CONVENTION COLLECTIVE DANS SON ENVIRONNEMENT JURIDIQUE

Il fut un temps où la loi ignorait la convention collective, particulièrement en common law. Le droit ne lui reconnaissait pas de force exécutoire. Elle représentait plus un fait social qu'un acte juridique (Morin *et al.*, 2010 : 1263 ; Beaulieu, 1955 : 39).

Aujourd'hui, le droit et le législateur s'en préoccupent peut-être trop. D'une part, elle est devenue l'expression d'un système normatif complexe. Celui-ci encadre la convention et, souvent même, définit une partie de son contenu en y intégrant des normes diverses ou écartant des sujets déterminés de la négociation collective et, donc, du contenu de l'entente. D'autre part, des interventions législatives diverses permettent à l'État de déterminer de façon significative le contenu d'un accord qui, en principe, appartenait aux parties à la négociation collective. L'État se sert ainsi de la forme juridique de la convention pour réguler, directement ou par l'intervention d'un tiers désigné, les conditions de travail applicables aux rapports entre des employeurs et leurs salariés.

L'organisation des rapports de travail dans le secteur public est fortement marquée par ce phénomène. Toutefois, celui-ci touche aussi le secteur privé, particulièrement, dans le cas des services déclarés essentiels ou dans celui d'entreprises considérées comme d'un intérêt économique critique pour le Canada, comme en témoignent, par exemple, les interventions récentes par le gouvernement fédéral dans le secteur des transports. La forme et le vocabulaire conventionnels demeurent. La définition du contenu constitue en réalité l'expression d'un acte d'autorité de l'État, fort éloigné de l'autonomie collective des parties.

Malgré cette évolution, on présume trop vite que rien n'a changé en substance dans la nature et le rôle de la convention collective. L'autonomie des acteurs dans le processus de négociation collective demeure un postulat de l'organisation des rapports collectifs de travail. La sphère d'action large laissée traditionnellement aux parties par les législations du travail proprement dites, comme le *Code du travail* du Québec, préserve cette perception des méthodes de la définition du contenu de la convention, donc des conditions de travail, comme découlant toujours essentiellement de l'action des parties à la négociation collective.

En effet, comme je l'ai rappelé plus haut, on ne retrouve aucune définition des conditions de travail dans le *Code du travail*. L'action des parties à la convention les définirait. Le contenu obligatoire de la convention ne comprenait guère que quelques sujets comme l'imposition de la forme écrite de l'entente et de sa durée minimale⁸ : la nécessité d'établir une procédure de règlements des griefs que la loi réputait intégrée dans la convention collective en cas de silence de l'entente⁹; le respect de l'ordre public¹⁰; et l'application par défaut d'une clause de retenue syndicale obligatoire, la « Formule Rand¹¹ ».

Toutefois, les formes diverses de la reconnaissance nécessaire du respect de l'ordre public dans la convention collective portaient en germe le problème du contenu implicite de la convention et de son insertion dans un ensemble normatif échappant largement à l'action libre des parties à la négociation. Certes, une hiérarchie des normes existait. Ainsi, l'action des parties dans les rapports collectifs du travail s'inscrivait toujours, en droit constitutionnel, dans le cadre du partage des pouvoirs, entre le Parlement du Canada et les législatures des provinces, en vertu de la Constitution du Canada. La nature de l'encadrement des conventions variait selon l'inclusion d'un secteur d'activité dans la compétence législative du Parlement du Canada ou dans celle des provinces. Il existait aussi des lois aménageant

8. *Code du travail*, supra note 1, art 65.

9. *Ibid*, art 100.

10. *Ibid*, art 62-63.

11. *Ibid*, art 47.

des normes minimales de travail selon des modèles divers. Cependant, dans les secteurs touchés par la représentation syndicale et la négociation collective, ces lois avaient peu d'impact direct sur la détermination du contenu effectif des ententes.

Ce cadre normatif global s'est modifié profondément. Les effets de ces changements se sont fait sentir peu à peu. Un système nouveau s'est mis en place, par lequel la convention se trouve contrôlée par l'action de tiers ou dominée par des normes externes. L'environnement juridique de la convention est devenu plus présent pour les acteurs du processus de négociation collective, malgré la marge d'action autonome qu'il leur laisse. En effet, les conventions diffèrent d'un secteur d'une entreprise ou d'un employeur à l'autre. Le mécanisme juridique de la négociation sera utilisé de manière diverse selon les domaines d'activité en cause. Cependant, le cadre juridique externe devient de plus en plus présent pour définir l'étendue de la liberté d'action des parties à la convention collective. Les éléments fondamentaux de cet ordonnancement ont été la *Charte canadienne des droits et libertés* et les législations sur les droits de la personne. Au Québec, en particulier, la *Charte des droits et libertés de la personne* a d'ailleurs, comme on le sait, une valeur quasi constitutionnelle¹². Ces deux chartes ont marqué l'évolution de l'ensemble du droit du travail. À leur impact s'est ajouté celui de la reconnaissance explicite du rôle fondamental du *Code civil du Québec*¹³, entré en vigueur en 1994 comme droit commun du Québec, comme l'exprime sa disposition préliminaire.

À l'occasion de ce rappel sommaire des fondements du droit applicable au Québec, je ne saurais refaire ici un examen complet de la portée de la *Charte canadienne*. Certaines de ces dispositions, notamment son article 2d), ont affecté de façon plus directe la vie du droit du travail et ont provoqué des contestations sur le contenu possible de la convention collective. On a ainsi attaqué la validité de

12. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 52.

13. *Code civil du Québec*, LRQ, c C-1991.

la « Formule Rand », que l'on prétendait incompatible avec la liberté d'association protégée par l'article 2*d*)¹⁴.

Par ailleurs, en raison de l'article 32 qui restreint formellement son application à l'État et à ses institutions, on aurait pu penser que la *Charte* n'aurait pas d'impact direct sur le contenu des conventions collectives dans le secteur privé. Les dispositions de la *Charte* ont néanmoins influencé l'élaboration et l'interprétation des principes généraux du droit applicables au secteur privé. Ainsi, les mesures de protection du droit à l'égalité en vertu de l'article 15 de la *Charte* et la prohibition de formes diverses de discrimination dans celle-ci et dans les lois sur les droits fondamentaux ont favorisé l'introduction d'un souci d'égalité de traitement des salariés dans la détermination du contenu des conventions collectives¹⁵. Désormais, les solutions définies par les parties doivent respecter des normes constitutionnelles ou quasi constitutionnelles et notamment respecter leurs obligations d'accommodement raisonnable. Les discriminations historiques ne sauraient être tolérées au nom de la liberté de négociation des parties. La loi peut imposer ainsi des mesures d'accommodement additionnelles au-delà de ce que les parties auraient négocié pour des problèmes aussi courants que des absences pour maladies ou des congés de fin de semaine¹⁶.

L'élargissement graduel de la fonction de l'arbitre de grief a favorisé l'affermissement et le développement du cadre normatif de la convention collective. À cet égard, la jurisprudence relative à la justice administrative a affecté les juridictions du travail en même temps que les tribunaux administratifs. L'arbitre est aussi devenu souvent celui des normes fondamentales du droit des personnes à l'occasion de l'application des conventions collectives¹⁷. Cette extension de la compétence arbitrale a accru la complexité des griefs tout

14. Voir *Lavigne c Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 RCS 211.

15. Par exemple, voir *Alliance de la fonction publique du Canada c Société canadienne des postes*, [2011] 3 RCS 572.

16. Voir *Central Okanagan School District No. 23 c Renaud*, [1992] 2 RCS 970.

17. Voir *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 RCS 157.

en élargissant le contenu juridique potentiel de la convention collective. L'arbitre doit se préoccuper non seulement des règles définies par les parties, mais aussi d'un ensemble de normes relevant du droit commun fondamental qui s'incorporent à la convention ou influencent son interprétation et son application.

Dans cet ordonnancement juridique, la disposition préliminaire du *Code civil* affirme fortement la position de celui-ci comme source fondamentale du droit au Québec¹⁸. Le *Code civil du Bas-Canada* représentait un acte législatif d'un autre âge, lorsque le régime contemporain de relations de travail s'est établi au Québec à la fin de la Deuxième Guerre mondiale. Par contre, même s'il vise principalement des rapports juridiques individuels, le *Code civil du Québec* exprime une volonté de moderniser le droit. Il contient des règles que le législateur adoptait pour répondre aux besoins du temps présent. Ces règles jouent un rôle de fondement et d'encadrement pour le droit applicable dans la société québécoise d'aujourd'hui. Les principes et règles d'ordre public qu'il contient peuvent influencer le contenu effectif des conventions collectives, même si la mise en rapport du *Code civil* et des conventions collectives s'est avérée difficile. Par exemple, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Isidore Garon*¹⁹, a refusé d'admettre que des règles relatives à la détermination des indemnités dues en cas de rupture d'une relation d'emploi faisaient partie du contenu normatif implicite des conventions collectives. La Cour suprême a alors décidé que l'arbitre de grief ne pouvait appliquer les règles de droit du *Code civil* relatives à ces délais-congés.

Malgré ces difficultés, la question des rapports entre le *Code civil* et les contrats collectifs demeure actuelle. Le *Code civil* conserve son rôle de fondement du droit québécois, donc susceptible d'encadrer et d'influencer le contenu de la convention collective. L'arbitre des conflits relatifs à l'interprétation de la convention peut

18. *Doré c Ville de Verdun*, [1997] 2 RCS 862.

19. *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Fillion et Frères (1976) inc. c Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, [2006] 1 RCS 27.

devenir interprète du *Code civil*. La convention collective acquiert un contenu implicite étendu, au-delà même des règles formellement établies dans le *Code du travail*. Celui-ci impose aux employeurs et aux syndicats, une obligation de négociation de bonne foi. Cependant, l'obligation générale de bonne foi en matière contractuelle en vertu du *Code civil* jouerait-elle aussi un rôle dans l'application et l'interprétation des conventions collectives? En raison de son rôle, le droit fondamental que constitue le *Code civil du Québec* est capable d'élargir le contenu implicite des conventions collectives et les principes gouvernant leur application. En effet, il repose lui-même sur des principes généraux du droit susceptibles d'application au-delà du cadre strict de ses dispositions expresses et des rapports juridiques qu'il régit directement. En effet, le droit civil déborde du cadre d'un code civil, comme le soulignait une opinion fameuse du juge Beetz sur l'enrichissement sans cause²⁰.

D'autres lois imposent un contenu déterminé aux conventions collectives, soit directement, soit en donnant un caractère d'ordre public à certaines dispositions législatives. Ces techniques d'intervention entraînent une modification effective du contenu de la convention collective, et partant, des normes qui régissent les rapports collectifs établis en vertu du *Code du travail*.

Un premier exemple de l'emploi de ces techniques d'intervention se retrouve dans la *Charte de la langue française*²¹. Celle-ci impose une règle de forme et de contenu applicable à la langue des conventions collectives. Selon l'article 43 de la *Charte*, la convention collective doit être rédigée et déposée en français. La loi n'interdit pas les traductions. Cependant, elle stipule que la langue du texte officiel de la convention doit être le français. En même temps, elle élargit la compétence de l'arbitre de grief. Au-delà de sa compétence normale en vertu du *Code du travail*, il peut être saisi d'un certain nombre de conflits relatifs à l'application de la *Charte de la langue française* en milieu de travail syndiqué, que les parties l'aient souhaité ou non.

20. *Cie Immobilière Viger c L. Giguère Inc.*, [1977] 2 RCS 67, p. 76, le juge Beetz.

21. *Charte de la langue française*, LRQ, c. C-11.

La *Charte de la langue française* élargit ainsi le contenu normatif de la convention et du champ d'intervention de l'arbitre en dehors de tout accord des parties à l'entente.

L'examen de la *Loi sur les normes du travail*²² (« *L.n.t.* »), confirme cette évolution de l'encadrement normatif de la convention collective et de l'étendue de ses conséquences sur son contenu. L'importance de cette loi s'est fortement accrue. Le développement même de ces normes minimales a accentué leur impact sur le contenu des conventions collectives. La *Loi sur les normes du travail* joue assurément un rôle clé en droit du travail québécois, puisqu'elle constitue le fondement du régime d'emploi de la majorité des salariés du Québec. Cependant, elle n'ignore pas les milieux de travail syndiqués régis par des conventions collectives.

Le développement du système de normes minimales auquel la *Loi sur les normes du travail* a eu un impact significatif sur le contenu même des conventions collectives négociées par les employeurs et les syndicats. En effet, cette loi a élargi le contenu autrefois sommaire des lois antérieures sur les normes du travail, qui se limitaient à quelques conditions de travail fondamentales (Béliveau, 2003 : 2-57 ; Morin *et al.*, 2010 : 572-74). Elle établit maintenant un ensemble de normes qui traitent de matières diverses : salaires, horaires de travail, rémunération pour le temps supplémentaire, vacances, harcèlement psychologique, indemnités et préavis de licenciement, et procédure de contestation en cas de renvois. Pour assurer le respect de ces normes, le législateur les a souvent qualifiées de normes d'ordre public, mais il a parfois utilisé la technique de l'insertion présumée des dispositions pertinentes dans la convention collective.

En règle générale, les normes minimales sont déclarées d'ordre public, bien que les parties conservent le droit de convenir de conditions plus avantageuses²³. Toutefois, selon la jurisprudence, chaque norme doit être appliquée distinctement. Elle n'admet pas de

22. *Loi sur les normes du travail*, LRQ, c. N-1.1 (ci-après « LNT »).

23. *Ibid.*, art 93-94.

compensation entre des normes dont certaines seraient plus avantageuses et d'autres moins. Chacune de ces normes constitue un plancher qui échappe à la liberté de négociation des parties (Béliveau, 2003 : 275-76)²⁴.

Par ailleurs, dans d'autres cas, le législateur a incorporé directement le contenu des normes dans les conventions collectives. C'est le cas, par exemple, des protections contre le harcèlement psychologique. Les dispositions relatives à ce phénomène sont réputées faire partie de la convention collective. En même temps, la loi a accordé à l'arbitre de grief une compétence d'attribution à l'égard de ces dispositions. Il doit régler des conflits relatifs à leur application, dans les milieux de travail régis par des conventions collectives. Enfin, dans certains cas, l'effet d'ordre public modifie lui-même les termes de la convention en frappant de nullité des dispositions incompatibles avec la loi et donne ouverture au recours aux procédures de griefs, en cas de cessation d'emploi, à des salariés qui en étaient privés (effet de stipulations incompatibles avec les articles 123 à 125 *L.n.t.*)²⁵.

Le souci relativement récent d'assurer l'équité salariale entre les employés de sexes opposés, qu'exprime l'adoption de *Loi sur l'équité salariale*²⁶, a lui aussi affecté la teneur des conventions collectives. La mise en vigueur des dispositions de cette loi visait à réaliser la mise en œuvre effective de l'article 19 de la *Charte québécoise*. Selon l'article 2 de la *Loi sur l'équité salariale*, les obligations qu'elle impose ne peuvent être modifiées par les conventions collectives. Celles-ci devront donc refléter les principes d'équité salariale, qu'elles ne sauraient écarter. Cependant, des problèmes d'équité salariale reflètent parfois l'héritage historique de longues périodes de négociations collectives. En conséquence, ces matières relèvent d'un ordre public opposable aux stipulations convenues dans les conventions collectives.

24. *Montreal Standard c Middleton et autres*, [1989] RJQ 1101 (CA).

25. Voir *Syndicat de la fonction publique du Québec c Québec (Procureur général)*, [2010] 2 RCS 61.

26. *Loi sur l'équité salariale*, LRQ, c. E-12.001.

Un autre exemple de ces effets sur le contenu obligationnel de la convention se retrouve dans la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*²⁷. La nature même de cette loi affecte profondément les conditions matérielles d'exécution du travail. À cet égard, elle interdit de stipuler des conditions de travail incompatibles avec la loi ou moins avantageuses que celle-ci. L'article 4 de la loi attribue un caractère d'ordre public aux dispositions de la loi. Les parties conservent seulement la liberté de négocier des dispositions plus avantageuses.

La *Loi sur la santé et la sécurité du travail* illustre aussi une autre technique d'intervention dans le contenu des conventions collectives. Elle tend à retirer un ensemble important de conditions de travail du champ même de la négociation des conventions collectives. Elle porte en effet sur un ensemble de conditions qui seraient normalement considérées comme des conditions de travail au sens de l'article 2 du *Code du travail*, et donc, comme un objet possible de la négociation et de la convention collective. Cependant, le domaine des accidents du travail, des maladies professionnelles et de la prévention a été placé en très grande partie, en dehors du champ d'application des conventions collectives. Le contenu de ce système, son administration et son financement se situent hors du cadre d'application de celles-ci.

En très grande partie, les questions relatives aux régimes de retraite échappent aux conventions collectives. Certes, leur négociation permet de déterminer si un régime sera établi et quels seront sa nature et son mode de financement. Ceci fait, à toutes fins pratiques, la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*²⁸ déterminera le cadre de la gestion et de sa liquidation du régime, le cas échéant. Elle impose un cadre législatif et réglementaire contraignant à la vie de ce type de régime et aux interventions des parties dans ce domaine. D'ailleurs, bien que le sujet n'échappe pas totalement aux domaines des conventions collectives, le régime doit composer avec un environnement réglementaire strict. Les griefs demeurent possibles sur

27. *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, LRQ, c. S-2.1.

28. *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, LRQ, c. R-15.1.

certaines matières²⁹. Les grands débats sur ces régimes concernent plutôt leur administration, leur liquidation et les intérêts des parties dans ceux-ci. Ils débordent souvent le cadre strict de la convention collective. Le régime dépend d'un environnement normatif qu'établissent la législation et parfois le droit commun, notamment celui des fiducies ou « trusts »³⁰.

Des limites externes sont aussi imposées au contenu des conventions collectives dans le secteur public. La représentation syndicale est devenue forte dans ce domaine et l'est restée. En théorie, les salariés ont acquis le droit de recourir au régime général de représentation et d'action syndicale qui s'applique dans le secteur privé. Cependant, la présence de l'État comme interlocuteur se fait sentir. L'action syndicale et la négociation collective sur la détermination de certaines conditions de travail ont dû composer avec des règles d'intérêt public, à l'égard de l'État, qui ne permettent pas aux conventions de régir certaines conditions de travail. En principe, le *Code du travail* s'applique. Cependant, son application comporte des limites relevant de la nature même du rôle de l'État. L'acceptation de la représentation syndicale et de la négociation collective a ainsi conduit le législateur à régir plus directement les conditions de travail puisqu'elles sont celles qui gouverneront l'exécution de ses fonctions et de ses services. (Morin *et al.*, 2010: 1327-1328)

||| CONCLUSION

Les lois affectant l'exercice du droit de grève ou de lock-out dans le secteur public, et parfois dans certaines entreprises privées, sont devenues un élément presque constant de la vie des relations de travail. Leur présence et leur contenu soulignent l'évolution graduelle de la notion de convention collective et le changement dans ses fonctions. La forme juridique de la convention demeure dans ces

29. Voir *Bisailon c Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 RCS 666.

30. Voir *Nolan c Kerry (Canada) Inc.*, [2009] 2 RCS 678.

situations. Cependant, l'État intervient, soit pour fixer lui-même le contenu de la convention, soit pour permettre à un tiers de les déterminer. Il laisse parfois aux parties une possibilité de négociation, mais toujours sous la réserve de l'intervention possible d'un tiers ou de décisions directes pour fixer le contenu des conventions et des conditions d'exécution de travail.

Quelques exemples illustrent cette situation. En 2011, au niveau fédéral, la *Loi prévoyant la reprise et le maintien des services postaux*³¹ mettait fin à une grève dans le secteur postal. Faute d'entente entre les parties, la loi prévoyait un arbitrage de différend³². La sentence rendue par l'arbitre de différend, rédigée sous la forme d'une convention collective, régit les conditions d'exécution des salariés³³. On lui accorde l'effet d'une convention collective. La loi retient le mode de rédaction de celle-ci. Cependant, l'acte juridique ainsi qualifié n'a plus que le nom d'une convention. Au mieux, il s'assimilerait à un contrat imposé aux parties. La technique a été reprise dans le cas de conflits survenus dans des entreprises du secteur privé qui remplissaient des fonctions économiques jugées critiques pour le Canada, comme dans le cas de la *Loi prévoyant la reprise et le maintien des services aériens*³⁴.

Le Parlement fédéral n'a pas le monopole de ces lois. Ainsi, l'Assemblée nationale du Québec est intervenue en 2011 pour adopter une loi assurant la continuité et l'exécution de ses services juridiques³⁵. Dans ce cas, une annexe de la loi fixait directement les conditions salariales applicables à un certain nombre d'employés publics³⁶. En 1982, l'Assemblée nationale du Québec avait modifié le contenu de toutes les conventions collectives pour réduire la rémunération des employés des secteurs publics et parapublics. Elle laissait

31. *Loi prévoyant la reprise et le maintien des services postaux*, L.C. 2011, ch. 17.

32. *Ibid*, art 8.

33. *Ibid*, art 11.2.

34. *Loi prévoyant la reprise et le maintien des services aériens*, L.C. 2012, ch. 2.

35. *Loi assurant la continuité de la prestation des services juridiques au sein du gouvernement et de certains organismes publics*, L.Q. 2011, ch. 2.

36. *Ibid*, art 11.

les conventions s'appliquer, mais en y incorporant le contenu de documents sessionnels. La loi fut déclarée invalide en raison d'une violation des obligations linguistiques de l'article 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*³⁷. Par ailleurs, en Colombie-Britannique, on sait que l'arrêt *Health Services* a été rendu à la suite d'un autre type d'intervention législative qui modifiait des conditions de travail et interdisait de stipuler des dispositions relatives à certaines questions, tout en maintenant, en principe, un système de négociation collective³⁸.

Devant l'évolution de ce contexte législatif, il devient difficile de conclure que la convention collective demeure principalement un instrument de réalisation de l'autonomie collective des salariés de leurs associations et de leurs interlocuteurs. L'état du régime des rapports collectifs de travail laisse encore une marge importante à la liberté et la créativité des parties. Le contenu des conventions varie et s'adapte aux différents secteurs. L'autonomie des parties n'a pas disparu complètement. Cependant, dans le cadre juridique et législatif qui s'est graduellement établi, la convention collective s'est éloignée d'un modèle contractuel pur. Elle devient graduellement un instrument juridique aux fonctions variées, dont certaines la transforment en un instrument de régulation externe de conditions de travail fondamentales. L'autonomie des parties s'exerce désormais à l'intérieur de limites de plus en plus étroites et de contraintes de plus en plus fortes. La convention collective tend à devenir de plus en plus un acte réglementaire, de moins en moins un contrat au sens courant du terme. Est-elle désormais en voie de dissolution dans un environnement dont elle se distingue de moins en moins et dont le contrôle échappe aux parties à la négociation ?

37. *Québec (Procureur général) c Brunet*; *Québec (Procureur général) c Albert*; *Québec (Procureur général) c Collier*, [1990] 1 RCS 260, confirmant [1985] CA 559 (CAQ).

38. *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*.

|||| RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- Beaulieu, Marie-Louis, *Les conflits de droit dans les rapports collectifs du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1955.
- Béliveau, Nathalie-Anne, *Les normes du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 2003.
- Coutu, Michel, Laurence Léa Fontaine, Georges Marceau et Urwana Coiquaud, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, 2^e édition, volume 1, Cowansville, Yvon Blais, 2013.
- Hébert, Gérard *et al.*, *La convention collective au Québec*, Boucherville, Gaëtan Morin, 2003.
- Morin, Fernand *et al.*, *Le droit de l'emploi du Québec*, 4^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2010.



REGULATING STRIKES IN ESSENTIAL (AND OTHER) SERVICES AFTER THE “NEW TRILOGY”

Bernard Adell*

* Bernard Adell[†] (1939-2014) was Professor Emeritus, Faculty of Law, Queen’s University, where he taught from 1964 until July 2014. A preliminary version of this essay was presented at a workshop on Prospects for Reform of Industrial Relations in the Ontario Broader Public Sector, held in Toronto on June 22, 2012 under the auspices of the Queen’s Centre for Law in the Contemporary Workplace. It also appeared in issue 17:2 of the *Canadian Labour & Employment Law Journal* (2013) 413. He was grateful for the incisive comments on an earlier draft from Giovanna Di Sauro, Michel Grant, Brian Langille, Allen Ponak, and two anonymous referees. Professors Pierre Verge and Dominic Roux at the Faculty of Law, Laval University, and their colleagues in the Interuniversity Research Centre on Globalization and Work (CRIMT) wish to acknowledge Professor Adell’s remarkable contributions to labour law scholarship and to the CRIMT scientific program for which he served on the Scientific Advisory Committee. Those contributions will be greatly missed by all.

|||| INTRODUCTION

For nearly half a century, the labour law and industrial relations community in Canada and abroad has benefitted beyond measure from Pierre Verge's many extraordinary qualities, including his warm collegiality, his legendary incisiveness and productivity, and his capacity for nurturing emerging scholars. His academic career and mine began at about the same time, and he has been a constant inspiration to me.

Professor Verge has made a major contribution over the years to our understanding of industrial conflict in both its legal and social dimensions. Structural changes to the workforce and declining unionization rates have left fewer and fewer private-sector workers with legal access to the strike weapon or the bargaining power to use it effectively. Because strikes now occur mainly in the public and parapublic sectors, and especially in strategically placed units within those sectors, they are (as Professor Verge has noted) having less impact on employers than they used to have, and more impact on the rest of us—so, in his words, they are “falling ever more out of favour with the public” (Verge, 2009: 269-270).¹ Nevertheless, he sees the right to strike as still being fundamentally important not only to collective bargaining but also to “collective autonomy [...] and the democratic vitality of society as a whole” (Verge, 2009: 270).

More than a decade ago, in November 2001, two industrial relations scholars (Michel Grant and Allen Ponak) and I published a detailed study (Adell, Grant and Ponak, 2001) on the regulation of industrial conflict in essential service sectors.² Our focus was on the actual operation of the three models used by Canadian legislatures to regulate strikes and lockouts—what we called the “unfettered strike” model, the “designation” or controlled strike model, and the “no-strike” model. We interviewed many people in

-
1. Translations in this essay from Professor Verge's writings are mine.
 2. I will say little here about what is or is not an essential service. That question is discussed in our book (Adell, Grant and Ponak, 2001: 9-13).

union and management roles in hospital nursing, municipal services, and urban transit in the five largest provinces, and we tried to assess how well each regulatory model had served to maintain essential services in the event of a strike or lockout and, on the other hand, to promote efficient collective bargaining, voluntary settlements, and employment terms acceptable to the parties and the public purse. Part 2 of this essay takes a somewhat updated look at the strengths and weaknesses of the three regulatory models we studied in our book, and at a mutation that I will call (not entirely facetiously) the “instant back to work” model.

When we did our study, the pros and cons of different approaches to regulating strikes, in essential services and in the rest of the economy, raised important public policy issues but did not raise serious constitutional issues under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Charter*).³ At the time, the constitutional background for labour relations policy was still set by three 1987 decisions of the Supreme Court of Canada⁴—often called the labour trilogy or the right-to-strike trilogy—which held that the guarantee of freedom of association in section 2(d) of the *Charter* protected neither the right to strike nor the right to collective bargaining. Then, in December 2001, just a few weeks after our book came out, the Supreme Court released its decision in the *Dunmore* case.⁵ In that decision, the Court changed direction markedly, holding that the right of employees to make collective representations to their employer was indeed protected by the *Charter*'s guarantee of freedom of association. Later,

3. Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), c 11. Section 2(d) of the *Charter* says: “Everyone has the following fundamental freedoms: [...] freedom of association.”

4. *Reference Re Public Service Employees Relations Act (Alberta)*, [1987] 1 SCR 313 [*Alberta Reference*]; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 SCR 460 [*Dairy Workers*]; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 SCR 424.

5. *Dunmore v. Ontario (AG)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 SCR 1016.

in *B.C. Health*⁶ in 2007 and *Fraser*⁷ in 2011—the second and third of the cases, which (along with *Dunmore*) make up what I will call the “new trilogy”—the Court went further, interpreting that guarantee to include a right to a process of collective bargaining and to protection against governmental restrictions that “substantially interfere”⁸ with this right. However, the Court has not yet been called upon to reconsider its 1987 ruling that section 2(d) does not encompass a right to *strike*. Part 3 of this essay asks, in light of the “new trilogy,” what sorts of governmental regulation of strikes (in essential services and elsewhere) will be or should be held to breach section 2(d) and therefore be struck down unless the government can meet the onus of justifying them under section 1 of the *Charter*⁹ pursuant to the multi-stage *Oakes* test.¹⁰ Part 3(a) considers these questions in the light of the ongoing debate among Canadian labour law scholars, including Professor Verge, on the prospects for a constitutional right to strike and its relationship to the right to collective bargaining. Part 3(b) looks at the *Saskatchewan Federation of Labour* case¹¹—the first post-“new trilogy” case (and so far, I believe, the only one)—which deals squarely with whether there is such a right. Part 3(c) offers some reflections on what might lie ahead with respect to a constitutional right to strike and other workplace rights under section 2(d). Part 4 tries to bring Parts 2 and 3 together in the form of a brief conclusion.

6. *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Ass'n v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 SCR 391 [*B.C. Health*].

7. *Ontario (AG) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 SCR 3.

8. *Ibid.* at para 2.

9. Section 1 says: “The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

10. *R v Oakes*, [1986] 1 SCR 103.

11. *Saskatchewan v. Saskatchewan Federation of Labour*, 2012 SKQB 62 (Ball J) (available on CanLII); rev'd *sub nom R v Saskatchewan Federation of Labour*, 2013 SKCA 43 (available on CanLII). Leave to appeal to the Supreme Court of Canada has been granted: 2013 CanLII 65412.

1. HOW WELL DOES EACH REGULATORY MODEL ACTUALLY WORK?

1.1 The Unfettered Strike Model

This model subjects strikes and lockouts only to the more or less procedural prerequisites set out in general labour relations statutes that cover most of the workforce.¹² Saskatchewan used to be the heartland for the unfettered strike model, but moved sharply away from it in 2008 (more on that in Part 3(b) below). Today, that model is most heavily used in Nova Scotia, where a proposal to abandon it in health care was dropped in 2007.¹³ In most provinces it still applies throughout the private sector, but it is no longer used at all in British Columbia or in the federal jurisdiction.

The respondents in our 2001 study generally agreed that the threat of a strike or lockout helped to speed up bargaining and encourage settlement, but most of them (on both sides) acknowledged that the unfettered strike model generated the highest level of uncertainty about what services would be maintained, as well as the highest level of risk to health and safety. By and large, this model leaves it to unions to decide unilaterally what services to provide during work stoppages, and there was little agreement on how responsibly they had exercised that discretion. For example, we were told that striking nurses in Saskatchewan at one time responded very promptly to requests for additional services but later took a harder line.

In hospital nursing in general, our respondents mostly agreed that essentiality levels were high and getting even higher, because the

12. Among those prerequisites (which vary somewhat from province to province) are the certification of a union with majority support in the specified bargaining unit, the exhaustion of a conciliation or mediation process, the elapsing of a “cooling off” period, and the expression of employee support for strike action through a compulsory ballot.

13. The proposal briefly surfaced again in April 2012, during Nova Scotia health care negotiations that ended in a negotiated settlement. David Jackson, “Nova Scotia premier open to strike ban,” *Halifax Chronicle-Herald*, April 27, 2012, online: <<http://thechronicleherald.ca/novascotia/90679-nova-scotia-premier-open-to-strike-ban>>.

number of nursing managers had dropped sharply, the proportion of acutely ill patients had gone up, and rapid technological change had made it harder for the remaining non-bargaining-unit staff to fill in effectively for strikers. Before we did our study, I tended to favour a rather minimalist approach to health care essentiality, e.g., in the hospital context, the idea that which services were really essential could be discerned by looking at an institution's disaster plan. However, nearly everyone we spoke to saw that approach as obsolete. The condition of psychiatric patients, for example, and patients needing major physiotherapy, could quickly deteriorate if their therapy was even briefly suspended. This sort of refrain from both sides led us to conclude that the unfettered strike model had pretty well had its day in health care.

|||| 1.2 The Designation (or Controlled Strike) Model

This middle-ground model requires that before a strike or lockout becomes legal, a list of services must be designated as essential and therefore as having to be maintained during a work stoppage. Typically, that list is to be drawn up by the parties, and if they cannot agree, by the labour relations board or some other adjudicative body. The designation model applies in most sectors in British Columbia, in the federal jurisdiction, and in parts of the public and parapublic sectors in Ontario and several other provinces. In Quebec, it applies in the parapublic sector (which includes education and health care) and in a range of what in that province are called “public services”—services of a public nature provided not by the Crown but by other public and private bodies, including municipalities. In Saskatchewan, a variant of the designation model adopted in the broader public sector in 2008 gives employers an unusual degree of control over the designation process and is the subject of the current *Charter* challenge discussed in Part 3(b) below.

Most but by no means all of the people we interviewed for our study thought that, under the designation model, the rate of voluntary settlements had been fairly high, that settlement terms had generally been reasonable, and that essential services had usually been maintained more or less adequately during work stoppages. Most

also agreed that adjudicators tended to be very wary of potential risks to health and safety and therefore tended to set high designation levels. At times, this led unions to suspect that the real policy agenda behind the designation model was to reduce their bargaining power rather than to protect essential services—a suspicion no doubt aggravated by recent developments in the federal jurisdiction and in Saskatchewan, which will be referred to later in this essay. In any event, most of our union-side respondents tended to see the model as acceptable if structured and administered in a way that sought to limit its effect on their bargaining power.

A major perceived disadvantage of the designation model was how cumbersome and costly it had been to implement. When it replaced the no-strike model in the Ontario public service in 1993, well over a year of arduous and acrimonious labour board hearings were needed to set essential service levels in bargaining units across the province, but the process has worked somewhat more smoothly in later rounds. Similarly in B.C., the model's initially almost overwhelming cumbersomeness seems to have been reduced by the labour board's practice since the early 1990s of issuing "global orders" laying out templates for essential service designations for each sector, and insisting that those orders be followed in later negotiating rounds.¹⁴

1.3 The No-Strike Model

This model is at the other end of the spectrum from the unfettered strike model. It flatly prohibits strikes in a specified sector and replaces them with what is supposed to be a more principled way of settling terms and conditions of employment—usually interest arbitration.

The heartland for the no-strike model is Alberta, where it still prevails in the civil service and has been used in hospitals for about thirty years. At the time of our study, there had been no major nursing strikes in Alberta since 1988, but respondents on both

14. Communication to the author from Peter Cameron, chief spokesperson for the B.C. Community Social Service Employers' Association, May 11, 2012.

sides agreed that the model was not working well in the hospitals. One reason was the bitter labour relations climate in which it had been introduced. Another reason—no doubt linked to that history of bitterness—was the Alberta nurses' union's explicit and long-standing policy of defying the legislation,¹⁵ to the point where what had developed in practice looked more like an unfettered strike model (Adell, Grant and Ponak, 2001: 145-162).

In sharp contrast, the hospital sector in Ontario is something of a poster child for the no-strike model. In 1965, after a long support staff strike at a small hospital, the Ontario government acted on a Royal Commission recommendation by passing the *Hospital Labour Disputes Arbitration Act*¹⁶ (HLDAA), which withdrew the right to strike from all hospital employees and replaced it with compulsory interest arbitration. Over the nearly five decades in which HLDAA has been in force, there has been only one substantial work stoppage (a one-week strike by support staff in 1981) and a brief refusal by nurses in 2001 to work overtime.

For a time in the 1980s, HLDAA's arbitration process was at risk of buckling under the massive number of unresolved bargaining demands put to arbitrators—an instance of what is often called the “chilling effect” of compulsory arbitration on collective bargaining. However, in the 1986 negotiations, at the insistence of an arbitration board chaired by my late colleague Gordon Simmons, the parties trimmed a list of about 160 demands down to a far more manageable number.¹⁷ A decade later, the neo-liberal Harris government

15. The union still adheres to that policy today: “United Nurses of Alberta members have repeatedly voted to maintain a standing policy to reject compulsory arbitration since the provincial government made strikes by nurses illegal in 1983. The policy is: UNA is opposed to any compulsory arbitration legislation. Regardless of any legislation, UNA members alone, and not the government or any other body, will decide when this Union will strike and when it will not.” United Nurses of Alberta, “Negotiations Background,” March 8, 2010, online: <<http://www.una.ab.ca/negotiations/archive/2010/background>>.

16. Now RSO 1990, c H.14.

17. On how hospitals, unions, and arbitrators adapted to compulsory interest arbitration during HLDAA's first two decades, see Bernard Adell, Gordon Simmons, Megan Slobodin, and Frank Syer, “The System of Labour Dispute

legislatively required interest arbitrators to take certain economic factors into account in their awards¹⁸ and also refused to appoint mainstream arbitrators, instead choosing retired superior court judges with little labour relations experience.¹⁹ However, in a key nurses' dispute, one of those retired judges (Lloyd Houlden) took a very independent approach, adopting what was at the time an innovative blend of mediation and arbitration, inducing the parties to settle many outstanding issues and resolving the others in a generally accepted way (Archibald, 1998: 92-95). This type of experience, and comments from our respondents on both sides, led us to conclude that "the no-strike model, at least as it has developed under the HLDAA, has shown itself to be quite resilient and surprisingly resistant to government attempts to influence arbitration outcomes," and that it had "provided an important element of stability in a healthcare system which has been in a state of transition (perhaps even upheaval) for several years and will continue to be for some time to come" (Adell, Grant and Ponak, 2001: 143).²⁰

Resolution in Ontario Hospitals and its Application at Kingston General Hospital" in T Hanami and R Blanpain, eds, *Industrial Conflict Resolution in Market Economies: A Study of Canada, Great Britain and Sweden* (Deventer: Kluwer, 1987) 45.

18. HLDAA, *supra* note 17, s 9(1.1).
19. This action by the Harris government was ultimately struck down by the Supreme Court of Canada as being inconsistent with the statutory authority of the Minister of Labour. HLDAA required the appointment of arbitrators who were "in the opinion of the Minister, qualified to act." *Supra* note 19, s 6(5). The Supreme Court held this to mean that the Minister had to appoint "persons who were not only impartial and independent but possessed expertise and who were generally seen as acceptable to both labour and management in the labour relations community." *CUPE v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29 at para 206.
20. On March 27, 2012, Ontario's minority Liberal government proposed a set of legislative amendments designed to speed up the arbitration process under HLDAA and other statutes, and to make arbitrators give more detailed reasons: *Strong Action for Ontario Act (Budget Measures)*, 2012 (Bill 55 of 2012). The Ontario Nurses' Association described these amendments as "unnecessary and unwelcome" and maintained that HLDAA "is not a perfect system, but it has served the parties well since its enactment in 1964." "Hands off HLDAA: no need to fix what is not broken," April 18, 2012, online: <http://www.ona.org/documents/File/politicalaction/Handsoff_HLDAA_20120418.pdf>. The opposition parties refused to agree to the amendments, and they were dropped from the final version

Not surprisingly, we found that as well as avoiding the need for long and arduous designation procedures or other devices for working out essential service levels, the no-strike model had led to the highest level of essential service provision, at least when the law was obeyed (which it almost always was, except by Alberta nurses). Its most obvious perceived disadvantage was (and is) the fact that it leaves no room at all for legal strikes or lockouts. This is a significant issue for anyone who shares Professor Verge's view that the possibility of using the strike weapon is important to democratic rights, or who believes that settlements imposed by (or reached under the threat of) third-party intervention are inherently less stable than settlements reached under the threat of a work stoppage—a belief that Hebdon and Mazerolle described as “conventional wisdom in industrial relations” (Hebdon and Mazerolle, 2003: 668). There is also a fear on the employee side that the interest arbitration process may be inadequately insulated from government pressure. As mentioned above, experience in Ontario under HLDAA indicates that this fear is not always warranted, even under a government as determined to take control of the process as the Harris government was in the first few years after it came to power in 1995.

Employers and governments sometimes complain that because arbitrators have strong incentives not to alienate either side, they will be too reluctant to order restraint measures in times when public finances are in poor shape. The evidence on this point is inconclusive. For example, Dachis and Hebdon found only a non-statistically significant increase in wage levels when public-sector bargaining units moved to the compulsory arbitration route from some other dispute settlement model (Dachis and Hebdon, 2010). In a New York State study, Kochan, Lipsky *et al.* concluded that police and firefighter wages increased no more under compulsory arbitration

of the statute (SO 2012, c 8). See Paul E Broad, “Amended Ontario Budget Bill Passes,” June 20, 2012, online: <<http://www.hicksmorley.com/index.php?name=News&file=article&sid=1272>>. A few years ago, Judy Haiven and Larry Haiven (2007 and 2008) argued that the unfettered strike model in Nova Scotia health care had worked well, particularly in comparison to the no-strike model in Alberta hospitals. They gave very little attention, however, to the experience in the Ontario hospitals under HLDAA.

than they did in states without arbitration (Kochan, Lipsky, Newhart and Benson, 2010).

With respect to the extent of the chilling effect of compulsory arbitration, i.e., the disincentive to settle, the evidence is again mixed. In a study of thousands of bargaining rounds in Ontario from 1984 to 1993, Hebdon and Mazerolle concluded that under an arbitration system, negotiations “arrive at impasse 8.7 to 21.7 percent more often” than under a right-to-strike system (Hebdon and Mazerolle, 2003: 682). In contrast, Kochan, Lipsky *et al.* (Kochan, Lipsky, Newhart and Benson, 2010: 582) found little evidence of a chilling effect and concluded more broadly that “[a] retrospective appraisal of mandatory impasse arbitration for public sector negotiations finds limited support for the concerns voiced by its early critics.”²¹

1.4 A Fourth Model, of Sorts— The “Instant Back-to-Work” (IBTW) Model

Ad hoc back-to-work legislation has been used fairly often in Canada over the past several decades to end or forestall what would otherwise have been legal work stoppages, not only in sectors directly relevant to public health and safety but perhaps even more frequently in sectors where stoppages have been perceived as bringing high economic costs or a politically unpalatable degree of public inconvenience or resentment. In the federal jurisdiction, such legislation has been used about three dozen times since 1950, most often in railways and grain handling (Lee, 2012: 213-233).²² Provincially, about 100 ad hoc statutes were passed from the late 1950s to the early years of

21. It hardly seems surprising that the rate of actual resort to arbitration under the no-strike model is higher than the rate of actual resort to strikes or lockouts under other models; a work stoppage is usually riskier and more stressful than an arbitration proceeding, especially for the party in the weaker bargaining position. I am not at all sure that it is a defect of compulsory arbitration that the parties are more likely to use it than they would be to use the strike or lockout option if allowed.

22. Federal back-to-work statutes were introduced about six times in the 1950s and 1960s, 16 times in the 1970s and 1980s, nine times in the 1990s (and not at all between 1999 and 2007), only twice in the 2000s, and four times in the last three years alone.

this century (Panitch and Swartz, 2003: 247-251) and almost a third involved actual or threatened strikes by teachers or school support staff.²³ An extreme and repeated example, which led me to coin the term “instant back-to-work” (IBTW) legislation, was provided by the Toronto Transit Commission, where it became clear from the mid-1970s that a real or imminent work stoppage would invariably lead the Ontario legislature to pass a restraining statute.²⁴

In the federal and provincial jurisdictions as a whole, about three-quarters of the ad hoc statutes passed by the time of our study applied to units under the unfettered strike model. However, more surprisingly, the IBTW mutation has also emerged within the designation model in fairly recent years. In an early instance, Newfoundland in 1999 legislated an end to a legal hospital strike after a few days because of employer claims of danger to public health and safety in an already overstretched health care system. More troubling are several instances of what can only be described as the federal government’s repeated circumvention of the designation model under the *Canada Labour Code* since 2011.²⁵ That Code has had a mandatory designation process since 1998. It requires the parties, during a legal strike or lockout, to continue services or production “to the extent necessary to prevent an immediate and serious danger

23. Leo Panitch and Donald Swartz, *From Consent to Coercion: The Assault on Trade Union Freedoms*, 3rd ed. (Aurora: Garamond Press, 2003) at 247-251, indicate that ten provincial back-to-work statutes were introduced in the 1950s and 1960s, 46 in the 1970s and 1980s, and 29 from 1990 to 2002. Those authors also list (at 251-252) 26 provincial administrative orders suspending strikes or lockouts between 1966 and 2002, all but four of them during the 1970s and 1980s.

24. Finally, in March 2011, the provincial legislature brought the law into line with reality by moving the Toronto Transit Commission to the no-strike model, with the proviso that the statute would be reviewed after five years.

25. For a concise summary of the five instances of intervention by the federal government in 2011 and 2012 in actual or threatened work stoppages at Canada Post, Air Canada and CP Rail, see John Craig, Henry Dinsdale *et al*, “Federal Sector Update – 2012,” online: <<http://www.heenanblaikie.com/en/Seminars-Conferences/All-Seminars-Conferences/2012/2012-Federal-Sector-Update.html>>.

to the safety or health of the public.”²⁶ The Code gives the federal Minister of Labour the authority to ask the Canada Industrial Relations Board to deal with questions “with respect to the application of” this requirement to maintain truly essential services²⁷ and postpones the right to strike or to lockout until the Board has answered those questions.²⁸ In an Air Canada flight attendants’ dispute in September 2011 and an Air Canada pilots’ dispute in March 2012, the Minister of Labour, Lisa Raitt, used that authority in a way clearly designed not to resolve essential service issues but simply to preclude what would otherwise have been legal work stoppages.²⁹ The main reasons the government gave for taking such action were its concerns about the risk of economic loss and public inconvenience and about the failure of what it described as extensive bargaining and mediation to lead to settlement.³⁰ Whatever the merits of those concerns, considerations of basic constitutional principle have (as

26. *Canada Labour Code*, RSC 1985, c L-2, ss 87.4(1) and 89(1).

27. *Ibid*, s 87.4(5).

28. *Ibid*, s 89(1)(e).

29. In the Senate, the Minister of Labour was asked: “[I]f you believe that the public interest is seriously threatened, why, after so many attempts on your part to resolve the labour disputes at Air Canada, did you refuse to amend the law and designate Air Canada as an essential service [in other words, to legislate the no-strike model] so that these disputes would automatically be subject to binding arbitration?” The Minister replied that “these matters should be looked at on a case-by-case basis”—that if another carrier became large enough “to be able to absorb a work stoppage at Air Canada, then it is not going to be in the public interest to intervene.” *Debates of the Senate (Hansard)*, Vol. 148, No. 61 (March 14, 2012). Interestingly, the Minister mentioned Kingston, Ontario, where I live, as one of the communities “served solely by Air Canada.” I expect it would be hard to find anyone who considers Air Canada’s Kingston service to be anywhere near essential. A stronger case might of course have been made for the essentiality of the airline’s routes to more remote places, but there is little sign that the government was interested in making such a case.

30. The government also relied mainly on these arguments in its response to the complaint by the Canadian Union of Postal Workers and other union bodies to the ILO Committee on Freedom of Association about the *Restoring Mail Delivery for Canadians Act*, SC 2011 c 17. See International Labour Office, Governing Body, 317th Session, March 2013, “376th Report of the Committee on Freedom of Association,” Case No. 2894, “Complaint against the Government of Canada”, at paras 289-318.

Brian Langille has pointed out) repeatedly led the Supreme Court of Canada, in various contexts, to strike down as an affront to the rule of law the use of a statutory power for purposes other than those for which the power was conferred (Langille, 2011: 145-146).

In a Canada Post dispute in June 2011, Parliament passed a back-to-work statute³¹ within a few days after the beginning of a strike and a lockout. That statute sent the dispute to final offer selection arbitration by “a person that the Minister considers appropriate”³² and legislated a four-year term for the arbitrated collective agreement as well as the precise wage increase for each of the four years.³³ In May 2012, another federal back-to-work statute ended a strike at CP Rail after about five days³⁴ and sent the dispute to conventional interest arbitration, with the arbitrator once again to be chosen by the Minister rather than by the parties.³⁵ As in the Air Canada cases, the government justified these legislative interventions on the basis of concerns about economic loss and (in the Canada Post case) public inconvenience, and appears to have paid no heed to the standing designation process in the *Canada Labour Code*.

In public policy terms, there are no doubt times when a government can readily justify prohibiting or terminating a strike or lockout under the unfettered strike model, which provides no independent process for deciding which services are to be maintained during a work stoppage. A higher level of justification is surely called for, however, when the legislature has put a designation process in place, and a higher level yet when the government has not given that process a realistic chance to work. “A designation statute will become a dead letter,” we predicted in our study, “if strike action taken in compliance with it is more or less routinely met by back to work legislation” (Adell, Grant and Ponak, 2001: 189).

31. *Restoring Mail Delivery for Canadians Act*, SC 2011 c 17.

32. *Ibid*, s 8.

33. *Ibid*, ss 14 and 15.

34. *Restoring Rail Service Act*, SC 2012, c 8.

35. *Ibid*. s 8(1).

IIII 2. A CONSTITUTIONAL RIGHT TO STRIKE?

IIII 2.1 The Debate on Prospects for a Constitutional Right to Strike

The Supreme Court of Canada has held in *B.C. Health*, and again in *Fraser* that, although the entrenchment of freedom of association in section 2(d) “does not guarantee a legislated dispute mechanism in the case of an impasse,”³⁶ it does include an employee right “to a general process of collective bargaining”³⁷ and to governmental respect for the results of that process. “Laws or government action that make it impossible to achieve collective goals,” the Court said in *Fraser*, “have the effect of limiting freedom of association, by making it pointless.”³⁸ However, the Court has not yet had occasion to reconsider its ruling in the 1987 trilogy that section 2(d) does not guarantee a right to strike. When the occasion does arise, legal academics generally seem to agree the Court will likely find some sort of constitutional protection for the right to strike. Nevertheless, there is little agreement on whether that right should be based on the right to collective bargaining established in *B.C. Health* and in *Fraser* or should be treated as a separate right based directly on freedom of association, without any necessary link to a right to collective bargaining or collective representation. I cannot cover the debate on that question in detail in this essay, but I will look fairly briefly at what I think are very significant contributions by Pierre Verge and Brian Langille on one side and by Brian Etherington and Kevin Banks on the other, and I will offer some observations of my own in Part 3(c) below.

Professor Langille takes what might be called a common-law purist position, based on his view of freedom of association as meaning simply the right of a group of employees to do in concert what each

36. *B.C. Health*, *supra* note 6 at para 103; *Fraser*, *supra* note 7 at para 41.

37. *B.C. Health*, *supra* note 6 at para 91; *Fraser*, *supra* note 7 at para 41.

38. *Fraser*, *supra* note 7 at para 46 [emphasis in original].

of them has the right to do individually.³⁹ From the late nineteenth century on, common law has allowed an individual employee to withdraw his or her services without fear of incurring criminal or tortious liability, but without offering any shelter against employer reprisals for breach of the employment contract. A clear and simple way to decide what freedom of association means with respect to strikes is, in Professor Langille's view, to hold that a group of employees are free to do in concert what each of them can do individually under common law, i.e., withdraw their services. Therefore, constitutional entrenchment of that freedom must mean that any governmental restriction at all on concerted withdrawals of service involves (in Professor Langille's words) "taking a bat to" the constitutional right, and must be justified under the *Oakes* test to escape being struck down by the courts (Langille, 2011: 157-159). It would follow that the standing restrictions on strikes now imposed by general labour relations legislation, even under the unfettered strike model (certification requirement, compulsory strike votes, and so on), would all contravene section 2(d) and have to be justified under section 1.⁴⁰

39. As Professor Langille acknowledges, his analysis in this respect parallels that of McIntyre J. in the lead case of the 1987 trilogy—the *Alberta Reference* case, *supra* note 4.

40. Surprisingly (to me at least), this reasoning would seem to bring the constitutional default position for our strike law into some degree of convergence with the neo-Marxist approach that I once described as the "unchained collective action" perspective on labour law. See Adell, Bernard, "Perspectives of Power and Perspectives of Principle in Canadian Labour Law Scholarship" in Ian McKenna, ed., *Labour Relations into the 1990's* (Don Mills: CCH Canadian, 1989) 27 at 34-36. From that perspective, the law (whether created by legislatures, courts, or administrators) is inherently unable (in part because of the indeterminacy of legal rules) to regulate industrial conflict objectively, and should therefore leave workers free to use strike action without any type of legal restriction or support. Without putting too fine a point on it, this apparent convergence is somewhat paradoxical in light of Professor Langille's long-standing opposition to the sceptical view of law and language that underlies the neo-Marxist perspective. See Brian Langille, "Revolution without Foundation" in *Labour Law under the Charter* (Kingston: Queen's Law Journal & Queen's School of Industrial Relations, 1988) 112.

Professor Verge appears to share Professor Langille's view that any governmental action that takes away from workers the simple freedom to strike that has existed under common law since the late nineteenth century should be treated as a breach of freedom of association under section 2(d). Professor Verge emphasizes the idea that the right to strike serves democratic ends above and beyond collective bargaining and is integral to the concept of "collective autonomy," which he has developed and defended vigorously over the years, and which he sees as being synonymous with freedom of association (Verge, 2010: 366). He acknowledges that the standing restrictions on strike action now set out in Canadian labour relations statutes reflect "a sort of 'social compromise' " that seeks to balance employer and employee bargaining power. Nevertheless, he suggests, those restrictions should be held to contravene section 2(d) of the *Charter* and to need justification under section 1.⁴¹ Even the statutory suspension of the right to strike during the lifetime of a collective agreement in return for mandatory grievance arbitration—one of the central trade-offs of Canadian Wagnerism—is in his view a breach of the freedom to negotiate collectively because it is based on a "periodic and iterative, or 'static' " model of collective bargaining rather than on a "permanent or 'dynamic' " model like the one that prevailed in Britain until the early 1970s (Verge, 2010: 359, 372-373). As a result, in Professor Verge's opinion, and Professor Langille's, the heavy lifting (indeed, virtually all of the lifting) on the question of whether a specific government restriction on strikes is unconstitutional under the *Charter* should be done not at the section 2(d) stage but at the section 1 stage: if a complainant can demonstrate any limitation whatsoever on the right to strike, the onus would shift to the government to justify that limitation under the *Oakes* test.⁴²

41. Verge, *supra* note 1 at 291-292.

42. This view is also clearly expressed by Jamie Cameron, "The *Labour Trilogy's* Last Rites: *B.C. Health* and a Constitutional Right to Strike" (2009-2010) 15:2 *Canadian Labour & Employment Law Journal* 298. Professor Cameron argues (at 311-313) that the Supreme Court "should not dilute the scope of s. 2(d) to prevent restrictions on the right to strike from being tested under s. 1," but "should turn its attention to s. 1 and develop a standard

In contrast to what he describes as the simple right not to have the government undermine employees' common law freedom to strike, Professor Langille sees claims by groups of employees to a constitutional right to collective bargaining as raising the far more complex issue of when the courts can legitimately compel legislatures to affirmatively (in his words) "go to bat for" those employees by creating the positive rights and remedies they often need in order to engage effectively in collective bargaining (Langille, 2011: 157-162). This, he claims, would be "a recipe for endless, incoherent, and needless litigation" on the precise configuration of those rights and remedies (Langille, 2009: 212). As an alternative—and this is a key aspect of Professor Langille's overall view of how the *Charter* should affect employee rights in the workplace—he has consistently argued, ever since the Supreme Court's *Dunmore* decision came out, that the claim of Ontario farmworkers to collective bargaining rights is really an equality rights claim rather than a freedom of association claim. The Court has long erred, in his view, in looking at section 15(1) of the *Charter*⁴³ (the equality rights clause) through the lens of what he calls a "thin theory of equality"⁴⁴—a theory that sees that section

of review that is explicitly deferential in structure and application"—one that is "specific to labour issues." Although Professor Verge characterizes the right to strike as being "a catalyst for democratic activity in a pluralist society" (Verge, 2009: 275-276), he accepts (at 295) that restrictions on political strikes should be easier to justify than restrictions on economic strikes because Canada's parliamentary democracy gives workers more of a voice on political matters than on economic matters.

43. Section 15(1) says: "Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability."
44. The thrust of Professor Langille's critique of the Supreme Court's existing approach to section 15 is set out in this passage: "In a series of important cases in the 1980s and 1990s, the Court 'read down' section 15 of the *Charter* from a true equality provision to a much narrower nondiscrimination provision. Section 15, in the Court's view, only applies to cases in which differential treatment is based on what we now refer to as 'enumerated or analogous grounds' (and then only if this treatment is also discriminatory). In 1989, in *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld)* [[1989] 1 SCR 922], we learned that employment status is not an analogous ground. (This is the 'thin theory of equality.'): (Langille, 2009:

as merely prohibiting governmental discrimination on the basis of enumerated and analogous grounds. Instead, he argues, the Court should adopt a more open-ended commitment to equality, which (in his words) would prohibit “cases of statutory exclusion” (Langille, 2009: 211)—apparently, if I understand his argument correctly, exclusion on any ground whatsoever. In this vein, Professor Langille maintains that in *Dunmore* (and, more recently, in *Fraser*), the Court should have stayed away from section 2(d) of the *Charter* and relied instead on section 15(1) to require that farmworkers, who had been legislatively excluded from coverage by the Ontario *Labour Relations Act*, be given the same statutory collective bargaining rights enjoyed by most of the workforce under that Act—unless the government could make a section 1 justification for not doing so (Langille, 2009: 211). This equality-based approach would, Professor Langille argues, be a more straightforward way of extending positive rights to Ontario farmworkers. And it would better respect the separation of powers between the judiciary and the legislature because it would look at how statute law had already framed those rights for other workers and would thereby avoid the need for unending constitutional litigation on their exact content (Langille and Oliphant, 2012: 219).

The connection drawn by Professors Verge and Langille between the common law right or freedom to strike and the constitutional guarantee of freedom of association calls for some attention to what that guarantee would look like if based on the current common law right to strike. Common law (as revised by late nineteenth-century statutes) assures Canadian workers not covered by labour relations legislation that they will not be held criminally liable, or liable in tort, for refusing to work. It also protects them from being ordered back to work by the courts as a remedy for breaching their contracts of employment by refusing to work. However, it does nothing to

205). See also Brian Langille and Benjamin Oliphant, “From the Frying Pan into the Fire: *Fraser* and the Shift from International Law to International ‘Thought’ in *Charter* Cases” (2012) 16:2 *Canadian Labour & Employment Law Journal* 181 at 219-220 (“After *Fraser* we see even more clearly the mess we are in as a result of this failure of our Court to stand behind our constitutional commitment to equality”).

shelter them from employer reprisals for that breach of contract, particularly from being dismissed and replaced (Fudge and Tucker, 2009-2010: 368-369). As for workers covered by labour relations legislation and for whom a union has acquired statutory bargaining rights, the advent of a constitutional right to strike that did no more than entrench the common law right by forbidding governments to require anyone to stay on the job would be of some value (perhaps considerable value) to those who are logistically or politically difficult to replace because they belong to large bargaining units or work in strategic positions, for example, airline pilots, hospital nurses, and many government employees. It would, however, be of dubious value to the high proportion of the workforce whose services can more easily be replaced or done without, and whose jobs would therefore be in real and often immediate jeopardy if they took strike action under common law rules.⁴⁵ In other words, the constitutional right to strike, as envisaged by Professor Verge and Professor Langille, would seem to be of the most help to those employees who need it the least.⁴⁶

Among the voices on the other side of the debate are those of Brian Etherington and my colleague Kevin Banks. Like Professors Verge and Langille, Professors Etherington and Banks share the predominant academic view that in light of the Supreme Court of Canada's ruling in *B.C. Health*, the Court *should* and likely *will* find that there is a constitutional right to strike. However, they see the right to strike in what might be called a more contextualized way⁴⁷ than does Professor Verge or Professor Langille—in other

45. Professor Verge explicitly recognizes this shortcoming but says: “The simple exclusion of a category of employees from the scope of the law now regulating collective labour relations would not deny them the possibility, however little it may mean to them in practice, of asking the employer to bargain collectively with them for an agreement that would have only the force of a civil law contract [...]” (2010: 369).

46. I do not claim that this is a devastating criticism of the Verge-Langille position. Experience shows that the right to bargain collectively also tends to be of the most value to employees who are already better off than most of the workforce.

47. Professor Langille castigates a contextual approach as a misguided way to interpret a constitution: “A constitution's effort to construct a system of

words, as an important way of helping to meet the need for a collective employee voice at work rather than as a way of entrenching a common law right that would probably be of little practical value to most of the workforce. Therefore, they see a constitutional right to strike as flowing directly from the right to collective bargaining, which itself flows from freedom of association. On this analysis, if a specific governmental limitation on the right to strike is designed in such a way that it does not substantially undermine the right to collective bargaining of the workers in question, it would not violate section 2(d) and would not require justification under section 1.

Professor Etherington has encapsulated this analysis, and what he sees as its likely consequences, in the following passage (written after *B.C. Health* and before *Fraser*):

In order to avoid continuous oversight of the plethora of restrictions on the right to strike that are found in all Canadian jurisdictions, I believe it is likely that the Supreme Court's pragmatic inclinations will lead it to recognize a fairly limited right to strike—one that will require legislatures either to allow strikes or to provide a suitable substitute in the form of some other form of bargaining impasse resolution that gives access to a meaningful process of collective bargaining. Under this model, the right would be violated only where strike activity was totally prohibited or so severely restricted as to effectively deny access to meaningful collective bargaining. In the case of legislative attempts to substitute interest arbitration or some other form of third-party resolution, the right would be violated if the substitute process was not a fair and impartial one, with adequate incentives for the parties to negotiate in good faith in an attempt to reach a bargained settlement.

While recognition of this more limited right to strike would not avoid judicial oversight of legislative labour relations policy, it would keep such oversight to a minimum in several respects. First, it would avoid the need for detailed s. 1 scrutiny of any and all statutory restrictions on strikes, particularly

equal liberty or sovereignty involves the idea that its rules must be basic and universal. This understanding rightly places powerful constraints on 'contextualization': one cannot contextualize the basic grammar of the idea of a freedom" (2009: 214).

those concerning the timing of strikes and the requirement of majority support through a strike vote.... Similarly, legislation substituting an adequate system of interest arbitration—one which ensured that meaningful collective bargaining was possible— would not breach s. 2(d) and would therefore not require s. 1 scrutiny. Standing legislation that imposes compulsory interest arbitration is common in the police, firefighting and hospital sectors throughout Canada [and] remarkably little dissatisfaction is expressed by most of the workers and unions that have been subject to it for a long time. In fact, in recent years in Ontario, it has usually been employers who have been averse to interest arbitration (Etherington, 2009-2010: 324-325).

In a recent paper, Professor Banks has argued (along much the same lines as Professor Etherington) that the “substantial interference” test developed by the Supreme Court in *B.C. Health* should be applied to legislative restrictions on both the right to collective bargaining and the right to strike, with the result that a governmental restriction on strikes should not be held to breach section 2(d) unless it impairs those rights to a substantial degree. To do that, in Professor Banks’ view, a restrictive measure would have to “undermine the capabilities that worker freedom of association protects in order to serve its purposes” (Banks, 2012: 282)—more specifically, the capacity to “form self-governing organizations that can participate on equal terms in setting conditions of employment through collective bargaining” (Banks, 2012: 258). In agreement with Professor Etherington, Professor Banks envisages that “the substantial interference test would enable our courts to recognize as legitimate the legislative substitution of independent interest arbitration for the right to strike in a number of sectors that do not fit the ILO’s strict view of essentiality, or in cases of negotiating deadlocks affecting services of major importance to the public” (Banks, 2012: 282).

I can only touch very briefly here on the important question that is a major focus of Professor Banks’ paper, i.e., when Canadian courts flesh out the constitutional right to collective bargaining and any eventual constitutional right to strike, what use (if any) should they make of International Labour Organization (ILO) standards and the decisions of the ILO committees that review enforcement of those standards by member states? On one side of this debate, Roy

Adams takes the position that the provisions of the ILO Constitution, as well as ILO conventions (whether ratified by Canada or not), are legally and morally binding on Canadian courts, which ought to treat what the ILO has said about the meaning of freedom of association in much the same way as lower courts are bound to treat the decisions of higher courts (Adams, 2009). In sharp contrast, Professor Langille has mounted a forceful challenge⁴⁸ to the Supreme Court's assertion in *B.C. Health*,⁴⁹ reiterated in *Fraser*,⁵⁰ that "Canada's current international law commitments and the current state of international thought on human rights provide a persuasive source for interpreting the scope of the *Charter*." In Professor Langille's view, the ILO's processes for creating and enforcing its standards are thoroughly political rather than legal in nature and are ill-suited to "giving tangible and concrete meaning to domestic labour regimes, much less to fundamental constitutional provisions that affect spheres of life well beyond labour law" (Langille and Oliphant, 2012: 188). Professor Banks takes an intermediate position on this matter (Banks, 2012). He acknowledges that ILO jurisprudence sometimes fails to come to grips with the realities of the Canadian situation,⁵¹ but he argues that if our courts were to approach that jurisprudence with considerable caution and an awareness of its shortcomings, it could be of real help to them in distinguishing between substantial and insubstantial governmental restrictions on

48. This challenge has been spelled out in detail in Brian Langille and Benjamin Oliphant, "From the Frying Pan into the Fire: *Fraser* and the Shift from International Law to International 'Thought' in *Charter* Cases" (2012) 16:2 *Canadian Labour & Employment Law Journal* 181.

49. *Supra* note 6 at para 78.

50. *Supra* note 7 at para 92.

51. "In Canada at least, imposing interest arbitration does not necessarily undermine the capacity of workers to pursue collective goals in concert, particularly in light of the fact that a standing statutory requirement for such arbitration has long been a feature of certain well-functioning Canadian public-sector collective bargaining regimes which enjoy the support of the relevant unions. Too readily characterizing the imposition of independent arbitration as a human rights violation risks trivializing the idea of freedom of association, and conflating the method of resolving collective bargaining disputes with the right to engage in collective bargaining itself" (Banks, 2012: 280-281).

freedom of association at the section 2(d) stage, and also in applying the *Oakes* test under section 1 (Banks, 2012: 288-290).⁵²

IIII 2.2 The *Saskatchewan Federation of Labour Case*⁵³

In 2008, a newly elected fiscally conservative government in Saskatchewan brought in a statute—the *Public Service Essential Services Act*⁵⁴ (PSES Act)—which abruptly ended Saskatchewan’s long period as the heartland of the unfettered strike model in the public and parapublic sector, replacing it with a variant of the designation model that applies very broadly to government employment, health care, municipalities, and universities, and gives employers an unusual degree of control over the designation process. In a judgment released in February 2012, Justice Dennis Ball of the Saskatchewan trial court (who had at one time chaired the provincial labour relations board) upheld a union claim that the PSES Act violated employee freedom of association. He held that section 2(d) of the

52. Pierre Verge and Dominic Roux have done a masterful job of recounting the ongoing dialogue of the deaf between the ILO and various Canadian federal and provincial governments on the matter of restrictions on the right to strike. Pierre Verge and Dominic Roux, “L’affirmation des principes de la liberté syndicale, de la négociation collective et du droit de grève selon le droit international et le droit canadien: deux solitudes?” in Pierre Verge, ed., *Droit international du travail – perspectives canadiennes* (Cowansville: Yvon Blais, 2010) 441 at 460-467. A recent example of deafness on the ILO side is provided, in my view, by the attitude of its Committee on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) toward the provisions of the Manitoba *Labour Relations Act*, which authorize the provincial labour board to impose arbitration at the request of either side if a strike or lockout has gone on for more than 60 days (CCSM c L10, ss 87.1 to 87.3). In its 2012 report, the CEACR reiterates the formulaic position, also taken in earlier reports, that those provisions “seriously limit the means available to trade unions to further and defend the interests of their members as well as their right to organize their activities and formulate their programmes.” International Labour Conference, 101st Session, 2012, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 1A), Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87)*, at 100.

53. *Supra* note 11.

54. SS 2008, c P-42.2.

Charter encompassed a right to strike, that the PSES Act infringed that right, and that the government had not justified the infringement under the *Oakes* test.

Like most designation statutes across Canada, the PSES Act requires employers and unions to try to negotiate an agreement on the services to be provided in the event of a work stoppage. However, if they cannot agree, that Act gives the employer the uncommonly strong unilateral power to decide which employees will stay on the job, and to increase the number of designated employees at any time. It also gives the Saskatchewan Labour Relations Board the uncommonly weak authority to review only the number of designated employees in each classification, not the services that are to be provided or the specific employees who are to provide them. In Justice Ball's words, although "the PSES Act ostensibly contemplates the negotiation of an essential services agreement between each public employer and the union representing its employees," in reality it enables employers to unilaterally set the terms of those agreements.⁵⁵ Also, Ball J. held, the Act's coverage is too broad: "It cannot be credibly argued, for example, that the services provided by every employee of every governmental ministry, Crown corporation and agency, every city, town and village, and every educational institution, are so essential that their discontinuance would jeopardize the health and safety of the community."⁵⁶

After noting that the Supreme Court of Canada had made it explicit in both *B.C. Health* and *Fraser* "that it was not dealing with the issue of the right to strike,"⁵⁷ Ball J. said he was "satisfied that the right to strike is a fundamental freedom protected by s. 2(d) of the *Charter* along with the interdependent rights to organize and

55. *Supra* note 11 at para 116.

56. *Ibid.* at para 96. On the pertinence of international labour law to the issues at hand, Ball J. said (at para 114): "Whether or not Canada's international obligations directly bind the Government of Saskatchewan, they are nonetheless highly important in assessing whether provincial labour relations legislation is *Charter* compliant".

57. *Ibid.* at para 92.

to bargain collectively.”⁵⁸ He went on to describe the PSES Act’s infringement of the right to strike as being so clearly substantial that he did not have to decide whether section 2(d) would be breached by any interference whatsoever with the right to strike or only by a substantial interference.⁵⁹

Moving on to the section 1 analysis. Justice Ball referred with apparent approval⁶⁰ to Chief Justice Dickson’s view in the 1987 *Dairy Workers* case⁶¹ that “strikes (and lockouts) may be limited where they would be ‘especially injurious’ to the economic interests of third parties.” He then quoted this passage from the Dickson judgment:

It would be strange, indeed, if our society were to give constitutional protection for the freedom of employees to advance economic, as well as non-economic, interests by striking, while insisting that the state remain idle and indifferent to the infliction on others of serious economic harm. To require the legislature to be blind to the economic harm which may ensue from work stoppages would be to freeze into the constitution a particular system of industrial relations. Although, as yet, it would appear that Canadian legislatures have not discovered an alternative mode of industrial dispute resolution which is as sensitive to the associational interests of employees as the traditional strike/lockout mechanism, it is not inconceivable that, some day, a system with fewer injurious incident effects will be developed. In the meantime, in my view, legislatures are justified in abrogating the right to strike and substituting a fair arbitration scheme, in circumstances when a strike or lock-out would be especially injurious to the economic interests of third parties [...]

On the first branch of the *Oakes* test, Justice Ball found that the impugned provisions of the PSES Act had a pressing and substantial objective. He noted that during major Saskatchewan health care strikes in 1999 and 2001, under the unfettered strike model, “critical essential services were clearly withdrawn (although the Unions

58. *Ibid.* at para 115.

59. *Ibid.* at para 122.

60. *Ibid.* at para 129.

61. *Supra* note 4.

claim otherwise) [...].⁶² However, on the crucial part of the second branch of the *Oakes* test—the minimal impairment inquiry—he held that several aspects of the PSES Act were significantly more restrictive of the right to strike than was necessary to the attainment of the Act’s objectives. Among those aspects were the Act’s application to certain units that clearly did not deliver essential services (for example, a technical college and a casino)⁶³ and the fact that it let employers unilaterally decide which services would be provided during a work stoppage and by whom.⁶⁴ no other essential services statute in Canada, Ball J. observed, “comes close to prohibiting the right to strike as broadly, and as significantly, as the PSES Act” or “is as devoid of access to independent, effective dispute resolution processes to address employer designations of essential service workers and, where those designations have the effect of prohibiting meaningful strike action, an independent, efficient, overall dispute mechanism.”⁶⁵ Significantly, he added the following, echoing Chief Justice Dickson:

In my view, the PSES Act would be substantially less impairing of the right to strike protected by s. 2(d) of the *Charter* if in every case it made provision for an effective, independent dispute resolution process to address the propriety of public employer designations of employees required to work during a work stoppage. In addition, the PSES Act would be substantially less impairing if it provided compensatory access to adequate, impartial and effective overall dispute resolution proceedings in those cases where employer designations effectively abrogate the right of employees to engage in meaningful strike action [...] Every work place is different, and every work place must be dealt with according to its own set of circumstances.⁶⁶

62. *Supra* note 11 at para 139.

63. *Ibid.* at para 184.

64. In Ball J.’s words, “[d]ecisions based on the genuine needs of the community were not always made when the unions held the unilateral power to impose essential service protocols on public employers, and they will not always be made when the situation is reversed.” *Ibid.* at para 190.

65. *Ibid.* at para 205.

66. *Ibid.* at para 218.

On April 26, 2013, in a judgment written by Justice Robert G. Richards,⁶⁷ a unanimous five-judge panel of the Saskatchewan Court of Appeal reversed Justice Ball's ruling that a right to strike is protected by section 2(d) of the *Charter*. The main thrust of Justice Richards' judgment is that Justice Ball had wrongly engaged in "what might be called 'anticipatory overruling' " of the Supreme Court of Canada's 1987 labour trilogy. The "standard approach" to *stare decisis*, in Justice Richards' words, "is that a lower court will not side step a precedent on the strength of a prediction that the court which established the precedent will reverse itself."⁶⁸ In any event, he said, before a lower court could take such action, there would have to be "a great deal of certainty that the higher court could be expected to reverse itself."⁶⁹ "If the right to strike is characterized as a dimension of collective bargaining—and this is how the trial judge proceeded," Justice Richards went on, "it is not at all clear that the Supreme Court's recent decisions lead to a conclusion that strike action is protected by s. 2(d)."⁷⁰ Rather, in his words,⁷¹ the Court in *Fraser* "appears to say that a mechanism for *resolving* bargaining impasses (regardless of what institutional form it might take) is not part of what s. 2(d) requires in the context of collective bargaining."⁷² So, he concluded, any step to reverse what the Supreme Court said about the right to strike in the 1987 trilogy "should be taken by that Court itself."⁷³

Although he noted that it was "unnecessary to do so," Justice Richards added that the argument for a constitutional right to strike would be no clearer under existing Supreme Court jurisprudence if that right were "conceptualized in what might be called 'free-standing' terms" rather than as an aspect of the right to collective

67. 2013 SKCA 43 (CanLII). Justice Richards has since been appointed Chief Justice of Saskatchewan.

68. *Ibid.* at para 49.

69. *Ibid.* at para 51.

70. *Ibid.* at para 54.

71. *Ibid.* at para 59 (after quoting from para 47 of the Supreme Court's majority judgment in *Fraser*, *supra* note 9).

72. *Ibid.* at para 60 [emphasis in original].

73. *Ibid.*

bargaining.⁷⁴ The complainant unions, he observed, were not arguing for “some pure or ‘state of nature’ entitlement to withdraw labour,” but for “the *contemporary* right to strike, a right significantly bound up with, integrated into, and defined by a specific statutory regime.”⁷⁵ Therefore, elaborating on his objection to anticipatory overruling, Justice Richards said:

A statutorily-grounded view of the right to strike immediately collides with the fact that the Supreme Court has said s. 2(d) does not contemplate any particular sort of labour relations regime. But, at the same time and cutting in the other direction, it is important to note that, at para. 25 of *Health Services*, the Court rejected the idea that collective bargaining is a “modern right” created by legislation rather than a fundamental freedom. These cross currents create at least some measure of uncertainty about how the Court might approach the right to strike even if strike action is seen as a free-standing concept and not merely as an aspect of collective bargaining.⁷⁶

Justice Richards’ judgment, and other appellate-level decisions handed down since *Fraser*, have led to the concern, as expressed by Michael Lynk after the B.C. Court of Appeal’s recent judgment in *Federal Government Dockyard Trades and Labour Council v. Canada (Attorney General)*,⁷⁷ that *Fraser* “has very much narrowed the arguments unions can make in the courts on a section 2(d) challenge... given that the Supreme Court used the term ‘substantial interference’ regarding legislation and collective bargaining in *Health Services*, and then [in *Fraser*] applied an impossibility test for unions to demonstrate their associational rights were being denied” (Guly, 2013). *Dockyard Trades* dealt with a union’s section 2(d) challenge to limits imposed by the federal *Expenditure Restraint Act*⁷⁸ on an arbitrated wage increase for a unit of federal government employees. In dismissing the challenge, Justice Mary Saunders, speaking for the

74. *Ibid.* at para 61.

75. *Ibid.* [emphasis in original].

76. *Ibid.* at para 64. At para 25, Justice Richards briefly summarized Justice Ball’s section 1 analysis but did not comment on it.

77. 2013 BCCA 371 (available on CanLII) [*Dockyard Trades*].

78. SC 2009, c 2.

B.C. Court of Appeal, held that the Act's nullification of what she called "a single, time-limited wage increase" did not "rise [...] to such significance that its loss amounts to a breach of the constitution of Canada."⁷⁹ This seems to say that whether a government's imposition of specific collective agreement terms constitutes a violation of section 2(d) is to be decided on pretty well the same criterion as that used in *B.C. Health*, i.e., did it have a major rather than a minor impact on the exercise of the right to collective bargaining?

In this essay I cannot go into the question of whether (as Professor Lynk's comment in the preceding paragraph implies) an impact on the right to collective bargaining that would likely have been considered major after *B.C. Health* might be considered only minor after *Fraser*. As noted in Part 3(a) above, the majority judgment in *Fraser* concluded that "[l]aws or government action that make it impossible to achieve collective goals *have the effect* of limiting freedom of association, by making it pointless."⁸⁰ I do, however, think it is important to remember that the *Fraser* majority judgment repeatedly and quite vigorously defended the majority judgment in *B.C. Health* against a concerted attack by two members of the *Fraser* Court. "It is difficult to imagine a meaningful collective process in pursuit of workplace aims," the *Fraser* majority wrote,⁸¹ "that does not involve the employer at least considering, in good faith, employee representations." In my view, it is also hard to imagine that a collective process would be really meaningful if an employer could count on ultimately imposing its position on major workplace issues, with its employees having no right at all to resort to a strike or to any independent means of resolving those issues.

In any event, in *Dockyard Trades* Justice Saunders rejected the government's argument that because a wage increase was imposed by arbitration rather than being agreed to by the parties, rolling it back could have no effect on employee freedom of association: "I [...]"

79. *Supra*, note 78 at para 53.

80. *Fraser, supra* note 7 at para 46 [emphasis in original].

81. *Ibid.* at para 43.

respectfully suggest,” Justice Saunders wrote,⁸² “that the subtleties of modern negotiation, practiced by experienced parties, does not admit [*sic*] the distinction between a collective agreement achieved by arbitration and one achieved solely by collective inter-party bargaining [...]” This is a clear ruling to the effect that whether or not section 2(d) has anything to say about a government decision to put a particular bargaining unit on the arbitration route or the strike route, it gives both routes the same degree of protection from government interference.

|||| 2.3 What Will (or Should) Happen Next?

For a moment, let us imagine that we could go back a dozen years, to a point in December 2001 just before the Supreme Court of Canada released *Dunmore* (and just after our book came out), and rewrite the story of the application of the *Charter* to labour relations law from that point on. If the new script were based on the plot sketched out in Professor Langille’s writings, it might read roughly as follows:

- (i) The Supreme Court would have applied the equality rights clause of the *Charter* (section 15) to Ontario farmworkers, and no doubt by now to other categories of excluded workers across the country, giving them access to the Wagner model as enjoyed by most of the workforce in their specific jurisdiction—for whatever that model might be worth to them in practice. This would have required the Court to depart sharply from the view that section 15 extends only to discrimination on the basis of enumerated and analogous grounds, and would instead have read that section as making a vastly more open-ended commitment to equality rights. Any government-imposed distinction would be a breach of section 15 and would have to be justified under section 1, in accordance with the *Oakes* test.
- (ii) As far as workplace rights were concerned, section 2(d) of the *Charter* would entrench only a right to strike that clones the

82. *Supra* note 78 at para 35.

common law freedom to strike and therefore protects nothing more than an employee's freedom to withdraw his or her services without being ordered back to work by government action (again, unless the government can justify such action under section 1). Legislators would be entirely free to decide whether or not to give strikers any forms of legal protection not given by common law, for example, protection against employer reprisals for breach of contract, or a right to return to the job after a strike. But (once again, absent a section 1 justification) section 15 would preclude giving any such protection to some parts of the workforce but not to others.

- (iii) The Supreme Court would never have given voice to the view that the process and product of collective bargaining (or at least some means of collective employee representation vis-à-vis employers) is important enough in our economy and our society to warrant constitutional protection. This view was expressed (however awkwardly) by every member of the Court in *B.C. Health* and was reiterated, in quite a different context, by a clear majority in *Fraser*. Under the new script, as long as strikers were not ordered back to work by government (yet again, unless such an order could be justified under the *Oakes* test), there would be no constitutional obstacle to a governmental refusal to countenance any other form of employee representation rights. Any such refusal would, however, have to extend equally across the whole workforce, to avoid running afoul of the new reading of section 15 and therefore needing justification under the *Oakes* test.

However intriguing this new script might be, I expect that when we came out of our daydream we would see real problems with it, at various levels. First and most obvious would be the great practical difficulty of rolling back *Dunmore*, *B.C. Health* and *Fraser*—and, even more to the point, much of the Court's equality rights jurisprudence—to anything like the extent that the new script would require.

Even if that obstacle were overcome, the new script would read both section 2(d) and section 15 of the *Charter* in a way that required constant recourse to section 1 and the *Oakes* test, with its multi-faceted

scrutiny of (among other things) whether the governmental action in question impairs the affected rights as minimally as possible. It is true that over the years the Supreme Court has slightly relaxed some aspects of the *Oakes* test,⁸³ and that if the Court did opt for an interpretation of sections 2(d) and 15 which downloaded as much to section 1 as the new script does, it could perhaps be persuaded to take up Jamie Cameron's proposal for an approach to section 1 that was both "specific to labour issues" and "explicitly deferential in structure and application" (Cameron, 2009-2010). Nevertheless, it seems to me that the new script would likely lead to even more of what Professor Langille has called "endless, incoherent, and needless litigation" (Langille, 2009: 212) than would the Court's efforts in the "new trilogy" to recognize and protect a right to a collective employee voice in the workplace under section 2(d).

Nor is it at all clear that the new script would do any better than the current "new trilogy" narrative in furthering Canadian labour law's longstanding aspiration to advance the interests of vulnerable workers without letting more strategically placed groups do undue harm to employers and the public. Entrenching just the simple common law freedom to strike would offer no assurance of any legal protection against employer reprisals for exercising that freedom, so it would help mainly those employees in jobs where it was already economically or politically difficult for employers to take such reprisals. It is true that, as critics of *Fraser* have pointed out, the outcome in that case shows that the Supreme Court's current approach has by no means opened a direct, detour-free route to a stronger voice for vulnerable workers.⁸⁴ However, the majority judgment did at least make the point repeatedly (nine or ten times in a dozen short paragraphs)⁸⁵ that the employer obligation under the Ontario *Agricultural Employees Protection Act* (AEPA) to listen

83. See, for example, *Canada (AG) v. JTI-Macdonald Corp*, 2007 SCC 30, [2007] 2 SCR 610 (available on CanLII), and *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 SCR 567 (available on CanLII).

84. See, for example, Braley, Alison, " 'I will not give you a penny more than you deserve': *Ontario v. Fraser* and the (uncertain) right to collectively bargain in Canada" (2011) 57:2 *McGill Law Journal* 351.

85. *Fraser*, *supra* note 7 at paras 101-112.

to and acknowledge collective employee representations will have to be interpreted to require the employer to “consider [such] representations in good faith” and without “a closed mind.”⁸⁶ It is not hard, of course, to see why the complainants in *Fraser* went straight to court with their constitutional complaint about the AEPA rather than going first to the tribunal charged with administering that statute (the Agriculture, Food and Rural Affairs Appeal Tribunal, which few labour lawyers would expect to be very receptive to the complainants’ concerns). Nevertheless, from a broader legal process perspective it did make some sense for the Supreme Court to agree with the court of first instance that the “Tribunal should be given a fair opportunity to demonstrate its ability to appropriately handle the function given to it by the *AEPA*.”⁸⁷ The majority judgment went on to add, in unmistakably directive and forward-looking terms: “The Tribunal may be expected to interpret its powers, in accordance with its mandate, purposively, in an effective and meaningful way.”⁸⁸

An indication of the protective potential of this aspect of the *Fraser* case can be seen in the judgment of Justice Thomas M. Davis of the Quebec Superior Court in *L’Écuyer v Côté*.⁸⁹ The Quebec *Labour Code* excludes workers on farms with fewer than three “continuously [...] employed” workers from being in a certified bargaining unit (although they are covered by other parts of the Code, including the unfair labour practice provisions). In the *L’Écuyer* case, the Quebec Commission des relations du travail held that, given the absence of any other process for protecting the freedom of association of employees on such farms, their statutory exclusion from certification was intended to (and did) breach their rights under section 2(d).⁹⁰ In upholding the Commission’s decision on judicial review, Justice Davis found that although there was “no evidence that [the union] had actually attempted to negotiate with [the owners of the farm in question] on behalf of the workers, the conclusion

86. *Ibid.* at paras 102-103.

87. *Ibid.* at para 111.

88. *Ibid.* at para 112.

89. 2013 QCCS 973 (available on CanLII).

90. *Ibid.* at para 95.

that the employer had no intention of negotiating was one which could be drawn from the evidence on a balance of probabilities,⁹¹ particularly because neither the employer nor the farm employers' association to which it belonged had "been proactive in seeking out common ground on working conditions with the employees or the Union."⁹² Justice Davis concluded, applying what he called "the principles confirmed by the Supreme Court of Canada in *Fraser*," that the impugned statutory exclusion "is discriminatory as being a significant hindrance on [the affected employees'] ability to exercise their fundamental right of freedom of association."⁹³ In contrast, he added, the Ontario statute at issue in *Fraser*—the AEPA—required an employer to "receive and consider the collective demands of its employees and implies an obligation of good faith on the part of the employer [...]."⁹⁴

||| CONCLUSION

As mentioned above, Pierre Verge has noted that the strike weapon contributes to "the democratic vitality of society as a whole" (Verge, 2009: 270). But does it do that as a backstop to collective bargaining in giving employees an effective voice in the workplace, or as a sort of free-standing means of furthering a much more open-ended range of claims? There is, I think, a strong argument that the main purpose of the right to strike is, as Brian Etherington puts it in the passage quoted in Part 3 above, to ensure "access to meaningful collective bargaining," or at least to some meaningful form of workplace

91. *Ibid.* at para 96.

92. *Ibid.* at para 97.

93. *Ibid.* at para 98.

94. *Ibid.* at para 101. Justice Davis went on to agree with the Commission that the impugned provision was not justified under section 1. He issued a declaration of invalidity, but suspended it for a year to allow the legislature to act. "[W]hatever option is chosen [by the legislature]," he said (at para 123), "it must reflect the reality that freedom of association for farm workers gives them the right to organize with a view to collectively presenting their demands to their employer who must receive them in good faith".

representation (Etherington, 2009-2010: 324). That argument is supported by the fact that, as Professor Verge has acknowledged (Verge, 2009: 295), the Canadian system of government gives workers quite effective forms of *political* voice but no other vehicles that are as effective as collective bargaining for advancing their *workplace* rights and interests.

If the right to strike does flow from the right to collective bargaining, then (to bring Parts 2 and 3 of this essay together) a no-strike model or a designation model that imposed statutory limits on the strike weapon while providing for a reasonably effective and truly independent alternative means of resolving collective bargaining disputes could appropriately be held to meet the demands of freedom of association under section 2(d), without any need to invoke section 1. If for any reason a government balked at the idea of a truly independent interest arbitration process, it would be free to put the parties onto the strike-lockout route or to try to make a section 1 justification for some other type of dispute resolution process. However, for the reasons set out in Justice Ball's judgment in the *Saskatchewan Federation of Labour* case, it would be very hard indeed to justify the one-sided initiatives in the Saskatchewan PSES Act and in the federal government's actions in at least some of the recent "instant back to work" cases referred to in Part 2(d) above. In a more or less well-functioning democracy like ours, I am inclined to think that outcome would represent a good balance between legislative discretion and judicial oversight, despite Professor Verge's cogent advocacy of a somewhat different approach that would put governments under even tighter constraints (Verge, 2009: 291-292).

|||| BIBLIOGRAPHY

- Adams, Roy, "The Supreme Court, Collective Bargaining and International Law: A Reply to Brian Langille" (2009) 14:2 *Canadian Labour and Employment Law Journal* 317.
- Adell, Bernard, "Perspectives of Power and Perspectives of Principle in Canadian Labour Law Scholarship" in Ian McKenna, ed. *Labour Relations into the 1990's* (Don Mills: CCH Canadian, 1989) 27.

- Adell, Bernard, Michel Grant and Allen Ponak, *Strikes in Essential Services* (Kingston: IRC Press, 2001).
- Adell, Bernard, Gordon Simmons, Megan Slobodin and Frank Syer, "The System of Labour Dispute Resolution in Ontario Hospitals and its Application at Kingston General Hospital" in Tadashi Hanami and Roger Blanpain, eds, *Industrial Conflict Resolution in Market Economies: A Study of Canada, Great Britain and Sweden* (Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1987) 45.
- Archibald, Tom, "Health Care Restructuring Under Different Labour Law Approaches: The Ontario and Québec Experiences" (1998) 24:1 *Queen's Law Journal* 61.
- Banks, Kevin, "The Role and Promise of International Law in Canada's New Labour Law Constitutionalism" (2012) 16:2 *Canadian Labour and Employment Law Journal* 233.
- Braley, Alison, "I Will Not Give You a Penny More Than You Deserve": Ontario v. Fraser and the (uncertain) right to collectively bargain in Canada" (2011) 57:2 *McGill Law Journal* 351.
- Cameron, Jamie, "The *Labour Trilogy's* Last Rites: *B.C. Health* and a Constitutional Right to Strike" (2009-2010) 15:2 *Canadian Labour and Employment Law Journal* 298.
- Etherington, Brian, "Does Freedom of Association Under the *Charter* Include the Right to Strike After *B.C. Health*? Prognosis, Problems and Concerns" (2009-2010) 15:2 *Canadian Labour and Employment Law Journal* 315.
- Fudge, Judy and Eric Tucker, "The Freedom to Strike in Canada; A Brief Legal History" (2009-2010) 15:2 *Canadian Labour and Employment Law Journal* 333.
- Haiven, Judy and Larry Haiven, *A Tale of Two Provinces: Alberta and Nova Scotia*, October 18, 2007; Judy Haiven and Larry Haiven, *Health Care Strikes: "Pulling the Red Cord"*; November 2007; Judy Haiven and Larry Haiven, *The Persistence of Recruitment and Retention Problems*, October 2008 (Halifax: Canadian Centre for Policy Alternatives-Nova Scotia).
- Hebdon, Robert and Maurice Mazerolle, "Regulating Conflict in Public Sector Labour Relations: The Ontario Experience (1984-1993)" (2003) 58:4 *Relations Industrielles* 667.

- Jackson, David, "Nova Scotia premier open to strike ban", *Halifax Chronicle-Herald* (April 27, 2012), online: The Herald News <<http://thechronicleherald.ca/novascotia/90679-nova-scotia-premier-open-to-strike-ban>>.bn
- Langille, Brian, "The Freedom of Association Mess: How We Got into it and How We Can Get Out of It" (2009) 54:1 *McGill Law Journal* 177.
- Langille, Brian, "What Is a Strike?" (2009-2010) 15:2 *Canadian Labour and Employment Law Journal* 355.
- Langille, Brian, "Why the Right-Freedom Distinction Matters to Labour Lawyers – and to All Canadians" (2011) 34:1 *Dalhousie Law Journal* 143.
- Langille, Brian and Benjamin Oliphant, "From the Frying Pan into the Fire: Fraser and the Shift from International Law to International 'Thought' in Charter Cases" (2012) 16:2 *Canadian Labour and Employment Law Journal* 181.
- Lee, Ian, "Striking Out: The New Normal in Canadian Labour Relations?" (2012) 6:1 *Journal of Parliamentary and Political Law* 205.
- Panitch, Leo and Donald Swartz, *From Consent to Coercion: The Assault on Trade Union Freedoms*, 3rd ed (Aurora: Garamond Press, 2003).
- Verge, Pierre, "Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association: justification et effets" (2009) 50 *Cahiers de Droit* 267.
- Verge, Pierre, "L'affirmation constitutionnelle de la liberté d'association: une nouvelle vie pour l'autonomie collective?" (2010) 51 *Cahiers de Droit* 353.
- Verge, Pierre and Dominic Roux, "L'affirmation des principes de la liberté syndicale, de la négociation collective et du droit de grève selon le droit international et le droit canadien: deux solitudes?" in Pierre Verge, ed. *Droit international du travail – perspectives canadiennes* (Cowansville: Yvon Blais, 2010) 441.



L'ARBITRAGE DE GRIEF ET LE DÉVELOPPEMENT DE LA SPÉCIFICITÉ DU DROIT DU TRAVAIL : UNE CONTRIBUTION RECONNUE

Denis Nadeau*

|||| INTRODUCTION

Au moment où, en 1961, Pierre Verge, jeune bachelier en droit de l'Université Laval, était assermenté au Barreau du Québec¹, le législateur québécois modifiait sa *Loi sur les relations ouvrières* afin d'interdire tout moyen de pression économique pendant la durée d'une convention collective et lui substituait plutôt l'arbitrage de grief obligatoire avec sentence exécutoire (Blouin 1996: 31). Peu de

* Professeur titulaire à la Faculté de droit civil de l'Université d'Ottawa. Ce texte est à jour au 30 juin 2012.

1. Pour les informations bibliographiques, voir le site du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT) : <http://www.crimt.org/english/Researchers/pierreverge.html> (19 novembre 2015).

temps après le début de sa carrière de professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval, en 1967, la Cour suprême du Canada ne reconnaissait que des pouvoirs d'intervention très limités à un tribunal d'arbitrage saisi d'un grief de nature disciplinaire². Fort heureusement, la vision de l'arbitrage de grief a beaucoup évolué au fil des cinq décennies où Pierre Verge a su stimuler, de son côté, l'intérêt de centaines de futurs juristes à l'égard du droit du travail. En 2003, alors que son *alma mater* soulignait l'excellence de la contribution universitaire de Pierre Verge en le nommant professeur émérite, le plus haut tribunal du pays reconnaissait à l'arbitre de grief un rôle clé en matière d'application des droits de la personne au sein de la convention collective³.

La remarquable carrière du professeur et chercheur Pierre Verge ne peut évidemment se résumer à ces trois signets de l'histoire de l'arbitrage de grief tant notre collègue, mentor et ami, a marqué par sa constance, son intensité et sa rigueur le droit du travail au Québec⁴. Cependant, ces repères temporels permettent d'identifier des jalons significatifs de l'importante évolution de ce premier demi-siècle de l'arbitrage de grief et de mieux mesurer la représentation contemporaine qui est attribuée à ce système par la Cour suprême du Canada (ci-après Cour suprême ou Cour). Cette vision, qui sera examinée à travers le prisme de deux arrêts prononcés par ce tribunal à l'automne 2011, soit les affaires *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c Manitoba Association of Health Care Professionals*⁵

-
2. Voir *Port Arthur Shipbuilding Co v. Arthurs et al*, [1969] SCR 85.
 3. Voir *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 RCS 157 [*Parry Sound*].
 4. Boursier du Conseil des arts relativement à une recherche sur l'arbitrage des griefs, Pierre Verge a analysé, au début de sa carrière, différentes questions fondamentales liées à ce mécanisme décisionnel. Plus de quarante ans après leur publication, certains de ces textes demeurent toujours des références pour la compréhension de ces problématiques. Pour les fins du présent texte, nous retenons, entre autres, les suivants: « Le forum de la convention collective » (1967-1968) 9 *Les Cahiers de droit* 563; « De la souveraineté décisionnelle de l'arbitre » (1973) 19 *Revue de droit de McGill* 543; « La violation de la convention collective peut-elle donner ouverture à des dommages-intérêts? » (1971) 26 *Relations industrielles* 234.
 5. *Nor-Man Regional Health Authority Inc c Manitoba Association of Health Care Professionals*, [2011] 3 RCS 616 [*Nor-man*].

et *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*⁶, permettra de mettre en exergue la mission unique conférée par la Cour à l'arbitrage de grief à l'intérieur de l'ordonnancement des relations industrielles au Canada, ainsi que la réelle autonomie conférée aux arbitres dans l'élaboration de doctrines juridiques propres aux principes des relations du travail. À travers ces récentes pistes formulées par la Cour suprême, c'est toute la question de la reconnaissance accrue de la « spécificité du droit du travail », l'un des thèmes de recherche de Pierre Verge (Verge, Vallée, 1997), qui est posée. Après avoir rappelé, en première partie, les grandes lignes des arrêts *Nor-Man* et *Newfoundland*, nous dégagerons, en seconde partie, les enseignements qui devraient être retenus de ceux-ci et leur importance dans l'évolution du mécanisme d'arbitrage de grief et de la place qu'occupe cette instance décisionnelle au sein de l'organisation des relations collectives du travail.

Cependant, avant de nous pencher sur les décisions récentes, faisons un pas en arrière. Mars 2008. La Cour suprême du Canada prononçait l'arrêt *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*⁷, décision déterminante en matière de politique judiciaire, révisant pour le mieux les principes applicables en matière de norme de contrôle judiciaire. En faisant récemment référence à cette décision dans le cadre de l'arrêt *Doré c Barreau du Québec*⁸, la Cour indiquait y avoir « [c]onclu que la révision judiciaire doit être orientée par une politique de retenue justifiée par le respect de la volonté du législateur, le respect de l'expertise spécialisée que possèdent les décideurs administratifs et la reconnaissance que les cours de justice n'ont pas le pouvoir exclusif de statuer sur toutes les questions dans le domaine administratif⁹ » [nos italiques].

En dépit de ce principe que la Cour suprême dégage de *Dunsmuir* en 2008, il n'est pas inutile de rappeler que tous les juges ayant siégé

6. *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, [2011] 3 RCS 708 [*Newfoundland*].

7. *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 RCS 190 [*Dunsmuir*].

8. *Doré c Barreau du Québec*, [2012] 1 RCS 395.

9. *Ibid.* au paragr. 30.

dans cette affaire ont estimé que la sentence arbitrale à l'étude « [é]tait tout simplement déraisonnable¹⁰ » et « [d]ébouchait sur une interprétation de la loi qui ne faisait pas partie des lectures acceptables¹¹ ». Paradoxe intéressant s'il en est un : l'*orientation de retenue* que la Cour suprême estime sous-jacente à l'arrêt *Dunsmuir* n'a donc pas empêché la Cour d'infirmer, à l'époque, la sentence arbitrale à l'étude. Plus de quatre ans après le prononcé de cette décision, il nous paraît toujours difficile de déceler, dans la brève analyse de l'interprétation de l'arbitre effectuée par les juges LeBel et Bastarache¹², des traces d'une application même minimale de l'orientation de retenue qu'on dit y avoir énoncée. À ce titre, notons que le juge Binnie a récemment souligné, dans ses motifs concordants de l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c Alberta Teachers' Association*¹³, que le degré d'intensité de l'examen judiciaire adopté par la Cour suprême dans *Dunsmuir* était « [a]ssez proche de celui propre à la norme de la décision correcte¹⁴ ». Nous ne pouvons que partager ce constat.

Cette référence liminaire à l'arrêt *Dunsmuir* n'a pas que valeur historique. Elle permet de comprendre que, pendant plus de trois ans, cette décision a été l'arrêt de base, la toile de fond déterminant le cadre d'intervention des tribunaux judiciaires à l'égard des sentences arbitrales. Le véritable écart-type existant entre la politique de retenue mise de l'avant par la Cour suprême dans *Dunsmuir* et

10. *Dunsmuir*, supra note 7 au paragr. 76.

11. *Ibid.* au paragr. 72. Le juge Binnie partage cette conclusion (paragr. 119). Pour sa part, la juge Deschamps était d'avis que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte et que l'arbitre avait erré en droit (paragr. 168-170). Les juges Charron et Rothstein étaient du même avis.

12. *Ibid.* aux paragr. 73-75. Pour les fins du présent texte, nous nous contentons de souligner le silence total des juges à propos de l'importante réserve stipulée au tout début de l'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, c. C-5.1. À notre avis, le caractère subsidiaire du principe énoncé à cet article aurait dû être pris en compte dans le cadre de l'analyse contextuelle effectuée par les juges LeBel et Bastarache. Or, tel ne fut pas le cas. Voir par exemple le paragraphe 74 de l'arrêt pour s'en convaincre.

13. *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 RCS 654.

14. *Ibid.* au paragr. 85.

sa non-application dans l'affaire même où elle a été énoncée n'a pu qu'être source de confusion. Certes, tous comprenaient que la déférence était la règle de principe à l'égard de tribunaux inférieurs tels les arbitres de griefs. Toutefois, l'évaluation du caractère raisonnable ou non d'une sentence s'est souvent transformée en une forme de sésame suffisamment large pour permettre un interventionnisme judiciaire incompatible avec le principe de base.

À titre d'illustration, et nous limitant au seul plan statistique, notons que la Cour d'appel du Québec a révisé, au cours des années 2010 et 2011, le fond de dix-neuf des vingt-quatre sentences arbitrales portées à son attention, infirmant d'ailleurs à six reprises la Cour supérieure qui avait refusé d'intervenir initialement¹⁵. De deux

15. Voir par exemple, en tant que sentences arbitrales infirmées : *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 847 (CTC) c. Société d'emballage Hood, division papier*, 2011 QCCA 2252; *Syndicat des infirmières, infirmières auxiliaires et inhalothérapeutes de l'Est du Québec (SIIIEQ-CSQ) c. Centre de santé et de services sociaux de Matane*, 2011 QCCA 949; *Autobus La Québécoise inc. c. Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleuses et travailleurs du Canada (TCA Québec)*, 2011 QCCA 953; *Syndicat des enseignants de John Abbott College c. John Abbott College*, 2011 QCCA 727; *Syndicat des professeures et professeurs du Collège Édouard-Montpetit c. Collège Édouard-Montpetit*, 2011 QCCA 561; *Syndicat des professeurs de l'État du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2011 QCCA 304; *Syndicat des enseignantes et enseignants du Cégep Beauce-Appalaches c. Garneau*, 2010 QCCA 2352; *Syndicat des salariés de béton St-Hubert – CSN c. Béton St-Hubert inc.*, 2010 QCCA 2270; *Association des policiers provinciaux du Québec c. Sûreté du Québec*, 2010 QCCA 2053; *Syndicat de l'enseignement de Champlain c. Commission scolaire des Patriotes*, 2010 QCCA 1874; *Syndicat des chauffeuses et chauffeurs de la Société de transport de Sherbrooke, section locale 3434 du SCFP c. Société de transport de Sherbrooke*, 2010 QCCA 1599; *Fraternité des policières et policiers de Gatineau inc. c. Gatineau (Ville de)*, 2010 QCCA 1503; *Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 7065 c. Sodexo Canada inc.*, 2010 QCCA 1217; *Syndicat de Autobus Terremon Ltée (CSN) c. Autobus Terremon Ltée*, 2010 QCCA 1050; *Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleuses et travailleurs du Canada (TCA-Canada) c. Groupe Volvo Canada inc.*, 2010 QCCA 968; *Fraternité des policiers et policières de la MRC des Collines-de-l'Outaouais c. Collines-de-l'Outaouais (MRC des)*, 2010 QCCA 816; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 847 (CTC) c. Société Emballage Hood, division papier*, 2010 QCCA 867; *Syndicat du transport de Montréal c. Métromédia*

choses l'une : soit qu'une vague persistante de « déraisonnabilité » et d'erreurs de droit ait marqué de nombreuses sentences arbitrales québécoises pendant cette période – ce qui est toujours possible – soit l'ambiguïté « principe/application » émanant de *Dunsmuir* a pavé la voie à un interventionnisme judiciaire soutenu.

Il tardait donc que la Cour suprême se penche à nouveau sur des pourvois impliquant des sentences arbitrales de griefs. Coup sur coup, en moins de deux semaines, les jugements *Nor-Man* et *Newfoundland* ont été prononcés. Dans les deux cas, soulignons-le, la Cour a confirmé, par des jugements unanimes, les sentences rendues par les arbitres visés. Ceci a été fait à l'intérieur d'arrêts où la Cour suprême a discuté plus largement de l'arbitrage de grief, de son rôle au sein du système de relations du travail et de la latitude que les tribunaux supérieurs doivent accorder aux arbitres dans le cadre de leur application des principes généraux du droit. Sur ces aspects, et ce, contrairement à *Dunsmuir*, une adéquation entre la représentation conférée à l'arbitrage de grief par la Cour suprême et l'exercice du pouvoir de contrôle judiciaire se retrouve dans les arrêts *Nor-Man* et *Newfoundland*. Les bases d'une nouvelle compréhension du rôle des arbitres en milieu de travail ont donc ainsi été jetées.

CMR Plus inc., 2010 QCCA 98 ; *Collège Édouard-Montpetit c. Syndicat des professeurs et professeurs du Collège Édouard-Montpetit*, 2009 QCCA 1567. Voir également, en tant que sentences arbitrales confirmées : *Travailleuses et travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Manoir Richelieu ltée*, 2011 QCCA 870 ; *Syndicat des employés d'entretien de la Société de transport de la Rive-Sud de Montréal (CSN) c. Réseau de transport de Longueuil*, 2011 QCCA 313 ; *Longueuil (Ville de) c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 307*, 2010 QCCA 2032 ; *Syndicat des travailleuses et travailleurs du CSSS Haut-Richelieu—Rouville (CSN) c. CSSS Haut-Richelieu—Rouville*, 2010 QCCA 496 ; *Montréal (Ville de) c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP, 301)*, 2010 QCCA 498. Nous notons que la tendance interventionniste des années 2010 et 2011 semble s'atténuer depuis le début de 2012. Au moment du dépôt de ce texte, quatre sentences arbitrales avaient été confirmées par la Cour d'appel et deux avaient fait l'objet d'un contrôle judiciaire.

1. REGARD JUDICIAIRE CONTEMPORAIN DE L'ARBITRAGE DE GRIEF

1.1 L'arrêt *Nor-Man* ou le pouvoir « d'adaptation » du droit par l'arbitre de grief

Au centre de cette affaire relativement simple se trouve l'application de la théorie de la préclusion (*estoppel*) à l'égard d'une réclamation qui, par ailleurs, avait été considérée comme étant fondée en vertu des dispositions de la convention collective. Le grief avait donc été rejeté¹⁶. En révision judiciaire, la partie syndicale invoquait essentiellement que l'arbitre avait erré dans l'application de cette théorie de *common law* en n'exigeant pas, comme le prévoit une des conditions de cette doctrine, la preuve que le syndicat avait eu l'intention de modifier ses relations juridiques avec le destinataire de la promesse¹⁷. À ce titre, la partie syndicale invoquait des extraits d'un arrêt fréquemment soulevé en matière de préclusion promissoire, l'affaire *Maracle c Travellers Indemnity Co of Canada*¹⁸, où la Cour indiquait qu'en matière d'irrecevabilité fondée sur une promesse (*promissory estoppel*), « [il incombe à la partie qui invoque cette exception d'établir que l'autre partie a, par ses paroles ou sa conduite, *fait une promesse ou donné une assurance destinées à modifier leurs rapports juridiques* et à inciter à l'accomplissement de certains actes¹⁹ » [nos italiques].

16. Une salariée prétendait avoir droit à une semaine de congé annuel en prime l'année de son vingtième anniversaire d'entrée en service, conformément aux dispositions de la convention collective. L'employeur lui a refusé ce congé. L'arbitre a conclu que la pratique de l'employeur consistant à exclure les périodes d'emploi à titre occasionnel du calcul des congés annuels contrevenait aux dispositions de la convention collective. Toutefois, l'arbitre a décidé que le syndicat ne pouvait pas contester la façon dont l'employeur appliquait les dispositions litigieuses de la convention collective, parce qu'il y avait acquiescé de longue date. Il était donc préclus d'exiger le respect strict des droits que lui conféraient les dispositions litigieuses de la convention collective jusqu'à l'expiration de cette dernière.

17. *Nor-Man*, *supra* note 5 au paragr. 25.

18. *Maracle c Travellers Indemnity Co of Canada*, [1991] 2 RCS 50.

19. *Ibid.* à la p. 57.

Estimant que l'interprétation de la théorie de la préclusion était une question de droit qui, en raison de sa nature, n'était pas « [c]onfined to any particular field of law²⁰ », et qu'elle correspondait à une question « [o]f central importance to the legal system of a whole²¹ », la Cour d'appel du Manitoba a conclu à l'application de la norme de contrôle de la décision correcte²² et a infirmé la sentence arbitrale. À son avis, puisque l'arbitre avait fait défaut « [t]o consider and make a finding on the question of the union's intent to affect legal relations with the employer²³ », il y avait erreur de droit « [o]n a fundamental issue²⁴ ».

Aussi séduisante et classique soit-elle, cette analyse de la Cour d'appel manitobaine a été écartée par la Cour suprême. L'approche retenue pour arriver à ce résultat mérite attention. Commençons d'abord par la question de la détermination de la norme de contrôle. L'accent mis sur la nature « objective » de la question, on l'a vu, a conduit la Cour d'appel du Manitoba à y déceler une question de droit d'importance fondamentale. À cette qualification pointue, le juge Fish a préféré situer le recours à la doctrine de la préclusion à l'intérieur du contexte dans lequel l'arbitre y a eu recours, soit « à titre de réparation²⁵ ». L'élargissement de l'angle utilisé pour procéder à l'analyse joue ici un rôle majeur du fait de la préséance accordée à la finalité dans laquelle une question de droit se pose plutôt qu'à une référence à sa seule nature intrinsèque. La question de droit ne perd pas son « identité », mais celle-ci est, d'une certaine façon, subsumée dans l'ensemble plus large où elle est utilisée par un tribunal. Du coup, et en tenant compte des enseignements de

20. *Manitoba Association of Health Care Professionals v. Nor-Man Regional Health Authority*, 2010 MBCA 55 (CA Man), paragr. 46.

21. *Ibid.*

22. *Ibid.* au paragr. 53. Sur cette question, la cour de première instance avait plutôt conclu que c'était la norme de la raisonnable qui devait s'appliquer et que la sentence arbitrale rencontrait les conditions de cette norme : *Manitoba Association of Health Care Professionals v. Nor-Man Regional Health Authority Inc.*, 2009 MBQB 213 (QB Man.), par. 12-13, 20.

23. *Manitoba Association of Health Care Professionals v. Nor-Man Regional Health Authority*, *supra* note 20 au paragr. 78.

24. *Ibid.* au paragr. 83.

25. *Nor-Man*, *supra* note 5 au paragr. 38.

Dunsmuir, la perspective d'application de la norme de la décision correcte ne peut que se rétrécir considérablement. Telle est d'ailleurs la conséquence de la démarche dans *Nor-Man* où la norme de raisonabilité est celle qui a finalement été retenue par la Cour suprême²⁶.

Ceci dit, une conclusion d'erreur déraisonnable demeurerait toujours possible. Après tout, le tribunal d'arbitrage n'avait-il pas fait défaut d'appliquer les conditions d'application de la doctrine de la préclusion antérieurement formulées par les tribunaux supérieurs, dont celles dégagées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Maracle*? N'y avait-il pas un risque qu'une telle interprétation, en dérogation de principes de droit connus et répétés, mène, tout comme dans *Dunsmuir*, à la conclusion que le raisonnement de l'arbitre soit qualifié de « [f]oncièrement défectueux » et ne pouvant faire « partie des lectures acceptables²⁷ » ?

Ici encore, l'arrêt *Nor-Man* développe une lecture originale de grand intérêt. Dans la même foulée que son étude de la question de la norme de contrôle, la Cour suprême donne un sens à l'analyse contextuelle développée dans *Dunsmuir*. Mais, cette fois, elle déplace le curseur vers l'institution qui a prononcé la sentence à l'étude en mettant en exergue son mandat légal et contractuel, son expertise, ainsi que la raison d'être de l'arbitrage au sein du système canadien des relations industrielles du pays. Ces critères ne sont pas inédits. Toutefois, leur application dans *Nor-Man* permet d'appréhender la question des pouvoirs des tribunaux d'arbitrage dans une toute nouvelle perspective, où la reconnaissance de l'expertise arbitrale n'est pas que seule théorie rapidement oubliée. Au contraire, elle revêt une signification concrète et compatible avec un renforcement du rôle de l'arbitre dans l'articulation du droit qu'il est appelé à appliquer.

Faisant état des « larges mandats légal et contractuel » et de l'expertise des arbitres de griefs, la Cour suprême énonce que ces derniers « [o]nt tous les outils nécessaires pour adapter les doctrines de *common law* et d'*equity* qu'ils estiment pertinentes dans les limites

26. *Ibid.* au paragr. 39.

27. *Dunsmuir*, *supra* note 7 au paragr. 71.

de leur sphère circonscrite de créativité²⁸ ». À ce titre, même si les doctrines, comme celle de la préclusion, émanent des tribunaux, le juge Fish précise qu'il « [n]e s'ensuit pas pour autant que les arbitres sont dépourvus du pouvoir légal ou de l'expertise nécessaires pour les adapter et les appliquer de façon plus judicieuse à l'arbitrage de différends et de griefs dans le contexte des relations du travail²⁹ ».

Que faut-il entendre toutefois par ce pouvoir « d'adaptation » reconnu aux arbitres de griefs ? Ne consiste-t-il qu'à autoriser la formulation de « variations sur le même thème » d'abord définies par les tribunaux judiciaires ? À cet égard, la Cour suprême va beaucoup plus loin en précisant que les arbitres « [p]euvent à bon droit, à cette fin, élaborer des doctrines et concevoir des réparations adéquates dans leur domaine, en s'inspirant des principes juridiques généraux, des buts et objectifs du régime législatif, des principes des relations du travail, de la nature du processus de négociation collective et du fondement factuel des griefs dont ils sont saisis³⁰ ».

D'évidence, « l'adaptation » permise par la Cour n'est pas qu'accessoire ou minimale. Au contraire, elle accepte la possible élaboration de doctrines ou de réparations adéquates qui, si elles doivent « s'inspirer des principes juridiques généraux », peuvent se développer à travers une palette de facteurs relevant principalement du monde spécifique des relations collectives du travail³¹. Pour la première fois en matière de droit de l'arbitrage de grief, la Cour suprême reconnaît donc que le droit devant être appliqué par l'arbitre n'est pas unidimensionnel. L'existence d'une doctrine de *common law* ou *d'equity*, aussi fondée soit-elle, n'empêche pas un tribunal d'arbitrage d'élaborer, dans le cadre de la solution à donner à un litige, des normes différentes et adaptées au contexte légal et factuel dans lequel il est appelé à intervenir. Le caractère novateur de cette vision, sur laquelle nous reviendrons en seconde partie, est de toute première importance.

28. *Nor-Man*, *supra* note 5 au paragr. 45.

29. *Ibid.* au paragr. 44.

30. *Ibid.* au paragr. 45.

31. *Ibid.* aux paragr. 6, 45 et 60.

Qu'il suffise de souligner pour l'instant que l'approche trop souvent tutélaire du contrôle judiciaire laisse place, on le constate, à une reconnaissance réelle de l'autonomie des tribunaux d'arbitrage. Le caractère central de la présence de l'arbitrage de griefs au sein de l'organisation des relations du travail au Canada constitue l'un des facteurs déterminants expliquant cette position de la Cour suprême. Dans cette foulée, rappelant ses propos antérieurs relatifs au « rôle particulier de promotion de la paix dans les relations industrielles³² » de l'arbitrage de griefs, la Cour précisera de quelle manière ces tribunaux peuvent contribuer à cet objectif général :

Les conventions collectives régissent les rapports incessants entre les employeurs et leurs employés, qui sont représentés par leurs syndicats. Lorsque surviennent des différends – et il en survient inévitablement –, on s'attend à ce que la convention collective survive, au moins jusqu'aux prochaines négociations. *Le maintien harmonieux de cette relation repose sur un système d'arbitrage des griefs sensible aux intérêts immédiats et à long terme des employés et de l'employeur*³³. [nos italiques]

Si cet extrait n'étonnera aucun lecteur s'intéressant aux relations de travail, le fait qu'il émane d'un arrêt unanime de la Cour suprême accentue néanmoins le rôle « protecteur » de l'arbitrage de griefs à l'égard de la convention collective et sa mission de « pacificateur » des relations patronales-syndicales dont le principe de continuité est une des caractéristiques les plus importantes. C'est à la lumière de ces responsabilités que la Cour établira que les arbitres « [o]nt toutefois besoin de la souplesse voulue pour façonner des solutions réparatrices lorsque la situation l'exige. En effet, un processus rigide de règlement de différends risque non seulement de provoquer la désintégration de la relation, mais également de troubler la paix industrielle³⁴ ». Difficile de trouver une prise de position judiciaire à la fois aussi bienveillante qu'exigeante à l'endroit du système d'arbitrage de griefs. Certes, décide la Cour suprême, les arbitres peuvent faire preuve de créativité dans l'application du droit, mais

32. *Ibid.* au paragr. 47.

33. *Ibid.* au paragr. 48.

34. *Ibid.* au paragr. 49.

cette créativité doit s'inscrire dans le plus large objectif d'un régime législatif visant la préservation de la paix dans le monde des relations du travail. Et, ajoute la Cour, ce délicat travail de conciliation relève d'abord et avant tout des arbitres de griefs.

IIII 1.2 L'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses'Union* ou le rappel des fondements de l'arbitrage de grief

Dans ce dossier, un arbitre devait déterminer s'il fallait tenir compte, dans le cadre du calcul du nombre de congés annuels payés auxquels un employé permanent avait droit, des heures de travail qu'il avait auparavant accomplies dans l'entreprise à titre de salarié occasionnel. L'arbitre avait rejeté le grief³⁵. Attaquée en révision judiciaire, cette sentence a d'abord été infirmée en première instance. Pour le juge Osborn, le contrôle de la raisonabilité d'une décision arbitrale repose, selon la lecture qu'il faisait de *Dunsmuir*, sur deux éléments distincts : (1) le résultat de la sentence doit faire partie des issues possibles et (2) les motifs de la décision doivent fournir une analyse qui permet raisonnablement d'étayer cette conclusion³⁶. Selon le tribunal, « [A] reasonable decision on a question of collective agreement interpretation requires the demonstration of a chain of reasoning that leads to the conclusion. If anything, when only issues of interpretation are engaged, and the range of possible outcomes is narrow, reasonableness of the decision requires more cogency of reasons that might otherwise be the case³⁷ ».

En l'espèce, la brièveté de l'analyse de l'arbitre – qui se résume à deux paragraphes selon la Cour³⁸ – ne permettait pas de mener à la conclusion de la sentence³⁹. Ce jugement a été infirmé en appel. Tout

35. *Newfoundland*, supra note 6 aux paragr. 5, 6.

36. *Newfoundland and Labrador Nurses'Union v. the Queen*, 2008 NLTD 200 (S.C. Nfld. & Lab. T.D.), paragr. 8, 21.

37. *Ibid.* au paragr. 25.

38. *Ibid.* au paragr. 26.

39. *Ibid.* aux paragr. 28, 30 et 31.

en reconnaissant que l'analyse de l'arbitre était « squelettique⁴⁰ », la majorité de la Cour d'appel indiqua que « [t]he purposes for providing reasons are met if the reader may ascertain “why” the decision was made. It is not necessary to show how the decision was reached in a “watch me think” fashion⁴¹ ». Même si la Cour d'appel souligne que « [a] more expansive explanation would have been preferred », elle ajoute que « [t]he minimal explanation in the arbitrator's decision is sufficient in the circumstances to indicate why the arbitrator reached the conclusion he did [...]»⁴².

Tout comme elle l'avait fait peu de temps avant dans *Nor-Man*, la Cour suprême confirmera la légalité de cette sentence arbitrale à la motivation minimale. Trois aspects de cet arrêt, lui-même assez bref, méritent d'être soulignés puisqu'ils sont en phase avec la lecture ouverte de l'arbitrage de griefs se dégageant de *Nor-Man*.

D'abord, sur le plan des principes mêmes régissant la révision judiciaire, la Cour suprême réfute la proposition d'analyse d'une décision en deux volets mise de l'avant par la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador. Désapprouvant l'idée que l'insuffisance des motifs puisse permettre « [à] elle seule de casser une décision⁴³ », la juge Abella indique que l'exercice d'évaluation découlant de *Dunsmuir* doit être plus global : « [L]es motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles⁴⁴ ». En refusant de scinder les motifs et le résultat d'une décision pour en faire deux voies distinctes d'examen, la Cour atténue considérablement les risques d'une prolifération d'analyses du type de celle adoptée par le juge Osborn où, faut-il le reconnaître, l'angle de l'analyse a tendance à se déplacer rapidement de l'évaluation de la conclusion d'une décision vers un examen approfondi de la « [d]emonstration of a chain of reasoning that leads

40. *Newfoundland and Labrador v. Newfoundland and Labrador Nurses' Union*, 2010 NLCA 13 (CanLII) au paragr. 24 (CA Nfld & Lab). La juge M. A. Cameron est dissidente.

41. *Ibid.*

42. *Ibid.*

43. *Newfoundland*, *supra* note 6 au paragr. 14.

44. *Ibid.*

conclusion⁴⁵». Or, sur ce dernier volet, la ligne de démarcation entre une attitude de réserve judiciaire et celle d'une possible remise en cause de la motivation du tribunal d'arbitrage afin d'y substituer ce qui est présenté comme les motifs requis ou manquants est, disons-le, on ne peut plus ténue. Fort heureusement, la Cour suprême comprend que sa politique de retenue judiciaire, si elle veut atteindre son objectif, exige une approche où les motifs et le résultat d'une décision doivent être vus dans leur ensemble et non pas d'une façon artificiellement segmentée.

De plus, sur la question précise de la qualité de la motivation d'une décision, la Cour suprême écarte le rigorisme retenu par le juge de première instance et par le juge d'appel dissident⁴⁶ afin de privilégier une pratique beaucoup plus flexible qui consiste à ne pas examiner les motifs d'une décision dans l'abstrait et à ne pas s'attendre à la perfection en cette matière⁴⁷. Pour la juge Abella, « [I]l se peut que les motifs ne fassent pas référence à tous les arguments, dispositions législatives, précédents ou autres détails que le juge siégeant en révision aurait voulu y lire, mais cela ne met pas en doute leur validité, ni celle du résultat au terme de l'analyse du caractère raisonnable de la décision⁴⁸ ».

Les motifs d'une décision rencontreront donc les exigences formulées dans *Dunsmuir* « [s']ils permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables⁴⁹ ». Si un tribunal de révision peut, lorsque jugé nécessaire, « [e]xaminer le

45. *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. the Queen*, *supra* note 36 au paragr. 25.

46. Pour la décision de première instance, voir *supra*, note 36 aux paragr. 28-31 et pour le jugement d'appel, voir *supra*, note 40 au paragr. 45 (juge Cameron, dissident).

47. *Newfoundland*, *supra* note 6 au paragr. 18. La juge Abella se réfère à des extraits du juge Evans de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Société canadienne des postes c Alliance de la Fonction publique du Canada*, [2011] 2 RCF 221, arrêt confirmé par la Cour suprême du Canada (*Alliance de la fonction publique du Canada c Société canadienne des postes*, 2011 CSC 57, [2011] 3 RCS 572).

48. *Ibid.* au paragr. 16.

49. *Ibid.*

dossier pour apprécier le caractère raisonnable du résultat⁵⁰ », la Cour rappelle, et ce deux fois plutôt qu'une⁵¹ « [l']attention respectueuse » devant être portée aux motifs des décideurs et met en garde contre l'envie « [d]e substituer leurs propres opinions à celles de ces derniers quant au résultat approprié en qualifiant de fatales certaines omissions qu'ils ont relevées dans leurs motifs⁵² ».

Au-delà de l'énoncé de ces importantes lignes directrices en matière d'évaluation de la suffisance de la justification d'une décision, il importe de noter comment la Cour suprême les a appliquées dans l'affaire à l'étude. Le caractère lacunaire, voire inintelligible, de la motivation de la sentence arbitrale faisait l'unanimité chez les juges des deux cours ayant examiné ce dossier en révision. Néanmoins, la Cour suprême a confirmé la raisonnable de la sentence arbitrale en soulignant qu'il « [r]essort des motifs que l'arbitre avait bien saisi la question en litige et qu'il est parvenu à un résultat faisant sans aucun doute des issues possibles raisonnables⁵³ ». Il est donc possible de considérer que pour les sept juges qui ont disposé de ce pourvoi à la Cour suprême, les motifs de l'arbitre, aussi concis étaient-ils⁵⁴, étaient de ceux permettant « [d]e comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables⁵⁵ ».

50. *Ibid.* au paragr. 15.

51. *Ibid.* aux paragr. 15, 17.

52. *Ibid.* au paragr. 17.

53. *Ibid.* au paragr. 26.

54. *Newfoundland and Labrador v. Newfoundland and Labrador Nurses' Union*, *supra* note 40, paragr. 22, 40. L'analyse effectuée par l'arbitre se limitait à trois courts paragraphes de sa sentence, selon les juges de la Cour d'appel.

55. *Newfoundland*, *supra* note 6 au paragr. 16. En Cour suprême, le syndicat a invoqué que le laconisme de la motivation de l'arbitre pouvait être assimilée à une absence de motifs qui, du coup, contrevenait à la règle d'équité procédurale dégagée dans *Baker c Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817 au paragr. 19. La juge Abella a rejeté cette proposition en soulignant que l'arrêt *Baker* n'a pas affirmé « que des motifs s'imposent *dans tous les cas*, ni que leur *qualité* relève de l'équité procédurale » (para 20 les italiques sont au texte). Cette mise au point est importante puisqu'elle ferme la voie à un motif de contrôle judiciaire à haut potentiel interventionniste. Lire également les remarques de la Cour sur le même thème au paragr. 21.

A priori, cette conclusion peut étonner. La Cour suprême n'aurait-elle pas privilégié essentiellement le résultat final de la décision en accordant, somme toute, fort peu de poids à la motivation de l'arbitre? La Cour répond à cette interrogation – et c'est le troisième volet de l'arrêt que nous voulons mettre en exergue – en élargissant, tout comme elle l'a fait dans *Nor-Man*, la perspective de l'analyse juridique au contexte plus large dans lequel elle se situe.

Plutôt que d'examiner la motivation de la sentence en vase clos en se limitant à la vérification traditionnelle du raisonnement sous-jacent à l'application du droit aux faits, la juge Abella établit une passerelle entre la sentence arbitrale et ses destinataires, soit les parties à la convention collective⁵⁶. La mise en valeur de cette relation peut ne pas sembler originale en soi. Toutefois, dans le contexte d'un recours judiciaire soulevant les faiblesses de la motivation d'une décision, elle prend toute son importance lorsqu'elle est juxtaposée à l'assertion suivante, où la Cour précise que « [L]orsqu'ils rendent des décisions, les arbitres s'adressent non pas aux cours de justice, mais aux parties, qui doivent se côtoyer pour la durée de la convention collective⁵⁷ ». La Cour suprême rappelle ici une réalité pouvant facilement être oubliée dans le tourbillon de la judiciarisation de l'arbitrage de griefs: une sentence arbitrale vise à trancher un litige survenant dans le cadre de l'application d'une convention collective. La vocation fondamentale de la sentence arbitrale ne consiste donc pas à traiter exhaustivement de toutes les questions de droit qu'un problème peut soulever, mais plutôt de rendre justice avec célérité et d'une façon simple. Dans la foulée, et après avoir fait état des principes poursuivis par l'arbitrage⁵⁸, la Cour ajoute que :

L'arbitrage permet aux parties à la convention collective de régler leurs différends dans les plus brefs délais, tout en sachant que la solution de rechange consiste non pas à se pourvoir en contrôle judiciaire, mais à négocier dans deux ou trois ans une nouvelle convention collective contenant des modalités différentes.

56. *Ibid.* au paragr. 23.

57. *Ibid.*

58. *Ibid.* au paragr. 24.

Ce processus serait paralysé si l'on exigeait des arbitres qu'ils répondent à tous les arguments ou modes possibles d'analyse⁵⁹.

Succinct et percutant, cet extrait de *Newfoundland*, tout comme l'analyse « contextuelle » développée dans *Nor-Man*, recentre l'arbitrage de griefs autour de ses bases fondamentales, soit un tribunal de proximité, conçu pour des parties qui, dans le cadre de leurs relations continues, doivent avoir accès à une réponse rapide, la plus définitive possible et adaptée à leur milieu. Rarement n'a-t-on vu la Cour suprême exprimer, avec autant de conviction, un tel appui à une institution de première ligne comme celle de l'arbitrage de griefs. Examinons maintenant les enseignements pouvant être dégagés de ces décisions inspirantes.

IIII 2. L'ARBITRAGE DE GRIEF : UN VECTEUR IMPORTANT DE LA SPÉCIFICITÉ DU DROIT DU TRAVAIL

Le professeur Pierre Verge écrivait dans l'ouvrage *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, co-rédigé avec sa collègue Guylaine Vallée, que la spécificité du droit du travail pouvait se retrouver, entre autres traits marquants, dans l'application du « principe de primauté de la réalité », dans celui de la « continuité » des rapports collectifs du travail et à travers la présence d'organes distincts d'application du droit du travail pouvant « [c]ontribuer à l'émergence de construits juridiques particuliers qui caractérisent la substance de ce droit [...] » (Verge, Vallée, 1997 : 160-170).

Dans une très large mesure, les arrêts *Nor-Man* et *Newfoundland* mettent en œuvre ces trois axes fondateurs de la spécificité du droit du travail. En élargissant toujours plus la sphère d'autonomie décisionnelle de l'arbitre de griefs, en affermissant les paramètres du principe de retenue judiciaire à l'égard des sentences arbitrales et en consacrant le rôle déterminant de l'arbitrage à l'intérieur du système canadien de relations de travail, la Cour suprême reconnaît en l'arbitrage plus qu'un tribunal spécialisé : elle y identifie une véritable

59. *Ibid.* au paragr. 25.

pierre angulaire de l'ordonnement des rapports collectifs du travail.

IIII 2.1 Une sphère d'autonomie décisionnelle renforcée

La sphère d'autonomie décisionnelle des tribunaux d'arbitrage, on l'a vu, n'est pas absolue. Cependant, la Cour suprême insiste sur le pouvoir des arbitres « d'adapter » des doctrines de *common law* et même d'élaborer des doctrines et réparations « adéquates dans leur domaine⁶⁰ ». La toile de fond pouvant guider l'exercice de cette latitude est protéiforme et ne se limite pas qu'aux seuls « principes juridiques généraux ». Elle peut tenir compte des « buts et objectifs du régime législatif, des principes des relations du travail, de la nature du processus de négociation collective et du fondement factuel des griefs » dont un arbitre est saisi⁶¹. L'interprétation « contextuelle », telle qu'invoquée par la Cour suprême dans ses décisions des dernières années, est ici « contextuée » et permet de comprendre que pour le plus haut tribunal, la solution d'un grief ne passe pas obligatoirement par une application stricte et désincarnée des règles de droit. Au contraire, l'environnement particulier dans lequel les parties à une convention collective évoluent – et dont la dominante « relations du travail » a été clairement mise en évidence par la Cour – constitue un cadre de référence pertinent pouvant être invoqué par un tribunal d'arbitrage dans le cadre de l'articulation de remèdes idoines.

Un pas substantiel a été franchi par la Cour suprême dans *Nor-Man*. Dans la même dynamique que son important arrêt *Parry Sound*, précité, qui a établi le rôle décisif des tribunaux d'arbitrage en matière d'application des droits de la personne, la Cour a repoussé à nouveau les frontières de la juridiction arbitrale en reconnaissant à celle-ci un réel pouvoir relativement à la conception de règles de droit « adaptées » aux principes généraux des relations du travail. On peut imaginer que cette ouverture est susceptible de trouver écho, entre

60. *Nor-Man*, supra note 5 aux paragr. 44-45, 49.

61. *Ibid.* aux paragr. 6, 46, 60.

autres applications possibles, dans le traitement de questions de procédure, de gestion d'audience, de preuve et, évidemment, dans l'élaboration d'ordonnances remédiatrices efficaces.

Demeure évidemment la question de la réception de cette évolution du droit au sein de la communauté des relations du travail. Les parties sauront-elles exploiter, lors de leurs représentations devant les arbitres, la possibilité d'invoquer des règles de droit « adaptées » à leur milieu ? Les arbitres emprunteront-ils ces nouvelles pistes d'action dégagées par la Cour suprême ou préféreront-ils maintenir une application stricte du droit afin d'éviter tout faux pas ? Enfin, les tribunaux judiciaires sauront-ils intégrer cette nouvelle grille d'analyse où les principes généraux de droit et une possible « créativité arbitrale » peuvent coexister ? Si les prochaines années permettent de répondre à ces questions, une chose nous paraît néanmoins certaine : jamais la Cour suprême n'a-t-elle fait preuve d'une vision aussi généreuse à l'égard de l'arbitrage de griefs avec, en corollaire, un rappel des principes de retenue judiciaire.

IIII 2.2 Une « orientation de retenue » judiciaire appliquée

Pour qu'il y ait une véritable « émergence des construits juridiques particuliers » caractérisant la substance du droit du travail, encore faut-il que l'intervention des arbitres de griefs ne soit pas stérilisée par un contrôle judiciaire se méprenant quant à sa mission première. Les arrêts *Nor-Man* et *Newfoundland* réconcilient, à ce titre, « l'orientation de retenue », dessinée à larges traits en 2008 dans *Dunsmuir* et son application à l'égard de deux sentences arbitrales d'apparence pourtant fragiles en droit. Dans *Nor-Man*, la doctrine de la préclusion, telle que définie par la Cour suprême, n'avait pas été appliquée « à la lettre⁶² » et, dans *Newfoundland*, la motivation du tribunal d'arbitrage souffrait, pour le moins, de laconisme. D'ailleurs, dans ces deux dossiers, différents juges n'ont pas hésité à infirmer

62. *Ibid.* au paragr. 60.

ces sentences lors de leur contrôle judiciaire tout en évoquant les principes de *Dunsmuir*.

Pour sa part, la Cour suprême n'a pas succombé à cette dérive interventionniste. Elle a refusé d'imposer une règle de droit unique, « sa » règle en matière de préclusion. Elle a également repoussé le concept de la motivation complète et parfaite. Et pourtant, il lui aurait été facile de le faire en invoquant le caractère déraisonnable de ces sentences arbitrales plutôt atypiques.

L'intérêt de la conclusion de ces deux arrêts vient justement du fait que la Cour suprême a résisté à l'adoption de cette voie. Elle l'a fait non pas en se limitant au seul critère de la déférence devant être manifestée à l'égard de l'expertise des tribunaux d'arbitrage, mais plutôt en développant une perspective innovante, soit celle d'une prise en compte de la raison d'être de ces instances décisionnelles au sein du système des relations du travail. Cet élargissement du spectre d'analyse change la donne. Le tribunal de contrôle judiciaire ne peut plus faire abstraction du cadre dans lequel la sentence arbitrale s'intègre. Tout comme l'arbitre qui rend sa décision, il doit en tenir compte lors de son examen d'une sentence. Une telle symétrie est heureuse puisqu'elle devrait avoir pour effet d'écarter ces jugements qui sortent artificiellement un litige, et la sentence en découlant, de son contexte général pour conclure à la présence de décisions paraissant « contre-intuitives aux yeux d'un généraliste », mais qui sont l'expression des « concepts et des termes souvent propres » au champ d'activité de l'arbitrage⁶³.

En fait, la contextualisation mise de l'avant par la Cour suprême transforme en quelque sorte l'angle du regard d'une cour de révision. Celui-ci passe ainsi d'une approche verticale, où chaque aspect d'une décision peut être examiné isolément, à une lecture beaucoup plus horizontale, un « exercice plus global⁶⁴ » où le droit peut être « adapté » en fonction de l'ensemble plus large dans lequel il est appliqué, et ce, parce qu'il est prononcé par un tribunal intégré à

63. *Newfoundland*, *supra* note 6 au paragr. 13.

64. *Ibid.* au paragr. 14.

un régime particulier. Au même titre, la qualité et la « cohérence⁶⁵ » des motifs ne doivent pas s'évaluer à l'exhaustivité de ceux-ci, mais plutôt à leur capacité d'expliquer de façon adéquate le fondement d'une décision aux parties concernées⁶⁶.

Du coup, « l'orientation de retenue » que la Cour suprême associe à *Dunsmuir* prend tout son sens dans les arrêts *Nor-Man* et *Newfoundland*. Il devrait être en effet plus difficile dorénavant de faire abstraction de « l'attention respectueuse » devant être accordée aux motifs des décideurs si ceux-ci doivent être lus à travers le prisme du contexte élargi dans lequel ils ont été exprimés. Certes, ceci ne signifie pas que le contrôle judiciaire est écarté⁶⁷. Toutefois, dans l'esprit des grands arrêts de droit administratif des trente dernières années⁶⁸, la Cour suprême réitère que le contrôle judiciaire n'est pas un substitut aux décisions des arbitres, et ce, même si certaines sentences, comme celles des deux affaires à l'étude, se distancient d'une application stricte du droit ou ne répondent pas aux exigences traditionnelles d'une motivation complète.

2.3 Le rôle de l'arbitrage de grief remis en lumière

Ce dernier volet est en parfaite harmonie avec les éléments retenus précédemment. Plutôt que de limiter l'arbitrage de grief à sa seule fonction décisionnelle qui, somme toute, ne le distinguerait pas des nombreux autres tribunaux administratifs, la Cour suprême insiste, dans les arrêts *Nor-Man* et *Newfoundland*, sur la contribution centrale que joue cette instance dans le système des rapports collectifs du travail. Son rôle particulier de « promotion de la paix industrielle », déjà invoqué dans le cadre d'arrêts précédents⁶⁹, est

65. *Nor-Man*, *supra* note 5 aux paragr. 57-58.

66. Voir *Newfoundland*, *supra* note 6 au paragr. 18.

67. Voir *Nor-Man*, *supra* note 5 au paragr. 52.

68. Pour une revue de certains de ces arrêts, lire *National Corn Growers c Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 RCS 1324 aux pages 1331-46 (juge Wilson). Voir également *Dunsmuir*, *supra* note 7 aux paragr. 34-42.

69. Dans *Nor-Man*, la Cour se réfère aux arrêts suivants : *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 RCS 487 au paragr. 36 ; *Parry Sound*, *supra* note 3 au paragr. 17.

placé en relation étroite avec l'objet même de la raison d'être du tribunal d'arbitrage de grief, soit l'application et l'interprétation d'une convention collective.

Le critère de la « continuité des rapports collectifs » – un des éléments de la spécificité du droit du travail (Verge, Vallée : 164) – est particulièrement placé en exergue : la convention collective a pour objet de régir « [l]es rapports incessants entre les employeurs et leurs employés, qui sont représentés par leurs syndicats⁷⁰ ». Or, selon la Cour, il importe que cette convention « survive, au moins jusqu'aux prochaines négociations ». Il revient donc à un système d'arbitrage de griefs « sensible aux intérêts immédiats et à long terme » des deux parties à une convention collective d'assurer « le maintien harmonieux de cette relation⁷¹ ».

La responsabilité est étendue, d'où l'importance pour la Cour suprême d'accorder aux arbitres « la souplesse voulue pour façonner des solutions réparatrices lorsque la situation l'exige⁷² » et, en corollaire, de ne pas exiger des sentences à la motivation exhaustive⁷³. La dynamique mise de l'avant par la Cour en est une de fluidité où la solution rapide et adaptée aux intérêts des parties doit l'emporter sur un processus rigide, mettant en péril la nature même de la relation de travail de celles-ci et de la paix industrielle⁷⁴.

Le caractère décisif de l'arbitrage de griefs paraît à cet égard essentiel. Dans cet esprit, la Cour mentionne, comme nous l'avons vu plus haut, que « [l]a solution de rechange consiste non pas à se pourvoir en contrôle judiciaire, mais à négocier dans deux ou trois ans une nouvelle convention collective contenant des modalités différentes⁷⁵ ». À notre avis ce passage de l'arrêt *Newfoundland* est crucial. Il exprime une réalité incontournable, mais trop souvent oubliée dans le quotidien, soit celle voulant que le contrôle judiciaire

70. *Nor-Man*, *supra* note 5 au paragr. 48.

71. *Ibid.*

72. *Ibid.* au paragr. 49.

73. *Newfoundland*, *supra* note 6 au paragr. 16-18.

74. Voir *Nor-Man*, *supra* note 5 au paragr. 49.

75. *Newfoundland*, *supra* note 6 au paragr. 25. Voir également *Nor-Man*, *supra* note 5 au paragr. 48.

ne doit pas être la réponse systématique à toute sentence arbitrale avec laquelle une partie est en désaccord. Une telle méprise quant à l'objet même de la révision judiciaire ne peut qu'être source de délais, forcément incompatibles avec un des buts premiers de l'arbitrage de griefs⁷⁶, et elle peut finir par éroder le principe de base du caractère final d'une sentence arbitrale.

Que la Cour suprême profite de l'arrêt *Newfoundland* – une décision, nous l'avons souligné, où elle a fait preuve de déférence en dépit du caractère laconique de la motivation arbitrale – pour évoquer la prépondérance devant être accordée aux négociations plutôt qu'à la voie judiciaire, ajoute encore plus de poids à son message. Le contrôle judiciaire ne devrait être ni la première ni, encore moins, l'unique solution à envisager par une partie qui estime qu'une sentence arbitrale est « perfectible ». S'il est certain que le droit d'exercer un recours en révision judiciaire ne peut être exclu, les parties concernées par la décision et, le cas échéant, les tribunaux supérieurs, ne doivent pas perdre de vue le contexte spécifique dans lequel s'inscrit la sentence arbitrale, un contexte où la préservation de la continuité des rapports incessants entre des parties à une convention collective est centrale. Un contexte également où, contrairement aux autres secteurs d'intervention des tribunaux de contrôle judiciaire, les parties au litige peuvent « corriger » à leur convenance la solution dégagée par un arbitre dans le cadre de négociations. L'idée, nécessairement sous-jacente à la position de la Cour suprême, consiste donc à préférer la voie de la négociation à celle du recours judiciaire.

En adoptant une telle position dans *Newfoundland*, la Cour complète ce qui pourrait être considéré comme une synthèse des éléments constitutifs de l'arbitrage de griefs : un système en lien étroit avec un milieu de travail qu'il a pour mission d'apaiser, investi pour y arriver d'une autorité décisionnelle significative et requérant, de la part des tribunaux judiciaires, une réelle reconnaissance du caractère final de ses décisions.

76. Dans *Newfoundland*, la Cour indique au paragr. 23, en parlant de l'arbitrage, que « [B]ien que cela ne soit pas toujours facilement réalisable, le but est de rendre des décisions le plus rapidement possible ».

||| CONCLUSION

Cinquante ans après l'adoption, au Québec, du caractère obligatoire de l'arbitrage de grief à titre de moyen de substitution à l'exercice de moyens de pression économique lorsqu'une convention collective est en vigueur, le système d'arbitrage s'est graduellement affranchi de cette raison d'être originale. Il s'est déployé en un tribunal spécialisé aux larges pouvoirs d'intervention et totalement intégré à l'ordonnement juridique dans lequel tous les acteurs des relations collectives de travail évoluent. L'œuvre, on le sait, a peu à voir avec des interventions législatives majeures⁷⁷. Elle repose largement sur l'articulation d'une politique judiciaire de la Cour suprême valorisant la mise en place d'une instance décisionnelle capable de concilier le droit, les inévitables mouvements inhérents à la vie de toutes les entreprises et les besoins de stabilité de l'encadrement de leurs relations de travail. Cette délicate tâche d'équilibriste, exercée dans un milieu du travail marqué très souvent par des clivages et dissensions prononcés, les arbitres la partage avec les tribunaux de contrôle judiciaire. Cette coexistence, incontournable en droit canadien⁷⁸, a été source de nombreuses tensions au fil des dernières décennies⁷⁹. Le caractère flou de la méthode de détermination de la norme de contrôle judiciaire et les variations entourant son application ont souvent donné lieu à des conclusions dissonantes⁸⁰.

Sans accorder aux arbitres de griefs une exclusivité décisionnelle totale, la Cour suprême a néanmoins multiplié, depuis une trentaine d'années, les signaux favorables à l'endroit d'une justice arbitrale

77. Depuis l'adoption du *Code du travail* du Québec en 1964 (S.E. 1964, c. 141), les principales interventions du législateur en matière d'arbitrage de griefs ont été celle, substantielle, de 1977 (L.Q., 1977, c. 41) et celle de 1983 (L.Q. 1983, c. 22) (Blouin, 1996: 39-45).

78. *Dunsmuir*, *supra* note 7 aux paragr. 27-32.

79. Dans *Nor-Man*, *supra* note 5 au paragr. 40, le juge Fish fait mention de la « tension qui s'exerce entre la primauté du droit et le respect des organismes administratifs auxquels le législateur a conféré des pouvoirs ».

80. Voir par exemple *Centre d'accueil Miriam c. S.C.F.P.*, [1985] 1 RCS 137, où la démonstration de la déraisonnabilité de la sentence arbitrale est loin d'être persuasive.

efficace, commandant du coup une attitude de déférence de la part des tribunaux de contrôle judiciaire.

Malheureusement, ces grands énoncés de principe n'ont pas toujours été parfaitement compris et transposés dans la pratique, d'où le besoin de revenir sur la question. À l'automne 2011, la Cour suprême a profité de deux décisions pour le faire. Mais plutôt que de se limiter à un simple rappel de principes déjà connus, elle a donné une nouvelle impulsion à sa vision de l'arbitrage de griefs. Une vision toujours plus en phase avec une accentuation de l'espace consenti au rôle créateur des tribunaux d'arbitrage en matière de développement d'un droit adapté au domaine des relations collectives du travail⁸¹. Une vision reconnaissant la souplesse requise dans l'appréciation de la motivation des sentences arbitrales. Une vision, enfin, qui met en exergue le rôle central qu'est appelé à jouer l'arbitrage dans la préservation de la paix industrielle.

Le souffle des arrêts *Nor-Man* et *Newfoundland* ne peut, à notre avis, être occulté. Au-delà de ces deux décisions portant sur des problèmes classiques d'interprétation de conventions collectives se profile une conceptualisation d'un système d'arbitrage responsable, au premier titre, de l'application de la règle de droit en milieu de travail syndiqué, d'une règle de droit pouvant revêtir une spécificité qui n'est pas étrangère aux travaux de notre ami et collègue Pierre Verge (Verge, Vallée: 1997). Cette représentation d'une justice de proximité compétente, efficace, largement autonome et capable de solutions originales est confrontée, et on ne peut s'en plaindre, à la réalité mouvante d'un monde et d'un droit du travail en constante mutation. Il arrive ainsi que, dans le feu de l'action, les fragiles lignes séparant les rôles et pouvoirs des divers intervenants à la convention

81. Le contraste avec la lecture que Pierre Verge faisait, en 1973, des pouvoirs reconnus par la Cour suprême du Canada aux arbitres de griefs est frappant. Il indiquait que dans l'optique de la Cour, «l'arbitre ne saurait [...] adapter ainsi la norme contractuelle aux circonstances de l'espèce, aussi bien pour déterminer la recevabilité du grief que pour trancher le fond». Au même titre, il ajoutait que «[L']arbitre exerce, selon la Cour suprême, un pouvoir strictement défini dont il doit respecter les limites» («De la souveraineté décisionnelle de l'arbitre» (1973) 19 RD McGill 543 aux pages 574-75).

collective et à son application soient outrepassées et que le tableau esquissé par le législateur et la Cour suprême se fissure ici et là. Ceci, convenons-en, est inévitable. Néanmoins, il est judicieux que le plus haut tribunal rappelle, à l'occasion, les principes qui l'animent depuis une trentaine d'années en matière de légitimation de l'institution arbitrale et en profite pour imprimer de nouvelles orientations qui obligeront tous les spécialistes du milieu des relations du travail à se redéfinir. Tout au long de son impressionnante carrière dont nous rendons ici hommage, le professeur Pierre Verge a constamment mesuré et analysé ces évolutions pour le bénéfice de tous. L'ensemble de la communauté juridique et, plus spécifiquement celle des travailistes dont je suis, lui en est extrêmement reconnaissante. Merci Pierre.

|||| RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- Blouin, Rodrique, *La judiciarisation de l'arbitrage de grief*, Cowansville, Yvon Blais, 1996.
- Verge, Pierre, « Le forum de la convention collective » (1967-1968) 9 *Les Cahiers de droit* 563.
- Verge, Pierre, « La violation de la convention collective peut-elle donner ouverture à des dommages-intérêts ? » (1971) 26 *Relations industrielles* 234.
- Verge, Pierre, « De la souveraineté décisionnelle de l'arbitre » (1973) 19 *Revue de droit de McGill* 543.
- Verge, Pierre et Guylaine Vallée, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1997.



EMBRACING COLLECTIVE RIGHTS: UNIONS AND THE NEW STRUGGLE FOR RELEVANCE AND AUTONOMY —A VIEW FROM THE COMMONWEALTH CARIBBEAN

Rose-Marie Belle Antoine*

|||| INTRODUCTION

It is difficult to discuss collective rights and unionism in the Commonwealth Caribbean without a profound note of pessimism, especially with the knowledge of where it all began. I will be examining the decline of unionism in the Commonwealth Caribbean and the increasing disconnect between unions and the socio-economic and political vision on the national and regional levels, a vision that has deviated from what were strong historical linkages and has

* Dean, Faculty of Law. Professor of Labour Law & Offshore Financial Law, University of the West Indies, St. Augustine Campus.

culminated in the rise of individual autonomy in employment processes at the expense of the collective. I also propose to examine the widening lacuna as the region advances toward political and economic integration, often without the voice of unions.

In recent years, there has been little reflection on the state of unionism in the region and it is important to begin this dialogue as the region advances with its developmental agenda. There must be a serious reassessment of the role of the union movement and of collective rights in this process if unions are to become dynamic social engineers and reclaim their legitimate space in the socio-economic arena.

The strong linkages between unionism and democratic governance and development in the Commonwealth Caribbean have been well documented (Samaroo, 1987). The shared historical realities of the countries of the region, beginning with slavery and colonialism and the emergence of a landless, poor, and disenfranchised working class, stratified not only on the basis of their weak economic power, but also by race and class, is acknowledged. This new working class, former African slaves and Indian indentured servants and their descendants, would struggle to find their voice in the new economic and political environments. The struggle was often violent, as with the riots that took place in the 1940s in several countries.

These struggles resulted in the grant of the franchise, better working conditions and, importantly, a symbiotic relationship between the union movement and independent self-rule through representative political parties. This relationship gave an important voice to the unions and, by extension, to workers. In fact, most of the first local political leaders in the region emerged from the union movement. The significant political policies that resulted can thus be understood—independence from the colonial powers, free education, huge wage increases, national insurance, national hospitals with free medical treatment, and national development banks to assist workers often side-lined by the foreign “white” banks.¹

1. One of the complaints of the “Black Power Movement” of the 1970s, which occurred throughout the region, was that “dark skinned” local

These were the heady days of unionism, characterized by vibrant social protests and a command of the working population, in communion with the dynamic political aspirations of the time.

As such, the goals of unionism were closely aligned with the developmental agendas of the period, in a patriotic thrust for national identity, sovereignty, and basic notions of social justice for the marginalized and disenfranchised.

This was unionism's glorious past. Where are we today?

1. THE LEGAL LANDSCAPE

It should be noted from the outset that industrial relations in the Commonwealth Caribbean is not homogenous, in terms of either law or practice, although there are important similarities in both. In fact, in terms of law, significant differences may be observed. While all of the countries in the region emerged out of a common

persons were unable to obtain employment in banks and other white collar enterprises. See e.g., Susan Craig, "1970 Confrontation: Trinidad and Tobago" in *Contemporary Caribbean: A Sociological Reader*, Vol. 2, ed. Susan Craig, 394: "A march in solidarity with the Trinidadian students on trial in Canada was a major catalyst for the demonstrations to begin. This, together with disillusionment with the PNM, (which, ironically, the spread of mass education had fuelled) culminated in February 1970 with the massive demonstrations of the Black Power movement, which came very close to overthrowing the government. Among the many demands behind the slogan of Black Power, perhaps the most urgent were against the racial discrimination in the society as a whole and in employment in particular. For example, commercial banks employed few black people. Other demands included an end to exploitation by foreign capital and the local mostly white business class, and for a change in the dominant cultural ideology, supported by the government, the Christian churches, the media and the education system, which revered aspects of European culture whilst denigrating those aspects, which had origins in India and Africa." See also, Victoria Pasley, "The Black Power Movement in Trinidad: An Exploration of Gender and Cultural Changes and the Development of a Feminist Consciousness", <http://www.bridgew.edu/soas/jiws/fall01/pasley.pdf>; and David Lowenthal, *Black Power in the Caribbean Context*, *Economic Geography*, Vol. 48, No. 1, *Contributions to an Understanding of Black America* (Jan., 1972), p. 116-134.

law (unwritten British law) industrial relations legal framework, many have chosen to codify labour law and, where industrial relations is concerned, have made some key changes to the rights and obligations that accrue.

Three main patterns may be discerned. At one end of the spectrum, there is a highly regulated and restrictive model of compulsory arbitration evident in Trinidad and Tobago and in Antigua and Barbuda. Under this model, strike action may take place legally only within a strictly defined timetable, after the negotiation process. Regulation of industrial action is accompanied by clear statutory provisions providing for union recognition, enforceability of the collective agreement, and trade union protections, including the collective bargaining process, and against trade union interference and discrimination.² Restrictions are also placed on the representation of essential services and no single union is permitted to act as bargaining agent for more than one essential service, although no such restrictions are placed on employer interests.³ In both jurisdictions, jurisprudence from a specialist court, the Industrial Court, supports the objectives of the industrial relations legislative schema.

At the other end of the spectrum in the region is the pure *laissez faire* or *ad hoc* model, characterized by common law, in which the State maintains a “hands off” approach to industrial relations. The harsh stance of common law is effectively maintained.⁴ For example, the employer is under no obligation to recognize the union even if the union can demonstrate that it has the majority of workers in its fold or is the legitimate bargaining unit. There is no regulation of industrial action, either to promote it or to censure it, and no specific laws on trade union protections except vague notions of freedom

2. See the Industrial Relations Act (1972) of Trinidad and Tobago.

3. All countries in the region place restrictions on industrial action by workers in essential services.

4. This harshness was noted in the case of *Village Resorts v Industrial Disputes Tribunal* JM 1998 CA, 33.

of association.⁵ While this can be a positive for unions, in that they have the freedom to strike at will, it also means that collective agreements are not enforceable.

In addition, there is no specialized court for industrial relations that can support the development of appropriate jurisprudence to further the aims of labour law rights and obligations, as has been done in Trinidad and Tobago and in Antigua and Barbuda. Notably, in these two countries, the respective Industrial Courts have developed a notable body of jurisprudence to identify the concept of “fair industrial relations practice.”

Most countries in the region fall somewhere in the middle. There is no rigid regulation of industrial action, such as a system of compulsory arbitration, but other key functions of unionism are provided for under statute. For example, collective agreements are now made enforceable in the majority of countries in the region and unions are given recognition once they achieve the statutory minimum of members. Several countries now also have further protections of unions, such as rights to associate and to engage in the collective bargaining process and freedom from interference and discrimination.⁶

There is therefore a mixed bag of trade union rights and obligations existing in law among the countries of the region. Yet patterns in relation to union effectiveness and strength appear remarkably similar. Despite the overall improvement in laws protecting unions and trade union activity in the region in the last 25 years or so, unionism has not grown nor become more significant. Rather, the converse has occurred. I suggest that this regression is due to changed structural patterns in the labour market accompanied by increasingly negative attitudes toward unionism and its philosophical basis in these young nations.

5. See e.g., Sir Roy Trotman, “Hamstrung without passing laws”, *Barbados Nation*, October 21, 2007.

6. See e.g., the Labour Code of Saint Lucia (2006), as amended in 2012; the Employment Act (1999) of Grenada and the Protection of Employment Act (2003) of St Vincent and the Grenadines.

IIII 2. DECLINE IN UNION NUMBERS, UNION PHILOSOPHY, AND UNION STRENGTH

Today, all over the Commonwealth Caribbean, we have witnessed a decline in union strength. In most instances, this decline is easily demonstrated by a decrease in union membership, but, more significantly, the decline is seen in relation to the attitude toward unionism and the influence of the union on the national and social agenda. This negative attitude is reflected in the courts in large measure.

Increasingly, the outlook and makeup of the labour environment is centred on the role of the individual employment contract, buffered by an increasingly sophisticated labour law agenda. Ironically, this phenomenon is also accompanied, in many countries in the region, by laws that better protect unions as legal entities.

Unions are often seen as alienated from and out of touch with important developmental and even social goals. Indeed, in some cases, union interests appear to be antagonistic to these goals, e.g., promoting tourism and largely foreign-owned, international financial services serving foreign investors; furthering regional integration and single market objectives; facilitating free movement of workers; giving rights related to regional investment to business; encouraging entrepreneurship; and pursuing fiscally responsible agendas, in some cases determined by international monetary bodies.

While there are still strikes, more often than not these are seen to be nuisances, including by an apathetic and unsympathetic public that has forgotten, or no longer identifies with, the *raison d'être* of unions. One may also observe increasing intolerance toward unions by governments, frustrated by the pressures of the global environment, such as decreasing international aid and IMF interventions which are typically seen to be anti-worker and the like. Even political leaders who identified closely with the labour movement have sometimes demonstrated publicly some impatience with current union leaders who, they believed, did not appear to understand the challenges of the current economic and political context. This has

led to increased tensions between unions and political parties that were once historical allies.⁷

3. CHANGING DYNAMICS OF THE LABOUR MARKET UNDERMINING UNIONISM

A number of variables may be attributed to the changed dynamics of the current labour market in the Commonwealth Caribbean, which are undermining unionism. These range from the growth of the informal sector to the inculcation of negative attitudes toward unions. In addition, increased privatization of sections of the public sector, such as the post office in Trinidad and Tobago, may sever numbers of workers, formerly unionized in public-sector unions, from the sphere and influence of unions.

3.1 Emergence of a Strong Informal Sector

Perhaps the most important new dynamic of the Commonwealth Caribbean labour market is the change from fairly consistent patterns of salaried employment to a significant rise in the informal and self-employed sectors, made up of workers who fall, not only outside employment law regimes, but also, typically, outside the sphere of unionism. In this regard, the region identifies with world trends where we have witnessed new employment patterns, emphasizing part-time work, seasonal work, homework, and other forms of informal work in the structural sense.⁸

7. For example, in Trinidad and Tobago, then Prime Minister Basdeo Panday, former leader of a leading trade union, made intemperate remarks, publicly describing striking workers as “criminals.”

8. The ILO notes from recent surveys a dramatic increase in the informal sector in the Commonwealth Caribbean. For example, in Jamaica a survey from 2004 “revealed a figure as high as 57%. Clearly, the size varies across countries. The rapid rise in non-standard employment relationships since the nineties, however, suggests that informal employment may have expanded considerably throughout the region. This is particularly the case

However, more disturbing and more damaging to harnessing collective interests has been the mutation of formal work into informal work in ways that challenge and even distort the structural makeup of what the legal framework traditionally understands as informal work and informal workers. I refer to the phenomenon whereby traditional work is now marketed as atypical, informal work located outside the employer-employee contractual relationship. These are, in truth, deliberate attempts to avoid obligations by deconstructing the enterprise into legally unrecognizable work relationships through deliberate techniques such as “outsourcing” and contracting out work to ostensibly independent contractors.

This labour market method utilizes former salaried workers (often immediately after retrenchment) in job tasks under ostensibly independent contracts, but which mirror identically the job that the worker did when an employee. This contrivance has been utilized frequently in the hospitality sector, for example, in the largely foreign hotel sector that often outsources services, such as cleaning services, to “independent” companies. Yet the same persons who were employed as cleaners in the hotels are now deemed to be independent contractors (doing the exact same work), ostensibly under new companies that have no contractual link to these hotels, but are actually *de facto* subsidiaries.

In these arrangements, low-income employees are suddenly thrust into new arrangements that abort their entitlement to benefits. Such eclipsed relationships have, unfortunately, become more frequent in the region. As a result, not only is a large percentage of workers being placed outside the boundaries of labour law and unable to benefit from its protection, but they are now also deprived of the most effective means of improving their conditions of work by pursuing their interests collectively through a trade union.

in Guyana, Jamaica, Suriname, and Trinidad and Tobago.” *Reynold Simons and Ms. Zaida Lake*, “Summary of working paper entitled: Options for generating indicators on the informal economy using the labour force survey” *ILO Caribbean Forum*, ILO, 2006.

These elements of the informal sector are not always immediately discernible, given that lines determining legal identity are often blurred. Such phenomena require intricate assessments by courts to decipher whether such work is formal or informal under the traditional, but often inadequate tests of contract of and contract for services, the litmus tests for determining whether a worker is owed obligations by an employer under common law.⁹

By exploiting such contract-based tests and without appropriate intervention by the state, employers, particularly large-scale employers and transnational employers, have thus been able to manipulate workers for their own advantage. Ironically, these are the employers who can most afford to provide for workers. Unions, excluded from this legal landscape, have been powerless to assist such workers.

Indeed, common law has been largely ineffective in addressing what are, in truth, distortions of labour law, although recent cases have begun to look beyond the corporate veil and examine these issues more fairly with the elaboration of a sham doctrine applicable to this context.¹⁰

More often, however, such workers, already vulnerable and unable to afford litigation, have simply continued in these “new” work relationships without legal challenge, though not without complaint. This leads one to surmise that the rise in the informal sector is, in some ways, artificially inflated, given the propensity and ability of employers, because of lax legal protections, to manipulate the law for their own advantage and exclude many workers who are, in truth, genuine employees with expectations of legal entitlement to employer obligations and to rights within the employment sphere and who should ordinarily be entitled to be represented in a bargaining unit.

There is also some evidence that many of these low-income workers in the informal sector are identifiable on grounds of gender, as they

9. See, e.g., *Sagicor Insurance Co v. Carter et al.* BB 2007 HC 19.

10. See, e.g., *Autoclenz Ltd v. Belcher and Others (Autoclenz)* 2011 UKSC 41.

tend to be women, given that the phenomenon is greatest in the manufacturing sector (factories) and hospitality industry. This is an important dimension that has not been addressed in the region, either by the state or by unions themselves, a position of vulnerability that I argue below, could be alleviated if unions take seriously their roles as genuine social engineers.

|||| 3.2 Skilled Informal Sector Emerging

The informal sector is not, however, homogenous. Significantly, the lack of homogeneity in the informal sector also speaks to the fact that it is bipolar in the sense that not all workers within it are vulnerable, badly paid, blue-collar workers, as is often assumed. A significant portion of workers in the informal sector may now be classified as highly skilled white-collar workers. This group has increased significantly in the Commonwealth Caribbean, as free education and greater educational opportunities have made their impact on the population at large. The continued emphasis on entrepreneurship and education means, for example, that there is a considerable number of freelance consultants and specialists in important areas of enterprise in the region. Such persons also enjoy free movement across borders in the region, under the CSME regime.¹¹ Unions and unionism are largely irrelevant to this group.

|||| 3.3 Emergence of Successful Anti-Union Business Models

The decline in union membership may also be explained by factors other than the change from formal to informal work structures. A new business model is emerging in the region which is closely

11. The CSME refers to the Caribbean Single Market and Economy, a regional trade agreement between independent Commonwealth Caribbean states. The Agreement is framed under the Treaty of Chaguaramus and the Revised Treaty of Chaguaramus. Countries have agreed to grant the region's citizens free movement within the geographical space of CARICOM on a phased basis. The first category to have acquired this status was skilled nationals.

aligned with the American model of successful enterprise, that of non-unionism as a more efficient business model that also benefits workers. This is a new paradigm for the region. While it was previously acknowledged that frequent and severe industrial action was counter-productive to enterprise and national growth, there has not before been a direct, serious challenge to the place of the union in the national profile of enterprise, productivity, and development. Today, however, many of the most successful businesses are non-unionized.

This emerging phenomenon does not merely change the labour environment by having in place several workplaces that are not unionized, itself damaging for collective interests. Even more insidious is that the existence of so many successful non-unionized businesses have the effect of inculcating new, negative ideas toward unionism in and of itself. This is an important philosophical reorientation that challenges unionism as a legitimate vehicle for social advancement.

This rethinking is achieved in two main ways: First, the projection of a business model that shuns unions as an epitome of the successful business encourages the notion that unions are “bad for business.” Second, the idea is promoted that unionization, or harnessing of collective interests, is unnecessary as a tool to improve work conditions or to advance worker interests and may even be inimical to such interests. These are ideas based on false premises, arrived at by imperfect analogies and illogical deductions, but they have resonance in contemporary Commonwealth Caribbean societies.

3.4 The Influence of Foreign Firms in Promoting Non-Unionization

Indeed, the “no union – better business” environment strategy has been particularly attractive to foreign firms, which even attempt to ignore long-held labour law customs of union recognition to achieve this purpose, as was the case in Barbados in the 1990s, with the Offshore Keyboarding Company experience, which generated much public controversy.

The dramatic increase in tourism and to some extent financial and technology-related services in the region and the accompanying growth of the mainly foreign-owned hospitality sector have also contributed to the decline in unionism, given that such services are often based on the North American model and are antagonistic to unions. Indeed, many of these firms would not venture to these jurisdictions if the industries were unionized.

Foreign hotels are seen as prime employers, since they are able to employ large numbers of workers. Because of this and the ever-present need for governments to reduce the high levels of unemployment, they are typically given huge tax breaks, but there is no accompanying negotiation for decent wages or working hours; indeed, quite the opposite. Such enterprise patterns can and often do drive wages downward. The imperatives of globalization within which foreign firms exist, and the constant drive toward being internationally competitive, make workers' rights even less important in the equation.

At best, more unequal work patterns are created, with a small group of the highest skilled workers, at mainly managerial or senior levels, earning very good wages and an ever increasing number of all other workers earning less and less and unable to bargain for better working conditions and wages. Prioritizing a no-union culture in such circumstances does untold damage to ideals of social justice.

|||| 3.5 Changing the Psyche to "Anti-Union"

Undoubtedly, one of the most persistent messages in the past few years in the industrial relations climate of the Commonwealth Caribbean has been that the most successful firms tend to be non-unionized. This messaging has often been underlined in subtle ways, promoting conflict-free environments with happy management-employee relations being lauded in the media. Just as often, however, it has been achieved by not-so-subtle and even aggressive views expressed by employers and others.

Some employers even feel emboldened enough to proclaim their aversion to unionism as an element in their business strategy. For

example, in Barbados, one of the most successful entrepreneurs in the country, Bizzie Williams, has argued forcefully in the media that unions are destructive, unnecessary, and unwelcome. He suggests that the ways to improve work conditions and the general industrial relations climate are through improved relations between employers and workers and by utilizing other methods of elevating workers. His recipe for what may be seen as an attempt to bring more equilibrium into the work relationship has been to give his employees shares in the company. While it is difficult to measure with precision or even any accuracy the success of this initiative, especially given that there are no unions at the company, the view has found some traction and there has been little evidence of dissension. The emergence of foreign non-union business models now efficiently transplanted into the region, as discussed above, has given validity to such notions.

We have also witnessed some employers, in particular, foreign firms, actively engaged in attempting to prevent unions getting a hold at the workplace, aggressively lobbying workers to persuade them not to join the unions so as to prevent the union from obtaining the necessary percentage for recognition and suggesting, successfully, that they would be in a better situation if they did not. This was the case with the Jalousie Hilton in Saint Lucia, for example. The employer in that situation, a foreign employer, won the argument. Others, such as in the case of Republic Bank in Barbados, have not, and the workplace became unionized. Sweeteners, in lieu of possible union benefits, may also be offered as worker incentives.

Such conduct comes dangerously close to direct interference with unions, or discrimination against unions. However, the relevant cases did not reach the court, both because the requisite laws were not present and because litigating union interests in the region have tended to be weak. Barbados, for example, still operates under the pure *laissez-faire* model of industrial relations and there is little or no regulation by the state. Even union recognition is not determined by hard law in the form of statute, but by the tortuous and complex mechanisms of common law, dependent on labour law custom and gentlemen's agreements.

Notwithstanding some successes for unions in this public relations effort, it is clear that the public and the workers have received the message that there is a supposedly viable alternative to organizing their collective interests through the vehicle of a union.

A policy of openly rejecting or avoiding unionism can succeed because it is often accompanied by the incentive of better start-up wages and, generally, a better payment base in order to keep unions out. Where such companies have employers with high skills, the pull toward non-unionism may be seen to be greater. Thus, companies can promote the idea of the successful non-unionized environment by simply paying better wages as a trade-off.

Over time, the notion that unions, and more importantly industrial action, are indicative of a failed industrial union climate, and not a natural aspect of an important democratic process, has been accepted into the national psyche. Gradually, Caribbean employers and workers appear to have adopted an outlook that unions undermine, rather than enhance, a productive work environment.

The question whether this view has also permeated the courts is examined below.

|||| 3.6 Displacement by Alternative Dispute Resolutions

New models of conflict resolution are also emerging, including alternative dispute resolution as a primary option, an emphasis on harmonious social partnerships and, increasingly, a quick resort to political leaders to resolve disputes, even in the private sector. These have added to the changing dynamics of the labour market and its reliance on union autonomy and power. These different types of negotiation mechanisms tend to reinforce the view that the role of the union and its tool of collective action in producing desirable change in the workplace are undermined, if not irrelevant.

3.7 Increases in White-Collar Unionism

Interestingly, one of the few areas where we have seen at least a small increase in unionization has been in relation to white-collar sectors, notably, the banking sector, traditionally outside the union sphere. This has been very noticeable in conservative industrial relations environments, such as Barbados.

Workers in banks have historically been among the better-paid workers in the countries of the region and banks are typically, foreign owned, with the few exceptions of national development banks. It is not clear why we have witnessed this move toward unionization in this sector, which stands apart from the experiences in other industries. At first blush, this trend toward higher-skilled, white-collar unionism seems to fly in the face of the traditional conflict models of industrial relations, such as the Marxian analysis based on class.¹² However, when we examine the phenomenon more closely, a possible explanation is that the status of work in the banking arena has diminished, as have other white-collar jobs, such as teaching and employment in the civil service, which also witnessed increased industrial action. These are no longer the privileged positions of yesterday. The parallels with class and race in white-collar occupations of previous labour environments are also to be noted.

It is notable that several of the prolonged and most influential strikes in recent years have been carried out by white-collar unions, in particular, teachers, medical professionals in the public sector, and public servants in general.¹³ However, these strikes have been

12. K. Marx, "Economic and Philosophic Manuscripts (1844)" in T.B. Bottomore (ed.) *Early Writings* (NY: McGraw-Hill, 1963; See also modern derivatives of Marxian labour theories, e.g., E.O Wright, "Working-Class Power, Capital-Class Interest and Class Compromise" (2000) 105 *American Journal of Sociology*, 957.

13. Indeed, at the time of writing, two such strikes are in effect, public servants in Saint Lucia and medical professionals in the public sector in Jamaica. See, e.g., On Jamaica: "Doctors in Jamaica on Strike", *Caribbean* 60, April 8 2013, http://www.caribbean360.com/news/jamaica_news/677389.html#axzz2PtYzM5dr. See also: "CSA now Ready to meet with Government as Strike Continues", *St Lucia News Online*, March 26, 2013; <http://www.stlucianewsonline.com/csa-now-ready-to-meet-with-govt-as-strike-continues/>

formulated within very narrow union constructs and have been almost exclusively about salary negotiations as opposed to more general notions of worker interests or solidarity, for example, to protest unjust dismissal of workers, as had occurred in unions representing lower-skilled jobs, such as sales clerks in Barbados.¹⁴

Further, these “white collar” strikes have not attracted the kind of militant fervour as in yesteryear and there have been frequent complaints about members not paying heed to the call for strike action, in particular if industrial action is prolonged.¹⁵

It is evident that the complexion of both the labour market and, by extension, unions in the Commonwealth Caribbean has changed somewhat, from blue-collar to white-collar unions with a well-educated, growing professional class. However, these new union members do not necessarily view unions with the same reverence as before, but see the union as merely one more tool in the somewhat individualistic goal of achieving a higher personal salary. Indeed, it is instructive that fewer union leaders are now seen as potential political and social leaders in Commonwealth Caribbean communities. The inextricable link between political leadership and union leadership now appears to be broken.

Despite the anomaly of an apparent increase in union membership by white-collar workers, we have witnessed a general attrition of unions over time in the private sphere, with the result that unions are considerably weaker than yesteryear.

|||| 3.8 Changing Structure and Make-up of Modern Day Unionism

The above changes in the labour market have impacted significantly on unions and how workers proceed to improve their working conditions. Collectivism has given way to individualism both because

14. Note, however, that the latter type of strike would be deemed unlawful in Trinidad and Tobago, under the Industrial Relations Act 1972.

15. “Street Protest”, *CanNews Online*, April 8, 2013, <http://cananewsonline.com/news/87886-street-protest.html>.

of necessity as union membership wanes and because of important philosophical reorientations toward the world of work.

The ever-increasing individualistic nature of labour law with the resultant decline of unionism is seen in the enthusiastic embrace of the concept of the sanctity of the employment contract. Such sanctity, for example, may permit employers to force “agreements” with workers to engage in work patterns that are far less advantageous than are even the most minimal legislative standards or the collective agreement. Few statutes specifically prohibit such contracting out of legislative standards¹⁶ and there is no jurisprudential direction on the issue. Given the reliance of Commonwealth Caribbean courts on precedents from the UK, where contracting out is permitted in acknowledgement of the sanctity of contract, there is a danger that Caribbean courts could accept this negative development in labour regulation.

It is apparent that in the new Commonwealth Caribbean economies, industries that are disenfranchised by labour law, whether by choice or not, are increasingly evident. Given that collective strength is a key ingredient for the efficient adjustment of unequal market conditions in favour of the worker, where unions have no formal status in relation to the contract of employment, the much sought-after equilibrium in industrial relations to address imbalances between powerful employers and inherently weak workers is diminished.

||| 3.9 The Rise of the Individual Contract

Most importantly, the decline in unionism has been paralleled by the more sophisticated individual contract of employment and individual employment legislation. More and more employers and, increasingly, more and more workers, are turning to negotiating their work contract in a private and insular environment. In some cases, employers have openly declared that more can be achieved in these individualistic contractual environments and have

16. A rare exception is the Labour Code (2006) of Saint Lucia, as amended in 2012.

succeeded in persuading employees to accept this view, despite historical evidence that unionized environments command better work conditions than non-unionized ones, particularly in low-income occupations.

It is of course the case that an unskilled worker in a high-demand job has little negotiating power. However, even in these situations, there is a strong sense that negotiating for one's own work is an appropriate construct. The increased flexibility in the work environment is one variable that adds to this belief. While employers in the contemporary work environment may not be willing to bargain away better wages, they are often able and willing to accommodate other elements that modern workers want, such as flexible working hours and leave conditions.

The more the message resonates that unions are destructive, rather than constructive, in the delicate balancing act that characterizes relationships and conflict resolution between employer and worker, the greater the decline in unionism.

|||| 4. IMPACT OF GLOBALIZATION ON UNION STRENGTH AND AUTONOMY

The Caribbean is not, of course, isolated in the world economy. In assessing the current status and appropriate role of the union in the current socio-economic framework, it is therefore important to examine the impact of globalization. In the Commonwealth Caribbean, the inequity of the market is further exacerbated by the powerlessness of local employers, who have been made vulnerable by harsh global realities. In this new globalized workplace, with its rise of mobile, international capital, the issues of underdevelopment that plague countries, such as those in the Commonwealth Caribbean,¹⁷ are not adequately contemplated. While goods and capital have become transnational and mobile and enterprises have been

17. Beckford outlines this paradigm of underdevelopment and persistent poverty in his seminal work on what he terms "plantation economies."

able to take advantage of this new flexibility by escaping the rigid confines of nationalistic labour law regimes, labour has not benefited.

The growth in outsourcing of jobs to developing countries has included this region as a recipient of jobs in the new global economy. From the point of view of labour law and industrial relations, however, these have been largely “invisible” jobs. Employment has been created, but it has been on the margins and unions are clearly immaterial to this new industry. Further, the fact that outsourced work is going back “onshore,” as the wage gap in the originating onshore countries has narrowed, does not augur well for negotiating better conditions of work. Moreover, the trenchant challenges of globalization are exacerbated by the current world financial crisis.

The world financial crisis has led to austerity measures and is thus exacerbating the challenges of globalization. Alongside the fear of regulation from both employers and governments, this environment is allocating even less space for unions. In contrast, there is acceptance of the need to support the corporate sector, even to the extent of direct intervention and subsidies by the state (for example, governmental marketing budgets for the tourism sector) and, more recently, bailouts for corporate citizens. In sum, globalization has had a largely exclusionary impact on collective rights, and unions are seen less and less as part of the productive sector because rights are not viewed as a valuable product. Consequently, a decline in workers’ rights and union rights, often deliberate, is observed.

Unions have thus been unable to embrace the new trade relationships that inform this phenomenon of increasingly outward-looking economies defined by free trade and free movement. These new paradigms have created conditions in which unions and indeed state actors have less room in which to manoeuvre, thereby affecting adversely union autonomy. Accommodation must, therefore, be made for the flawed nature of the market, within the context of this unequal global marketplace if unionism as a democratic ideal is to be sustained.

IIII 4.1 Revisiting the Conflict Model in the Face of Globalization and Vulnerable States

In assessing the conflict model of industrial relations law, long accepted by labour jurists, there must also be a recognition that there exists, in the Commonwealth Caribbean, an added international dimension of conflict that needs to be reconciled. Tensions that exist in these national economies are very much the tensions that reflect the relationship between vulnerable national economies and the globalized economy. These are not the issues that concern policy-makers in the developed world, at least in such significant ways.

The phenomenon of outward-looking economies makes the question of labour regulation more difficult and can obstruct the larger goal of any nation in creating just, productive societies for its citizens. It blurs the purpose of labour law itself, since it ignores the human dimensions of work and regulation. The first task is, therefore, to create a convincing philosophical dialogue that can inculcate the norms needed to create fair societies.

These contemporary trade realities significantly impact the lives of citizens in a direct, meaningful way, that is, their daily breadwinning. Consequently, unions should have a voice in framing appropriate social policies to deal with these new economic and political contexts. For example, unions need to be involved in the debates about the World Trade Organization (WTO), the banana dispute in the Caribbean, initiatives to address the world financial crisis and its impact on key sectors, such as tourism, the Economic Partnership Agreement (EPA), or the G20/OECD's challenge to the offshore financial sector. As this writer has argued elsewhere:

These are questions that are very important, both on the national level and the international level. They underline the sovereign right of states to engage in trade, work, and employment relationships that are of benefit to them, giving life to the principles of self-determination. Thus, work [and unionism] is contemplated, not necessarily as an individualistic construct, but as one that is grounded in the national interest, the public interest. When, for example, the question as to what extent rights have a place in labor concerns is explored, it becomes a question that recognizes that labor law must be grounded in a community

ethic. It must be good for the society at large, it must be about building better societies. Good, decent work thus becomes a collective responsibility and this extends to trade agreements that must also embody decent work and rights.

Ultimately, therefore, there must be an initiative toward creating a more rights-based, egalitarian, contemporary model for industrial relations that takes into account international trade and political relationships (Antoine, 2011: 101).¹⁸

5. HOSTILITY OF LEGAL POLICY AND THE COURTS?

Unlike some countries outside the region, including developed countries, there have been no major policies by governments to weaken unions in the Commonwealth Caribbean. In fact, an objective observer may note some legislative developments toward protecting unions in the industrial relations schema, such as the development of laws that outlaw unfair industrial relations practices, specific, though uneven protections against trade union discrimination, or, where workers engage in industrial action, laws that protect a worker's right to join a union, a protection enshrined in the various constitutions and a few legislative provisions that attempt to prevent employer interference in union affairs.¹⁹

Notwithstanding the above, often, the decisions in the courts have been less supportive of the aims and activities of unions, a perspective that perhaps mirrors that of the general public.

18. See also, Stephen J. Powell, "The Place of Human Rights Law in World Trade Organization Rules" (2004) 16 Fla J Int'l L 219; Adelle Blackett, "Whither Social Clause? Human Rights, Trade Theory and Treaty Interpretation" (1999) 31 Colum Hum Rts L Rev 1; Farkhanda Mansoor, "Laughter And Tears Of Developing Countries: The WTO and The Protection Of International Labor Standards" (2005) 14 Currents Int'l Trade LJ 60.

19. See, e.g. the Labour Code (2006) of Saint Lucia, as amended in 2012, the Protection of Employment Act (2003) of St Vincent and the Employment Act (1999) of Grenada.

IIII 5.1 Greater Use of the Injunction and Wage Policy to Deter Unions

Of particular note has been the enthusiasm of the courts to embrace the injunction as a weapon to be used against legal industrial action. While the courts have recognized the employer's legitimate interest in engaging in trade, maintaining productivity and ensuring that the enterprise functions, they have been less tolerant of, or sensitive to the legitimate interests of workers to strive towards their goals, by using the only tool available to them, the strike. Concepts more appropriate to a bygone era, such as "restraint of trade," have been reinvigorated before Commonwealth Caribbean courts, in an attempt to curtail industrial action and, by extension, to weaken unions. This prioritization of entrepreneurial interests is seen quite dramatically in cases such as *Joseph v. Allied Workers Union*,²⁰ where, for example, in granting the injunction, the court said: "... the plaintiff [the employer] in this case does have a private right to protect, that is to say, a right to conduct business without unlawful interference by anyone."

New forms of responses to industrial action have emerged and are not necessarily conducive to union interests, in particular where the state as employer is concerned. For example, the issue of the right to pay for striking public servants was in contention when Commonwealth Caribbean governments determined that striking workers should not be paid. This was litigated in the *Sykes* case, which agreed with the government.²¹ While this had always been the letter of the law, the practice had been, at least in relation to public-sector strikes, to pay striking workers. The response toward strikes, affirmed by the courts, thereby legitimized the new norm and signalled a certain level of intolerance for strike action, at least prolonged strike action. Part of this new phenomenon may be explained by the different fiscal realities that Commonwealth Caribbean governments,

20. (Unreported) Suit No. 258 of 1990, decided Oct. 10, 1990 (H.C.) Dominica.

21. *Sykes v. Minister of National Security & Justice* – P.C. Appeal, No. 25 of 1999, delivered, Oct. 26, 2000.

strangled by the concerns of international organizations and globalization, have now to face.

As a result, unions have found little solace in the courts, particularly where industrial action is concerned.

5.2 The Collymore Inheritance

Such cases are perhaps natural outgrowths of the dramatic post-constitution dictum of *Collymore v AG*,²² which construed restrictively the constitution of newly independent Trinidad and Tobago and its protection of freedom of association to exclude the union's right to strike. The courts viewed freedom of association in the context of unionism as a barren right, protecting only the acts of joining or forming a union and not extending to its essential activities, such as the strike. This spearheaded like-minded jurisprudence, even beyond the Commonwealth Caribbean, that failed to identify constitutional rights to collectively bargain or to do other than simply join a union.²³ For example, in the *Alberta Reference Case*,²⁴ Canadian courts came to a similar conclusion, although the philosophy entrenched in the powerful dissent of Chief Justice Dickson has given life to purposive interpretations of freedom of association where trade union activities other than strikes are concerned, such as the legitimacy of the agency shop, discussed below.

Consequently, few decisions have placed squarely the context of constitutional freedoms to associate, or even specific constitutional protections to join a union, enshrined, for example, in several constitutions, such as the Barbados constitution, within the appropriate industrial relations context.

However, courts in jurisdictions with similar constitutions and industrial relations ethos to that of the Commonwealth Caribbean,

22. *Collymore v. A.G.* (1967) 12 W.I.R. 5.

23. See, e.g., *Banton v. Alcoa Minerals of Jamaica* (1971) 17 WIR 275; *All India Bank Employees Association v. N.I. Tribunal* [1962] AIR 171 ((India); and *The Alberta Reference Case* (1987) DLR (4th) 161.

24. (1987) DLR (4th) 161.

such as Canada, have found ways to contextualize such protections. For example, in *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*,²⁵ discussed further below, the Supreme Court of Canada, while confirming the negative aspect of the constitutional right to associate in general, thus leading to a right not to join a union, was, nevertheless, able to locate protection for the agency fee, by identifying an important public interest in upholding unionism.

The lack of such progressive industrial relations' judgments in the Commonwealth Caribbean therefore makes the recent dictum in the case of *Mayan King Ltd v. Reyes and Others*²⁶ of Belize not only surprising, but also a watershed judgment. In that case, the majority in the still new final court of appeal for the region, the Caribbean Court of Justice (CCJ), not only interpreted legislation seeking to protect against union discrimination and support unions in a broad and purposive manner, but also recognized the important social and economic rationales for such legislation. In *Mayan*, six union leaders were dismissed, ostensibly on grounds of redundancy, but three days after holding a trade union rally. The court had to interpret the Trade Unions and Employers Organisations (Registration, Recognition and Status) Act 2000, Cap 304.

The CCJ observed that the Act created a new cause of action in Belize, namely dismissal in violation of a right specified in s 4(2) of the Act. The legislation, and the provision itself, sought to protect against trade union discrimination and to protect and promote the basic principles of trade union rights, assuring workers such benefits as the right to organize, the right to join independent trade unions of their choice, and the right to engage in collective bargaining. Significantly, and in an important departure from the early *Collymore* line of cases, the CCJ noted that these rights, flowing from ILO Conventions, were also located in the Constitution:

25. [2001] 3 S.C.R. 209, per Gonthier, Arbour and LeBel JJ.

26. (2012) 80 WIR 175 (Belize).

[3] The conventions express concepts that are fully in line with the Belize Constitution. That Constitution guarantees to every person the right not to be hindered in the enjoyment of the freedom of assembly and association, that is to say, the right to assemble freely and associate with other persons. In particular, s 13 of the Constitution assures workers the right to form or belong to trade unions for the protection of their interests. The Act proceeds in the same vein. In at least five different areas²⁷ the Act refers to the Constitution and places the rights laid out under its provisions on par with the constitutional guarantee. In our view the Act fleshes out and provides meaningful content to s 13.²⁸

The CCJ also recognized clearly the implications for social and economic conditions:

The exercise of the rights captured by the Act has a major impact on work and living conditions, as well as on the development and progress of the economic and social system.² The Act therefore promotes better job security and a more stable industrial, social and economic environment.²⁹

[4] The Act created rights and obligations, albeit not specifically constitutionally enshrined, for employers, employees, trade unions and employers' organisations. These rights and obligations depart from existing common law and from traditional unfair dismissal statutes in at least three important respects. Firstly, in guaranteeing employees the right not to be discriminated against at work for trade union activities, the Act recognises that a dismissed worker will usually face obstacles in being able positively to establish in a court of law that the dismissal was a deliberate act of discrimination. Section 11(1) prescribes that where a person considers that any right conferred upon him under the Act has been infringed, that person may apply to the court for redress. And significantly, where a complaint alleges

27. Section 4(1); s 4(2)(g); s 5(2)(b); s 5(2)(d); and s 5(2)(e).

28. *Mayan King*, above, at pp. 181-182, per Saunders, Bernard, Wit and Anderson JJ)

29. *Ibid.*, at pp. 181-182, per Saunders, Bernard, Wit and Anderson JJ.

that an employer has contravened the Act, the burden is on the employer to prove to the contrary. See s 11(2).

However, the Belize judgment should itself be viewed in context. Apart from the legislative background, the Belize courts, in recent years, have made a number of very liberal constitutional rights judgments on controversial issues and the *Mayan* decision can be seen in this light, albeit affirmed by the CCJ. For example, the Belize court is the only Commonwealth Caribbean court thus far to have identified discrimination on the grounds of sexual orientation in the case of *Selgado*³⁰. Similarly, in *Wade v. Rochas*,³¹ the Belize court found that a decision to terminate the employment of an unmarried (teacher) was *ultra vires* and discriminatory on the ground of gender, in contrast to earlier decisions such as *Girard*,³² a decision of the OECS Supreme Court relating to Saint Lucia, and *Johnson and Balwant v. AG of Trinidad and Tobago*.³³ In this latter decision the Trinidad and Tobago courts supported by the Privy Council, found with regret that a regulation permitting the state to terminate the employment of female police officers because of “family responsibilities” was constitutional because it was “saved” law. It is premature to predict, therefore, that the *Mayan* decision will be of universal appeal in the region.

The Belize decision must, however, be acknowledged as a step in the right direction and an important win for unionism and collective interests in terms of acknowledgement by the law. Nevertheless, given that the focus of this article is not on the legalistic outlook for unions and unionism, but on their power and effectiveness in the current labour environment, the decision cannot be viewed as conclusive.

30. *Selgado v AG of Belize* BZ 2004 SC 7

31. Civ. App. No. 5 of 2004 C.A., (Belize).

32. *Girard v. St Lucia Teachers Union*, No. 371 of 1985, decided Dec. 17, 1986 (*St. Lucia*). See also the appeal judgment, *Civil Appeals Nos. 12 & 13 of 1986* (January 25, 1988), *Court of Appeal; St. Lucia*.

33. 2009 UKPC 53 (Trinidad and Tobago).

5.3 Use of Industrial Relations Legislation and Industrial Courts to Weaken Unions

It may be argued that the decline in unionism as manifested in the weakening of the essential tool of the union, industrial action, is not a recent phenomenon. Rather, it began in the region with the advent of compulsory arbitration systems, evident in Trinidad and Tobago and in Antigua and Barbuda, as described above. The view that such systems, and the industrial courts that support them, were designed to weaken unions and have succeeded in large measure in doing so has been articulated often and with some persuasion.³⁴ Provisions found under such systems, such as prohibiting strikes only in defined and restricted circumstances, preventing unions from representing workers in more than one essential service, prohibiting strikes for disputes other than those connected with the negotiation of collective agreements, give fuel to this perception. In addition, unions are not permitted to utilize union members in other bargaining units in strike action, nor are sympathy strikes in general permitted.

The above provisions certainly do not strengthen unions. This is particularly evident if one considers that no legislative intervention was made to tamper with the unbridled power of enterprise to barter with the union. Thus, employers remain free to own and manage any and all essential services, hire scab workers well in advance, since strike action is now predictable where it exists at all, utilize ally enterprises to carry on with business functions, and have the right, after the requisite timetable has passed, to refer the dispute to binding arbitration.

The vagaries of successor union rules have also been used to exploit the binding arbitration system by allowing employers to transfer their business from unionized to non-unionized workplaces without penalty, thereby avoiding the demands of unions. These are significant interventions in the traditional sphere and autonomy of unions.

34. See, e.g., Douglas Mendes, "The Present Status of the Industrial Relations Court – A Review of the Industrial Relations Act", ECLAC/ ILO Conference 1994, Trinidad and Tobago.

||| 6. REGIONAL CHALLENGES: UNIONS AND THE INTEGRATION EXPERIMENT

An important means to test the hypothesis that the power and influence of unionism are waning in the Commonwealth Caribbean is to assess their place in the all-important subject of regional integration. CARICOM³⁵ nations have been actively engaged in a regional integration project, seen as an essential ingredient in economic and political advancement. Under the Treaty of Chaguaramus, the enabling treaty, and its successor, the Revised Treaty of Chaguaramus, important strides have been made to allow free and unrestricted trade between CARICOM countries, a more liberal business environment across CARICOM borders, and a free movement of labour regime.

The significant links with labour and business in the regional integration agenda are immediately apparent. Yet, shockingly, unions and collective workers' interests have been almost totally left out of the space allocated for issues of regional integration. This includes the lack of any special mention or acknowledgement of the place of the union in the original jurisdiction of the CCJ, the regional court established in 2005 to hear disputes in international law relating to the Treaty of Chaguaramus.³⁶

Moreover, in the face of this deliberate silence, it is unclear whether unions can arrogate this original jurisdiction in trade union matters that reach across borders and concern important collective interests.

Significantly, in contrast, business interests are specifically contemplated in the CCJ's original jurisdiction, since the Treaty enunciates clearly the rights of persons (including enterprises) to challenge

35. CARICOM refers to the grouping of the nations of the Commonwealth Caribbean, known as the Caribbean Community.

36. The original jurisdiction of the CCJ is that jurisdiction which concerns the interpretation and regulation of the terms of the Treaty of Chaguaramus, the treaty that establishes not only regional trade arrangements in CARICOM, but also the CSME regime, which encompasses the free movement of labour and the rights to establishment for business enterprises. This jurisdiction is arguably exclusive to the CCJ.

the trade decisions of CARCOM states. Further, the specific right to establishment that exists and which speaks to the right of businesses to operate freely across CARICOM borders underlines this thrust. Indeed, to date, all but two cases litigated before the CCJ in its original jurisdiction have been brought by private enterprise. In contrast, unions have been given no clear standing in CSME matters and may be seen to have been deliberately excluded.

This exclusion of unions under the CSME regime is somewhat ironic given that unions were among the first social actors to integrate and move “freely” within the region, with the establishment of the Caribbean Federation of Unions, now in decline, if not defunct. What it really speaks to, however, is the fact that unions are no longer seen to have an important, or even a legitimate voice in these core questions of Caribbean development, even in matters that concern them directly. This is a serious defect that needs to be addressed.

6.1 European Union's Lessons on Unions and Integration

Given that the natural consequence of regional integration is that more workers will cross borders, many of these will be involved in increasingly sophisticated trans-border work relationships. Some workers will subsist in genuinely mobile work relationships, others may work at temporary postings, while some employees will be working in genuinely transnational companies. CSME legal arrangements have not as yet contemplated the issues flowing from these complex conflicts of laws scenarios. Instead, in the current framework, in many respects, integration imperatives depress union strength further. As more and more workers find themselves in cross-border relationships, unions will become increasingly embroiled in jurisdictional disputes, but the ability of unions to represent such workers is diminished.

Important lessons may be learnt from the experience of the European Union (EU) on the question of the place of unionism and collective worker interests in integration regimes. In particular, cases such as *International Transport Workers' Federation and another v.*

*Viking Line ABP and another*³⁷ reveal that there is significant tension between the right of establishment given to businesses in such regimes and the rights of unions to represent workers and to take industrial action. In *Viking*, which concerned a flag of convenience that the union wished to protect and took industrial action to do so, the employer applied to the courts for an injunction to stop the strike on the ground that its right to establishment under Article 43 of the EU Directive was being breached.

The ECJ, in *Viking*, confirmed that collective action did infringe the right of establishment and came within the jurisdiction of the treaty. However, it found further that such a violation could be justified on the basis that conflicting trade union rights were also contemplated by the treaty and it could be demonstrated that important rights, such as protecting workers' jobs and the like, were at issue. It was nevertheless left to a state to determine whether, in a particular case, such industrial action should be permitted, after assessing the conflicting rights of the employer and the union, and taking into account the principle of proportionality.

The *Viking* line of cases also raised complex issues of comity, the respect which one state will give to the laws of another, especially with regard to the incompatibilities between different systems of industrial relations, which may give varied weights to union rights to industrial action, as opposed to EU community obligations and competing commercial interests. It considers too the issue of whether the treaty applies horizontally, to exclusively private parties, an issue also of relevance to the CSME regime.

The jurisprudence of the ECJ also informs other important trade union and workers' rights in the context of the freedom of movement and right of establishment provisions under the EU treaty. These include issues involving cross-border disputes within the context of freedom of movement and its impact on entitlements to wages and other work conditions. Such decisions provide important guidelines for the Commonwealth Caribbean as it attempts to construct

37. [2008] All ER (EC) 127.

a legal framework for addressing trade union interests under the CSME regime.³⁸

How then, are unions in the Commonwealth Caribbean to engage in this new integrated work environment? Specifically, the role of the union in this increasingly transnational context needs to be recognized and appropriate parameters drawn up to address this expanded context, not only of business, but also of unionism. The omissions of the Treaty of Chaguaramus in providing a clear road map to address such cross-border issues is a serious deficiency of the CSME regime and one that needs to be remedied if unions are to remain relevant in an integrated CARICOM.

Given the deafening silence of the Treaty of Chaguaramus on union issues, it is also unclear whether any transnational trade union dispute, even if a dispute can be labelled as such, falls to be addressed under the original jurisdiction of the CCJ, or whether it will be viewed as a traditional conflict of laws matter to be examined outside the sphere of this important regional jurisdiction.

7. IMPOTENCE OF THE LAW TO OVERCOME JURISDICTIONAL CHALLENGES OF UNIONS

Apart from the CSME question, the role of unions in other trans-jurisdictional issues is to be considered. This is an imperative in a new, more globalized work environment, where, often, the employer is headquartered outside of the geographical jurisdiction, where workers are posted to other countries, or where non-nationals are brought in for short-term assignments, as frequently occurs in the hotel sector and increasingly so in other industries. A lack of jurisdictional clarity on these enterprises and workplace

38. See, e.g., *Rüffert* and *Commission v. Luxembourg* cases (Case C-438/05 [2007] ECR I-10779; *Re Laval*, Case C-341/05 [2008] IRLR 160. For example, in *Laval*, the question was whether posted workers were entitled to the same work conditions as workers in the host country under the Posted Workers Directive, a vehicle for assigning such rights that is non-existent in the Commonwealth Caribbean.

arrangements makes labour regulation more difficult and the work of a representative union challenging. The lacuna in treaty and legislative arrangements is underlined by an underdevelopment of conflict of laws principles in labour law jurisprudence.

Even when no policy against unionism exists, outdated legal structures make it difficult for unions to manoeuvre in this new cross-border workplace. For example, complex jurisdiction issues arise when foreign companies leave without honouring legal obligations toward severance pay, other benefits, and the like. It is therefore important that the domestic legal system be upgraded to take account of such problems and that unions be prepared and able to address these concerns. As yet, no coherent policies or laws exist to remedy these important worker problems. When crises occur, as they now not infrequently do, workers turn in desperation to the state to intervene, often in situations where it is too late or too expensive to rectify legal wrongs.

The situation, and indeed the legal status, of the thousands of telemarketing workers in the Commonwealth Caribbean working for foreign companies outside the region is noteworthy as one example of contemporary problems in this vein. While these workers are often described as independent contractors, their work relationships and related obligations are far from autonomous. There is a dire need to inquire into such obviously unequal relationships to ensure that persons who are, in reality, employees, are not being exploited under the guise of independent contracting and to enable the jurisdiction of protective local laws.

Even if these are genuinely independent contractors, certain conflicts of laws remain to be interrogated, for example, the proper law clauses in such contracts, which often favour the large contracting companies in contexts where it is far from obvious that telemarketers are contracted in full knowledge and understanding of the contract. Issues, such as the jurisdiction over the companies themselves, given that they enter into domestic legal spaces to do business, are also at play and must be resolved. In all of these inquiries, there should be a role for a responsible union, but typically there is not.

7.1 Expanding the Limits of Union Jurisdiction

What, therefore, are the appropriate territorial limits of Commonwealth Caribbean labour legislation? Increased labour mobility, freedom of establishment initiatives and, generally, the rise in transnational capital make this question even more significant in today's labour environment. The ability of the trade union to speak to and adequately represent members in this transnational context is an important collateral question that needs to be addressed.³⁹

If these questions are not addressed, workers in cross-border situations may find themselves in similar positions to stateless persons. They may be unable to be legitimate members of unions in the country to which they are posted, country A, if an employer headquartered in another Commonwealth Caribbean jurisdiction is able to argue successfully that the laws of country A do not apply to them. At the same time, their "home country" may disclaim responsibility given that the work occurs outside its borders. Such lacunae in the law further weaken unions. The jurisdictional reach of unions in the modern Commonwealth Caribbean, framed by integration and CSME imperatives, must be expanded.

7.2 Mapping New Directions for Unions in the 21st Century

From the above discussion, it is clear that traditional conflict models are not currently serving either union/worker or employer objectives well. At the same time, the autonomy and collective self-interests of unions must be maintained if there is to be a genuine attempt at equilibrium in industrial relations. It is demonstrable that new directions for unionism beckon.

39. For an interesting article on the question of jurisdiction with respect to the UK, see Louise Merrett, "The Extra-Territorial Reach of Employment Legislation" (2010) 39:4 *Ind Law J* 355. However, the author addresses only individual employment law and does not examine the questions of collective rights or trade unions.

These new directions require unions to be receptive to genuine engagement with the “hard questions” that now confront management existing in financial straitjackets. Responses to such questions involve much more than simple wage negotiations. They require flexible and creative ways of thinking about work environments in genuine attempts to save jobs, cut costs and, often, even to keep the enterprise or public sector afloat. These may involve innovative strategies for job sharing in economies with high unemployment, typical in the region, or budget re-allocations to create more jobs, even if in temporary employment programs, as opposed to increasing salaries for those who have jobs. Where the employer is the state, unions can also focus on non-traditional methods to secure benefits for their members, such as national land re-distribution schemes, housing, and the like.

An unexpected bonus of hard financial times is that employers are often more open to sharing responsibility for such tough decisions and unions therefore have better opportunities to fully engage.

The new dialogue must also consider the objectives of labour equity in broader ways in order to include a more generous appreciation of social justice. Indeed, even in *Collymore v. Attorney-General of Trinidad and Tobago*,⁴⁰ this broader embrace of a union’s goals and functions was appreciated. The Judicial Committee of the Privy Council took a similar, though less impassioned, position on this issue when it said:

It is, of course, true that the main purpose of most trade unions of employees is the improvement of wages and conditions. But these are not the only purposes which trade unionists as such pursue. They have in addition in many cases objects which are social, benevolent, charitable and political. The last named may be at times of paramount importance since the efforts of trade unions have more than once succeeded in securing alterations in the law to their advantage.

Labour interests should, therefore, go beyond wages and pure economic concerns. This view was also endorsed by the Supreme Court

40. [1969] 2 All E.R. 1207, at p. 1211, though finding no right to strike.

of Canada in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union* although speaking in the context of assessing the union's political goals.⁴¹

[156][...] involvement outside the realm of strict contract negotiation and administration does advance the interests of the union at the bargaining table and in arbitration. However, I do not believe that the role of the union needs to be confined to these narrow economic functions. In the past, this Court has not approached labour matters from an exclusively economic perspective. For example, in *Slaight Communications*, supra, Dickson C.J. adopted the expression of Professor David Beatty that "labour is not a commodity"⁴² [...] The idea that is meant to be captured by this expression is, I think, that the interests of workers reach far beyond the adequacy of the financial deal they may be able to strike with their employers. At page 1055 the Chief Justice made it clear that the interests of labour do not end at some artificial boundary between the economic and the political. He expressed the view that "[a] person's employment is an essential component of his or her [page 290] sense of identity, self-worth and emotional well-being" (quoting from the *Alberta Reference*, at p. 368) and that viewing labour as a commodity is incompatible with that perspective. Unions' decisions to involve themselves in politics by supporting particular causes, candidates or parties, stem from recognition of the expansive character of the interests of labour and a perception of collective bargaining as a process which is meant to foster more than mere economic gain for workers [...] the current collective bargaining regime enhances not only the economic interests of labour but also the interest of working people in preserving some dignity in their working lives.⁴³

Ultimately, at the heart of such conceptual and purposive interpretations of freedom of association and, by extension, unionism as an exercise in collectivism, is the notion that unionism serves collective interests and not individualistic ideals. This is emphasized in the

41. [1991] 2 S.C.R. 211.

42. David M. Beatty, "Labour is not a Commodity", in Barry J. Reiter and John Swan (eds.), *Studies in Contract Law* (1980).

43. *Lavigne*, above, n 41 at para 157, per Wilson.

landmark decision of *Alberta Reference Case*,⁴⁴ in particular, the dictum of Dickson, CJ, in responding to a challenge to the constitutionality of strike action. Dickson C.J. explained the role of freedom of association in the following terms:

Freedom of association is the freedom to combine together for the pursuit of common purposes or the advancement of common causes.⁴⁵

He continued:

The purpose of the constitutional guarantee of freedom of association is, I believe, to recognize the profoundly social nature of human endeavours and to protect the individual from state-enforced isolation in the pursuit of his or her ends.⁴⁶

Chief Justice Dickson's dictum has been endorsed in other courts. For example, in *Lavigne*, it was said:

Hence, it would appear that this Court has been unanimous in finding on more than one occasion and in a variety of contexts that the purpose which s. 2(d) is meant to advance is the collective action of individuals in pursuit of their common goals.⁴⁷

Within the context of unionism, the *raison d'être* of the court's refusal to accord the same protection for a right not to associate as they have done for the positive right to associate, discussed further below, is the recognition that strong trade unions have essential social functions. They provide desirable methods for addressing the inherent disequilibrium in social and work environments by promoting more peaceful methods for achieving social justice. In *Lavigne*, for example, it was acknowledged that the idea behind all of these judgments and formulas like the Rand Formula in Canada was the notion that strengthening trade unions would lead to industrial peace.

Justice Wilson said:

44. [1987] 1 S.C.R. 313.

45. *Ibid.*, at p. 334.

46. *Ibid.*, at 365-66.

47. *Ibid.*, paras 86-99.

The common premises of Canadian labour relations legislation are certification of a union when a majority of employees choose to be represented by that union, exclusive bargaining authority, binding agreements and the union's duty of fair representation in respect of all members of the bargaining unit. Clearly, such schemes contemplate majoritarian decision-making and, thereby, envisage the existence of dissent even in respect of the threshold question of collective representation by a union as compared to individual employment relations. Regardless of disparate views between groups of workers within a bargaining unit, the essence of labour law in Canada recognizes the need to empower workers collectively as participants in their relationship with their employer. The Rand formula and the agency shop are common vehicles for maintaining union security and obtaining payment for services rendered.⁴⁸

More than ever, the legitimacy of collectivism as an appropriate tool to address the enduring disequilibrium in the labour environment, and society at large, must be reaffirmed and realized. This is a point underlined further in the discussion of agency fees and state interests, below.

8. DEFINING A NEW SOCIAL AGENDA FOR UNIONISM IN THE COMMONWEALTH CARIBBEAN

From the discussion above, it is apparent that the traditional roles of the union and unionism have been diminished. Unions have, by and large, become one-dimensional entities, engaged in the labour landscape mainly at periodic intervals when wage negotiations are up for scrutiny, and in many important sectors are not represented at all. The unions of today are far removed from the dynamic, vibrant unions of yesteryear, which were fully committed to the transformational issues of the day.

It is acknowledged that the current labour environment is much different from those of that bygone era when unions were

48. *Ibid.*, at para 241, a point underscored in the discussion below on the agency shop.

all-encompassing and all-powerful. Restrictive labour and economic frameworks, changing philosophies and globalization limit the ability of unions to successfully represent the collective interests of their members. Notwithstanding these limitations, I am of the view that unions are partly to blame for their current impotence. I make this submission because unions have either failed to grasp or spirited away important opportunities to meaningfully engage the public in ways that would have enhanced their political and social mileage and arrested some, at least, of their decline in popularity and relevance. Important new social issues that impact directly on the world of work have emerged, but these have been given only lip service by unions.

For example, the Commonwealth Caribbean has witnessed a rethinking of gender issues, in particular gender and employment, in the last 50 years. This has been on a broad scale and includes educational opportunities that create an enabling environment for gender equity at the workplace. Yet unions have been almost entirely disengaged from this quiet revolution. Rather, the struggle has been taken up by civil society organizations. Indeed, one study found that unions have actively resisted such gender issues, with the result that the labour movement has remained largely patriarchal.⁴⁹

Important issues, such as domestic work as decent work or work included in a labour law framework, flexible hours of work to accommodate family responsibilities, equal remuneration, occupational segregation, and the feminization of casual labour, have been either on the backburner of union issues or invisible.

Similarly, the current “hot topics” of the modern Commonwealth Caribbean social environment, such as sexual orientation and HIV, are largely absent from the typical trade union agenda, in some instances because they are seen to be too contentious. These issues are not only socially relevant in the abstract but also have direct impact on the world of work. For example, the Commonwealth Caribbean is listed as being the region with the second-highest HIV rates in the world, with the most productive sector, young persons,

49. Roberta Clarke, UNIFEM, Barbados, 2001.

being among its most vulnerable groups. Failing to put legal protections and anti-discrimination policies into effect and to actively promote ideas of social justice and equity perpetuates not only violations of rights but also harms the development potential of the young nations of the Commonwealth Caribbean. Similarly, persons who are discriminated against in the workplace because of their sexual orientation need to be protected. Thus, the motives for unions engaging in these important social issues are not only altruistic but also pragmatic.

8.1 Unions Displaced by NGOs

To a large extent, non-governmental organizations (NGOs) have replaced unions as the change agents of society, framing and leading the social issues of the day, a substitution that has been inefficient and fragmented, given the relative lack of NGOs in the region. There is little recognition today that the role of the union in elevating labour conditions transcends the self-imposed rigid boundaries of the negotiated salary increase. This is in contrast to ancestral unions, which shepherded in the hard-won franchise and many social advancements.

It is also the case that Governments and even employers have more manoeuvrability and are often willing to respond positively to these other social agendas. Indeed, governments often welcome and need political support to make meaningful changes to address negative, but controversial social paradigms, such as those revolving around issues of sexual orientation and discrimination on the ground of HIV status.

However, unions have not been vocal on such social issues, even those that directly impact the workplace. Examples of the latter include attempts to outlaw split shifts in Saint Lucia, a work pattern that disproportionately impacts working mothers adversely, and to make accommodations in the workplace for breastfeeding, paternity leave, and other family obligations.

It is difficult to avoid the perception that unions are actively interested only when wage negotiations are in play, even when direct

industrial/occupational issues are at stake, such as decent hours of work, maternity protections, and accommodations for religion or family obligations, such as homework and flexible work hours.

Can unions once more become real social partners actively engaged in (and leading) genuine developmental issues, as opposed to narrow interests? Unions should themselves redefine their roles and attitudes to meet pressing social needs in this new industrial relations climate. There should be genuine dialogue on these issues and unions must share in the responsibilities in defining appropriate social and industrial relations agendas.

|||| 8.2 Unions Should Assess Social Questions of Dependency and Race Inequalities That Endure In the New Trade Economy

Other socially relevant questions have been raised with respect to the new patterns of work that are being manifested in the region and should be of interest to unions. These issues are appropriate to a labour law model that emphasizes not just production and compromise between the competing interests of employer and employee but also the notions of social justice and human rights, including the right to a decent life.

For example, the issue of race impacts on how the open economy is conceptualized. Trade paradigms in the region tend to legitimize race inferiorities and other social inequities, not least because the Caribbean remains in that part of the largely black, undeveloped world that has historically been subjugated on the basis of race. Thus, there should be concern that outward-looking industries, such as tourism, too readily underline notions of dependency and racial inferiority in the particular context of the Commonwealth Caribbean.

The fact that managers are mainly foreign and white and that lower-end workers are almost always local and black is not merely an accident of supply and demand. Given the historical paradigm of the region and the parallels of race, discussed above, there is at least

a suspicion that foreign management is not sought simply because of scarce local human resources, but because this is the appropriate “face” for the tourism industry. Whether intentional or not, patterns of de facto inequalities are revealed in which, more and more, it is white, well-paid foreign workers entering the industry who fall more easily into the protected category of employee as they enter easily into the “formal” employment mode. At the same time, local, black, poor, workers are at the lowest end of the income spectrum or are being forced out into the informal economy and out of the employment sphere, and on to short-term independent service providers or other forms of unprotected informal work. Consequently, the new local hotel worker is typically badly paid, overworked, and subservient to both employer and client. Such persistent labour relationships tend to reinforce, rather than undermine, colonial labour paradigms of dependency—a form of re-colonization.

There is a role for collective interests in attempting to address such persistent inequities, as part of a broad, socially conscious industrial relations agenda. Unions should be interested in ensuring that promotion and management opportunities are non-discriminatory. This should include, as norms of indirect discrimination suggest, inquiring into not only the obvious mechanisms for career advancement, such as who has the best qualifications at any given time, but also the foundations of career elevation. For example, this may be done by lobbying for more broad-based mechanisms for job training and skills transfer so as to allow more employees, whatever their gender, race, religion, or class, to self-develop with a view to breaking through current glass ceilings.

9. HUMAN RIGHTS AS COLLECTIVE RIGHTS. UNIONS MUST EMBRACE HUMAN RIGHTS IN MORE DIRECT WAYS

The new economy, with its linkages to trade arrangements, many of which demand non-discriminatory policies in workplaces, both minimizes and maximizes opportunities for human rights

protection. There are ripe opportunities for important human rights policies and initiatives in the workplace leading eventually to law. Unions should be actively involved in spearheading these initiatives, but they are not. Rather, they have tended to be employer-driven, if only because employers in the domestic market have recognized that they can maximize the potential of trade arrangements that contain rights requirements, by having rights and other social policies in place. The top-down approach does not augur well for the future development of hard laws in these arenas, since they are viewed essentially as management handouts rather than as hard-won rights. This explains, perhaps, why the typical firm and certainly the leading companies in a jurisdiction can routinely have anti-sexual harassment policies in place, yet public discourse by influential groups can still reject the need for laws on sexual harassment.⁵⁰

Unions must accept the challenge to work directly on broad issues of rights and social justice, including social security and welfare initiatives. Further, the notions of rights must be understood to mean more than rights in the narrow civil and political sense, but must include social and economic rights, such as rights to education, health, and the like. This is essential if the ultimate goals of labour law in the more enlightened framework of freedom and justice are to be realized. These are poorly located, if at all, in Commonwealth Caribbean constitutions, notable exceptions being Belize and Guyana. However, the subject of economic, social, and cultural rights as a broad and justiciable rights agenda is gaining prominence in international circles. For example, the OAS has an ongoing Working Group working toward enforcement of the San Salvador

50. See, e.g., the experience of Barbados, and the public articles by MESA, where powerful male groups have lobbied against sexual harassment legislation on the ground that it harmed men. Barbados has been unable to pass the draft sexual harassment in place for nearly 10 years. See, MESA says Sexual Harassment Bill flawed, *Nation News*, July, 11, 2011, <http://www.nationnews.com/articles/view/ mesa-says-harassment-bill-flawed/>

Protocol by preparing progress indicators to be used for each group of protected rights under the San Salvador Protocol.⁵¹

In an impoverished region that, by and large, does not even have an established welfare tradition and is only now getting used to the idea that economic rights, such as a right to education, must be funded generously for long-term benefits to the economy to be achieved, the Protocol might seem to be a high mountain to climb. Yet it is important to start the trek. Interestingly, at least two courts have recognized the justiciability of economic, social, and cultural rights, specifically the right to work, and the latter has now been specifically written into the constitutions of Belize and Guyana. This right was given meaning in the Belize case of *Fort Street Tourism Village v. Maritime Estates Ltd* and others.⁵² The initiative presents important new avenues for unions in their quest to advance collective interests.

51. The Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (hereinafter “the Protocol of San Salvador” (PSS) or “the Protocol”) entered into force on November 16, 1999. Article 19 of the Protocol provides that pursuant to the provisions of that article and the corresponding rules to be formulated for this purpose by the General Assembly of the Organization of American States (OAS), states parties undertake, in accordance to submit periodic reports on the progressive measures they have taken to ensure due respect for the rights set forth in the Protocol. To date, some indicators have already been prepared and approved by the OAS General Assembly. The writer is a member of this Working Group by virtue of being the IACHR’s representative, as Commissioner of Human Rights. On June 7, 2005, the General Assembly of the OAS, by resolution AG/RES. 2074 (XXXV-O/05), adopted “Standards for the Preparation of Periodic Reports pursuant to the Protocol of San Salvador” (hereinafter “the Standards”). This resolution instructed the Permanent Council to make proposals, through the Committee on Juridical and Political Affairs, on the composition and functioning of a Working Group to examine the national reports, and requested the IACHR “to propose to the Permanent Council for possible adoption [...] the progress indicators to be used for each group of protected rights on which information is to be provided, taking into account, among other things, the contributions of the Inter-American Institute of Human Rights.” <http://cidh.org/countryrep/IndicadoresDESC08eng/Indicadoresindice.Eng.htm>

52. (2008) 74 WIR 133 (SC, Belize). See also the Guyana case of *A.G. v. Mohammed Ali* [1989] LRC (Const) 474.

||| 10. DO UNIONS NEED ADDITIONAL SUPPORT TO PROTECT COLLECTIVE RIGHTS IN CARIBBEAN DEMOCRACIES?

While unions should themselves rethink their roles in today's industrial climate so as to enhance their relevance and usefulness to the labour landscape, there is also a role for the state in the re-engineering exercise. Intervention by the state to give both legal and moral support to unionism and collective ideals reaffirms the importance and legitimacy of organized collective interests in fully functioning democracies. An important obiter statement by the Supreme Court of Jamaica frames the issue appropriately:

There is a school of thought which resents the intrusion of law into industrial relations. But this is short sighted as under our system of government, law is an important system in social control and must provide a frame work for industrial relations just as in many other areas of life say, international relations or business dealings. In fact there are marked similarities between commercial and industrial, relations law. Men of business settle their dealings daily by bargaining, conciliations, arbitration, and the law intervenes in exceptional cases: The position is similar in labour relations. In fact, the Ministry of Labour under the Act provides conciliation services.⁵³

Given that I have argued that unions have become much weaker entities, the question arises: do unions in the 21st Century Commonwealth Caribbean need tangible support from the state in the form of legislative intervention to rejuvenate their important function in protecting collective rights and interests as is needed in functioning democracies? One way of doing so would be to give statutory backing to agency arrangements. Indeed, this request is currently being made in some union quarters, such as by union leaders in the Civil Service of Saint Lucia in the 2012-2013 wage negotiations. This is a tacit recognition of the current weakness of unionism and

53. *R v Industrial Dispute Tribunal and Hotel Four Seasons ltd; Ex Parte The National Workers' Union*, JM1983 SC 31, at p. 48. Notwithstanding, the court found against the union on the particular facts.

its inability not only to attract members but also to be efficient in pursuing legitimate collective interests.

The issues of compulsory union dues or closed shop/agency arrangements are not ones that have attracted litigation in the Commonwealth Caribbean. In terms of statute, some effort has been made in The Bahamas to prohibit such arrangements, but generally, they have been left to the marketplace. While there is little regulation on these issues, without exception, all of the countries in the region subscribe to the approach whereby a negotiated collective agreement applies to all workers, irrespective of whether they are union members or not. At least one attempt to challenge this approach met with short shrift and it is well established that the terms of a registered industrial (collective) agreement “operate as a statutory code in relation to the rights and obligations of parties.”⁵⁴ Further, the recognized bargaining unit will negotiate for all workers at the enterprise in a “winner takes all” scenario.⁵⁵

As countries with constitutional protections of freedom of association, the question whether agency/closed shop arrangements violate the right to associate is pertinent. This would lead to an examination of whether there is a negative expression of the right—that is, the freedom *not* to associate, in this case, with a particular union, or any union at all. Courts in jurisdictions with similar constitutions to those in the Commonwealth Caribbean have explored this important issue in some detail and there is an acknowledgement that there is, on some level, a right not to associate as an aspect of the positive right to associate, as determined in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*.⁵⁶

Notwithstanding, those same courts have recognized limitations on the right to freely associate within the context of unionism. In *Lavigne*, agency dues, as distinct from the closed shop, which

54. *Texaco Trinidad Inc v. OWTU* 22 WIR 516. Note, however, that in Barbados, the collective agreement is not directly enforceable under statute.

55. Note, however, that the Commonwealth of Dominica, specifically permits minority unions, in accordance with ILO guidelines.

56. [1991] 2 S.C.R. 211.

prevents access to a job through forced association with a union, were found to be constitutional, albeit some reservations were expressed about being forced to associate and pay dues to a union that promoted certain political views and ideologies that members were forced to associate with. Here, it was said:

Section 2(d) [of the Charter] does not provide protection from all forms of involuntary association, however. It was certainly not intended to protect against the association with others that is a necessary and inevitable part of membership in a modern democratic community.

The payment of dues, which is the extent of the appellant's association with the Union, is an associative act within the meaning of s. 2(d) of the Charter. Dues are used to further the objects of the Union, and are essential to the Union's right to "maintain" the association, an aspect of the freedom to associate recognized under s. 2(d) of the Charter.⁵⁷

The limitation on appellant's freedom of association is justified under s. 1 of the Charter. The state objectives in compelling the payment of union dues which can be used to assist causes unrelated to collective bargaining are to enable unions to participate in the broader political, economic and social debates in society, and to contribute to democracy in the workplace. These objectives are rationally connected to the means chosen to advance them that is the requirement that all members of a unionized workplace contribute to union coffers without any

57. The court outlined the circumstances where such dues could be unconstitutional: "The freedom of association of an individual member of a bargaining unit will be violated when he or she is compelled to pay dues that are used to support causes, ideological or otherwise, that do not directly relate to collective bargaining. This is consistent with the generous approach to be applied in interpreting rights under the Charter, and derives logically from the premise that the forced association is permissible when the combining of efforts of a particular group of individuals with similar interests in a particular area is required to further the collective good. When that association extends into areas outside the realm of common interest that justified its creation, it interferes with the individual's right to refrain from association. In this case, certain of the Union's expenditures violate appellant's freedom of association as they are not sufficiently related to the concerns of the bargaining unit or to the Union's functions as exclusive bargaining representative." *Lavigne*, *ibid.*, at pp. 214-215.

guarantee as to how their contributions will be used. The minimal impairment test is also met. An opting-out formula could seriously undermine the unions' financial base and the spirit of solidarity so important to the emotional and symbolic underpinnings of unionism.⁵⁸

In fact, the court noted that this view is consistent with established jurisprudence that the right to associate was fundamentally to protect collective interests, discussed above. Upholding a negative right to associate could lead to absurd results:

[87] A similar approach may be taken toward s. 2(d). It is a fact of our civilization as human beings that we are of necessity involved in associations not of our own choosing. That being so it is naive to suggest that the Constitution can or should enable us to extricate ourselves from all the associations we deem undesirable. Such extrication would be impossible and even to attempt it would make a mockery of the right contained in s. 2(d).

[88] Several examples were cited in oral argument which demonstrate how a right not to associate would lead to absurd results.⁵⁹

The finding that compelled association in certain circumstances is not necessarily unconstitutional is an important dictum for collectivism, one endorsed in the more recent case of *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*,⁶⁰ from Quebec, where the majority explained:

Viewed in the context of the particular historical experience of Quebec's labour relations, the legislation also meets the minimal impairment test. This limited form of compelled association respects fundamental democratic values. It requires only a limited commitment from construction employees. They must choose a collective bargaining agent. The legislation gives them a choice among five union groups. It appears that no new group

58. *Lavigne*, at pp. 214 -215, Per La Forest, Sopinka and Gonthier JJ.

59. *Ibid.*, paras 86-99. "The lower courts have interpreted this Court's position as being that the Charter does not guarantee a freedom not to associate: see *Arlington Crane Service Ltd v. Ontario (Minister of Labour)* (1988), 67 O.R. (2d) 225 (H.C.), and *Re Prudent Building Ltd. v Construction & General Workers' Union Local 92* (1984), 13 D.L.R. (4th) 584 (Alta. Q.B.)." *ibid.*

60. [2001] 3 S.C.R. 209, per Gonthier, Arbour and LeBel JJ.

has been left out of the process. The law also calls upon construction employers to support the chosen approach. Nothing more is imposed by the law. Finally, the advantages of the legislation clearly outweigh their limited impact upon the asserted negative right not to associate. The Construction Act imposes strict obligations on unions in respect of internal democracy.⁶¹

Thus, while in *Lavigne* and *Coring*, the negative aspect of the right to associate was identified, those courts also accepted a democratic rationale for putting internal limits on it. These limits were identified more particularly in *Coring* with the court noting that a failure to read in some inner limits and restrictions on a right not to associate would deny the individual the benefits arising from an association.⁶²

Indeed, this is a logical conclusion giving the structure of the negotiation process, which gives hard-won union benefits to *all* workers, regardless of membership in the union.

Have we arrived at a time in the history of our industrial relations when it is necessary for the state to intervene to provide unions with some crutches in order to ensure their very survival, or can trade unions in the Commonwealth Caribbean reinvent themselves to enhance their sustainability? In recent years, the emphasis of the legislative structure in the Commonwealth Caribbean has been placed on enhancing individual employment laws, such as laws on unfair dismissal, vacation leave, and the like. While this is a necessary ingredient in the labour sphere, it is not sufficient.

|||| CONCLUSION

In modern labour environments redefined by the significant challenges posed by individualism, globalization, and anti-union attitudes, trade unions must dig deep to counter these threats to their very *raison d'être*. A viable path forward points unions in a direction that can broaden their sphere of reference, away from isolated wage

61. At p. 215.

62. *Coring, ibid.*, p. 212.

negotiation agendas, to enable them to become more relevant and accepted.

Strong unions remain a viable route toward addressing the inherent imbalances between employers and workers. However, to adequately fulfil their important role, unions must again become social engineers, deeply entrenched in and spearheading the pervasive social issues of Commonwealth Caribbean societies. They should actively engage in informed and responsible decision-making, fully cognizant of international financial issues at the enterprise level. It is only by becoming, once again, true social engineers, that unions in the Commonwealth Caribbean can make genuinely far-reaching contributions to social justice and development.

|||| BIBLIOGRAPHY

- Antoine, Rose-Marie Belle, "Rethinking Labour Law in the New Commonwealth Caribbean – A Framework for Change" (2011) 32:101 *Comp Labor Law & Pol'y* J 101.
- Samaroo, Brinsley, "The Trinidad Disturbances of 1917–1937" in Roy Thomas (ed.), *The Trinidad Labour Riots of 1937: Perspectives 50 Years Later*, Extra-Mural Studies Unit, University of the West Indies, Barbados, 1987, 41.



COLLECTIVE AUTONOMY IN NEW ZEALAND

Paul Roth*

Although New Zealand is a common law country, the collective labour law system is set out within a highly structured statutory framework, and has been for over a century. Collective labour relations in New Zealand were first subject to extensive statutory regulation in 1894, when a conciliation and arbitration model of industrial relations was adopted (Holt, 1986).¹ The purpose of this legislation was “to encourage the formation of industrial unions and associations, and to facilitate the settlement of industrial disputes by conciliation and arbitration”.² Trade unions have therefore been an established state-sanctioned feature of the industrial relations landscape since the late nineteenth century. Alongside, and as a

* Professor, Faculty of Law, University of Otago.

1. This model was introduced shortly afterwards into Australia (Perlman, 1954). The conciliation and arbitration model was also adopted from 1937 onwards by Trinidad and Tobago (Harbridge, Smith, Wilkinson, 2000). In the early part of the twentieth century, the conciliation and arbitration system was looked to by Progressives in the United States, where it provided a model for legislation in at least nine states (Coleman, 1987: 134).
2. Industrial Conciliation and Arbitration Act 1894, Long Title.

counterpart to trade unions, the conciliation and arbitration system also depended on the formation and operation of collective employer associations.

The background to the current industrial relations system is important for understanding the present legal framework. Although the conciliation-arbitration system was eventually dismantled in 1991 by the Employment Contracts Act, elements of it still survive, as well as both a positive and negative cultural-legal legacy. Moreover, the current industrial relations legislation, the Employment Relations Act 2000, can be best approached against the backdrop of the 1991 legislation that swept away the previous system. The story of the industrial relations framework in New Zealand is largely one of collective autonomy, with a relatively brief but effective period of siege during the 1990s that managed to irreparably reduce the role and lessen the influence of unions, and from which the union movement has not recovered despite legislative measures in the 2000s to promote union membership and collective bargaining (Anderson, 2011).

IIII 1. BACKGROUND TO THE CURRENT INDUSTRIAL RELATIONS SYSTEM

The conciliation and arbitration system was introduced into New Zealand by William Pember Reeves, the then Minister of Labour, who described the legislation as “a kindly solution of the natural warfare between classes... between employers and employed.”³ Its underlying object was to do away with strikes and lockouts, which Reeves described as “antiquated, barbarous, unscientific and wasteful.” The introduction of the system into both New Zealand and Australia occurred after long and economically punishing nationwide maritime strikes in 1890, at a time when both countries

3. (1893) 79 *New Zealand Parliamentary Debates* 171. See also Reeves, 1902: vol II.

depended on the sea for trade, transport, and communication. In return for surrendering the right to strike, workers would have a system by which industrial disputes could be settled peacefully and minimum standards of employment guaranteed.

Initially, the country was divided into districts, with each having a Board of Conciliation. These Boards had an equal number of employer and worker representatives, and they were chaired by an impartial third party elected by the Board representatives. The Boards fixed conditions of employment across various industries, and these were formally called “awards.” Disputes that could not be settled by the Board would be referred to the Court of Arbitration, which was presided over by a judge and two panel members, one representing employers, the other representing employees.

Under this system, unions that registered under the legislation had a monopoly over the right to represent workers in the occupations covered by that union’s membership rules. Negotiations covered specific occupations around the country, and the resulting awards provided for the horizontal “blanket coverage” of terms and conditions across those occupations irrespective of the individual preference of an employer and employee in a particular workplace. With compulsory unionism in the occupations concerned, and industrial negotiations being held on the occupation rather than the enterprise level, unions were autonomous in relation to both individual employers and employer associations. Because of the nature of the system, however, New Zealand did not comply with International Labour Organization (ILO) freedom of association standards.

The conciliation and arbitration system underwent numerous changes over the decades. For example, arbitration was compulsory except during the periods 1932 to 1936 and 1984 to 1991. Compulsory union membership was variously imposed either directly by legislation or indirectly through the inclusion in awards of compulsory union membership clauses. The system lasted in one form or another until 1991, when it was swept away entirely by the Employment Contracts Act (1991). Prior to 1991, industrial legislation in New Zealand was structured around collective rights and collective

actions. Even personal grievances, the most common type being for unjustifiable dismissal, were primarily collective actions and could normally be undertaken only by the affected worker's union. The sole recourse for individuals outside this statutory framework was to pursue a common law action in the courts of general jurisdiction, where the available rights and remedies were inferior to those open to unionized workers under the specialist jurisdiction.

The Employment Contracts Act (1991) marked a radical departure from the framework that had been in place for nearly a century. The chief changes introduced by the Employment Contracts Act (1991) were the dismantling of the award system; the removal of the special legal status and privileges accorded to unions; and the establishment of a single specialist statutory regime covering all employment relationships, not just those involving union members. In effect, the 1991 Act deregulated the industrial relations system.

The Employment Contracts Act was underpinned by a "new right" free market philosophy that broadly viewed the labour market like any other market. The wage-work bargain was essentially a commercial exchange, with the employment contract as entered into between the parties being the primary regulator of rights and obligations of the employment relationship. This relationship was viewed as really only the business between the employees and employer concerned, with no particularly necessary or desirable role for trade unions to play within the framework. In the spirit of deregulation, unions were not treated differently from any other "employees organisation," "bargaining agent," or "employee representative." Although the 1991 legislation made provision for the negotiation of "collective employment contracts," unions were not automatically parties to these, and the legislation was notorious for not even containing the term "union." It instead used the term "employees organisation," which included unions, but extended more widely to denote "any group, society, association, or other collection of employees, however described and whether incorporated or not, which exists in whole or in part to further the employment interests of the employees

belonging to it.²⁴ It included employer-sponsored unions, such as the Mosgiel Free Thought Society.⁵

Whereas prior labour law promoted pluralism, with unions being granted special rights in relation to organizing and representing workers in order to redress the inherent imbalance of power that generally exists between workers and employers, the Employment Contracts Act proceeded from a unitarian frame of reference that viewed workers and their employers as sharing an essential commonality of interest. Labour and capital were not in competition with each other. Rather, the true locus of competition was taking place in the commercial arena, with one enterprise competing against another. Where an employer prospered, so too did the employer's workers.

In removing the "blanket coverage" of awards, the legislation changed the fundamental basis on which about half of New Zealand employees' terms and conditions of employment were based. No longer were minimum terms and conditions to be determined on the basis of occupational class, but through direct negotiation by the parties themselves, or their representatives, on the enterprise level. With the disappearance of the union monopoly over the representation of workers in specific occupations, individual employers were able to deal directly with their workforce. Matters such as unionization and the negotiation of collective or individual contracts became contestable in the workplace. Moreover, the ability of employees to negotiate multi-employer collective employment contracts, that is, agreements in the nature of an award, was restricted, in that employers were not required to participate in negotiations for such agreements, and no industrial action was lawful in support of them.

With the abolition of awards, there was also no longer any need to have actual or de facto compulsory unionism. The Employment

4. Section 2.

5. *Adams v. Alliance Textiles (NZ) Ltd* [1992] 1 ERNZ 983, at 999. Alliance Textiles had a mill in the town of Mosgiel, where it sponsored its own in-house employees organization.

Contracts Act made union membership voluntary, and viewed freedom of association as involving not only the freedom to join a union of one's choice, but also the freedom to disassociate oneself from union membership altogether. The Employment Contracts Act took an entirely hands-off stance in so far as unions were concerned, so that unions merely became one type of possible agent for employee representation. As with the other actors in a free market system, unions had to compete with each other and other types of agents (such as lawyers and specialist employment advocates) for the business of representing workers. The representation of workers thus became contestable, so that any person could enter the newly-opened employee representation market.⁶ When the legislation was still in bill form, a notorious motorcycle gang expressed interest in representing employees, in response to which Parliament added a provision disqualifying representatives who had been convicted within the past 10 years of an offence punishable by imprisonment for a term of five years or more.⁷ As would be expected with such a regime, union membership declined, so that the union density in December 1991 of 43% of wage and salary earners steadily declined during the life of the employment contracts down to 21.1% in December 1999 (May, Walsh and Otto, 2004: 85).

The Employment Contracts Act also established a single statutory regime to regulate employment relationships that applied to all employees, not just those who were unionized or covered by awards. With this move, unions lost their monopoly over access to statutory personal grievance procedures and other rights available only under specialist labour law legislation, as opposed to the more limited causes of action under common law. The loss of this potential enticement also had the effect of contributing to the decline in union membership. Not surprisingly, the opening up of the specialist labour law institutions to direct access by individuals led to a phenomenal increase in employment law litigation, as individuals

6. Employment Contracts Act (1991), s 10.

7. Employment Contracts Act (1991), s 11.

sought (and continue to seek) to vindicate their individual rights. Extending access to the specialist institutions to all workers as a right thus deprived unions of a carrot that might have helped to attract and keep members had unions continued to be gatekeepers to the specialist institutions.

In 1993, the New Zealand umbrella union organization, the Council of Trade Unions, lodged a complaint with the ILO Committee on Freedom of Association over the Employment Contracts Act.⁸ Although both sides claimed vindication (the government mainly on the ground that the ILO's final report in November 1994 was less critical than its interim report of March 1994), the Committee did find that the legislation should have promoted collective bargaining rather than merely allowed it, and it should have permitted strikes in support of multi-employer contracts. The failure to promote collective bargaining was contrary to ILO principles.⁹ In relation to the Employment Contracts Act, the Committee stated that it found:

[i]t difficult to reconcile the equal status given in the law to individual and collective contracts with the ILO principles on collective bargaining, according to which the full development and utilization of machinery for voluntary negotiation between employers or employers' organizations and workers' organizations should be encouraged and promoted, with a view to the regulation of terms and conditions of employment by means of collective agreements. In effect, it seemed that the Act allowed collective bargaining by means of collective agreements, along with other alternatives, rather than promoting and encouraging it.¹⁰

In any event, the shortcomings of the Employment Contracts Act were not remedied by the government of the day; it took a change of government to bring New Zealand industrial legislation into closer accord with ILO principles.

8. Case no 1698.

9. *Digest*, para 880.

10. *Digest*, para 1057.

IIII 2. THE EMPLOYMENT RELATIONS ACT (2000)

In 2000, with the formation of a Labour Party-led government, the Employment Contracts Act (1991) was repealed and replaced by the Employment Relations Act. While it left individual employment law largely unchanged, the new legislation instituted some fundamental changes to collective labour law, shifting the focus back to the older notion that collectivism was good.

The Employment Relations Act (2000) remedied the absence of any mention of unions or specific role for them in the previous legislation. In its Explanatory Note to the Employment Relations Bill,¹¹ the Government noted that “[t]he employment environment encompasses the entire complex and dynamic system of relationships. It includes all participants, not just employers and employees.”

The idea that industrial relations should necessarily include participants other than employers and employees contrasts with the union-hostile ideology that underlay the earlier legislation. The Employment Relations Act reverses the previous legislation’s approach and promotes trade unionism. Union membership remains voluntary, but only unions are empowered to negotiate collective agreements. The Employment Relations Act does not resurrect the award system, but makes provision for the negotiation of multi-employer agreements and enables unions to take lawful industrial action in support of such agreements, which have the potential of becoming smaller versions of awards. The Employment Relations Act also preserves the single statutory regime governing labour law, rather than reverting to the earlier dual system that applied before 1991. The legislation thus retains the extensive provision for individual rights that was introduced by the Employment Contracts Act.

The two-fold object of the Employment Relations Act is set out in s 3: “to build productive employment relationships through the promotion of good faith in all aspects of the employment environment and of the employment relationship” (s 3(a)) and “to promote observance in New Zealand of the principles underlying International

11. At 1.

Labour Organisation Convention 87 on Freedom of Association, and Convention 98 on the Right to Organise and Bargain Collectively” (s 3(b)).

The first four of the six paragraphs of s 3(a) relate to collective, as well as individual, autonomy. They spell out how productive employment relationships are to be achieved through the promotion of good faith:

- (i) by recognising that employment relationships must be built not only on the implied mutual obligations of trust and confidence, but also on a legislative requirement for good faith behaviour; and
- (ii) by acknowledging and addressing the inherent inequality of power in employment relationships; and
- (iii) by promoting collective bargaining; and
- (iv) by protecting the integrity of individual choice.

The legislation treats the objects in s 3 as mutually dependent, which explains why the object is two-fold. The interdependence of the two was encapsulated by the Minister of Labour, the Hon. Margaret Wilson, in her second reading speech (August 8, 2000) to the New Zealand House of Representatives as follows:

The fundamental premise underlying the Employment Relations Bill is that the employment relationship is a human relationship, not just a contractual, or economic one. Human relationships that function well and efficiently are based on mutual trust, confidence and fair dealing. That requires that the relationship is based on a reasonable equality between the parties. Employment relationships inherently lack that equality, unless the employee has particular skills that are scarce in the labour market.

The Employment Relations Act acknowledges the inherent inequality of bargaining power by repealing the Employment Contracts Act (1991), which was predicated on a formal equality of bargaining power between employer and employee. Each party had “freedom of choice” in relation to the type of contract that was sought (individual or collective) and the content of the contract. The Employment Contracts Act, however, did not recognize that both parties could not

equally exercise freedom of choice where each wants something fundamentally different. Where one party—almost invariably the employer—possesses overwhelming bargaining power, the other party really has no choice at all.

The Employment Relations Act addresses the inherent inequality of bargaining power by promoting good faith behaviour in the negotiating arena, and by promoting the organization of independent unions and collective bargaining. In promoting these matters, the Act also fulfils the second of its two-fold object, which is to promote observance of ILO standards on freedom of association and collective bargaining.

|||| 2.1 Good faith

The concept of good faith conduct lies at the heart of the Employment Relations Act. It applies to all “employment relationships,” which include not only the relationship between an employer and an employee, but also the relationship between a union and an employer, a union and a union member, and even among different unions and different employers when each is involved in bargaining for the same collective agreement or are parties to the same collective agreement.¹²

The core meaning of “good faith,” set out in s 4 of the legislation, is that those in an employment relationship “must not directly or indirectly do anything to mislead or deceive each other, or that is likely to mislead or deceive each other.”¹³ Penalties are available for breaches of the duty of good faith where, *inter alia*, the breach is “deliberate, serious, and sustained” or where the breach is intended to undermine collective bargaining.¹⁴ These can amount to up to NZ\$10,000 in the case of an individual, and NZ\$20,000 in the case of a company,¹⁵ and are payable in the first instance to the Crown Bank

12. Section 4(2).

13. Section 4(1).

14. Section 4A.

15. Section 135(2).

Account, though there is a discretion for the Employment Relations Authority or Court to award the whole or part to the applicant.¹⁶

The obligation to deal with one another in good faith extends to all facets of the relevant relationship. It applies not only to collective bargaining, which is subject to additional requirements that are set out in s 32, but also to conduct generally throughout the course of the relationship. It applies, for example, to “consultation (whether or not under a collective agreement) between an employer and its employees, including any union representing the employees, about the employees’ collective employment interests, including the effect on employees of changes to the employer’s business,”¹⁷ and to “access to a workplace by a representative of a union.”¹⁸ In particular, it is a breach of the duty of good faith

[f]or an employer to advise, or to do anything with the intention of inducing, an employee—

- (a) not to be involved in bargaining for a collective agreement; or
- (b) not to be covered by a collective agreement.¹⁹

This extension to the core notion of good faith is consistent with and is intended to advance two other aims of the legislation, namely, the objects of “acknowledging and addressing the inherent inequality of power in employment relationships” and “promoting collective bargaining.” The legislation proceeds on the basis that it can best remedy the “inherent inequality of power in employment relationships” by promoting collective bargaining. Since collective bargaining can be carried on only by unions, this also means that the legislation promotes unionization of the workforce. This is achieved by a variety of means, both obvious (such as providing for union access to workplaces for recruitment purposes)²⁰ and subtle (such as not providing for legal aid for mediation assistance, which had

16. Section 136.

17. Section 4(4)(c).

18. Section 4(4)(f).

19. Section 4(6).

20. Section 20(3)(b).

been available under the Employment Contracts Act, thus creating an incentive for those who cannot afford professional advice to join a union).²¹

The prohibition against employers advising or inducing employees not to be involved in collective bargaining or not to be covered by a collective agreement is also consistent with the legislative aim of “protecting the integrity of individual choice.”²² This provision has its source in the Employment Contracts Act (1991), its main aim there having been to confer upon employees the freedom not to belong to a union or take part in collective bargaining after many decades of compulsory unionism and the “blanket coverage” of awards. Under the Employment Relations Act (2000), employees continue to have the freedom not to belong to a union, and employers have the corresponding obligation to respect the integrity of individual choice, whether or not that choice is to belong to a union or a particular union. There are two provisions that directly back up this right. First, s 11(1) of the Act prohibits the exertion of “undue influence” in relation to membership or non-membership in a union or a particular union. Second, there is a personal grievance action available for “duress” where an employee “has been subject to duress in the employee’s employment in relation to membership or non-membership of a union or employees organisation.”²³ For a finding of duress, the employer must make membership or non-membership in a union or in a particular union a condition that must be fulfilled for the retention of employment, or must exert undue influence, or must offer to or threaten to withhold or actually withhold an incentive or advantage with the intention of inducing the employee to become or not become or cease to be a member of a union.²⁴ Remedies of reinstatement and compensation are available in such cases.²⁵

21. Section 19(1)(e)(iv) of the Legal Services Act (1991), as amended by the Employment Relations Act (2000) (Schedule 5).

22. Section 3(a)(iv).

23. Section 103(1)(f).

24. Section 110.

25. Sections 123 and 125.

2.2 Collective bargaining and industrial action

The Employment Relations Act promotes collective bargaining by making provision for trade union organization and other rights, by putting measures in place to encourage people to join unions, and by setting out good faith requirements for collective bargaining.

The statutory duty of good faith particularly comes into play, of course, in the context of collective bargaining. Section 32(1) of the Employment Relations Act provides that a union and an employer must do, at the very least, the following things:

- /// use their best endeavours to enter into a bargaining process arrangement for conducting the bargaining in an effective and efficient manner;
- /// meet each other, from time to time, for the purposes of the bargaining;
- /// consider and respond to proposals made by each other;
- /// even in the event of a deadlock about a matter, they must continue to bargain about any other matters on which they have not reached agreement;
- /// recognize the role and authority of any person chosen by each to be its representative or advocate;
- /// neither directly nor indirectly bargain about matters relating to terms and conditions of employment with persons whom the representative or advocate are acting for, unless the union and employer agree otherwise;
- /// not undermine or do anything that is likely to undermine the bargaining or the authority of the other in the bargaining;
- /// provide to each other, on request, information that is reasonably necessary to support or substantiate claims or responses to claims made for the purposes of the bargaining; if information is confidential, a mutually agreed independent third party should be appointed to review the information.²⁶

26. Section 34.

Industrial action is lawful once any existing collective agreement has expired, and any required strike notices have been given in specific industries.²⁷ Lawful industrial action does not constitute a breach of good faith.²⁸

Striking for multi-employer agreements, which had been unlawful under the Employment Contracts Act (1991), was made lawful under the Employment Relations Act, although current government policy is to change the law back to render such strikes unlawful.²⁹ The ILO Committee on Freedom of Association, in response to the Council of Trade Union's complaint in 1993, had found that strike action should be allowed in support of multi-employer collective contracts.³⁰ Sympathy strikes, however, remain unlawful in New Zealand, as are strikes over larger social and economic issues, despite the ILO Committee on Freedom of Association and Committee of Experts being of the view that such strikes should generally be permitted.³¹ In New Zealand, strikes are lawful only when they relate to the bargaining of a collective agreement³² or where there is a workplace health and safety issue.³³ In other words, the only legitimate target of a strike is the employer of the workers who are on strike, not another employer or the government.

The Employment Relations Act also includes limitations on the use of persons to perform the work of striking or locked-out workers,³⁴ which is also consistent with the ILO freedom of association principles.³⁵ The Committee on Freedom of Association has stated that: "The hiring of workers to break a strike in a sector which cannot be regarded as an essential sector in the strict sense of the term,

27. Sections 90 and 91, and Schedule 1, which sets out essential services.

28. Section 80(3).

29. National Party, *Policy 2011: Employment Relations*, 6.

30. *Digest*, paras 539-540.

31. *Digest*, paras 534-535 and *General Survey*, para 168 (sympathy strikes); *Digest*, paras 526-531 and 541-544; *General Survey*, para 166 (strikes over social and economic issues).

32. Section 83.

33. Section 84.

34. Section 97.

35. *Digest*, para 632-633.

and hence one in which strikes may be forbidden, constitutes a serious violation of freedom of association.”³⁶ In addition to the general limitation on the hiring of replacement workers, the use of volunteers and employees of other companies, such as subsidiary or parent companies,³⁷ is not permitted. The legislation provides that an employer may use another person to perform the work of a striking or locked-out worker only if the person is already an employee and has not been employed principally for performing the work of a striking or locked-out worker, and the person agrees to perform the work; or if it is necessary to use a replacement worker for health and safety reasons. Case law, however, has somewhat watered down one aspect of the limitation, and that is in relation to the scope of the expression “the work of a striking or locked-out employee,” which the Supreme Court held refers to the *type* of work done by a striking or locked-out employee, rather than the *actual* work of such an employee.³⁸ This approach was applied in a case where the employer used outside contractors who normally only performed 1-2% of the work concerned, but in the circumstances of a strike, were called upon to perform a much larger proportion of the work.

2.3 Unions

As under the Employment Contracts Act (1991), individuals have the choice to belong to a union or not (and therefore to be covered by a collective agreement or not), and there continues to be a prohibition on preference based on union membership or non-membership. In addition to unions, the Employment Relations Act recognizes that there can be “workers organisations,” and prohibits duress in relation to membership or non-membership in these as well.³⁹ Workers’ organizations, however, are not unions in terms of the legislation, and they are therefore unable to engage in collective bargaining,

36. *Digest*, para 632.

37. *NZ Dairy Workers’ Union Inc v. Open Country Cheese Company Ltd* [2011] NZCA 56.

38. *Air Nelson v. New Zealand Amalgamated Engineering, Printing and Manufacturing Union Inc* [2010] ERNZ 279, [2010] NZSC 53.

39. Section 110(1).

although they could be authorized by workers to represent them for their individual interests, such as pursuing a grievance or other legal action.⁴⁰

A union must be registered as an incorporated society under the Incorporated Societies Act (1908). Thus, under New Zealand law, it must have at least 15 members.⁴¹ The Employment Contracts Act (1991) was silent on the matter, but the legislation preceding it, the Labour Relations Act (1987), had required unions to have at least 1,000 members. The current minimum membership of 15 is compatible with ILO freedom of association principles. Article 2 of Convention 87 requires that workers “shall have the right to establish and... to join organizations of their own choosing.” The principle, as expressed by the Committee of Experts, is that the minimum number of workers required to establish a union should not be so excessive as to constitute an obstacle to its creation.⁴² The former 1,000 member rule had been criticized by the ILO Committee on Freedom of Association on the basis that “A minimum membership requirement of 1,000 set out in the law for the granting of exclusive bargaining rights might be liable to deprive workers in small bargaining units or who are dispersed over wide geographical areas of the right to form organizations capable of fully exercising trade union activities, contrary to the principles of freedom of association.”⁴³ The Committee had found in other cases that a minimum of 50 founding members was “obviously too high a figure” to comply with article 2, but that a legal requirement of 20 “does not seem excessive.”⁴⁴

Once incorporated, the society must apply to the Registrar of Unions for registration as a union. This is done merely by way of a statutory declaration setting out the reasons why the society is entitled to be registered.⁴⁵ The Registrar of Unions, an employee of the Ministry

40. Section 236.

41. Incorporated Societies Act 1908, s 4(1).

42. *General Survey*, paras 81 and 82.

43. *Digest*, para 968.

44. *Digest*, paras 284 and 292.

45. Section 13.

of Business, Innovation and Employment,⁴⁶ may cancel a union's registration only if the union itself applies for cancellation or if the Employment Relations Authority, the first level specialist legal forum, has made an order directing cancellation.⁴⁷ This is in line with ILO principles, which provide that the deregistration or dissolution of unions should be left in the hands of judicial rather than administrative authorities.⁴⁸

The main object of the union registration procedure is to ensure that the fundamental requirements for a union are met.⁴⁹ These include that:

- /// at least one object of the society is to promote its members' collective employment interests;
- /// the society's rules are not unreasonable, democratic, not unfairly discriminatory or prejudicial and not contrary to law; and
- /// the society is independent of, and is constituted and operates at arm's length from, the employer.

The requirement that a union be independent and operate at arm's length from the employer⁵⁰ is consistent with article 2(2) of ILO Convention 98, which deems as an act of interference with a workers' organization any act "which [is] designed to promote the establishment of workers' organisations under the domination of employers or employers' organisations, or to support workers' organisations by financial or other means, with the object of placing such organisations under the control of employers or employers' organisations."

Reinforcing the requirement that unions operate independently and at arm's length from employers is the legislation's prohibition against preference, that is, any contract, agreement, or other arrangement that confers preference on anyone because of their membership or

46. Section 27.

47. Section 17.

48. *Digest*, paras 683-684, 687, 699-700.

49. Section 14(1).

50. Section 14(1)(d).

non-membership in a union or in a particular union.⁵¹ The preference that is prohibited is that in relation to obtaining or retaining employment, or in relation to terms and conditions of employment (including redundancy), a person cannot be offered fringe benefits or opportunities for training, promotion, or transfer in exchange for joining or not joining a union. As the Employment Court observed, the prohibition against preference reinforces union independence “in a practical way by prohibiting preferences that may mean that unions do not operate independently of employers.”⁵²

One early and important case in the area of union independence was a decision by a Full Court of three judges of the Employment Court, which found that although there had been employer financial support of a newly formed in-house union, this did not breach the requirement of being independent of the employer.⁵³ The new union’s registration was challenged by an older, rival union on the basis that the new union had received both material and moral support from the employer.

The idea for establishing a new union came to a number of employees once the broad outlines of the proposed Employment Relations Act were clear and it became evident that there would be some advantages to belonging to a union. Membership in the older union was not viewed as an attractive option, as some members were disillusioned with it as suffering from what the Court described as “inertia.”⁵⁴ The advice of the managing director of the plant was sought, and he too saw advantages in having an in-house union. He made arrangements to help the employees concerned set up their new union. He had a law firm provide assistance with the establishment and registration of the union. The employer paid the law firm’s bill, and the firm kept the company informed as to progress. The company also paid NZ\$6,000 for union education for the members of the

51. Section 9(1).

52. *National Union of Public Employees (Inc) v. Asure New Zealand Ltd* [2004] 2 ERNZ 487, para 33.

53. *Meat & Related Trades Workers Union Inc v. Te Kuiti Beef Workers Union Inc* (2002) 6 NZELC 96,473.

54. *Ibid*, para 31.

fledgling union, and it granted the union a NZ\$300 loan for the purchase of second-hand computer equipment. It also granted a union official time off so that he could work on a large wage arrears claim initiated by the new union. The company subsequently attempted to persuade the new union to amalgamate with the older union, but this idea was rejected.

The challenge to union registration was unsuccessful because the Court focused on the substance rather than the form of the interaction, and concluded that the union was free of employer control. The Court found that the union was at all times constituted and operating independently of the employer. The initiative to organize the union had come from employees. Although the company paid for setting up the union, the presentations made to the workers by the law firm on various union options were balanced in so far as the company was concerned, presenting both the advantages and disadvantages of in-house versus larger unions. There was no evidence that the new union was not acting independently once it was established. The older union argued that the collective agreement settled by the new union was inferior to those elsewhere in the industry, indicating employer domination, but the Court found that the agreement was “reasonably balanced.”⁵⁵ Other signs of union independence in this case were the pursuit of the large wage arrears claim by the new union, and its refusal to amalgamate with the older union even though that was the wish of the company under a new managing director.

The case is important for indicating that the New Zealand approach to the issue of union independence is very much autochthonous. Thus, the Court remarked:

Despite periodic publicity about, and some community perceptions of, relationships of conflict or at least un-cooperativeness between unions and employers (both in the meat industry and generally), the reality of such day to day working relationships is usually otherwise. As evidence in this case has shown, there are, and have for a long time been, advantages to employers of either

55. *Ibid*, para 56.

a unionised work force and/or a union presence within work places. That has brought about long-standing practices such as the provision by employers of office and associated administrative space and facilities for unions in work places. That these are paid for by the employer but reserved for the exclusive and unrestricted use of unions has been an accepted part of those necessary relationships.⁵⁶

The operation of corresponding overseas legislation therefore has less persuasive value than considerations of how New Zealand industrial relations actually operate in practice. For example, the Court characterized the Canadian position as “considerably more prescriptive” than the New Zealand approach.⁵⁷ In New Zealand, employer assistance in the establishment of a union, even financial assistance, is acceptable so long as there is no limitation of union independence. The burden of proof in a challenge to union registration lies with the challenger on the balance of probabilities.⁵⁸

Unions have a number of important rights under the Employment Relations Act in addition to having the sole right to bargain for collective agreements.

Unions have rights of access to the employer’s premises for purposes related to their members’ employment, which includes monitoring compliance with a collective agreement and employment rights generally, as well as health and safety;⁵⁹ and for purposes related to the union’s business, which includes recruitment and discussing union business with union members.⁶⁰ This is in contrast to the Employment Contracts Act (1991), where the right to access for employees’ representatives had been limited to discussion of contract negotiations. Before entering a workplace, however, a union representative

56. *Ibid*, para 62.

57. *Ibid*, para 60.

58. *Ibid*, paras 71-72.

59. Sections 20(1) and (2).

60. Sections 20(1) and (3).

must obtain the employer's consent, which may not be unreasonably withheld.⁶¹

Employers also have an obligation to allow every union member employed by that employer to attend two union meetings of up to two hours each year on ordinary pay.⁶²

The legislation makes provision for "employment relations education."⁶³ Although contestable funding from the Ministry of Business, Innovation and Employment is available for employers and others to offer employment relations education,⁶⁴ in practice it is offered by unions mainly for their members. Trade union education had been a feature under the earlier Labour Relations Act (1987). There is also an entitlement for employment relations education leave that must be paid by the employer to employees nominated by their union.

The Employment Relations Act also has some provisions that attempt to deal with the issue of "free riders," but these have not been particularly successful. One set of provisions prohibits employers from automatically "passing on" union-negotiated terms and conditions to non-union members if this is done with the intention of undermining the collective agreement or collective bargaining.⁶⁵ This is treated as a breach of the employer's duty of good faith, but it is difficult to prove the requisite intent. Another set of provisions provides for the option of inserting a bargaining fee clause into a collective agreement.⁶⁶ Such a clause requires non-union members to pay the fee. The clause must be agreed to by the union and the employer, and must be approved by a secret ballot of all employees (union and non-union members alike) who are or would be covered by the agreement's coverage clause.

61. Section 20A(1) and (2).

62. Section 26.

63. Part 7.

64. Section 72.

65. Sections 59A-59C.

66. Part 6B (ss 69P-69W).

||| 3. INDIVIDUAL AUTONOMY

Finally, the issue of individual autonomy should be briefly considered, as there are a few illuminating comparisons and contrasts that can be made with collective autonomy.

In the bargaining context, it has already been seen that unions are entitled to information from the employer that is relevant to the bargaining. In relation to individuals who choose not to be represented by unions, the legislation addresses the issue of inherent inequality by requiring employers to provide individuals with relevant information at various stages of the employment relationship. The provision of information is a form of empowerment. Before being hired, employees must be given a written copy of the employment agreement,⁶⁷ and any aspect of the relationship that involves an inroad into job security (i.e., provisions for probationary, fixed-term, and trial periods) has to be expressed in writing.⁶⁸ Moreover, individuals must be given a reasonable opportunity to seek independent advice before concluding the employment agreement.⁶⁹ For workers whose continued employment is in jeopardy, the employer is required by the duty of good faith to grant access to information that is relevant to the decision, and an opportunity for affected employees to comment on the information before the decision is made.⁷⁰ In a recent case involving the making of redundancies, this requirement was found to entitle affected employees to a wide variety of information, including information not in documentary form but in the decision-maker's mind.⁷¹

The duty of good faith also applies to bargaining for individual agreements,⁷² but since the duty applies only to those whose employment is already on foot⁷³ it only extends to bargaining for variations

67. Section 63A(2)(a).

68. Sections 66-67A.

69. Section 63A(2)(b) and (c).

70. Section 4(1A).

71. *Vice-Chancellor of Massey University v. Wrigley* [2011] NZEmpC 37.

72. Section 4(4)(ba).

73. Section 4(2)(a).

of existing employment agreements or where an employee is negotiating in relation to another position with the same employer.

The legislation also provides for remedies for “unfair bargaining” in respect of individual employment agreements.⁷⁴ “Unfair bargaining” occurs when a party is unable to understand adequately the provisions or implications of an agreement by reason of diminished capacity; reasonably relies on the skill, care, or advice of a person acting on their behalf; is induced to enter into the agreement by oppressive means, undue influence, or duress; or where the worker did not have the information or opportunity to seek independent advice on the proposed employment agreement.⁷⁵ There is no corresponding provision for unfair bargaining under collective agreements. This is because collective bargaining is conducted by unions, which are required to be independent and work for the collective employment interests of their members. Moreover, collective bargaining has to be conducted in good faith by all parties to the bargaining.

|||| BIBLIOGRAPHY

Anderson, Gordon, *Reconstructing New Zealand's Labour Law: Consensus or Divergence?* (Wellington: Victoria University Press, 2011).

Coleman, Peter, *Progressivism and the World of Reform: New Zealand and the Origins of the American Welfare State* (Lawrence: University Press of Kansas, 1987).

Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, “General Survey”: *Freedom of Association and Collective Bargaining, General Survey of the reports on the Freedom of Association and the Right to Organise Convention (No. 87), 1948, and the Right to Organise and Collective Bargaining Convention (No. 98), 1949, Report III (Part 4B), International Labour Conference, 81st Session (Geneva: International Labour Office, 1994).*

74. Sections 68-69.

75. Section 68(2).

- Committee of the Governing Body of the ILO, *“Digest”: Freedom of Association, Digest of Decisions and principles of the Freedom of Association*, Fifth (revised) edition (Geneva: International Labour Office, 2006).
- Harbridge, Raymond, Dave Smith and David Wilkinson, “Conciliation and Arbitration on the Ropes (again): The case of Trinidad and Tobago” (2000) 25:3 *New Zealand Journal of Industrial Relations* 317.
- Holt, James, *Compulsory Arbitration in New Zealand: First Forty Years* (Auckland: Auckland University Press, 1986).
- May, Robyn, Pat Walsh and Catherine Otto, “Unions and Union Membership in New Zealand: Annual Review for 2003” (2004) 29(3) *New Journal of Employment Relations* 83.
- Perlman, Mark, *Judges in Industry: A Study of Labour Arbitration in Australia* (Melbourne: Melbourne University Press, 1954).
- Reeves, William Pember, *State Experiments in Australia and New Zealand* (London: Grant Richards, 1902).



SOCIAL PARTNERS' AUTONOMY AND ITS LIMITS. A POLISH PERSPECTIVE

Michał Seweryński*

IIII 1. LEGAL BASIS OF SOCIAL PARTNERS' AUTONOMY

The autonomy of social partners, i.e., trade unions and employer organizations, is guaranteed by international law on trade union freedom and stems from fundamental human rights and freedoms. Constitutions of democratic states are based on the same foundation and that is why their provisions confirm and further develop social partners' autonomy, which limits state intervention in social relations in order to reinforce the individual rights of citizens and their communities (as stated in the Preamble to the 1997 Constitution of the Republic of Poland).

* Professor and former President of Lodz University (Poland), visiting professor at foreign universities, author, co-author, and editor of books and articles on labour law, President of the International Society for Labour Law and Social Security, former member of the Pope's Council for Laity, former Polish Minister of Science and Higher Education, senator of the Polish Republic.

In Polish legal doctrine, the prevailing opinion is that in the field of industrial relations the principle of subsidiarity requires granting employees and employers freedom to regulate relations between them according to changing market and social conditions. At the same time this doctrine says that intervention by public authorities in relations between social partners is necessary to protect such values as the rule of law and social justice, public welfare, or state supervision of working conditions. All of these values have been recognized in the Polish Constitution, which therefore allows for statutory limitations on trade union freedom (art. 59.2 and 3), under the condition that such limitations cannot be in conflict with binding international agreements.

IIII 2. ORGANIZATIONAL AUTONOMY

Social partners need the most autonomy in the establishment and functioning of their organizations. In this respect, Polish law is fully consistent with international standards, as trade unions, like employer organizations, can be freely established without having to seek permission from any authority. However, once established, trade unions and employer organizations have to be registered by a court. This registration is not a pure recording procedure, as the court may refuse to register such an organization if its by-laws are not in accordance with legal requirements. Such a refusal certainly limits the freedom to establish trade unions and employer organizations. According to the principle of trade union freedom, liquidation of a trade union or an employer organization depends on the founders' wishes. However, the Polish court may cross a trade union off the register if its activity is not consistent with the law, imposing on it a duty to stop any activity immediately, which *de facto* means its liquidation.

The internal autonomy of trade unions and employer organizations is guaranteed by two Polish acts on trade unions and employer organizations, both from 1991. Thus, the above organizations can decide on the content of their by-laws including such matters as

membership, establishment of internal units (including their legal personality), and financing of their own activities (e.g., the cost of membership fees). The 1991 acts oblige trade unions and employer organizations to include specific provisions in their by-laws. However, such provisions are not considered a limitation on their autonomy, as they are secondary in nature and, to some extent, they even guarantee internal democracy within these organizations.

Trade union autonomy in Poland seems particularly strong at the union local level. This is due to some Labour Code provisions and to the 1991 trade union law granting union locals a number of their own prerogatives. Furthermore, the 1991 law allows the union to grant legal personality to its locals. Trade unions usually use this right in order to reinforce the legal position of their union locals in relations with the employer. However, this practice weakens the position of a trade union as a whole, as it cannot be a direct party to an employer on a company level. At the same time a union local, being weaker than the whole trade union (especially economically), is a less credible partner for an employer than the whole trade union. On the other hand, employer organizations cannot grant legal personality to their organizational units.

3. BARGAINING AUTONOMY

The Polish Constitution fully recognizes the trade unions' and employer organizations' freedom to negotiate collective labour agreements (art. 59.2).¹ Moreover, Polish legal doctrine considers that constitutional guarantees are of a minimal character and, consequently, the scope of civil liberties, including bargaining autonomy, can be further extended by ordinary acts of law. It has

1. According to Polish law, collective accords differ from collective agreements, as they can be concluded only on the level of a plant and only concerning matters specifically defined by the law. Moreover, only a trade union can be a party to a collective agreement, whereas a non-trade union representation can be a party to a collective accord if in a given plant there are no trade unions.

also to be stressed that collective labour agreements and collective accords are considered by the Polish Labour Code to be a source of law, which regulates rights and obligations of the parties to an employment relationship (art. 9§1 Labour Code).

International law does not limit in any way the bargaining autonomy of social partners, thus allowing the formation of negotiated labour law based on collective agreements. However the Polish Constitution, in accordance with ILO Convention No. 154,² does not implement the model of negotiated labour law. On the contrary, it imposes on the state the obligation to guarantee legal protection of work and to supervise the conditions of its performance (art. 24 Constitution). Thus, the Constitution *implicitly* imposes regulation of labour relations by statutory law, giving collective agreements a supplementary role to play. The Polish legislator has thus adopted the classic paradigm in the relationship between statutory law and collective agreements, despite recent arguments raised in favour of deregulating modern labour law and making it more flexible.³

The statutory model of labour law does not exclude the bargaining autonomy of social partners. However, its scope depends to a great extent on the space left for collective bargaining by statutory law. In European countries, statutory regulation of labour relations usually prevails and bargaining law hardly ever prevails over statutory law.⁴ In Poland, statutory labour law regulates almost all of the union locals. Moreover, Polish trade unions and employees themselves prefer the statutory model of labour law, as they think it gives stronger guarantees for protection of employees' rights. This is certainly a consequence of long-lasting marginalization of collective bargaining during the communist regime.

-
2. The ILO's Committee of Experts allows for national law to limit the right to collective bargaining for social and economic reasons. See Betten, 1993: 96 and following.
 3. See Bronstein, 2009: 11 and following.
 4. Danish labour law is given as an example of negotiated law domination. See Hasselbalch, 2005: 30. See also Malmberg, 2002: 90-192, 210-211 and Fahlbeck, 2002: 89 and following.

Broad statutory regulation of labour relations does not preclude bargaining freedom, especially if statutory law clearly allows collective agreements to make derogations from statutory provisions. This is the case with Poland. However, it is forbidden to make derogations in a collective agreement to the detriment of employees (art. 9§2 Labour Code). This ban is protective in nature and is consistent with article 24 of the Constitution, which obliges the state to guarantee protection of labour. Nevertheless, the parties to an agreement are allowed to establish a higher yearly limit of extra hours than the one provided for in the law (art. 151§4). But this rarely happens in practice, and if it does employees are usually compensated with other benefits.⁵ Moreover, a trade union or, if one does not exist in a company, an employee representation established *ad hoc* can also enter into an agreement that suspends the company's regulations and the collective agreements if the employer is in financial difficulty. However it is forbidden to suspend statutory labour law provisions (art. 9.1 and 241.27 Labour Code) this way.

The key provision for the right to collective bargaining is article 77.1 of the Labour Code, as it imposes bargaining as a method to regulate wages and salaries, excluding employers with fewer than 20 employees or civil servants. Moreover, article 239§2 of the Polish Labour Code allows the parties to extend an agreement to persons employed on a basis other than a contract of employment. The social partners' bargaining autonomy is limited by the Labour Code when it comes to provisions concerning matters "regulated in labour law provisions which are of absolutely binding character" in collective agreements (art. 240§2 Labour Code). Nevertheless, it seems that the rule of the beneficial character of collective agreements is not precluded by the above provision. Moreover, this beneficial character should be evaluated not only in an economic context, but also in a wider one.⁶

5. The Portuguese Labour Code of 2003 is an example of a liberal approach to the relationship: collective agreements – statutory law (art. 4 and 5). Portuguese Labour Code, Law No. 99/2003, August 27.

6. Florek, 2010: 154 and following.

IIII 4. AUTONOMY IN COLLECTIVE DISPUTES

The right to initiate and engage in collective labour disputes is a trade union freedom granted to employees and employers, which is based above all on ILO Convention No. 87 and also in some other acts of international law. Even though that Convention does not directly refer to collective disputes, the right to engage in such disputes, including the right to strike and to apply other means of protest, have been derived from the Convention by the Committee on Freedom of Association. The right to strike *expressis verbis* and to engage in collective actions by both social partners is recognized in the European Social Charter and in the EU Charter of Fundamental Rights.

According to the above-quoted acts of international law, national law can limit the autonomy of social partners in collective disputes while taking into account the necessity to create the conditions for benefits flowing from freedoms other than trade union freedoms and the need to preserve social peace or to defend an important interest of the state. These limitations may especially apply to the right to strike and to other collective means of protest. They are clearly authorized by the Polish Constitution (art. 59.3) and further specified by the Act on Collective Dispute Settlement (1991).

The autonomy of social partners is symmetrical, as trade union freedom applies to both sides. However, there are some derogations from this symmetry of autonomy, particularly in collective disputes. First of all, according to Polish law⁷ collective disputes can be initiated only by trade unions and only this party has the right to use protest tactics in a dispute, including strike action. Employers do not have the right to initiate a collective dispute. This position adopted by the Polish legislator is usually justified by the fact that employers can take care of their interests through collective negotiations during which they have an economic advantage over their employees. However, Polish legal doctrine has pointed out that employers' interests are not protected enough, as a trade union may refuse to negotiate.⁸

7. Collective Dispute Act (1991).

8. Hajn, 1999: 87.

The law limits the right of trade unions to initiate a collective dispute by specifying the subject of the dispute and by excluding the possibility of initiating a dispute over a collective agreement if it is still binding. This second limitation, which is justified by the legislator's wish to preserve social peace, has not been challenged by Polish legal doctrine, whereas limitation of the subjects of a collective dispute by listing them is considered to be contrary to the position of the ILO Committee on Freedom of Association. This creates grounds for saying that trade unions cannot be refused the right to a collective dispute whenever it is necessary to defend employees' rights and interests. This position is based on the universally recognized trade unions' aim i.e., to represent and defend employees' rights and interests, as confirmed in the Polish Trade Unions Act of 1991.

The most far-reaching limitations apply to the union's right to strike and to use other means of protest. These limits are based on article 59.3 of the Polish Constitution, in keeping with international law, which prefers peaceful methods of collective dispute settlement. The above limitations aim to preserve social peace in labour relations and to protect the public interest, which can be especially affected in cases of wide-ranging collective disputes. However, in Polish legal doctrine, many doubts have been expressed over the way of limiting the right to strike. Some limitations are even considered inconsistent with the position of the ILO Committee on Freedom of Association. In particular, it has been stressed that Polish law lacks the term *essential services*, which is used by the above Committee, even though this term has also caused some interpretation problems.⁹

Polish labour law does not clearly recognize the right of employers to lockout in response to an illegal strike by employees. This again shows that employers are not treated equally in a collective dispute.¹⁰ Similarly, there are provisions that provide a possibility to settle a collective dispute by way of arbitration, and these provisions are also considered a unilateral limitation of their position, as this right

9. See Samuel, 1997: 168.

10. See Świątkowski, 1996: 36 and following.

is granted only to trade unions. However, the arbitration decision is binding only when both parties to a collective dispute accept it.

In cases of collective dispute, the principle of freedom of coalition requires granting the parties a free choice of means to reach a settlement. The most important in this respect is the freedom to negotiate an agreement based on a real balance of social partners' interests. According to ILO Convention No. 154, such negotiations should be voluntary, whereas the 1991 Polish Act on Collective Dispute Settlement imposes negotiations as a mandatory procedure, obliging the employer to start negotiations immediately after the employees' trade union has presented its demands. The freedom of both parties to a collective dispute is also limited by the obligation to submit it to mediation if an agreement is not reached through negotiation.

It can thus be clearly seen that as regards the choice of procedures to solve a collective dispute and the order in which they are applied, Polish law leaves no freedom to its parties by imposing on them, first, negotiations and, then, mediation. It is not contrary to international standards although there are countries where the parties to a collective dispute have a free choice among available procedures.¹¹ It seems, however, that under Polish law the parties can negotiate at every stage of a dispute, as negotiation proceeds toward an agreement.

* * *

The social partners' autonomy was rebuilt in Poland during the process of democratic transformation after the Solidarity revolution. The fundamental elements of the autonomy are already integrated into industrial relations but there are still some loopholes and controversies, which will have to be eliminated by improving national legislation.

11. This is the case in French law. See Pelissier, Supiot, Jeammaud, 2002: 1224.

BIBLIOGRAPHY

- Betten, Lammy, *International Labour Law: Selected Issues* (Deventer: Kluwer, 1993).
- Bronstein, Arturo S, *International and Comparative Labour Law: Current Challenges* (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2009).
- Fahlbeck, Reinhold, "Industrial Relations and Collective Labour Law: Characteristics, Principles and Basic Features" in Peter Walhlgren, *Stability and Change in Nordic Labor Law – Scandinavian Studies in Law*, vol. 43 (Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2002) 87.
- Florek, Ludwik, *Ustawa i umowa w prawie pracy* (Warsaw: Wolters Kluwer, 2010).
- Hajn, Zbigniew, *Status prawny organizacji pracodawców* (Warsaw: C. H. Beck, 1999).
- Hasselbalch, Ole, *Labor Law in Denmark* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005).
- Malmberg, Jonas, "The Collective Agreement as an Instrument for Regulation of Wages and Employment Conditions" in Peter Walhlgren, *Stability and Change in Nordic Labor Law – Scandinavian Studies in Law*, vol. 43 (Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2002) 189.
- Pelissier, Jean, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, 21st ed. (Paris: Dalloz, 2002).
- Samuel, Lenia, *Fundamental Social Rights: Case Law of the European Social Charter* (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1997).
- Świątkowski, A, *Lokaut (Studium stosunków przemysłowych)* (Kraków: Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej, 1996).
- Seweryński, Michał, *Polish Labor Law: From Communism to Democracy* (Warsaw: ABC Publishers, 1999).



LE DROIT FRANÇAIS DU TRAVAIL EST-IL TOUJOURS UN DROIT DE PROTECTION DES SALARIÉS ?

Jean Pélissier*

Traditionnellement, le droit français du travail était présenté comme un droit de protection des salariés. Son originalité et sa finalité étaient d'assurer la défense de travailleurs salariés face à des « patrons » tout puissants. Entre le faible et le fort, la loi devait édicter directement des règles interdisant le travail des enfants, imposant des temps de repos dans le travail des adultes (limitation de la journée de travail, repos hebdomadaire, congés annuels), garantissant un minimum salarial, organisant la sécurité sur les lieux de travail, etc. À côté de ces interventions directes et impératives de l'État, l'action collective des salariés se voyait reconnaître une place importante pour permettre à ces derniers d'améliorer et de renforcer leurs droits. La représentation du personnel dans les entreprises, le développement de la négociation collective aux différents

* Professeur émérite, Université Toulouse I, France et Docteur honoris causa de l'Université Laval. Ce texte a été rédigé en août 2012 et publié en l'état.

niveaux (accords nationaux interprofessionnels, accords de branche nationaux ou régionaux, accords d'entreprise) et l'exercice du droit de grève ont favorisé l'acquisition de nouveaux droits. Ce caractère protecteur à l'égard des salariés se traduisait par l'affirmation d'un principe général dit « principe de faveur » (Jeammaud, 1999 ; Péliissier, 2001 ; Péliissier, Auzero et Dockès, 2012). Dès lors que plusieurs règles de droit étaient en conflit, la règle la plus favorable au salarié l'emportait.

Le caractère protecteur du droit du travail se doublait d'un caractère progressif de celui-ci. En 1980, Gérard Lyon-Caen pouvait encore écrire : « L'évolution historique témoigne d'une orientation lente, mais constante dans le sens du *progrès social*. Certes il y a parfois des reculs, mais ils sont l'exception et il est difficile au législateur, même aux périodes politiquement ou socialement conservatrices, d'abroger les lois sociales, sinon pour les remplacer par des meilleures. Répugnant à toute régression, on a pu dire que le droit social évoluait à sens unique » (Lyon-Caen, 1980 : 19).

Une telle présentation du droit du travail est-elle toujours exacte ? Le caractère protecteur et, plus encore, le caractère progressif du droit du travail ne sont-ils pas aujourd'hui remis en cause ?

Un courant doctrinal, influencé par les économistes libéraux, tend à mettre en exergue les prétendus méfaits du droit du travail. Il appelle à sa disparition ou du moins à la disparition des dispositions qui protégeraient trop les salariés. Le discours est celui de la libre concurrence et de la compétitivité des entreprises. Pour être compétitives, les entreprises doivent pouvoir réduire les coûts salariaux, c'est-à-dire revoir à la baisse les clauses salariales ou délocaliser la production dans des pays où la main d'œuvre est moins onéreuse, modifier unilatéralement les attributions ou le lieu de travail des salariés, et même licencier sans contrainte pour faire face à une diminution des profits. En un mot, il faut redonner de la flexibilité aux relations de travail. Dès lors, il ne s'agit plus de protéger les salariés et de leur assurer une sécurité d'emploi et de rémunération. L'objectif est de permettre aux entreprises de s'adapter, rapidement et à moindre

coût, aux exigences du marché. La libre concurrence n'épargne plus les règles du travail. Le travail des salariés est devenu, comme le prix du terrain ou des machines, une variable d'ajustement.

Cette approche ne fait pas l'unanimité. D'autres voix se font entendre. Le salarié ne peut pas être qu'une variable d'ajustement. L'épanouissement de l'homme, la protection de sa santé, le respect de ses libertés, la reconnaissance de sa dignité doivent demeurer la finalité du droit. Il est destructeur de vouloir inverser les rapports de cause à effet ; la recherche du profit ne doit pas prévaloir sur le respect de la personne humaine. L'organisation de la société ne peut avoir qu'un objectif : la protection de chacun de ses membres. Et l'organisation des rapports économiques n'a de sens que si elle permet d'atteindre ce résultat.

Quelle a été l'influence de ces deux courants de pensée sur l'évolution du droit français du travail ? Les crises, économique et financière, qui se succèdent depuis une quarantaine d'années ont-elles renforcé la tendance lourde qui, dans de nombreux pays, fait prévaloir les approches économiques sur les approches humanistes et juridiques ? Assiste-t-on à la remise en cause du caractère protecteur et progressiste du droit du travail français ?

Pour répondre à ces questions, il faut d'abord et nécessairement porter un regard sur le système juridique. Le droit n'est pas qu'un ensemble de règles ; il est principalement une coordination de ces règles et cette coordination donne naissance à un système. L'organisation de ce système peut tendre à assurer une protection toujours plus grande des salariés. Elle peut tout aussi bien tendre à accroître les pouvoirs des employeurs et à limiter les droits des salariés. En droit français du travail, l'évolution du système est, depuis plusieurs années, clairement défavorable aux travailleurs. On est passé graduellement d'un système protecteur et progressif à un système régressif (1).

Cette évolution du système provoque inévitablement un affaiblissement de la protection des salariés. Encore faut-il apprécier l'étendue et la portée de cet affaiblissement (2).

|||| 1. L'ÉVOLUTION DU SYSTÈME : D'UN SYSTÈME PROGRESSIF À UN SYSTÈME RÉGRESSIF

|||| 1.1 Le système progressif traditionnel

Traditionnellement, le système français de droit du travail était organisé de telle façon que la règle de droit était de plus en plus favorable aux salariés au fur et à mesure qu'elle se rapprochait du salarié individu. En ce sens aussi, on pouvait qualifier ce système de système progressif.

La coordination des règles (le système) reposait sur trois principes directeurs.

Premier principe. La loi, générale et impersonnelle, posait un certain nombre de règles protectrices des salariés, qui étaient impératives (salaire minimum, durée du travail, aménagements des lieux de travail, protection contre le licenciement). Ce caractère impératif avait une dimension originale : les droits reconnus par la loi aux salariés ne pouvaient pas leur être retirés, ni par la convention collective, ni par le contrat de travail. Ils pouvaient, en revanche, être étendus, améliorés par la convention collective ou par le contrat de travail. On ne pouvait pas déroger à la loi *in pejus*, mais on pouvait le plus souvent déroger à la loi *in melius*.

Le deuxième principe concernait la coordination des accords collectifs entre eux. Le droit français a d'abord reconnu une force juridique originale aux accords collectifs de branche. Les acteurs sociaux concluaient un accord qui avait vocation à s'appliquer à tout un secteur d'activité (métallurgie, chimie, restauration, bâtiment, travaux publics). Ces accords pouvaient avoir une portée nationale ou régionale. Plus récemment, la loi a reconnu aux accords d'entreprise, d'une part, et aux accords nationaux interprofessionnels, d'autre part, les effets propres des conventions collectives. Il y a ainsi plusieurs niveaux de négociations et d'accords collectifs à portée plus ou moins large : les accords nationaux interprofessionnels (qui s'appliquent dans l'ensemble du pays et dans les différentes professions), les accords nationaux de branche, les accords régionaux de

branche, les accords d'entreprise et les accords d'établissement. Le principe était qu'un accord pouvait toujours contenir des clauses plus favorables que celles qui étaient contenues dans un accord ayant une portée plus étendue dans l'espace ou dans la profession. Un accord de branche pouvait prévoir des clauses plus favorables aux salariés que celles contenues dans un accord interprofessionnel. Un accord d'entreprise pouvait prévoir des salaires plus élevés ou des congés payés plus longs que ceux fixés dans l'accord de branche. Mais l'inverse était toujours interdit. Un accord d'entreprise ne pouvait pas, par exemple, prévoir des salaires moins élevés que ceux fixés par l'accord de branche applicable dans l'entreprise.

Le troisième principe consacrait la faculté de résistance du contrat de travail à la loi et aux accords collectifs lorsqu'il s'agissait de maintenir les droits du salarié. Les droits reconnus au salarié par le contrat ne pouvaient pas être mis en cause par une convention collective ou même par la loi. En revanche, le contrat pouvait améliorer les droits prévus par la convention collective ou par la loi.

Ce système de protection a été graduellement déstructuré. Il a changé de nature pour devenir, à l'opposé de ce qu'il était, un système de régression.

1.2 Un système de régression

La mise en place de ce système de régression s'est effectuée en trois temps.

Premier temps. Il devient possible de déroger à la loi de façon défavorable aux salariés par la voie de la négociation collective. Cette faculté de dérogation a d'abord été ouverte, en matière d'aménagement du temps de travail, aux seuls accords de branche, étendus par arrêté ministériel (Lyon-Caen et Pélissier, 1990).

Progressivement, les possibilités de dérogations ont été de plus en plus largement ouvertes. Après les lois du 4 mai 2004 (art. 43) et du 20 août 2008, il devient possible de déroger à la loi par de simples accords d'entreprise. L'évolution est redoutable. Dans notre système conventionnel, la négociation de branche offre, pour les salariés,

beaucoup plus de garanties que la négociation d'entreprise ; les négociateurs syndicaux au niveau des branches sont mieux aguerris à la négociation que les négociateurs dans l'entreprise. En outre, le contrôle possible de l'autorité gouvernementale a disparu puisque la dérogation est possible en l'absence de tout arrêté d'extension par le ministre.

Par le biais des accords collectifs, la limitation de la durée journalière de travail (en principe 10 heures) peut être portée à 12 heures par accord collectif étendu ou par accord d'entreprise (art D 3121-19). De même, des accords collectifs peuvent prévoir que la durée du travail ne sera plus calculée dans le cadre de la semaine, mais dans le cadre de plusieurs mois ou de l'année. Alors que la durée légale du travail est de 35 heures par semaine, un accord collectif peut donner à l'employeur le droit de faire travailler les salariés moins de 35 heures certaines semaines (par exemple 25 heures) et de faire, au contraire, travailler beaucoup plus de 35 heures d'autres semaines (par exemple 45 heures). Si la moyenne annuelle ne dépasse pas 35 heures, les salariés n'auront pas droit au paiement majoré des heures supplémentaires pour les semaines où ils ont travaillé plus que la durée légale. De la même façon, ils n'auront pas droit au chômage partiel, les semaines où ils ne travaillent que 20 heures. Ce système donne de la flexibilité dans l'aménagement du temps de travail, mais il prive les salariés et de la majoration des salaires pour heures supplémentaires et de l'indemnisation du chômage partiel, sans compter les incidences sur la santé et la vie familiale.

Deuxième temps. Il devient possible de déroger par voie d'accords d'entreprise à des accords de branche nationaux ou régionaux. Depuis la loi du 4 mai 2004, une convention peut comporter des dispositions moins favorables que celles contenues dans une convention antérieure ayant un champ d'application plus large. Un accord d'entreprise peut contenir des dispositions moins favorables que celles contenues dans un accord de branche conclu antérieurement et ce sont les dispositions de l'accord d'entreprise qui seront appliquées. Pour qu'il en soit autrement, il est nécessaire que l'accord

collectif à portée générale interdit expressément cette possibilité de dérogation défavorable¹.

Troisième temps. C'est celui du recul des droits contractuels. En principe, le contrat de travail, comme tous les contrats, a force obligatoire. Il contient des droits et des obligations et ceux-ci ne pouvaient être modifiés que par la volonté commune des parties. En particulier, les acteurs sociaux ne pouvaient pas, en concluant un accord collectif, enlever aux salariés les droits que l'employeur leur avait reconnus en signant le contrat. Une modification du contrat supposait un nouvel accord bilatéral entre le salarié et l'employeur. Telle était la règle jusqu'à un passé récent. Il y a encore moins de deux ans, la Cour de cassation l'appliquait fermement. Un accord collectif de modulation du temps de travail ne pouvait pas imposer à un salarié une variation importante de la durée du travail d'une semaine sur l'autre lorsque celui-ci avait été engagé avec un contrat qui prévoyait une durée régulière du temps de travail hebdomadaire. « L'instauration d'une modulation du temps de travail constitue une modification du contrat de travail qui requiert l'accord exprès du salarié². » Cette protection des droits des salariés a été bouleversée par la loi du 22 mars 2012. Cette loi, relative à la simplification du droit, intègre dans le Code du travail une nouvelle disposition selon laquelle « la mise en place d'une répartition des horaires sur une période supérieure à la semaine et au plus égale à l'année prévue par un accord collectif ne constitue pas une modification du contrat de travail ».

Au début de cette même année 2012, le gouvernement Fillon avait lancé *une nouvelle opération généralisant le recul de la force obligatoire du contrat de travail*. Il s'agissait de laisser aux organisations patronales et syndicales deux mois pour conclure un accord national interprofessionnel sur les accords d'entreprise

-
1. Les dispositions de la loi du 4 mai 2004 ne valent que pour l'avenir : le silence des conventions conclues antérieurement à la réforme ne peut pas s'interpréter comme ouvrant une faculté de dérogation défavorable aux salariés (*Cass soc* 9 mars 2011 n° 09-696647 *RDT* 2001 p. 324 et s.).
 2. *Cass soc* 28 septembre 2010 *SSL* 2010 n° 1464 p. 12 obs F. Favennec-Héry.

«compétitivité-emploi». L'objectif était de favoriser des accords d'entreprise donnant donnant, les salariés acceptant des concessions en matière de rémunération, de réduction ou d'aménagement du temps de travail en échange d'engagements de l'entreprise sur l'emploi. L'idée dominante était de permettre à des accords d'entreprise de poser des règles nouvelles en matière de rémunération et de temps de travail qui s'imposeraient aux salariés, y compris à ceux dont les contrats sont en cours au moment de la conclusion de l'accord. Le refus des salariés de se soumettre à de nouvelles règles défavorables aurait été à tout le moins un juste motif de licenciement. Quelques réunions ont eu lieu. Elles n'ont pas abouti. Les élections présidentielles et la mise en sommeil du Parlement pendant cette période électorale n'ont pas permis au gouvernement de faire adopter par le Parlement son projet de réforme. Le changement de majorité présidentielle laisse espérer que ce projet, du moins dans sa forme initiale, sera abandonné.

Ce tour d'horizon fait apparaître un net recul de la protection des droits des salariés. Il convient maintenant d'en apprécier la réelle portée.

IIII 2. LA VÉRITABLE PORTÉE DE L'AFFAIBLISSEMENT DE LA PROTECTION

Le système de régression, qui a été mis en place, ne peut qu'entraîner un affaiblissement de la protection des salariés. Encore faut-il prendre la mesure de cet affaiblissement. Cet affaiblissement est-il d'ores et déjà significatif ou reste-t-il limité ?

Si l'on s'en tient aux apparences, l'affaiblissement n'est pas, malgré les crises économiques et financières, très important. La protection des salariés semble être encore une donnée dominante dans les différents domaines du droit du travail (2.1). Mais les apparences peuvent être trompeuses (2.2).

2.1 Les apparences de la protection

1) Le législateur n'a pas supprimé frontalement les principales règles de protection des salariés. Les droits syndicaux n'ont pas été remis en cause. Le droit de grève est un droit constitutionnel et demeure incontesté. Les acteurs sociaux gardent un large pouvoir de négociation.

Dans le domaine des droits individuels, les mesures phares n'ont pas subi d'atteintes caractérisées. Il y a eu des tentatives, mais elles ont échoué. L'exemple le plus marquant a concerné les « contrats nouvelles embauches ». Une ordonnance du 2 août 2005 avait créé cette nouvelle catégorie de contrats qui étaient des contrats à durée indéterminée permettant à l'employeur de rompre librement ceux-ci au cours des deux premières années. L'employeur était, pendant cette période de deux ans, dispensé de respecter une procédure de rupture et n'avait plus l'obligation de justifier sa décision. Des manifestations de grande ampleur, associées à une condamnation de l'OIT, ont incité le gouvernement à abandonner sa réforme. Cet épisode illustre le rôle que peuvent jouer les normes internationales pour assurer la protection des salariés³.

2) Si l'on s'en tient aux apparences, on constate non seulement que les droits acquis par les salariés au cours des précédentes décennies n'ont pas été supprimés, mais on peut aussi relever que de nouvelles protections ont été attribuées aux salariés dans la plupart des domaines couverts par le droit du travail.

Dans le domaine de l'emploi, de nouvelles règles prohibant la discrimination entre les salariés ont été affirmées aussi bien au regard de l'accès à l'emploi qu'au regard de la perte de celui-ci. La discrimination entre hommes et femmes est prohibée, comme le sont les

3. La *Convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement* a été invoquée par la Cour de cassation pour refuser d'appliquer l'ordonnance du 2 août 2005 (*Cass soc* 1^{er} juillet 2008 RJS 10/08 n° 1016 ; Rapport JM Béraud, *RJS* 10/08 p. 775 ; avis de Jacques Duplat *RDT* 2008 p. 504).

discriminations, notamment en raison de l'âge, du sexe, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de la situation de famille ou de la grossesse, de l'état de santé ou du handicap, de l'appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, des opinions politiques, des activités syndicales, des convictions religieuses, de l'apparence physique, de la religion. De même, les conditions des licenciements pour motif économique sont devenues de plus en plus rigoureuses⁴. Par ailleurs, la jurisprudence a joué un rôle considérable en abandonnant la validité de principe des clauses de non-concurrence. Les employeurs inséraient très fréquemment dans les contrats de travail ou les conventions collectives des clauses interdisant aux salariés de travailler, après la rupture du contrat, pour le compte d'un employeur concurrent. Ces clauses étaient considérées comme licites même si le salarié ne bénéficiait d'aucune contrepartie. Celui-ci acceptait une limitation considérable à sa liberté de travailler – et en particulier dans les domaines où il était le plus compétent – sans recevoir la moindre indemnité compensatrice. Ceci est désormais prohibé⁵. Mieux. Même en achetant cette limitation à la liberté du travail, l'employeur ne peut pas tout se permettre. En particulier, la clause de non-concurrence n'est licite que si elle est nécessaire à

-
4. L'employeur est tenu de suivre une procédure longue et complexe pour procéder à un licenciement collectif. Il doit consulter les représentants du personnel et leur soumettre un plan de sauvegarde de l'emploi. Ce plan doit contenir un plan de reclassement interne, ayant pour but de limiter le nombre de licenciements et un plan de reclassement externe. La loi précise que, lorsque l'employeur n'a pas présenté de plan de reclassement ou lorsque ce plan de reclassement est insuffisant, la procédure de licenciement peut être annulée par le juge. Les possibilités de reclassement doivent être recherchées non seulement dans l'entreprise qui envisage le licenciement, mais aussi dans les entreprises qui constituent avec elle une unité économique et sociale et dans les entreprises qui appartiennent au même groupe. Le plan de reclassement sera ainsi jugé insuffisant si l'employeur a recherché les possibilités de reclassement seulement dans son entreprise. Et la Cour de cassation juge que, à défaut d'un plan de reclassement suffisant, la nullité encourue n'est pas seulement la nullité de la procédure. La nullité touchera tous les licenciements qui ont été notifiés avant que la nullité de la procédure n'ait été prononcée.
 5. L'indemnité de non-concurrence est due en toutes circonstances, y compris lorsque le salarié a été licencié pour faute grave ou lorsqu'il a démissionné (*Cass soc* 4 juin 2008 pourvoi n° 04-40.609; *Cass soc* 28 juin 2006 n° 05-40990).

la sauvegarde des intérêts de l'entreprise⁶ et si elle ne prive pas le salarié de la possibilité d'utiliser ses compétences professionnelles⁷.

Dans le domaine des conditions de travail, de nombreuses réformes législatives ou jurisprudentielles ont amélioré la protection des salariés. La reconnaissance des droits fondamentaux des salariés est de plus en plus fréquemment évoquée. Des textes nouveaux protégeant les salariés contre le harcèlement moral (art. L 1152-1 C.trav.) et le harcèlement sexuel (art. L 1153-1 C. trav.) ont été adoptés. La dignité de la personne du salarié est prise en considération par les tribunaux. L'humiliation d'un salarié par un supérieur hiérarchique peut justifier la résiliation judiciaire du contrat de travail aux torts de l'employeur⁸.

L'encadrement du pouvoir disciplinaire de l'employeur s'affirme de plus en plus clairement. Les règles de procédure disciplinaire et, en particulier, les règles de consultation d'organes paritaires avant la prise de décision de l'employeur doivent être strictement observées⁹. Si tel n'est pas le cas, la sanction sera annulée, sauf s'il s'agit d'un licenciement¹⁰. La vie privée des salariés, y compris sur les lieux de travail, doit être respectée. La liberté d'expression des salariés est assez efficacement protégée. La sécurité des salariés est mieux assurée (reconnaissance du droit de retrait en cas de situations dangereuses¹¹) (Pélissier, Auzero et Dockès, 2012).

6. *Cass soc* 14 mai 1992 *D.* 1992.350 note Y. Serra.

7. *Cass soc* 10 juillet 2002 *D.* 2002 J 2491 note Y. Serra, som 3111 note J. Pélissier ; *Cass soc* 18 septembre 2002 *D.* 2002. 3220 note Y. Serra.

8. *Cass.soc.* 7 février 2012 n° de pourvoi 10-18686 publié au Bulletin, commenté à la *Revue Française de droit du travail* (mai 2012 p. 282) par le Professeur Gilles Auzero. La Cour d'appel avait débouté une salariée d'une demande de résiliation judiciaire fondée sur des propos indécents aux termes desquels l'employeur lui reprochait de dégager des odeurs nauséabondes en évoquant « une gangrène, une incontinence ». La Cour de cassation casse la décision de la Cour d'appel au motif que « l'atteinte à la dignité de son salarié constitue pour l'employeur un manquement grave à ses obligations ».

9. *Cass soc* 16 novembre 2005 *RJS* 3/6 n° 350 ; 18 octobre 2006 *RDT* 2006.354.

10. Le licenciement sera déclaré sans cause réelle et sérieuse.

11. Art L 4131-1 C.trav.

Le bilan apparent semble attester que le droit français du travail est encore un droit de protection des travailleurs. Pourtant, l'effectivité de la protection est de plus en plus réduite.

IIII 2.2 Une protection peu effective

La réalité de la protection, assurée par la loi, est d'abord mise à mal par les nombreuses possibilités de dérogation que nous avons présentées en examinant la substitution d'un système de régression au système précédent de progression.

Au-delà de ce phénomène central, il existe deux autres raisons principales qui rendent la protection des salariés plus apparente que réelle. La première tient à la pratique généralisée de montages juridiques qui permettent aux employeurs d'éluder leurs obligations. La seconde résulte de l'insuffisance des sanctions prononcées contre les employeurs en cas de violation de leurs obligations.

IIII *Les montages juridiques*

Il s'agit de pratiques qui permettent de contourner la loi, en évitant de la violer. Dès que la loi ou la convention collective limite le pouvoir de l'employeur, des juristes ingénieux imaginent une construction juridique permettant à celui-ci de réaliser l'opération qu'il projette. Pour que celle-ci soit pleinement opératoire, il faut quelquefois obtenir l'aide du législateur, des acteurs sociaux ou du juge. On constate que cette aide est souvent accordée.

Prenons quelques exemples. Pour éluder les règles du licenciement, les employeurs ont ainsi imaginé plusieurs mécanismes ingénieux. *Le premier est ce que l'on dénomme « la rupture conventionnelle ».* Au lieu de licencier un salarié, l'employeur demande à celui-ci de conclure un accord mettant fin au contrat de travail. L'idée n'est pas nouvelle, mais elle ne connaissait pas un grand succès. Le salarié qui signait un accord de rupture n'avait pas droit aux indemnités de chômage s'il ne retrouvait pas un emploi après la conclusion de cet accord. En outre, le salarié pouvait être tenté d'invoquer un vice du consentement pour faire annuler l'acte. Les employeurs ont donc voulu rendre cette méthode plus attractive. Ils ont fait accepter que

la rupture conventionnelle ouvrirait droit, comme un licenciement, à une indemnité de chômage et au versement d'une indemnité au moins égale à l'indemnité de licenciement. Pour limiter les risques d'annulation de l'accord de rupture, ils ont imaginé une procédure avec des délais de réflexion, un entretien préparatoire avec possibilité d'assistance et homologation par l'autorité publique. Les acteurs sociaux ont avalisé ce nouveau type d'accord. Puis le législateur l'a inséré dans le Code du travail. Ainsi les employeurs peuvent-ils éluder les règles du licenciement en proposant aux salariés des ruptures conventionnelles. La coordination des règles régissant, d'une part, les ruptures conventionnelles et, d'autre part, les licenciements pour motif économique est cependant délicate (Béraud, 2011 ; Péliissier, 2011 ; Couturier, 2011 ; Géa, 2011).

Un autre procédé consiste en la mise en place de départs volontaires. Pour supprimer des emplois sans recourir aux licenciements, les employeurs utilisent les plans de départs volontaires. L'employeur informe les salariés de son projet de supprimer un nombre déterminé d'emplois et offre aux salariés qui occupent les postes à supprimer la possibilité de se porter volontaires au départ, moyennant le versement d'une indemnité. Ce montage ne permet pas d'échapper à toutes les règles du licenciement collectif, mais il dispense l'employeur de proposer un plan de reclassement interne¹², obligatoire en cas de licenciement collectif.

Enfin, le recours de plus en plus fréquent aux contrats à durée déterminée et aux contrats de travail temporaire, qui cessent à l'arrivée du terme convenu, permet également de se séparer de salariés sans avoir à les licencier.

Des constatations analogues peuvent être faites dans le domaine des conditions de travail et de rémunération. Il s'agit des clauses de variabilité. Ces clauses sont insérées dans le contrat de travail. Le salarié est obligé de les accepter s'il veut être embauché. Elles concernent aussi bien le lieu de travail, les fonctions exercées que

12. Dans les cas où l'employeur prend l'engagement de ne prononcer aucun licenciement (*Cass soc* 26 octobre 2010 pourvoi n° 09-15187, (2010) *Sem soc* *Lamy* n° 1456, p. 15.

la rémunération. La validité de ces clauses est rarement discutée, dans la mesure où elles sont considérées comme licites, la modification décidée par l'employeur n'est qu'une application du contrat. Le salarié ne peut donc pas la refuser sans commettre une faute qui justifiera son licenciement. Ces clauses de variabilité accroissent considérablement l'état de subordination du salarié et l'exposent à la toute-puissance de l'employeur. Dans un seul domaine, la licéité des clauses de variabilité est contestée. Il s'agit des clauses qui concernent la variation de la rémunération. La Cour de cassation affirme qu'une variation de rémunération ne peut résulter, en principe, que d'un nouvel accord entre le salarié et l'employeur ou de la réalisation de données objectives, préalablement convenues, indépendantes de la volonté de l'employeur. Mais, curieusement, la même Cour considère que sont valides les clauses autorisant un employeur à faire varier une partie de la rémunération en fixant chaque année au salarié des objectifs dès lors qu'ils sont réalisables et qu'ils ont été portés à sa connaissance en début d'exercice. C'est dire que la possibilité pour l'employeur de faire varier, par l'effet de sa seule volonté, la rémunération du salarié en cours de contrat reste ouverte.

L'utilisation des montages juridiques n'est pourtant qu'une des raisons de l'inefficacité des protections apparemment assurées aux salariés. L'inadaptation des sanctions en cas de violation des règles protectrices joue également un rôle majeur.

|||| *Des sanctions insuffisamment dissuasives*

Les règles de droit ne sont effectives que si leur violation est rigoureusement sanctionnée. Ce n'est pas toujours le cas en droit du travail. En particulier, la protection de l'emploi est limitée dans la mesure où les licenciements irrégulièrement prononcés ne sont pas, sauf exception, sanctionnés par la nullité. La sanction normale étant le versement d'une indemnité dont le montant n'est pas très élevé, certains employeurs n'hésitent pas, en l'absence de toute difficulté économique ou de risque de perte de compétitivité, à réduire les effectifs ou à supprimer un lieu de production dans le seul but d'accroître les profits de l'entreprise. Dès lors que les indemnités qu'ils auront à verser sont inférieures aux profits que l'opération de

restructuration leur permet de réaliser, ils n'hésitent pas à pratiquer « une opération rentable ». Des efforts ont été récemment tentés pour mettre fin à ces pratiques. Certains juges ont annulé une procédure de licenciement collectif en cours lorsque l'employeur alléguait un motif économique inexistant et interdisaient, par voie de conséquence, à l'employeur d'aller jusqu'au terme de cette procédure et de prononcer l'acte final de celle-ci, à savoir les licenciements pour motif économique¹³. Cette tentative a été condamnée par la Cour de cassation¹⁴, le droit positif n'autorisant pas une telle interprétation (Pélissier, 2012 : 427 ; *a contrario* Dockès, 2012 : 608). Le changement de majorité politique permet d'envisager que le législateur apporte de nouvelles solutions à ces violations de la loi.

* * *

En définitive, le tableau est plutôt sombre. Même si toutes les évolutions ne sont pas défavorables aux salariés, le système mis en place facilite les régressions. Pour enrayer ce mouvement, l'action des seuls juristes est vouée à l'échec. Seule une action concertée des syndicats, associée à un mouvement intellectuel mobilisant des sociologues, des économistes, des politiques, des médecins et des juristes pourra permettre d'endiguer des évolutions pernicieuses et dangereuses.

|||| BIBLIOGRAPHIE

Béraud, Jean-Marc, « Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique : un rapport à décrypter » (2011) *Revue de droit du travail* 226.

Couturier, Gérard., « Ruptures conventionnelles et licenciements pour motif économique » (2011) *Revue de jurisprudence sociale* 347.

Dockès, Emmanuel, « Le droit du licenciement perd son sens à l'ombre de l'arrêt Viveo » (2012) 6 *Droit social* 606.

13. Paris 12 mai 2011 RJS 11/11 n° 864 ; Reims 3 janvier 2012 RJS 3/12 n° 236.

14. Cass soc 3 mai 2012 RJS 6/12 n° 536.

- Géa, Frédéric., « Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique » (2011) *Revue de droit du travail* 244.
- Jeammaud, Antoine, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente » (1999) *Droit social* 115.
- Lyon-Caen, Gérard, *Droit du travail*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 1980.
- Lyon-Caen, Gérard et Jean Pélissier, *Droit du travail*, 15^e éd., Paris, Dalloz, 1990.
- Pélissier, Jean, « Défaut de cause économique et absence de nullité » (2012) 6 *Revue de jurisprudence sociale* 427.
- Pélissier, Jean, « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail ? » dans *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2001, 289.
- Pélissier, Jean, Gilles Auzero et Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, 26^e éd., Paris, Dalloz, 2012.
- Pélissier, Jean, « Ruptures conventionnelles assujetties au droit du licenciement économique » (2011) *Semaine sociale Lamy*, n° 1484, 7.



LES TRIBUNAUX JUDICIAIRES ET LES CONFLITS COLLECTIFS DE TRAVAIL EN AMÉRIQUE LATINE

Héctor-Hugo Barbagelata*

|||| INTRODUCTION

Dans la majorité des pays de l'Amérique latine et dans plusieurs pays d'Europe ou situés dans d'autres régions¹, la législation exige des

* Professeur émérite de la Faculté de droit de la Universidad de la República Montevideo-Uruguay; Professeur invité des Université de Louvain (KUL) et Libre de Bruxelles (VUB); Docteur des Universidades de la República et de Paris-Sorbonne; Directeur de la revue *derecho laboral*; Prix de la carrière universitaire *eduardo j. couture* (2000); Prix national de littérature, 2011 (Uruguay), pour le *Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista*. Ce texte est la traduction française de la version espagnole soumise par l'auteur.

1. Pour un large panorama du droit comparé en la matière à la fin du siècle dernier, voir B. Aaron, (337); A. Goldman (361), pour R. O. Clarke (387); R. Birk (401) dans Roger Blanpain (1990).

juges du travail non seulement la résolution des conflits individuels, mais également celle des conflits collectifs qualifiés de *juridiques*². En pratique, les pays les plus syndiqués – en particulier ceux dont les syndicats se méfient traditionnellement de l'État – recourent souvent à d'autres méthodes³ et, dans d'autres pays, aucune possibilité d'action n'est prévue auprès des tribunaux⁴.

Toutefois, cette législation demeure présente dans la majorité des États de la région, et il est toujours possible que les tribunaux judiciaires du pays assument leur compétence en matière de *conflits collectifs*.

Ce texte, destiné à rendre hommage à l'éminent expert en droit du travail Pierre Verge, se penche sur la teneur juridique et les conséquences de la méthode qui se caractérise par l'intervention judiciaire

-
2. En Amérique latine: Argentine (Lois 23.551 et 14.786); Brésil (CF, art. 114, CLT, art. 856 et ss); Chili (CT, art. 420); Colombie (CPT, art. 2 et CST, art. 451); Costa Rica (CT, art. 500 et ss); El Salvador (CT, art. 369 et 457); Guatemala (CT, art. 392 et ss); -Mexique (C, art. 123- LFT, art. 688 et ss et 907 et ss); Nicaragua, (CT, art. 275); Panama (CT, art. 429); Pérou (L.P.T. du n° 29497, art. 2); République Dominicaine (CT, art. 480 et 481); Uruguay (partiellement) ((Loi n° 18.566 de 2009, art. 21).
 3. Selon J. D. Rovira, en Argentine «le Pouvoir judiciaire [intervient] rarement», comme en Colombie, d'ailleurs. Au Brésil, sans préjudice d'une possible intervention judiciaire, le recours à l'arbitrage dans les conflits collectifs figure au paragraphe 1° de l'art. 114 de la CF et une loi récente (n° 9.307/226) l'encourage (Ahrens, 2011 : 439 et ss). On a parfois recours, dans ce dernier pays, à la justice du travail pour l'homologation des ententes conclues directement par les parties afin de mettre un terme à une grève. Le cas de l'Uruguay est particulier; en effet, l'art. 57 de la C. énonce qu'en cas de conflits collectifs, des Tribunaux de conciliation et d'arbitrage doivent être créés. Les lois qui, en Uruguay, régissent la juridiction des tribunaux du travail se sont toujours référées exclusivement aux «conflits de travail individuels». Exceptionnellement, l'article 21 de la loi n° 18.566, de 2009 attribue compétence aux tribunaux du travail dans les conflits suscités par la violation des clauses de paix que doivent comporter toute convention collective. Il est également vrai qu'en Uruguay certains conflits collectifs aboutissent devant les juges civils qui disposent d'une compétence résiduelle.
 4. En Équateur, le Code du travail institue une procédure complexe en cas de grève: lorsqu'une solution n'a pu être apportée, le syndicat peut envisager de créer un Tribunal de conciliation et d'arbitrage, régi par le Code du travail. En Bolivie, au Honduras et au Venezuela, les lois du travail ne prévoient que des tribunaux d'arbitrage en cas de conflit.

dans les *conflits collectifs*. La mention de l'Amérique latine dans le titre vise à restreindre l'analyse au seul droit positif des pays de cette région, même si la question n'est pas exclusive à ceux-ci. Bien au contraire, elle est susceptible de se poser en des termes semblables dans de nombreux autres pays.

Une autre mise au point s'impose : ce texte n'en est pas un de droit comparé, mais consiste plutôt en une révision de certains aspects de la question évoquée du point de vue de la théorie du droit du travail, de sorte que les références aux différents droits positifs ne seront que circonstancielles. En définitive, nous partageons l'idée selon laquelle il est parfois nécessaire d'identifier les principes essentiels ou caractères propres au droit du travail, ce qui favorise « la recherche de solutions juridiques appropriées au travail subordonné même [si certains de ces principes ou caractères] ne jouissent pas nécessairement d'une autorité explicite à l'intérieur du système juridique envisagé » (Verge et Vallée, 1997 : 5).

Dans cette optique, nous débiterons par montrer en quoi l'*autonomie collective* se révèle dans les diverses méthodes de résolution des *conflits collectifs*, pour ensuite aborder les caractéristiques desdits *conflits* et, finalement, analyser la méthode fondée sur l'intervention des juges.

1. LE CADRE DE L'AUTONOMIE COLLECTIVE

De la doctrine civile comme de celle du travail se dégage un consensus relativement à ces questions (Grandi, 2009 : 340), voulant que l'*autonomie collective* devient visible et se développe en diachronie comme un produit spontané des relations de travail. Elle s'est vue consacrée par les législations au moyen de diverses règles⁵.

5. Sans que cela ne soit vu autrement que comme une exception, il faut admettre que, dans différents pays d'Amérique latine, étant donné la faiblesse des organisations syndicales, la reconnaissance de l'*autonomie collective* est issue de la législation en matière de *négociation collective* et de grèves. Tel ne fut pas le cas de l'Uruguay qui n'a pas connu de législation répressive, de sorte que la pratique de la *négociation collective* et de la grève

On s'accorde généralement pour dire aussi que tout a commencé dans les pays européens qui ont connu en premier l'*ère industrielle*, lorsque les masses de travailleurs dans les mines, les ateliers et les usines ont pris conscience de l'*intérêt collectif* qui leur était propre, étranger à celui de leurs employeurs. C'est alors qu'est né un sentiment de communauté, voire de communion (Gurvich, 1932), et que se sont formées des coalitions pour faire valoir leurs revendications.

Les travailleurs d'autres régions, à mesure que s'étendait le développement industriel, se sont convaincus de la nécessité de telles actions et ont ainsi non seulement créé des coalitions occasionnelles mais progressivement fondé des syndicats qui ont réussi à vaincre la résistance des patrons et des gouvernements qui avait dominé pendant longtemps, et à des degrés divers selon les pays.

Avant d'en arriver là, les lois du modèle *Le Chapelier* prévoyaient des mesures visant à empêcher les coalitions et s'appliquaient à annuler les réglementations anciennes sur les salaires – là où elles existaient – laissant ainsi les employeurs complètement libres de fixer à leur convenance les conditions de travail. Cela avait toutes les apparences d'un contrat issu d'une *autonomie individuelle* réciproque. Ce pouvoir des employeurs de dicter les conditions de travail trouvait évidemment son origine dans leur condition de propriétaires des moyens matériels de production. Il était toutefois clair que, dans la perspective libérale, le droit de propriété ne pouvait se justifier d'un pouvoir sur les personnes, lequel en revanche était issu du *contrat* que les travailleurs acceptaient lors de l'embauche dans une entreprise. Un tel « contrat » a fini par s'appeler, en dépit de la résistance de partisans du civil comme Planiol, *contrat de travail*.

Ce type de contrat était recevable devant les tribunaux qui acceptaient aveuglément les apparences d'une entente de volontés, sans prendre en considération les vices notoires du consentement ni le rapport très inégal de forces entre les parties dudit « contrat ». C'est

n'a pas connu de gros obstacles depuis la fin du 19^e siècle. On se rappellera même qu'en 1911, c'est le président de la République lui-même, J. Batlle y Ordóñez, qui a déclaré publiquement que les travailleurs en conflit avaient le droit de recourir à la grève pacifique. En Uruguay, la grève a été déclarée *droit syndical* par la Constitution en 1934.

en raison des changements dans les relations de travail, induits par les *coalitions* et les *syndicats*, que l'*autonomie individuelle propre au contrat de travail* a été progressivement remplacée par des ententes avec les organisations de travailleurs. Ce long processus a été qualifié de passage du « *laissez-faire individuel au laissez-faire collectif* » (Verge et Vallée, 1997 : 16).

Par conséquent, l'*autonomie collective* est née de la lutte, parfois violente, qui accompagnait les négociations entre les « partenaires sociaux », pour légitimer leurs accords, en ce qui concerne tant les conditions de travail que leurs relations (Verge et Vallée, 1997 : 17). Cela comprend l'*autonomie juridique* de la procédure de résolution des conflits éventuels.

C'est dire que, pour être cohérent, le système implique que les *conflits collectifs privés* soient résolus de la même manière – négociée et « pluridimensionnelle » – que sont déterminées les conditions de travail.

C'est ainsi que se trouve exclue d'avance toute intervention de tiers – non volontairement convoqués – comme les tribunaux de justice qui opèrent d'une autre façon, selon d'autres critères et avec d'autres pouvoirs.

Étant donné la grande majorité de législations qui permettent l'intervention des tribunaux de justice en cette matière, il convient d'approfondir la question. Pour ce faire, nous débuterons par un examen des caractéristiques des *conflits collectifs*.

IIII 2. LES CONFLITS COLLECTIFS

Il faut tout d'abord se rappeler que les conflits collectifs sont une conséquence structurelle de la participation intégrale (physique et intellectuelle) des travailleurs à leurs tâches qu'ils réalisent au service et bénéfice de tiers. Il faut également tenir compte de l'appartenance des travailleurs à des positions sociales différentes et opposées à celles de l'autre partie dans le système de production.

Tout ceci, au sein d'un milieu social et dans le cadre de l'organisation à laquelle les parties adhèrent, entraîne une *solidarité* entre les

membres, qui se constitue en « la base de l'acte conflictuel et son intime essence » (Veneziani, 2005).

Le *conflit* dans les relations de travail individuelles et collectives est généralement appelé *conflit industriel*. Ce qualificatif, bien qu'encore largement employé, ne correspond plus à la réalité actuelle puisque, comme le souligne la doctrine, une telle situation *envisage toutes les hypothèses de conflit avec l'autorité de l'organisation du travail indépendamment de l'activité économique réalisée par l'organisation et du fait que son support matériel constitue ou non une expression de la propriété au sein du système capitaliste* (Giugni, 1984 : 12). Cela revient à dire que le *conflit* qu'entraîne l'exercice d'une telle autorité, et l'assujettissement qui en découle, opère en marge des caractéristiques du régime de gestion de l'entreprise et du titre de propriété de celle-ci, qu'elle soit privée, publique, coopérative ou sociale.

Il est clair que l'intensité du conflit ne sera pas la même dans tous les cas et qu'elle peut augmenter du fait d'une mauvaise gestion de la situation.

De même, les *conflits collectifs* peuvent se caractériser par le manque, en leur point de départ dialectique, de ce que les philosophes grecs appelaient *synkatathesis*. Cette condition suppose qu'il existe, au début du débat, une entente sur les questions abordées, condition qui pourrait mener, à la fin du débat, à la pleine conformité des parties contredisantes, comme c'est le cas dans les dialogues de Platon. Dans la relation ouvrier-patron, cette possibilité est exclue par l'interposition structurelle du *conflit*. En conséquence, il ne faut pas s'attendre à ce que les accords conclus par les parties soient autre chose que des « compromis », puisqu'en aucun cas le conflit de base n'aura été résolu.

En outre, de par sa nature propre, le *conflit collectif* se manifeste dans les pratiques professionnelles de diverses façons et selon des degrés d'intensité différents.

L'intensité la plus forte correspond à la *confrontation* ou *conflit ouvert*, qui se manifeste par la mise en œuvre, par l'une et l'autre partie ou, du moins, par les travailleurs, de mesures qui affectent à

des degrés divers les relations réciproques et le fonctionnement du secteur d'activité, de l'entreprise ou de l'établissement.

Dans la plupart des pays d'Amérique latine, le *conflit ouvert* ne bénéficie de tolérance, de protection ou de reconnaissance en droit que si l'on respecte au préalable diverses démarches (généralement laborieuses) de même qu'un calendrier d'étapes pour la négociation ; une déclaration formelle adoptée conformément à certaines règles doit en outre être produite par l'organisation représentant les travailleurs concernés. En général, ces démarches préalables résultent de la loi et des conventions collectives, mais également de la coutume et de la gestion interne des syndicats.

Certains pays reconnaissent un degré inférieur de *conflit* appelé *pré-conflit*, qui consiste en des déclarations publiques et des mesures qui ont des conséquences mineures, telle que la distribution de tracts explicatifs.

Avant même que le *pré-conflit* ne se déclare, il peut exister une situation évidente de *conflit latent*. C'est ainsi qu'on appelle cette forme d'état de non-conformité croissante des travailleurs d'une ou de plusieurs entreprises, à la suite de mesures concrètes ou d'attitudes de la part de la direction ou de ses représentants, qui font en sorte que les membres du personnel estiment leurs droits violés ou leurs intérêts compromis.

Une situation semblable se produit lorsqu'un climat d'insatisfaction généralisée s'est installé⁶, lequel peut à tout moment se transformer en conflit ouvert ou, par exemple, au niveau individuel, en plainte pour *harcèlement moral*.

Préalablement à l'examen des *moyens de solution des conflits*, il est nécessaire de prendre en considération les facteurs qui entraînent les conflits. Ces facteurs sont multiples et répondent à diverses causes. Toutefois, la plupart des conflits se réfèrent en priorité aux *conditions de travail* et, depuis toujours, à la rémunération, ou alors ce dernier point est ajouté à d'autres revendications, comme l'avait souligné

6. Reynaud qualifie cet état de « désaccord ».

Philipp Lotmar, il y a plus de cent ans, dans son admirable ouvrage sur les « contrats de tarif ».

Une autre question éminemment conflictuelle et particulièrement grave lorsqu'elle devient réalité est celle de la non-reconnaissance, par l'employeur ou l'organisation des employeurs, du statut juridique du syndicat ou des individus ou groupes qui représentent les travailleurs d'une entreprise ou d'un secteur d'activité. Cette non-reconnaissance vaut pour les autres droits relevant de la liberté syndicale et, partant, tous les cas de discrimination. Un conflit collectif peut aussi se présenter dans les cas de plaintes pour non-respect ou non-respect présumé de dispositions légales ou de conventions collectives. Une situation semblable – qu'elle soit ou non prévue par la loi ou une convention collective – peut se présenter lorsque l'employeur ne convoque pas les représentants syndicaux respectifs avant d'adopter une décision qui pourrait affecter des droits ou des attentes légitimes de certains ou de tous les travailleurs de l'établissement ou de l'entreprise.

Bien que les causes de conflit collectif évoquées ci-dessus soient les plus fréquentes, les *conflits ouverts* peuvent se présenter dans toutes sortes de situations applicables tant aux entités privées et publiques qu'aux coopératives.

En vertu de ce qui précède, le cœur de tout *conflit collectif* se situe dans les préjudices, imputables aux employeurs, portés aux intérêts collectifs des travailleurs. Néanmoins, contrairement à ce que l'on croit généralement, un *conflit* n'est pas *collectif* en raison de la *nature des questions concernées* ni d'une violation d'un *intérêt collectif* reconnu. Il acquiert plutôt cette qualité lorsqu'un syndicat ou une coalition de travailleurs l'assume comme tel et qu'il adopte ou annonce qu'il va prendre les mesures habituelles afin de s'y opposer. À ce propos, il existe bien des cas qui devraient apparemment donner lieu à un *conflit collectif* mais qui pourtant, dans la pratique, sont traités différemment.

Ainsi, une allégation de violation grave des droits syndicaux comme le licenciement d'un dirigeant syndical mènerait inévitablement à un *conflit collectif*, du fait qu'un *intérêt collectif des travailleurs* se trouverait fortement affecté. Toutefois, si l'organisation n'est pas

prête à affronter les conséquences d'un *conflit* de cette nature ou si la direction syndicale croit ne pas l'être, ou si, pour toute autre raison, celle-ci ne considère pas opportun de s'impliquer en ce moment dans une lutte de ce type, il est tout à fait possible qu'après des négociations infructueuses le conflit se transforme en une réclamation particulière de l'intéressé. Celle-ci serait évidemment traitée comme un *conflit individuel de travail*, même si cette réclamation a pour objet la réintégration du licencié, lorsque la loi ou une convention collective l'établit ainsi ou que la jurisprudence l'envisage.

En revanche, le licenciement d'un travailleur sans rapport avec l'activité syndicale, pour une cause admise et dûment notifiée, une fois épuisés les échanges amicaux à l'échelle syndicale, est normalement traitée comme un *conflit individuel*. Néanmoins, dans certaines situations, il peut aussi être considéré par le syndicat comme une revendication propre et déboucher sur un *conflit collectif* jusque dans ses dernières conséquences.

Il faut encore préciser, bien que cela semble évident, qu'un *conflit intersyndical n'est pas un conflit collectif*, et qu'un *conflit individuel de travail* ne se transforme pas en *conflit collectif par le fait que, dans son déroulement, l'applicabilité ou l'interprétation d'une convention collective soit mise de l'avant*. Un conflit ne devient pas non plus collectif du seul fait qu'il touche un grand nombre de travailleurs, comme dans les *licenciements collectifs*, si la question ne suscite pas de réaction syndicale⁷. Cela est totalement différent d'un conflit collectif. Citons comme exemple les mesures prises par les services d'inspection de l'État, lorsque ceux-ci détectent des violations de normes sous leur responsabilité ou qu'ils en sont avisés, même par les syndicats. Dans ces cas, le conflit collectif n'est pas déclenché, puisque cette mesure n'est qu'un simple accompagnement ou le contrôle exercé par l'administration du travail.

7. Néanmoins, dans certains cas, le Tribunal régional du travail de Sao Paulo (Brésil) considéra les licenciements collectifs en tant que « *dissídios coletivos* », soit des conflits collectifs (Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região, n° 05/ 2010).

De ce qui précède, il convient d'accepter que même s'il se rapporte à l'interprétation d'une loi, d'une convention collective ou de toute autre norme régissant le travail réalisée par les parties, le *conflit collectif* ne peut se transformer en *conflit juridique* au cours duquel une partie défend sa cause face à un opposant ou auprès de l'opinion publique. En effet dans ce cas, la nature de ce conflit est purement factuelle (ignorée, tolérée ou régie par la loi) et il vise la recherche, à un niveau collectif, d'un poids plus important dans la négociation et dans son élucidation.

En somme, la résolution de ce type de conflit ne dépend pas de critères de justice ni n'y répond, mais relève plutôt de la convenance, de l'opportunité, des relations de force, d'un pouvoir de convocation ainsi que de résistance, voire de captation, de l'opinion publique⁸.

Tout comme ses manifestations, le *conflit collectif* est sujet à ses propres règles qui sont antérieures à sa reconnaissance par l'ordre juridique de l'État et qui ont leur dynamique propre, bien que pour ne pas être réprimées, ces règles se subordonnent, jusqu'à un certain point, aux limites qui lui sont imposées par l'autorité publique en fonction de la loi.

De ce point de vue, la distinction entre *conflits collectifs juridiques* et *économiques* ou *d'intérêts*⁹ peut être imposée par les lois sans toutefois modifier la réalité des choses. En effet, le *conflit collectif*, en soi, ne peut aucunement être un *conflit* dans lequel on cherche à déterminer laquelle des parties a raison, du point de vue du droit ou de l'équité; ce qui importe c'est de mettre fin au conflit le plus rapidement possible de manière à rétablir de la meilleure façon la continuité des relations de travail.

8. Comme l'enseignait Lotmar au début du siècle dernier, la conclusion d'une convention collective qui solutionne un conflit implique une négociation entre l'employeur et le groupe ou l'organisation syndicale, mais aussi au sein des groupes respectifs eux-mêmes, ce qui exige parfois beaucoup de temps et de patience des deux parties.

9. Certains auteurs, comme Gamonal Contreras (2007 : 216), préfèrent cette dernière expression, compte tenu du fait qu'il est possible de détecter dans tous *conflits* une revendication économique.

Le *conflit collectif* possède d'autres caractéristiques très particulières, dans la mesure où y sont légitimées des actions destinées à porter préjudice à la partie contraire, dans certaines limites. De fait, sans autres formalités ou une fois remplies certaines conditions imposées par la législation de nombreux pays, il est possible de recourir à plusieurs actions concertées (piquetage, refus d'effectuer des heures supplémentaires, boycott, etc.) dont la *grève*, mesure syndicale par excellence, en quelque sorte la quintessence du *conflit collectif*¹⁰.

Pendant longtemps, la grève a pu être comprise comme la récupération temporaire par les travailleurs de la liberté de s'abstenir de travailler, sans avoir à rompre le lien juridique avec l'employeur. Il n'est pas impossible de croire que cette vision ait contribué à ce que les premières grèves aient été tolérées et que, depuis la moitié du 20^e siècle, dans la majorité des pays d'Amérique latine et d'ailleurs, elles aient obtenu une reconnaissance légale, constitutionnelle et finalement internationale, en tant que droit fondamental de la personne.

Dans la réalité, lorsque l'abstention de travailler devient collective et concertée, et qu'elle a une visée revendicatrice, elle change de nature¹¹. Les économistes libéraux et les politiciens conservateurs l'ont très bien compris et ont appuyé la typification de cette abstention de travailler, ainsi que la concertation qui l'engendrait, en tant que délit dans de nombreux États.

De fait, lorsque la grève est devenue effective, c'est-à-dire lorsqu'elle est devenue un *conflit ouvert*, deux conséquences lourdes de signification juridiques sont apparues¹². La première, l'action de groupe à laquelle adhèrent les abstentionnistes passe au premier plan, elle

10. Dans quelques pays d'Amérique latine, on admet aussi à ce titre la fermeture ou *lock-out* patronal.

11. La grève a été perçue par un important courant de pensée dans la doctrine européenne (Verge et Vallée, 1997 : 147) et latino-américaine comme un *droit individuel d'exercice collectif*, alors qu'il conviendrait peut-être de la comprendre comme un *droit collectif d'exercice individuel*.

12. Verge et Vallée (1997 : 48) signalent avec raison que l'abstention collective et concertée du travail par un ensemble de salariés ne peut se restreindre à la simple juxtaposition d'arrêts de travail individuels.

acquiert une vie propre pour créer et mener les actions correspondantes et les mesures complémentaires. La seconde, le droit des individus à ne pas travailler devient le droit d'adhérer (ou non) à la mesure adoptée par le collectif¹³.

Dans le cas de la *grève* comme dans celui d'autres mesures syndicales – bien que de manière moins évidente –, on peut voir clairement ce dont il s'agit : frapper l'employeur là où il le ressent le plus, soit le fonctionnement de l'entreprise (sans en affecter l'intégrité)¹⁴, de façon à lui faire perdre, ou lui faire penser qu'il va perdre, des bénéfices actuels ou futurs, ou encore à l'empêcher d'honorer les contrats qu'il a souscrits ou qu'il est sur le point de souscrire.

C'est pourquoi, dans de telles circonstances, et en cas d'impasse dans la négociation, les conventions collectives, voire la législation, prévoient généralement l'obligation de recourir à des tiers acceptés par les deux parties ou à des comités de conciliation ou d'arbitrage¹⁵.

III 3. MÉTHODES DE RÉOLUTION DE CES CONFLITS

Étant donné que le *conflit collectif* vise des objectifs concrets qui ne comprennent pas, sauf exceptions, celui de détruire l'autre partie mais plutôt le rétablissement, après modifications, de la situation antérieure, le *conflit* porte en lui les moyens de sa résolution, c'est-à-dire la nécessité de mener une négociation.

-
13. C'est ce qu'a compris le législateur uruguayen lorsqu'il déclara (en reconnaissant sa préexistence dans la constitution) que la grève était un *droit* destiné à protéger les droits syndicaux. De même, la nature du conflit collectif a été reconnue du fait que l'on a opté pour les tribunaux de conciliation et d'arbitrage plutôt que pour les tribunaux de justice.
 14. Le *sabotage* est une mesure généralement qualifiée de délit par les lois pénales et non encouragée actuellement par les organisations de travailleurs, du fait qu'elle met en péril les sources de travail.
 15. Au Venezuela, la Loi du travail et le titre VIII de son Règlement prévoient en cas de *conflits collectifs* la participation de l'Inspection du travail et de Comités de conciliation et d'arbitrage dotés de compétences d'*arbitres arbitreurs*. L'intervention des tribunaux de justice n'est pas envisagée.

La solution pourra intervenir après la reprise des échanges entre les parties, si ceux-ci ont été interrompus¹⁶, et dépendra toujours, en cas de *conflit ouvert*, du pouvoir de convocation des travailleurs et de la résistance des deux parties. Tout cela implique en outre la volonté réelle de rechercher et d'accepter une solution raisonnable pour soi et son détracteur.

Outre la méthode de résolution des *conflits collectifs* par la négociation directe entre l'employeur et le groupe ou le syndicat concernés – ce qui constitue la solution pleinement appropriée à l'*autonomie collective* –, il est très fréquent, comme signalé plus haut, que la législation ou les conventions collectives prévoient, dans les cas de négociations infructueuses, le recours à des tiers dotés de pouvoirs ou recevant des mandats particuliers, en tant que facilitateurs, médiateurs, conciliateurs, voire d'*arbitres arbitreurs*.

Il est entendu qu'en pareilles circonstances, il est toujours possible – en fait les intéressés en font souvent la demande ou les lois et normes administratives l'imposent – d'avoir recours aux services spécialisés des ministères du travail ou à ceux qui les remplacent. Normalement, ces services n'imposent pas de décision mais aident plutôt à en trouver avec les moyens dont ils disposent et leur expérience en la matière¹⁷.

Ces différentes instances constituent en quelque sorte le prolongement de la négociation avec la collaboration de tiers acceptés par les parties intéressées.

En général, c'est lorsque ces moyens ont échoué que s'impose, en Amérique latine et dans d'autres régions, le recours aux tribunaux de justice du travail, quoique, en cas d'interruption de travail, certaines législations ne laissent guère le choix d'y recourir dès que s'amorce le conflit.

16. Une tactique patronale fréquente dans plusieurs pays – parfois avec le soutien de la loi – consiste à interrompre ou à déclarer que seront interrompues les négociations si les mesures de force adoptées par l'organisation de travailleurs ne cessent pas.

17. Dans le Code du travail équatorien, l'intervention des organes de l'État semble être l'ultime démarche.

Tel que mentionné auparavant, l'intervention des juges à cette occasion est une entrave au système basé sur l'*autonomie collective*. Il existe toutefois d'autres raisons qui invitent à exclure cette forme de solution de ces conflits.

|||| 4. EXAMEN CRITIQUE DE LA MÉTHODE JUDICIAIRE

Cet examen critique a pour point de départ le fait, déjà mentionné, qu'au cœur du *conflit collectif* se trouve l'acceptation par l'ordre juridique du libre exercice des moyens caractéristiques de l'*autonomie collective* qui seraient inacceptables dans un conflit de tout type devant des juges.

Ceci étant dit, ce qui se passe réellement lorsqu'une cours de justice est saisie d'une question est que son intervention signifie la négation du mode de fonctionnement naturel du conflit ou du dénouement des négociations volontaires qui se tenaient jusqu'à ce moment. Dans un tel cas, le *conflit collectif* prend fin brutalement, du simple fait qu'il passe aux mains des juges, bien que la procédure judiciaire soit vue comme une tentative de conciliation. Les effets mentionnés ne changent pas non plus malgré le fait d'avoir ouvert aux secteurs professionnels la participation à la composition des tribunaux de justice¹⁸.

Il ne s'agit donc pas seulement d'une rupture de l'équilibre du système, à laquelle nous nous sommes référés plus haut, mais encore de la négation *in toto* des droits basés sur la reconnaissance de l'*autonomie collective*.

En effet, la substitution de l'autorité judiciaire à l'*autonomie collective* porte atteinte à la liberté syndicale et, par conséquent, est franchement inconstitutionnelle dans tous les régimes où les droits émanant de cette liberté sont garantis par les dispositions du plus haut niveau national et international (souvent désignées, en Amérique latine,

18. C'est le cas des Comités au Mexique, et auparavant aussi des Tribunaux régionaux du travail au Brésil.

par la jurisprudence, la doctrine et quelques lois, comme « bloc de constitutionnalité »).

Même si l'on écartait les arguments exposés précédemment pour refuser l'intervention judiciaire dans les *conflits collectifs*, la réalité confirme l'impossibilité absolue des juges de se placer dans la position des parties du conflit, comme le prétend le critère de l'*ultima ratio*. Ce critère attribue à l'organe judiciaire le pouvoir d'évaluer si la grève ou autre semblable mesure se veut absolument nécessaire, en se plaçant ou prétendant se placer du point de vue du syndicat ou du groupe de travailleurs¹⁹.

En effet, comme l'affirme à juste titre Veneziani, la nécessité et la proportionnalité d'une mesure syndicale sont des *options* qui ne peuvent faire l'objet d'un jugement, quelque scrupuleux qu'il soit, parce que les faits trouvent leur origine dans « la libre détermination des protagonistes, lesquels sont les seuls capables d'évaluer l'état de leurs ressources et le bien-fondé de leur stratégie » [traduction libre]²⁰.

Une situation particulière se présente lorsque, malgré l'existence d'une clause garantissant la paix industrielle (expresse ou tacite), on dénonce comme une violation d'engagements conclus la mise en œuvre d'actions collectives. Dans un tel cas, les juges s'en tiennent normalement à la teneur littérale de l'entente, sans prendre en considération le fait qu'elle est le résultat d'une négociation au cours de laquelle, pour qu'un accord soit conclu, il était parfois nécessaire de maintenir un certain degré d'imprécision ou de généralité.

Un autre argument se montre tout aussi critique de l'intervention des juges dans le dénouement des conflits collectifs. En effet, la résolution de tels conflits soumis à leur juridiction a généralement pour corollaire la création d'une nouvelle norme, possibilité du reste

19. À propos de l'application de ce critère, voir Bernd Ruthers (1972).

20. Veneziani ajoute : « Un *test* de proportionnalité aux mains d'un juge comporte une évaluation hétérodoxe du phénomène syndical complexe, des possibilités, des finalités, des durées et des modalités du conflit, de l'opportunité des revendications et de leur compatibilité en rapport avec le fonctionnement de l'entreprise. » Et de compléter son idée : « Une interférence judiciaire aussi invasive ne se justifie pas. »

incluse dans la législation brésilienne. Or, la création de normes par des juges s'inscrit à l'encontre du principe voulant que dans les pays démocratiques, par mandat constitutionnel, ce sont les organes de représentation des citoyens qui exercent, en toute exclusivité, des fonctions législatives. En revanche, il est devenu naturel – après de longues discussions – que des décisions de cette nature soient prises dans les conventions collectives, du fait qu'elles résultent de l'*autonomie collective* issue de la représentativité des organisations.

Dans les conflits collectifs, le recours à des tiers, y compris à des mécanismes de conciliation et d'arbitrage, présente un avantage considérable par rapport à l'intervention de juges. En effet, ces tiers ne sortent pas les parties de leur environnement naturel et, dans une certaine mesure, l'activité de négociation se poursuit, mais assistée d'un médiateur ou conciliateur; elle peut alors être perçue comme une étape supplémentaire de la négociation interrompue ou avortée.

De même, vu l'absence de formalités qui entourent normalement l'action des tribunaux de conciliation et même d'arbitrage, il est clair que ces derniers se trouvent dans de meilleures conditions pour procéder avec la célérité nécessaire dans des conflits qui, de par leurs caractéristiques, ne peuvent attendre les démarches d'un procès aussi brèves soient elles.

Il faut encore ajouter que, pour qu'un conflit collectif soit définitivement résolu, un *arbitre* doit faire ce qu'aucun juge ne peut faire, à savoir, se désintéresser de l'éventuelle solution conformément au droit et rechercher l'issue la moins traumatisante pour les parties, c'est-à-dire celle qui devrait produire une conformité relative des parties. Pour ce faire, le tiers qui agit comme intermédiaire ou le tribunal de conciliation et d'arbitrage, s'il se propose un tel objectif, doit souvent *couper la poire en deux*, c'est-à-dire choisir tout simplement un juste milieu entre les positions qui s'affrontent, de manière à ce qu'il n'y ait ni gagnant ni perdant.

Un autre argument, et non le moindre, contre l'intervention des cours de justice dans les *conflits collectifs*, est celui fondé sur le risque de perte d'autorité et de prestige encouru par l'administration de la justice et les magistrats eux-mêmes, du fait de leur immiscion dans

un univers – le milieu de travail – dont il leur est souvent difficile de bien comprendre les caractéristiques.

||| CONCLUSIONS

- 1) Le *conflit industriel* présent dans toute relation de travail est le facteur qui attribue au *conflit collectif*, comme à l'*individuel*, ses caractéristiques principales.
- 2) L'*autonomie collective* est un produit spontané des relations de travail qui se manifeste en tant qu'épiphénomène du *conflit industriel* et entraîne diverses conséquences parmi lesquelles les plus significatives sont les méthodes de résolution des *conflits collectifs*.
- 3) Bien que les *conflits collectifs* répondent normalement à des violations par les employeurs des *intérêts collectifs* des travailleurs, ces violations ne produisent ce genre de conflits que lorsque ceux-ci sont assumés par le groupe ou l'organisation de travailleurs et que se mettent en branle des actions collectives syndicales.
- 4) La négociation est le moyen que permet l'*autonomie collective* pour solutionner des *conflits collectifs*. Dans cette logique – ainsi que dans les dispositions des conventions collectives – il est prévu qu'en cas d'échec ou d'impasse dans les négociations, on puisse recourir, après un accord formel, à l'aide de tiers selon diverses modalités, et dans certains cas à l'arbitrage, sans pour cela dénaturer le système.
- 5) En revanche, l'intervention des tribunaux de justice, imposée par de nombreuses législations latino-américaines et d'autres régions, n'est pas compatible avec l'*autonomie collective*.
- 6) L'intervention des juges dans les conflits collectifs est issue d'un présupposé insoutenable, à savoir la prétention qu'ils sont habilités à se placer dans la position des intéressés pour déterminer la stratégie et la tactique appropriées.

- 7) En particulier, lorsque les actions syndicales sont prises en violation de dispositions de la convention collective, l'intervention judiciaire se heurte à la difficulté de déterminer l'ampleur réelle desdites violations, étant donné que ces dispositions comportent généralement un certain degré d'imprécision ou de généralité.
- 8) De ce fait, le mouvement syndical latino-américain a clairement tendance à éviter l'intervention judiciaire.
- 9) En outre, l'intervention des juges dans les conflits collectifs n'est pas souhaitable, vu les conséquences néfastes qu'elle peut avoir sur le prestige des juges et sur celui de la justice.
- 10) Dans les systèmes qui garantissent la protection de la liberté syndicale, comme ceux de la majorité des pays latino-américains, l'intervention des tribunaux de justice dans les conflits collectifs est du reste manifestement inconstitutionnelle.

|||| BIBLIOGRAPHIE

- Ahrens, Maria Cecilia Weigert Lomelino de Freitas, « A arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos coletivos trabalhistas no Brasil » (2011) 31 *Revisata do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região* 439.
- Aaron, B, « Settlement of Disputes Over Rights » dans Roger Blanpain, dir, *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialised Market Economies*, Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1990.
- Albuquerque, R, « La acción judicial de los sindicatos » (1984) *Derecho Laboral* 110.
- Barassi, L., (1900) *Contratto di lavoro*, Soc. Ed., Milano;
- Barbagelata, Aníbal L, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Montevideo, FCU, 1950.
- Barbagelata, Héctor-Hugo, *Curso sobre la evolución del pensamiento jus-laboralista*, Montevideo, FCU, 2009.
- Barbagelata, Héctor-Hugo, *El Particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*, Montevideo, FCU, 2009.

- Barbagelata, Héctor-Hugo, J Rosenbaum, J et M Garmendia, *Contenido de los convenios colectifs*, Montevideo, FCU, 1998.
- Barretto Ghione, H, « La libertad sindical revisitada : la autonomia como clave emancipadora » (2011) 78 *Alegatos* 387
- Birk, R, « Industrial conflict The Law of Strikes and Lock-outs » dans Roger Blanpain, dir, *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialised Market Economies*, Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1990, 401.
- Borenfreund, G, « Propos sur la représentativité syndicale » (1988) 6 *Droit social* 476.
- Clarke, R O, « Industrial conflict: Perspectives and Trends » dans Roger Blanpain, dir, *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialised Market Economies*, Kluwer Law and Taxation, 1990, 387.
- Ermida Uriarte, O, (2011), *Meditación sobre el Derecho del Trabajo*, (Cuadernillos de la Fundación Electra, n° 1), Montevideo
- Ermida Uriarte, O, « Crítica de la libertad sindical » (2011) *Derecho Laboral* 225.
- Ermida Uriarte-Ojeda Avilés, dir, *El Derecho Sindical en América Latina*, FCU, Montevideo, 1995.
- Gamonal contreras, (2007), *Derecho colectivo del trabajo*, Lexis Nexis, Santiago de Chile,
- Garmendia Arigón, M, « Negociación colectiva, concepto, funciones y contenido » (2011) 243 *Derecho Laboral* 433
- Giugni, Gino, *Diritto Sindacale*, Cacucci, Bari, 1984.
- Ghezzi, Giorgio. (1997), *Diritto Sindacale e del Lavoro*, in (Paolo Grossi-Coord.) *Giuristi e Legislatori*, Giuffrè ed., Milano.
- Goldman, A, « Settlement of Disputes off Interets » dans Roger Blanpain, dir, *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialised Market Economies*, Deventer, Kluwer Law and Taxation, 1990. 381.
- González, Cosío, *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 1966.
- Gurvitch, Georges, *L'idée du droit social*, Sirey, Paris, 1932.
- Khan Freund, Otto, *Trabajo y Derecho*, MTSS, Madrid, 1987.
- Lotmar, Ph. (1900), « I contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro » in DLRI, núm. 22, año VI, 1984,

- Mantero Alvarez, R, *Límites al derecho de huelga*, AMF, Montevideo, 1992.
- Mantero de San Vicente, O, « La negociación colectiva en el Uruguay » (2003) *Derecho Laboral*, X.
- Plá Rodríguez, A, « Medios de solución de conflictos » dans *El Derecho Sindical en América Latina*, 1995, 261.
- Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região, nº 05/ 2010.
- Reynaud, Jean-Daniel, *Sociologie des conflits de travail*, Paris, Presses Universitaires de France, 1982.
- Ruthers, Bernd, « La doctrina de la última ratio y el principio de proporcionalidad » dans *Estudios sobre la negociación colectiva en Memoria de Francisco De Ferrari*, Montevideo, Universidad de la República: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, 235.
- Sanguinetti-Raymond, W, *Lesión de la Libertad Sindical y comportamientos antisindicales*, Madrid, MTSS, 1992.
- Sarthou, H, « Funciones y derechos de los representantes sindicales en la empresa de acuerdo al derecho positivo uruguayo » (1974) *Derecho Laboral*, 468.
- Van der Laet Echeverría, Bernardo, « Conflictos colectivos: Huelga y paro Patronal » dans *El Derecho Sindical en América Latina*, 1995, 219.
- Veneziani, Bruno, « La Corte de Justicia y el trauma del Caballo de Troya » (2008) 232 *Derecho Laboral* 705.
- Verge, Pierre et Gregor Murray, *Le droit et les syndicats. Aspects du droit syndical québécois*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1991.
- Verge, Pierre et Guylaine Vallée, *Le droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1997.
- VV.AA, *Evolución del penamiento juslaboralista*, Montevideo, FCU, 1997.
- VV.AA., (Equipo Federal del Trabajo), (1999) Trabajo y conflicto, Librería editorial Platense SRL, La Plata.

LA DÉTERMINATION DES CONDITIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL DANS L'ENTREPRISE AU JAPON : LE RÈGLEMENT INTÉRIEUR ET LA MODIFICATION DES CONDITIONS DE TRAVAIL

Yasuo Ishii*

* Professeur de l'Université Dokkyo, Saïtama, Japon.
J'ai eu l'occasion de passer une année à Québec aux côtés du Professeur Pierre Verge il y a plus de deux décennies. Entre 2011-2012, c'est à Montréal que j'ai à nouveau été accueilli, cette fois-ci par le Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT) et son directeur, le Professeur Gregor Murray. Toutes les personnes que j'ai rencontrées à l'occasion de ce séjour ont été sympathiques et pleines d'attention à mon égard. Je tiens donc à dédier cet article au Professeur Pierre Verge, avec mon bon souvenir de mes deux séjours au Québec. Je tiens ensuite à remercier spécialement Claude Rioux qui m'a montré les différentes caractéristiques de la relation de travail en Amérique du Nord et qui m'a beaucoup appris sur la société québécoise. Je remercie également pour leur aide Gilles Duinat, Émilie Rochette et Élise Panier – chercheurs-étudiants au CRIMT –, qui ont consacré leur temps au perfectionnement de mon texte. Enfin, bien que cet article s'appuie sur de nombreux développements de la Doctrine japonaise en droit du travail sur le sujet abordé, doctrine qui remonte au milieu des années 1920 avec l'émergence du droit du travail au Japon, et en considération pour les lecteurs du présent ouvrage, l'auteur ne citera que des documents en anglais.

IIII 1. LE CŒUR DU PROBLÈME : LA REMISE EN CAUSE DES CONDITIONS DE TRAVAIL DANS L'ENTREPRISE

Les conditions de travail, qui devraient normalement être négociées entre le travailleur et l'employeur lors de la conclusion du contrat individuel de travail, sont en réalité le plus souvent déterminées unilatéralement par l'employeur. Or, ces conditions sont appelées à évoluer au cours de la relation d'emploi, le contrat de travail impliquant une relation continue entre les parties, à la différence par exemple du contrat de vente. Les conditions de travail peuvent ainsi être modifiées au cours de la relation d'emploi de manière à devenir plus ou moins favorables aux travailleurs. Il arrive aussi que le changement concerné améliore les conditions de travail de certains travailleurs, tout en les diminuant pour d'autres.

Un exemple est la réforme des retraites au Japon, qui augmenta l'âge légal de la retraite de 60 à 65 ans et modifia la méthode de calcul des pensions de retraite en diminuant les rentes payables aux retraités¹. L'allongement de la période d'activité pourrait être considéré comme favorable aux travailleurs les plus jeunes, puisqu'ils auront la possibilité de prolonger leur vie active. Par contre, cette réforme affecte les travailleurs plus âgés, lesquels doivent travailler cinq ans de plus pour obtenir les mêmes avantages que ceux prévus par le système initial.

Cet exemple est typique des modifications des conditions de travail que nous aborderons dans ce chapitre, sous l'angle des motifs qui les sous-tendent et de leur caractère raisonnable ou non. En effet, la modification des conditions de travail à travers la convention collective, mais surtout à travers le règlement intérieur de l'entreprise, fait l'objet de nombreuses discussions au Japon depuis les années 1980. Par règlement intérieur, nous entendons les règles qui relèvent

1. 85 % des entreprises privées japonaises ont mis en place un système de prime ou de pension de retraite, ou la combinaison des deux. Dans tous les cas, il s'agit d'un « salaire » (art. 11 de la *Loi sur les normes du travail* de 1947). La rente pour la retraite à 60 ans est généralement très élevée et correspond à une somme totale allant de 40 à 50 mois du salaire obtenu en moyenne dans les grandes entreprises et atteignant 24 mois de salaire dans les PME.

de l'entreprise (*work rules* en anglais, *Syugyo-Kisoku* en japonais). La détermination des conditions de travail par le biais du règlement intérieur de l'entreprise est un sujet de plus en plus abordé par la jurisprudence.

Pourquoi débat-on autant de la validité d'un règlement prévoyant un changement défavorable pour les employés ? Plusieurs facteurs l'expliquent. Tout d'abord, les litiges résultant de modifications défavorables des conditions de travail ont augmenté avec la récession économique. Ensuite, comme nous l'avons précédemment dit, bien qu'il s'agisse de changements touchant aux conditions de travail, tous les membres des syndicats ou tous les employés ne sont pas concernés de la même manière. Ces changements ont souvent tendance à n'affecter qu'un certain groupe, en particulier les personnes d'âge moyen ou avancé. Or, jusqu'à une époque récente au Japon, les employés d'âge avancé étaient généralement mieux protégés et mieux payés que les jeunes travailleurs et ce, en raison du modèle d'emploi à vie. Ce modèle implique de maintenir des relations de travail stables et un système de rémunération basé sur l'ancienneté. Désormais, pour rationaliser, diminuer, ou encore limiter ses dépenses et coûts d'exploitation, l'employeur cherche à réviser ce système de rémunération en modifiant les conditions de départ à la retraite ou en introduisant une part d'individualisation et de méritocratie dans la gestion du personnel. Les employés d'âge avancé sont ceux qui souffrent le plus souvent de ces changements apportés au sein de l'entreprise.

Il arrive que des litiges portent sur la révision d'une convention collective à laquelle a pris part le syndicat. La plupart des conflits portent néanmoins sur des modifications intervenues dans le règlement intérieur de l'entreprise. Dans un premier temps, nous expliquerons pourquoi, au Japon, le recours au règlement intérieur prévaut sur celui à la convention collective lorsqu'il s'agit de modifier les conditions de travail dans un sens défavorable aux travailleurs. Dans un deuxième temps, nous décrirons l'approche utilisée par la *Loi sur les normes du travail* de 1947 vis-à-vis du règlement intérieur de l'entreprise, puis nous en exposerons la nature et les effets juridiques. Dans un troisième temps, nous ferons état de l'évolution de

la jurisprudence de la Cour suprême sur le caractère raisonnable de la modification du règlement intérieur et sur les réactions de la doctrine face à cette jurisprudence. Pour conclure, nous présenterons les apports de la *Loi sur le contrat du travail* de 2007, loi qui constitue la transposition législative des solutions développées en jurisprudence.

IIII 2. LA DÉTERMINATION DES CONDITIONS DE TRAVAIL AU JAPON : ARTICULATION ENTRE LES LOIS DU TRAVAIL, LES CONVENTIONS COLLECTIVES ET LE RÈGLEMENT INTÉRIEUR DE L'ENTREPRISE

La négociation et la convention collective ont traditionnellement été pensées, tant au Japon que dans d'autres pays développés, comme le système fondamental à partir duquel le syndicat et l'employeur décident des conditions de travail et de leur possible modification². Or, cette hypothèse n'est plus pertinente aujourd'hui, considérant la structure juridique des syndicats et ce qu'est devenue la relation de travail dans le contexte japonais actuel.

La *Loi sur les normes du travail* de 1947 mentionne que les parties à la relation de travail doivent s'efforcer d'améliorer les standards minimums qu'elle fixe (art. 1, al. 2)³: « The standards for working conditions fixed by this Act are minimum standards. Accordingly, parties to [a] labor relationship shall not reduce working conditions with these standards as an excuse and, instead, should endeavour

-
2. Selon l'article 28 de la *Constitution Japonaise* de 1946, et selon la *Loi sur les syndicats* de 1949, un syndicat peut se constituer librement à l'initiative des travailleurs. Mais au Japon, après la Seconde Guerre mondiale, ce sont les employés réguliers de l'entreprise qui ont formé des syndicats, soit les employés à temps complet à l'emploi pour une durée indéterminée (peu importe leur catégorie professionnelle); l'organisation ne s'est pas faite au niveau sectoriel ou au niveau régional ou national comme dans d'autres pays développés. Donc, l'organisation et la négociation collectives se font à l'échelle de l'entreprise (Voir Shirai, 1983)
 3. Il est possible d'accéder aux textes des lois du travail japonaises (en anglais) en consultant le site Internet de *The Japan Institute for Labour Policy and Training (JILPT)*, sous la rubrique *Labour Laws of Japan*, à l'adresse suivante: <http://www.jil.go.jp/english/laborinfo/library/Laws.htm>.

to raise the working conditions.» On a dès le départ supposé que cet objectif devait se réaliser par l'intermédiaire de la négociation collective entre le syndicat et l'employeur ou le groupe d'employeurs; autrement dit, le moyen d'obtenir des conditions de travail plus avantageuses que celles prévues par la loi était de négocier ces conditions et de les intégrer dans une convention collective.

La place réservée à la convention collective dans la détermination des conditions de travail doit être comprise en tenant compte de la hiérarchie des normes qui régissent les rapports de travail au sein de l'entreprise. Tout d'abord, le contrat individuel de travail n'est valide qu'à la condition de respecter les normes minimales prévues dans les lois qui protègent les travailleurs. Les clauses qui ne respectent pas ces normes minimales sont en principe nulles et remplacées par des dispositions légales pertinentes (art. 13 de la *Loi sur normes du travail* de 1947). Ensuite, l'employeur qui emploie continuellement dix travailleurs ou plus est tenu de rédiger un règlement intérieur applicable dans son entreprise, lequel encadre différents sujets déterminés par la *Loi sur les normes du travail*, comme par exemple les heures de travail (art. 89 de la même loi). Dans une telle situation, il faut se référer aux dispositions du règlement intérieur pour évaluer si les clauses du contrat individuel de travail sont valides ou non. En cas de nullité, ces clauses sont remplacées par les dispositions prévues dans le règlement intérieur (ancien art. 93 de la *Loi sur les normes du travail* de 1947 et art. 12 de la nouvelle *Loi sur le contrat de travail* de 2007). Enfin, en présence d'une convention collective, c'est cette dernière qui doit servir de référence pour déterminer si les clauses du contrat individuel respectent ou pas les conditions minimales obligatoires dans l'entreprise (art. 16 de la *Loi sur les syndicats* de 1949):

Any part of an individual labor contract contravening the standards concerning working conditions and other matters relating to the treatment of workers provided in the collective agreement shall be void. In such a case, the invalidated part of the individual labor contract shall be governed by those standards. With respect to matters as to which the individual labor contract does not provide, the same shall apply.

Par conséquent, bien que le règlement intérieur ait priorité sur le contrat individuel de travail, il ne peut contrevenir ni à la convention collective, ni aux lois d'ordre public. La convention collective voit donc son effet normatif sur le contrat individuel de travail reconnu par la *Loi sur les syndicats* de 1949 (art. 16 de la Loi précitée)⁴.

Si, au Japon, la convention collective permet de régir les conditions de travail dans l'entreprise, elle peut avoir aussi pour effet d'améliorer ou d'affaiblir ces conditions. En effet, il n'existe pas dans ce pays de principe de faveur applicable de manière générale entre le contrat individuel de travail et la convention collective. La convention collective n'est pas un socle minimal, à la différence de la France et de l'Allemagne, qu'elle soit négociée entre les partenaires sociaux, syndicats et employeurs, d'un même secteur d'activité ou d'une même région. C'est ce qu'il ressort des dispositions pertinentes de la *Loi sur les normes du travail* de 1947 (l'ancien article 93) et de la *Loi sur les syndicats* de 1949 (l'article 16). En vertu de la *Loi sur les normes du travail* de 1947, les conditions de travail prévues par le contrat individuel sont nulles si elles ne respectent pas les dispositions du règlement intérieur de l'entreprise. Par contre, selon la *Loi sur les syndicats* de 1949, sont nulles, les dispositions du contrat individuel de travail contraires aux normes relatives aux conditions de travail et autres conditions d'emploi des travailleurs prévues par la convention collective (Sugéno, 2002 : 588 ; Hanami et Komiya, 2011).

À la différence de l'Amérique du Nord, il n'existe pas au Japon de système de représentation syndicale exclusive au sein d'une unité de négociation. Les travailleurs visés par la convention collective sont en principe les membres du syndicat qui négocie la convention collective. Le syndicat négocie avec l'employeur les conditions de travail pour ses adhérents uniquement. La *Loi sur les syndicats* prévoit toutefois qu'en certaines situations, l'application de la convention

4. Après la Seconde Guerre mondiale, la législation japonaise et le droit japonais du travail sont largement influencés par la jurisprudence étrangère, surtout allemande et américaine (Araki, 2002 : 736). On ne parle généralement pas de l'« élargissement » de l'application de la convention collective de travail, mais de « l'effet normatif » de la convention collective de travail.

collective à tous les autres travailleurs de l'entreprise est possible⁵. L'une d'elles est lorsqu'une convention collective s'applique aux trois quarts et plus des travailleurs réguliers de l'entreprise, atelier ou lieu de travail concerné (art. 17 de *la Loi sur les syndicats*). Il est dans ce cas possible que les travailleurs occupés à des travaux similaires dans le même atelier ou dans un autre lieu de travail de l'entreprise soient liés *ipso facto* par cette convention collective, même s'ils n'ont pas adhéré au syndicat⁶. Une autre situation possible est le déclenchement, par l'une des parties, de la procédure d'extension de la convention collective à l'ensemble d'une région ou localité. Il revient alors au Ministre du travail, au Gouverneur (de Tokyo) ou au Préfet de prendre la décision selon le territoire concerné (art. 18 de *la Loi sur les syndicats*)⁷.

La première situation soulève néanmoins une question importante lorsque plusieurs syndicats sont présents dans l'entreprise : est-il possible d'étendre la convention collective conclue par le syndicat qui représente les trois quarts des travailleurs à ceux qui sont membres des autres syndicats présents dans l'entreprise ? À l'heure actuelle, la jurisprudence et la doctrine répondent par la négative. Selon le principe du pluralisme syndical en vigueur au Japon, toute association syndicale possède le droit d'organisation et de négociation collective lui permettant de conclure une convention collective avec l'employeur, et ce, sans tenir compte du nombre d'adhérents et indépendamment de la variation des effectifs (art. 28 de *la Constitution Japonaise*) (Sugéno, 2002 : 557-558).

Dans un tel cas, comment l'employeur peut-il s'y prendre pour uniformiser les conditions de travail dans l'entreprise ? En modifiant le règlement intérieur à tout moment ou en attendant la conclusion d'une convention collective avec le syndicat. En effet, le règlement

-
5. Ce système a été introduit au Japon sous l'inspiration du modèle allemand : « *Allgemeinverbindlichkeit* » (Araki, 2002 : 449).
 6. Le dispositif législatif mettant en œuvre un tel système fit pendant longtemps l'objet de controverses.
 7. Au Japon, la convention collective est typiquement conclue dans l'entreprise et cet effet contraignant général ne s'applique qu'exceptionnellement (Sugéno, 2002 : 606).

intérieur peut être révisé unilatéralement par l'employeur et il s'applique alors à tous les employés, sans distinction de leur appartenance syndicale.

Pour bien comprendre la place du règlement intérieur comme source de détermination des conditions de travail au Japon, il convient de spécifier la réalité actuelle des syndicats dans ce pays. Tout d'abord, la représentation syndicale se situe à l'échelle de l'entreprise. De plus, les syndicats s'organisent en fonction d'une communauté des statuts, tels que celui d'employé permanent de l'entreprise, et non en fonction des catégories professionnelles ou des secteurs d'activité dans lesquelles œuvrent ses membres. Pour le dire autrement, l'accès aux syndicats japonais est généralement réservé aux travailleurs réguliers de l'entreprise. Il faut enfin tenir compte du taux de syndicalisation au Japon. En 2010, dans le secteur privé, ce taux était de 16,9 %. Actuellement, plus de 90 % des entreprises de dix salariés et plus n'ont pas de syndicats au Japon⁸.

On l'a vu, la convention collective permet de convenir de conditions de travail plus avantageuses que le minimum fixé par les lois du travail ou de prévoir d'autres conditions qui ne sont pas prévues par ces lois. Aussi, la convention collective permet d'ajouter à ce qui est prescrit par le contrat individuel de travail et par le règlement intérieur de l'entreprise.

Or, en raison du très faible taux de syndicalisation au Japon, la convention collective apparaît n'être capable de produire ces effets positifs que sur 16,5 % des travailleurs du secteur privé. En réalité, c'est le règlement intérieur qui intervient effectivement comme mode dominant d'élaboration des conditions de travail dans l'entreprise. Ce constat est d'autant plus vrai que les conventions collectives

8. Le taux de présence syndicale est plus élevé dans les grandes entreprises que dans les petites et moyennes entreprises. Le taux de syndicalisation dans l'entreprise de plus de 1000 employés est de 46,2 %. Par contre, ce taux est de 14,2 % dans les entreprises de 100 à 999 employés, et il n'est plus que de 1,1 % dans les entreprises de moins de 100 travailleurs (Ministry of Health, Labour and Welfare, Basic Survey on Labour Unions of FY 2010 disponible à <http://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/roushi/kiso/10/kekka03.html>).

prévoient souvent peu de choses en matière de conditions de travail, laissant le champ libre aux dispositions du règlement intérieur qui s'appliquent à l'ensemble des travailleurs de l'entreprise.

Pour conclure, si, à première vue, le règlement intérieur est encadré juridiquement par les lois du travail et la convention collective, il semble que la réalité soit tout autre au Japon⁹.

III 3. L'APPROCHE DU RÈGLEMENT INTÉRIEUR DANS LA *LOI SUR LES NORMES DU TRAVAIL* DE 1947 : CONTENU, PROCÉDURE DE RÉDACTION ET DE MODIFICATION, DEVOIR D'INFORMATION

Dans l'industrie, la division et l'organisation du travail ont eu pour résultat de faire travailler ensemble un grand nombre d'ouvriers. D'où la nécessité d'établir des conditions de travail uniformes, ainsi que des règles disciplinaires justes, permettant à la fois de contrôler et de diriger les milieux de travail. Le règlement intérieur de l'entreprise trouve donc ses origines dans la nécessité pour l'employeur de maintenir l'ordre dans l'atelier. En revanche, il est également nécessaire de protéger les droits et libertés des travailleurs dont les conditions de travail ont tendance à être imprécises au Japon. Ainsi, une fois qu'un règlement intérieur entre en vigueur dans l'entreprise, l'employeur a également l'obligation de s'y soumettre, le règlement fixant les règles applicables au lieu de travail dans son ensemble. La *Loi sur les normes du travail*, en particulier son chapitre IX, encadre le rôle et les limites du règlement intérieur¹⁰. Comme nous l'avons dit précédemment, le règlement intérieur est obligatoire dans toute entreprise de 10 travailleurs et plus. Il doit par ailleurs être soumis

9. Au Japon, les conventions collectives ont pour objet de régir les conditions de travail des employés. Elles comportent notamment des dispositions sur les heures de travail dans l'entreprise, les procédures de négociation ou encore les activités syndicales. Voir Suwa, 1992 et 1993.

10. Comme les obligations imposées à l'employeur sont d'ordre public, la *Loi sur les normes du travail* prévoit également des sanctions pénales afin d'obliger celui-ci à les respecter (art. 120).

au Bureau des normes du travail (« Rôdô-Kijun-Kantoku-Sho »). De plus, l'article 89 de la Loi énumère les domaines concernés par le règlement intérieur (Hanami et Komiya, 2011 : 98-99) :

An employer who continuously employs 10 or more workers shall draw up rules of employment covering the following items and shall submit those rules of employment to the relevant government agency. In the event that the employer alters the following items, the same shall apply :

(i) Matters pertaining to the times at which work begins and at which work ends, rest periods, days off, leaves, and matters pertaining to shifts when workers are employed in two or more shifts ;

(ii) Matters pertaining to the methods for determination, computation and payment of wages (excluding extraordinary wages and the like ; hereinafter in this item the same qualification shall apply) ; the dates for closing accounts for wages and for payment of wages ; and increases in wages ;

(iii) Matters pertaining to retirement (including grounds for dismissal) ;

(iv) In the event that there are stipulations for retirement allowances, matters pertaining to the scope of workers covered ; methods for determination, computation, and payment of retirement allowances ; and the dates for payment of retirement allowances ;

(iv) In the event that there are stipulations for extraordinary wages and the like (but excluding retirement allowances) and/or minimum wage amounts, matters pertaining thereto ;

(vi) In the event that there are stipulations for having workers bear the cost of food, supplies for work, and other expenses, matters pertaining thereto ;

(vii) In the event that there are stipulations concerning safety and health, matters pertaining thereto ;

(viii) In the event that there are stipulations concerning vocational training, matters pertaining thereto ;

(ix) In the event that there are stipulations concerning accident compensation and support for injury or illness outside the course of employment, matters pertaining thereto;

(x) In the event that there are stipulations concerning commendations and/or sanctions, matters pertaining to their kind and degree;

(xi) In the event that there are stipulations applicable to all workers at the workplace in addition to those contained in the preceding items, matters pertaining thereto.

On peut classer les différents alinéas de cet article 89 de la *Loi sur les normes du travail* selon leur degré d'obligation. Ainsi, les alinéas (i) à (iii) ont un caractère dit « absolu », tandis que les alinéas (iv) à (xi) sont généralement qualifiés de « relatifs » en raison de la forme conditionnelle que prend l'obligation. En effet, aux termes de la Loi, l'obligation qui y est identifiée ne s'impose que si certaines stipulations sont contenues dans le règlement intérieur relativement à certaines matières précises¹¹. On peut dire également que si les premiers alinéas portent sur des conditions de travail fondamentales, les seconds portent quant à eux sur des matières « volontaires » (Sugeno, 2002: 111-112).

Sur le plan procédural, lorsque l'employeur adopte ou modifie le règlement intérieur, il doit consulter le syndicat majoritaire sur le lieu de travail visé ou, en l'absence de syndicat, la personne qui représente la majorité des travailleurs (art. 90, alinéa 1 de la *Loi sur les normes du travail*). Lorsque l'employeur soumet son projet de règlement intérieur ou son projet de modification du règlement intérieur à l'autorité administrative compétente, il doit y joindre le document comportant l'avis du syndicat ou du représentant des travailleurs (art. 90, alinéa 2)¹². Néanmoins, aux termes de la Loi,

11. À la différence des autres alinéas de l'article 89 (« *In the event that there* [...] »), il n'y a aucune place à l'éventualité en ce qui concerne les alinéas I à III

12. À ce moment-là, le syndicat qui rend son opinion sur le règlement intérieur exerce son rôle de représentant majoritaire de l'ensemble des employés, « *Kahansu-Jyugyôin-Daihyo* », plutôt que de ses seuls membres. C'est ce qui lui permet de manifester des revendications et intentions au nom de

ce droit d'expression des travailleurs ne semble que relatif, puisque l'employeur est seulement tenu de consulter les représentants des travailleurs. Lorsqu'il est dit que l'employeur « demandera l'opinion », cela signifie littéralement qu'il demandera un simple avis. Il ne lui est donc pas requis d'obtenir le consentement du syndicat ou du représentant des travailleurs, ni que ces derniers prennent part, avec lui, à l'élaboration dudit règlement. Le droit unilatéral de l'employeur d'établir des règles relatives aux conditions de travail au moyen du règlement intérieur est ainsi reconnu. Et l'avis défavorable du syndicat ou du représentant des travailleurs n'affecte pas la validité des conditions de travail édictées par le règlement. Si le syndicat ou le représentant des travailleurs refuse ou omet de remettre un « document qui contient une opinion », il suffira alors à l'employeur de prouver qu'il a respecté son obligation de solliciter pareil avis.

En définitive, la loi permet aux travailleurs d'exprimer leur point de vue sur le projet de règlement intérieur ou sur sa modification. L'article 90 de la *Loi sur les normes du travail* a donc pour objectif non seulement d'encadrer le contenu du règlement intérieur mais aussi de veiller aux intérêts des travailleurs (Sugéno, 2002 : 113). Une fois de plus, il existe un certain écart entre la teneur des dispositions légales, lesquelles visent à protéger les travailleurs, et la réalité. En effet, la plupart du temps, et même si cela n'empêche pas les divergences de vues, l'employeur cherchera à négocier avec les syndicats ou les représentants des travailleurs avant d'aller de l'avant avec tout projet de règlement intérieur ou de modification de ce dernier.

Une fois le règlement validé, l'employeur a l'obligation de permettre aux travailleurs d'en prendre connaissance par tout moyen approprié (art. 106 de la *Loi sur les normes du travail*) :

The employer shall make known to the workers the substance of this Act and ordinances issued under this Act, the rules of employment, the agreements stipulated in [...], by displaying or posting them at all times in a conspicuous location or locations in the workplace, by distributing written copies, or by other

methods as prescribed by Ordinance of the Ministry of Health, Labour and Welfare.

Ce devoir d'information envers tous les employés est une obligation de droit privé dont le non-respect comporte de lourdes conséquences. Si l'employeur manque à ce devoir, le règlement intérieur ne produit aucun effet sur les employés¹³.

IIII 4. POURQUOI LE TRAVAILLEUR A-T-IL L'OBLIGATION DE RESPECTER LE RÈGLEMENT INTÉRIEUR ÉTABLI OU MODIFIÉ UNILATÉRALEMENT PAR L'EMPLOYEUR ?

Puisque les conditions de travail ont pour source le contrat de travail, il est naturel de penser qu'elles doivent être décidées ou modifiées à partir d'une entente individuelle, dans le cas du contrat individuel de travail, ou collective, en présence d'une convention collective. Or, au Japon, c'est bien le règlement intérieur qui, dans la pratique, régit les conditions de travail applicables pour tous les travailleurs de l'entreprise. C'est donc l'employeur qui, de façon unilatérale, au moyen du règlement intérieur, détermine ce qui devrait normalement relever d'un accord volontaire dans le contrat individuel ou collectif de travail. Mais la réalité est plus complexe. La *Loi sur les normes du travail* consacre, a-t-on vu, la primauté du règlement intérieur sur le contrat individuel de travail lorsque les conditions de travail fixées par ce dernier sont moins favorables que celles édictées par le règlement (ancien art. 93 de la Loi¹⁴):

-
13. Voir l'affaire *Fuji-Kôsan* (Arrêt de la 2^e Chambre de la Cour suprême du Japon du 10 octobre 2003, *Rô-han*, n° 861[2004], p. 5) sur l'effet juridique du règlement intérieur. Il s'agissait d'une mesure disciplinaire que l'employeur avait manqué de porter à la connaissance des travailleurs alors qu'il avait présenté ce projet devant le Bureau des normes du travail (*Rô-han* est l'abréviation de la revue « *Rôdô-hanrei* » ou « *La jurisprudence de travail* » qui est publiée 22 fois par année et qui présente les jugements ou les arrêts relatifs aux questions du travail).
 14. L'article 93 de la *Loi sur les normes du travail* de 1947 a été remplacé par l'article 12 de la nouvelle *Loi sur le contrat de travail* de 2007.

Labor contracts which stipulate working conditions that do not meet the standards established by the rules of employment shall be invalid with respect to such portions. In such case the portions which have become invalid shall be governed by the standards established by the rules of employment.

Mais pourquoi en est-il ainsi ? Pourquoi les conditions de travail élaborées à partir du règlement intérieur lient-elles tous les travailleurs de l'entreprise, sans qu'il y ait eu d'accord entre les parties concernées ?

Cette question a longuement été discutée depuis le milieu des années 1920, période qui marque le début de l'histoire du droit du travail au Japon et les premières positions de la doctrine sur le règlement intérieur de l'entreprise. Pour reprendre l'expression du juriste japonais Yasuo Suwa, le règlement intérieur de l'entreprise est un sujet qui divise en « quatre groupes et treize écoles ». Au cœur de cette controverse figure l'opposition entre deux approches divergentes, soit la théorie juridique de la norme et celle du contrat. Pour la première, le règlement intérieur, en tant que loi de l'entreprise, est source d'obligations pour le travailleur. Dès que celui-ci est à l'emploi d'une entreprise au sein de laquelle un règlement intérieur est en vigueur, ce dernier lui est automatiquement applicable. Cette approche défend néanmoins aussi l'idée voulait que la modification du règlement intérieur ne peut réduire les conditions de travail prévues par la loi ou le contrat de travail. Cela se justifie par l'objectif de protection des travailleurs véhiculé par la *Loi sur les normes du travail*. Pour la seconde approche, celle du contrat, l'employeur peut modifier unilatéralement le règlement intérieur de l'entreprise, mais il doit le faire en obtenant le consentement du travailleur dont le contrat individuel de travail s'appuie sur le règlement intérieur précédent – le règlement antérieur ayant été incorporé au contrat individuel de travail ; en d'autres termes il aurait été « contractualisé » (Sugéno, 2002 : 116-117). La jurisprudence de l'époque reflétait la variété d'approches existant au sein de la doctrine juridique. Toutefois, la Cour suprême

du Japon et les tribunaux des juridictions inférieures défendaient la théorie juridique de la norme¹⁵.

La Cour suprême du Japon, réunie en Assemblée plénière¹⁶, a rendu un arrêt important le 25 décembre 1968¹⁷, mettant fin à toutes ces controverses. Ce faisant, la Cour a élaboré une thèse originale sur le caractère et l'effet juridiques du règlement intérieur :

Dans l'entreprise moderne, qui emploie beaucoup de travailleurs, l'organisation du travail impose à l'employeur de déterminer par règlement intérieur, sur certaines matières, des conditions de travail unitaires et uniformes pour l'ensemble des travailleurs subordonnés [...] En considérant que le règlement intérieur possède non seulement le caractère d'une norme sociale, mais aussi celui d'un usage dans les faits, sa valeur juridique est établie dès lors que les conditions de travail qu'il prévoit sont raisonnables (voir l'article 92 du *Code civil*) [...] Dans la mesure où le règlement intérieur est pensé comme la norme à la fois sociale et juridique applicable dans l'entreprise concernée, ce règlement intérieur s'applique naturellement à tous les travailleurs de l'entreprise, peu importe qu'ils aient eu ou non connaissance de l'existence et du contenu dudit règlement intérieur, et qu'ils aient ou non donné leur consentement individuel.

L'Assemblée plénière de la Cour suprême du Japon a ainsi confirmé la valeur juridique du règlement intérieur de l'entreprise pour autant que les conditions de travail qui y sont prévues soient raisonnables. Elle a également jugé que le travailleur ne peut refuser l'application

15. Voir l'affaire *Mitsui-Zôsen* (2^e Chambre de la Cour suprême du Japon du 4 juillet 1953, *Min-shû*, vol. 6 n° 7, p. 635.) où les travailleurs argumentaient que le règlement intérieur ne pouvait produire ses effets sans concertation avec le syndicat, comme cela avait été stipulé dans la convention collective (*Min-shû* est l'abréviation du « *Saikô-Saibansho-Minji-Saibanrei-Shû* » ou « *Recueil officiel de jurisprudence civile de la Cour Suprême* » qui est publié en principe 12 fois par année).

16. Les arrêts de la Cour suprême du Japon sont habituellement rendues par l'une de ses trois Chambres de compétence générale et qui se composent chacune de quatre ou cinq juges. Mais lorsqu'elle est amenée à traiter d'un cas d'une importance particulière, notamment sur des questions de constitutionnalité ou lors d'un renversement de jurisprudence, c'est alors l'Assemblée plénière de la Cour qui siège, composée de ses quinze juges (art. 10, *Court Act*, Act n° 59 of April 16, 1947).

17. Arrêt *Shuhoku-Bus*, *Min-shû*, vol. 13, n° 13, p. 3459.

du règlement intérieur à son endroit, lorsque la modification de ses conditions de travail engendrée est raisonnable.

Très tôt, la doctrine a sévèrement critiqué cet arrêt sous deux aspects. D'abord, ce serait une erreur théorique de s'appuyer sur les usages au sein de l'entreprise que le règlement intérieur est censé exprimer, pour en déduire son caractère obligatoire. En effet, dans une approche contractuelle, c'est l'accord des parties au contrat qui fonde l'obligation et non pas l'usage. Dans cette perspective, il serait erroné de fonder le caractère obligatoire du règlement intérieur sur les pratiques régulières dans l'entreprise que ce dernier reconnaît en s'appuyant sur l'article 92 du *Code civil* du Japon :

In cases there is any custom which is inconsistent with a provision in any law or regulation not related to public policy, if it is found that any party to a juristic act has the intention to abide by such custom, such custom shall prevail.

Ensuite, si l'on cherche à établir le caractère obligatoire du règlement intérieur à partir des conditions de travail concrètes reconnues par l'employeur dans l'entreprise, il s'ensuit que le travailleur lié à l'entreprise par son contrat individuel de travail ne devrait pas être contraint de respecter ce règlement (Hanami et Komiya, 2011 : 56-57).

Par la suite, l'analyse du caractère juridique du règlement intérieur de l'entreprise évolue vers ce type d'assimilation aux pratiques constantes et usages qui ont cours dans l'entreprise en matière de conditions de travail. Cette théorie se fonde en quelque sorte sur les pratiques contractuelles de secteurs particuliers d'activité, tels que l'assurance, le transport ou le voyage, secteurs où, de par leur contrat de service, les clients adhèrent automatiquement à l'ensemble des conditions imposées par le prestataire. Cette théorie, qui se fonde sur le contrat d'adhésion, défend donc l'idée que le règlement intérieur définit les pratiques constantes et les usages en matière de conditions de travail dans l'entreprise. L'ensemble de ces conditions s'impose donc au travailleur qui intègre l'entreprise par la voie d'un contrat individuel de travail, et ce, à partir du moment où il y a eu « communication préalable » et à la condition de vérifier ou de justifier le « caractère raisonnable du contenu » du règlement intérieur de

l'entreprise (Sugéno, 2002 : 117-119)¹⁸. Fort de ces enseignements, dans un arrêt ultérieur¹⁹, la Cour suprême a pris position en faveur de cette nouvelle approche de la théorie contractuelle ; elle jugea alors que le règlement intérieur, lorsque raisonnable, s'incorporait au contrat individuel de travail.

Ainsi, la jurisprudence japonaise a défini la nature juridique du règlement intérieur à partir de la théorie des contrats, bien que de fortes oppositions au sein de la doctrine existent toujours autour de certaines notions comme celles de la définition des pratiques constantes et des usages dans l'entreprise.

|||| 5. LA MODIFICATION DU RÈGLEMENT INTÉRIEUR DANS UN SENS DÉFAVORABLE AUX TRAVAILLEURS : ÉLABORATION D'UNE JURIPRUDENCE ET RÉACTION DE LA DOCTRINE

Comme nous l'avons souligné, la *Loi sur les normes du travail* oblige tout employeur qui emploie continuellement dix travailleurs et plus à rédiger un règlement intérieur (art. 89). Cette loi accorde aussi, à certaines conditions, priorité au règlement intérieur sur le contrat individuel de travail (ancien art. 93). Cette priorité sur le contrat individuel de travail est reprise dans les mêmes termes par l'article 12 de la *Loi sur le contrat de travail* de 2007 :

-
18. Cette variante de la théorie contractuelle est nommée « existing custom theory ».
19. Arrêt *Dén-dén Kôsha Obihiro-Kyoku*, 1^{re} Chambre de la Cour suprême du Japon du 3 mars 1986, *Rô-han*, n° 470 (1987), p. 6. Dans cette affaire, une téléphoniste de la Régie du téléphone et des télégrammes (depuis la privatisant de 1985, de NTT, (Nippon Telegraph and Telephone Corporation) de la ville de Obihiro (Hokkaidô) souffrait de brachialgie. Elle refusait de se soumettre à un examen médical au motif qu'elle n'avait pas confiance en l'hôpital où on lui avait demandé de se présenter conformément au règlement. La régie avait prononcé son congédiement disciplinaire au motif de la violation d'une instruction de travail. Il s'agissait donc bien ici d'une question de l'effet juridique de ce règlement intérieur sur le contrat de travail.

A labor contract that stipulates any working conditions that do not meet the standards established by the rules of employment shall be invalid with regard to such portions. In this case, the portions which have become invalid shall be governed by the standards established by the rules of employment.

L'employeur a en outre la faculté de rédiger et de modifier unilatéralement le règlement intérieur de l'entreprise sans obtenir au préalable le consentement de chaque travailleur visé. Il lui suffit de recueillir l'avis du syndicat ou du représentant de la majorité des employés, selon l'article 90 de la *Loi sur les normes du travail*. Or, un problème demeure si la nature juridique du règlement intérieur peut être trouvée dans la théorie contractuelle basée sur les usages et les pratiques constantes, pourquoi le travailleur ne peut-il pas s'opposer formellement à la modification unilatérale de ses conditions de travail qui ont pour source le règlement intérieur et qui sont incorporées au contrat individuel de travail ?

L'Assemblée plénière de la Cour suprême du Japon, dans son arrêt *Shuhoku-Bus* du 25 décembre 1968, a livré son analyse sur cette question. Dans cette affaire qui mettait justement en cause une modification défavorable des conditions de travail, la Cour devait déterminer l'effet juridique du règlement intérieur d'une compagnie d'autobus qui établissait une nouvelle limite d'âge (55 ans) pour le départ à la retraite. Or, il n'existait jusque-là dans l'entreprise aucune pratique ni aucun mécanisme en la matière pour les employés occupant des fonctions de gestion :

En règle générale, il n'est pas possible de priver les travailleurs de droits acquis et de leur imposer des conditions de travail désavantageuses de façon unilatérale [par l'employeur] à partir d'un nouveau règlement intérieur ou d'une modification de celui existant. [...]

Quoi qu'il en soit, étant donné que ces règles traitent collectivement des conditions de travail et que la direction a besoin d'uniformiser et de consolider les conditions de travail au moyen d'un règlement intérieur d'entreprise, l'application de ces nouvelles conditions de travail désavantageuses ne peut être refusée au seul motif que le consentement du travailleur n'a pas été donné, dès lors que ces règles de travail sont raisonnables.

Si la Cour suprême affirme, d'un côté, qu'on ne peut en principe modifier les conditions de travail à partir du règlement intérieur si cela entraîne une réduction des conditions de travail, elle précise, de l'autre, qu'il est possible de procéder exceptionnellement à ce type de changement, à la condition qu'il soit raisonnable. Or, ce faisant, elle ne justifie pas en quoi cette modification désavantageuse décidée unilatéralement par l'employeur, qui n'est pas permise en principe, peut être exceptionnellement qualifiée de raisonnable. Avec cet arrêt, la Cour suprême impose donc aux tribunaux, qui ont pour mission de régler ces questions de façon appropriée, de procéder à une analyse de la rationalité de la modification du règlement intérieur afin d'en déterminer le caractère raisonnable. En faisant ce choix, la Cour transforme l'exception en principe. Son analyse donne en outre à l'employeur, une simple partie au contrat de travail, le pouvoir de modifier unilatéralement le contenu du contrat individuel de travail de tous les employés de l'entreprise avec pour seule balise juridique le contrôle judiciaire du caractère raisonnable d'une telle modification à partir de l'examen de la rationalité de la décision de l'employeur. La politique de la Cour suprême confirme ainsi le pouvoir de l'employeur de déterminer et de modifier unilatéralement les conditions de travail au sein de son entreprise.

À la suite de l'arrêt *Shuhoku-Bus*, la Cour suprême a poursuivi son œuvre jurisprudentielle sur la modification défavorable des conditions de travail au moyen du règlement intérieur. Ce sont au total neuf arrêts qui ont été rendus permettant ainsi de préciser sa grille d'analyse de la rationalité de la modification du contenu du règlement intérieur.

Tout d'abord, dans l'arrêt *Takeda-System*²⁰, la Cour affirme que l'évaluation du caractère raisonnable de la modification du règle-

20. Arrêt *Takéda-System*, 2^e Chambre de la Cour suprême du Japon du 25 novembre 1983, *Rô-han*, n° 418 (1984), p. 21. L'employeur avait modifié le règlement intérieur sans le consentement du syndicat. Les employées qui prenaient leur congé légal en période menstruelle (art. 68 de la *Loi sur les normes de travail*) voyaient alors leur salaire de base diminuer de 32 % pendant 2 jours et de 100 % après 3 jours au cours du même mois; avant la modification, le salaire de base était garanti jusqu'à 24 jours sur une même année. Avant cet arrêt, la même Chambre avait prononcé la

ment intérieur doit se faire sur deux volets, à savoir « sur le contenu et sur la nécessité du changement ».

Ensuite, dans l'arrêt *Ömagari-Shi-Nôkyô* en 1988²¹, la Cour a élaboré ces quelques critères permettant d'apprécier si une modification est raisonnable ou non :

On doit décider concrètement de l'existence ou non du caractère raisonnable de la modification du règlement intérieur en considérant globalement le degré de désavantage que l'employé devra subir. Pour ce faire, il convient de tenir compte du contenu du règlement intérieur et de la nécessité de sa modification pour l'employeur, du contenu du nouveau règlement intérieur, de l'amélioration d'autres conditions de travail concernant par exemple les mesures compensatrices, du détail de la négociation avec le représentant des travailleurs dans l'entreprise, tel que le syndicat, de l'attitude des autres syndicats ou des employés et des circonstances générales concernant les affaires du même genre.

Même si ce dernier arrêt a apporté des précisions importantes, il n'a pas clarifié la teneur de l'analyse qu'il est requis de faire pour « décider concrètement de l'existence ou non du caractère raisonnable de la modification du règlement intérieur en considérant globalement » son contenu. La doctrine a critiqué cet arrêt en affirmant qu'elle rendait impossible toute prévisibilité concernant les critères permettant d'évaluer le caractère raisonnable de la modification.

L'arrêt *Däiichi-Kogata Häiyä (Hire)* en 1992²² a apporté d'autres précisions à cet égard. Il s'agissait d'un employeur ayant modifié le mode de calcul du salaire des chauffeurs de taxi après avoir tenté de s'entendre par trois fois avec l'un des syndicats de l'entreprise

nullité de l'abolition du système de prime ou de pension de retraite sans mesures compensatrices (Arrêt *Mikuni Häiya (Hire)*, 2° Chambre de la Cour suprême du Japon du 15 juillet 1983, *Rô-han*, n° 425 (1984), p. 75).

21. Arrêt *Ömagari-Shi-Nôkyô*, 3° Chambre de la Cour Suprême du Japon du 16 février 1988, *Min-Shu*, vol. 42, n° 2 p. 60 (1988). Dans ce cas, il s'agissait de la question de la validité de la modification du règlement intérieur sur le système de prime de départ à la retraite à la suite de la fusion de plusieurs « *nôgyô-kyôdô-kumiai* » ou « sociétés coopératives agricoles ».
22. Arrêt *Däiichi-Kogata Häiyä*, 2° Chambre de la Cour Suprême du Japon du 13 juillet 1992, *Rô-han*, n° 630 (1992), p. 6.

mais sans toutefois aboutir à un accord. La modification du règlement intérieur était finalement intervenue à la suite d'une entente entre l'employeur et un autre syndicat nouvellement majoritaire dans l'entreprise, lequel représentait plus de travailleurs ayant mené les premières concertations²³. La Cour a jugé que le règlement intérieur régissait de façon raisonnable le contenu des conditions de travail, étant donné que la modification du règlement intérieur avait donné lieu à des négociations avec les syndicats, qu'un accord était intervenu avec l'un d'eux, qui au surplus est majoritaire, et ce, peu importe l'échec des négociations avec le premier syndicat. Ce dernier ne pouvait donc pas remettre en cause le règlement intérieur ainsi adopté. La Cour suprême a renvoyé l'affaire devant la Cour d'appel pour que celle-ci examine précisément le caractère raisonnable des discussions menées avec le syndicat contestant la validité du règlement intérieur. La doctrine a commenté positivement cet arrêt en considérant qu'il avait accordé une valeur plus importante à l'exigence d'apprécier « globalement » l'ensemble des circonstances ayant conduit à la modification du règlement intérieur pour en déterminer le caractère raisonnable. C'est donc principalement l'existence d'une négociation avec le syndicat majoritaire du moment qui a été prise en compte pour mettre en application l'analyse élaborée par la Cour dans les arrêts *Takéda-System* et *Ômagari-Shi-Nôkyô* précités. On a alors insisté sur le fait que l'existence d'une négociation avec le syndicat majoritaire de l'entreprise permettait de retrouver une meilleure prévisibilité des critères d'évaluation du caractère raisonnable de la modification.

Cet élément sera repris comme critère déterminant de la grille d'analyse des juges dans l'arrêt *Däi-Shi Ginkô* en 1997²⁴ :

Comme la modification du règlement intérieur est en l'espèce intervenue à la suite de la conclusion d'une convention collective entre l'employeur et le syndicat majoritaire qui représentait 90 % des employés de la banque, on peut supposer que le changement

23. Le nombre de membres du syndicat nouvellement majoritaire était de 180 contre 114 pour le syndicat plus ancien.

24. Arrêt *Däi-Shi Ginkô*, 2^e Chambre de la Cour suprême du Japon du 28 février 1997, *Min-Shu*, vol. 51, n° 2 (1997), p. 705.

du contenu du règlement intérieur est raisonnable étant donné la coordination existant entre le patron et le syndicat.

Dans ce cas, il était question d'une modification du règlement intérieur dans une banque régionale où un employé pouvait travailler continuellement jusqu'à 58 ans sans diminution de salaire, malgré la limite d'âge de la retraite fixée à 55 ans. La banque a modifié son règlement intérieur afin de prolonger cette limite d'âge jusqu'à 60 ans et a diminué en même temps le salaire mensuel et les primes des travailleurs de 55 ans et plus²⁵. Il en résultait une diminution du revenu annuel, puisque les travailleurs devaient désormais travailler jusqu'à 60 ans pour toucher le même salaire. Les travailleurs âgés entre 55 et 60 ans subissaient ainsi une diminution de salaire car ils ne gagnaient désormais plus que de l'ordre de 63 à 67 % du salaire des travailleurs de 54 ans ou moins. La Cour suprême a reconnu le caractère raisonnable de la modification du règlement intérieur, puisqu'une négociation avait eu lieu entre le syndicat représentant la majorité des travailleurs et l'employeur.

Une partie de la doctrine a insisté sur le fait que l'on doit attacher de l'importance à l'existence ou non d'un accord avec le syndicat majoritaire pour apprécier globalement le caractère raisonnable du nouveau règlement intérieur ou de sa modification. En effet, il est possible de penser que si l'employeur cherche à négocier ou à s'entendre avec le syndicat majoritaire sur le projet de modification des conditions de travail, il peut éventuellement reconsidérer le projet et chercher à concilier les intérêts opposés entre les deux parties. Ces éléments seraient pertinents pour déterminer si la modification du règlement intérieur est raisonnable ou non. Si les conditions de travail sont fixées par le règlement intérieur avec l'accord du syndicat, il est donc juste de croire que la majorité des travailleurs soutient

25. Les primes sont attribuées deux ou trois fois par année au Japon, et leur montant peut correspondre chaque année à entre 2 et 6 mois de salaire. Ajoutons que l'arrêt *Asahi Kasai-Kaijō Hokén* (Fire & Marine Insurance) a jugé que le règlement intérieur qui abaissait l'âge de retraite de 63 ans à 57 ans n'était pas raisonnable en ce qu'il réduisait le taux des primes de retraite pour des employés qui avaient travaillé plus que 30 ans (arrêt *Asahi Kasai-Kaijō Hokén* (Fire & Marine Insurance), 3^e Chambre de la Cour suprême du Japon du 26 mars 1996, *Min-Shu*, vol. 50, n^o 4 (1996), p. 1008).

la modification envisagée, ce qui permet d'en supposer le caractère raisonnable.

La Cour suprême a toutefois eu l'occasion d'exprimer l'opinion contraire, malgré des circonstances factuelles similaires. Dans l'affaire *Michinokú Ginkô* en 2000²⁶, les revenus annuels des employés de plus de 55 ans de la banque étaient passés de 67 % à 54 % par rapport à ceux âgés de 55 ans et moins, comme c'était le cas dans l'arrêt *Däi-Shi Ginkô*²⁷. Même si le syndicat, qui représentait 73 % des employés de la banque, avait approuvé la modification à deux reprises, la Cour a jugé que vu « le degré et la teneur du désavantage subi par les employés, il n'y a pas lieu de tenir compte du consentement du syndicat pour déterminer le caractère raisonnable de la modification des salaires ».

Dans deux arrêts postérieurs rendus en l'an 2000, la Cour suprême n'a pas lié son jugement à l'existence ou non du consentement exprimé par le syndicat majoritaire. Dans l'arrêt *Ugo Ginkô (Hokúto Ginkô)*²⁸, la Cour a ainsi confirmé le caractère raisonnable du règlement intérieur ainsi modifié, sans faire état du consentement obtenu du syndicat majoritaire, lequel représentait plus de 70 % des employés. Dans l'arrêt *Hakodaté Shin-yô Kinko*²⁹, la Cour a relevé le caractère raisonnable de la modification du règlement intérieur, peu importe que l'employeur ne se soit pas suffisamment concerté avec le syndicat majoritaire.

En somme, il semble que la Cour suprême du Japon juge que les relations entre l'employeur et les représentants des travailleurs ne

26. Arrêt *Michinokú Ginkô*, 1^{re} Chambre de la Cour suprême du Japon du 7 septembre 2000, *Min-Shu*, vol. 54, n° 7(2000), p. 2075.

27. Mais dans ce cas, la limite d'âge de la retraite était déjà fixé à 60 ans avant la modification du règlement intérieur.

28. Arrêt *Ugo Ginkô (Hokúto Ginkô)*, 3^e Chambre de la Cour Suprême du Japon du 12 septembre 2000, *Rô-han*, n° 788 (2000), p. 23. Les membres du syndicat minoritaire de la banque régionale invoquaient la nullité de la semaine de travail de cinq jours décidée en accord avec le syndicat majoritaire.

29. Arrêt *Hakodaté Shin-yô Kinko*, 2^e Chambre de la Cour suprême du Japon du 22 septembre 2000, *Rô-han*, n° 788 (2000), p. 17. Il s'agissait dans ce cas d'une question d'allongement des heures de travail pendant la semaine afin d'obtenir congé le samedi et le dimanche.

sont qu'un élément parmi d'autres permettant d'apprécier globalement le caractère raisonnable de la modification du règlement intérieur. Elle n'en fait pas un critère déterminant. L'analyse globale du règlement intérieur doit aussi inclure l'identification des mesures de l'employeur qui rééquilibrent les modifications envisagées afin que, malgré la remise en cause de certaines conditions de travail, l'ensemble conserve un caractère raisonnable. La réflexion sur l'identité des critères qui permettent non seulement de rechercher le caractère raisonnable du nouveau règlement intérieur mais aussi et surtout d'en déterminer la force contraignante pour les travailleurs se poursuit.

|||| 6. UN ABOUTISSEMENT : L'AJOUT DE CONDITIONS DE FORMATION ET DE MODIFICATION DU RÈGLEMENT INTÉRIEUR PAR LA LOI SUR LE CONTRAT DE TRAVAIL DE 2007

Aucune loi particulière ne régissait spécifiquement le contrat individuel de travail au Japon jusqu'à l'adoption, le 5 décembre 2007, de la *Loi sur le contrat de travail*. Son adoption est survenue dans un contexte où le contrat de travail semble avoir retrouvé une certaine importance, du fait notamment de la diversification des conditions d'emploi et de l'augmentation du nombre de conflits individuels de travail (Yamakawa, 2009 : 4-6; Hanami et Komiya, 2011 : 58). Plusieurs dispositions sur le règlement intérieur figurent dans le chapitre 2 de la Loi, intitulé « La conclusion et la modification du contrat de travail » (art. 6 à 13).

L'article 7 de cette Loi reprend les différents apports de la jurisprudence exposée précédemment : celle sur l'obligation d'information des travailleurs comme condition de la force obligatoire du règlement intérieur (arrêt *Fuji-Kôsan*) ; celle sur la nature et les effets juridiques du règlement développée depuis l'arrêt *Shûhoku Bus* (Yamakawa, 2009 : 11) :

In cases where a worker and an employer conclude a labor contract, if the employer had informed the worker of the rules of

employment that provide for reasonable working conditions, the contents of the labor contract shall be based on the working conditions provided by such rules of employment; provided, however, that this shall not apply to any portion of the labor contract in which the worker and the employer had agreed on working conditions that are different from the contents of the rules of employment, except in cases that fall under Article 12.

Même s'il est difficile de dire si son contenu penche du côté de la théorie du contrat ou du côté de celle de la norme juridique, l'article 7 vient confirmer la valeur juridique du règlement intérieur d'entreprise en affirmant qu'il s'agit bien d'une source de droit du travail.

L'article 9 de cette Loi vient en outre préciser la question des modifications des conditions de travail :

An employer may not, unless agreement has been reached with a worker, change any of the working conditions that constitute the contents of a labor contract in a manner disadvantageous to the worker by changing the rules of employment; provided, however, that this shall not apply to the cases set forth in the following Article.

Se trouve ainsi affirmé le principe selon lequel l'accord de volontés est le fondement du contrat individuel de travail et l'on en tire toutes les conséquences quant à la modification des conditions de travail. L'article 10 de la Loi vient cependant relativiser ce principe en réintroduisant l'exigence du caractère raisonnable de la modification des conditions de travail décidée unilatéralement par l'employeur au moyen du règlement intérieur :

In cases where an employer changes the working conditions by changing the rules of employment, if the employer informs the worker of the changed rules of employment, and if the change to the rules of employment is reasonable in light of the extent of the disadvantage to be incurred by the worker, the need for changing the working conditions, the appropriateness of the contents of the changed rules of employment, the status of negotiations with a labor union or the like, or any other circumstances pertaining to the change to the rules of employment, the working conditions that constitute the contents of a labor contract shall be in accordance with such changed rules of

employment; provided, however, that this shall not apply to any portion of the labor contract which the worker and the employer had agreed on as being the working conditions that are not to be changed by any change to the rules of employment, except in cases that fall under Article 12.

Il est clair que cette disposition opère une certaine mise en ordre, d'autant qu'elle reprend des éléments essentiels de l'analyse développée dans l'arrêt *Dai-Shi Ginkô* en présence d'une modification du règlement intérieur affaiblissant les conditions de travail dans l'entreprise (Yamakawa, 2009 : 15-16).

La *Loi sur le contrat de travail* énonce les critères permettant d'apprécier le caractère raisonnable de la modification du règlement intérieur. Mais elle n'apporte toutefois aucune réponse sur les fondements juridiques de la décision de l'employeur de modifier unilatéralement le règlement intérieur sans le consentement du travailleur. En effet, la loi ne fait que reprendre à son compte la fiction juridique qui permet d'étendre le pouvoir de direction de l'employeur. Il est vrai néanmoins qu'elle confirme aussi qu'il n'est plus suffisant de rechercher le bien-fondé d'une telle modification pour l'employeur uniquement : « ces règles traitent collectivement des conditions de travail, étant donné que la direction a besoin d'uniformiser et de consolider les conditions de travail au moyen d'un règlement intérieur d'entreprise » (arrêt *Shûhoku Bus*).

La *Loi sur le contrat de travail* de 2007 vient donc en quelque sorte codifier la jurisprudence antérieure sur le contrat individuel de travail. Elle est le résultat d'un compromis opéré entre syndicats et employeurs, après tant de débats contradictoires³⁰. Ce résultat semble

30. Au Japon, la plupart des législations sociales sont proposées par le Gouvernement. Une procédure en trois temps permet de préparer tout projet de loi dans le domaine. Dans un premier temps, le Ministère du Travail (Ministère de la Santé, de l'Emploi et de la Protection sociale depuis 2001) forme un groupe d'étude composé d'experts, afin d'examiner les possibilités d'une nouvelle législation ou celles d'une révision. Ce comité consultatif a pour mission de conseiller le Ministre du travail; plusieurs professeurs de droit du travail y participent, dont Kazuo Sugéno qui en était le Président lors de l'élaboration du projet de *Loi sur le contrat de travail* (Yamakawa, 2009 : 6-7). Le Ministre demande dans un deuxième temps officiellement l'avis

refléter une transposition toute naturelle. Il s'agissait de résoudre les conflits entre travailleurs et employeurs dans une situation où il n'existait pas de règles juridiques précises sur l'ajustement possible du contrat individuel de travail en cours d'emploi ; cet exercice de détermination revenait autrefois aux juges. Cette loi a codifié les fondements mêmes de la relation individuelle de travail.

On peut toutefois s'interroger sur sa vocation à tenir compte des deux caractéristiques essentielles du contrat de travail. D'abord, l'asymétrie entre le travailleur et l'employeur dans leur capacité respective de négocier les conditions de travail traduit un déséquilibre du rapport de force ; cet élément est typique de cette relation contractuelle. Ensuite, dans la mesure où le contrat de travail est à exécution successive, en ce sens qu'il se prolonge dans le temps, il faut nécessairement pouvoir adapter son contenu à un environnement changeant. Or, la *Loi sur le contrat de travail*, en affirmant l'égalité des parties au contrat de travail, ne rend pas compte de cette inégalité réelle entre le travailleur et l'employeur³¹. On peut

du Conseil représentatif du travail. Ce conseil est organisé sur une base tripartite, avec des représentants des travailleurs, des employeurs et autres représentants de l'intérêt public. Enfin, à l'issue de ce processus, le projet de loi préparé par le Gouvernement est présenté au Parlement (voir Araki, 2002 : 737 et 747-748).

31. Après la Seconde Guerre mondiale, deux groupes de chercheurs en théorie du droit du travail se sont opposés au Japon. Un groupe – « *Pro-Labor* » ou nommé aujourd'hui « *Séngo-Rôdô-Hôgakû* » (« *Droit du travail d'après Guerre* ») – était majoritaire au Japon. Un autre groupe – « *Pro-Capital* » ou son successeur « *Post- Séngo-Rôdô-Hôgakû* » – est devenu à présent très influent sur le droit de travail, surtout dans le domaine de la pratique. Le premier groupe, qui avait des affinités avec le marxisme et qui défendait le mouvement syndical, insistait sur la particularité du droit du travail à l'égard du droit civil et critiquait souvent la jurisprudence d'un point de vue extérieur et matériel. Le second groupe, qui se tenait plutôt loin du mouvement syndical en niant toute idéologie en faveur des travailleurs, cherchait à s'arranger avec le droit civil en réalisant une interprétation rationnelle de la jurisprudence du Droit du travail à partir des principes civilistes (Araki, 2002 : 738-740 et 742-743). Araki (2002 742 reproche au « *Séngo-Rôdô-Hôgakû* », le premier groupe, d'ignorer les significations littérales des articles : « This approach [*legal interpretation based on case law analysis*: par l'auteur] was beautifully adopted by the textbook authored by Kazuo Sugéno in 1985 [*Voir Sugéno, 2002*: par l'auteur]. The publication marked the epoch of the establishment of contemporary labor law

même dire que, paradoxalement, le législateur a nié l'un des principes fondamentaux du contrat, à savoir l'égalité formelle entre les parties dans la formation et le réajustement du contenu du contrat, et en refusant d'introduire un mécanisme qui garantisse cet équilibre des forces en présence. La *Loi sur le contrat de travail* a donc, en définitive, sous prétexte de garantir un principe d'égalité, légitimé toute modification unilatérale du règlement intérieur de l'entreprise par l'employeur³².

|||| BIBLIOGRAPHIE

- Araki, Takashi, « Labor Law Scholarship in Japan » (2002) 23:3 *Comparative Labor Law & Policy Journal*: 735.
- Hanami A, Tadashi et Fumito Komiya, *Labour Law in Japan*, Rijin, Kluwer Law International, 2011.
- Shirai, Taishirô, *Contemporary Industrial Relations in Japan*, Madison, University of Wisconsin Press, 1983.
- Sugéno, Kazuo, *Japanese Employment and Labor Law* (traduit par Leo Kanowitz), Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2002.
- Suwa, Yasuo, « Enterprise-Based Labor Unions and Collective Agreements » (1992) 31:9 *Japan Labor Bulletin* 4.
- Suwa, Yasuo, « Relation of Collective Agreement to Rules of Employment » (1993) 32:3 *Japan Labor Bulletin* 5.

scholarship that influences both scholars and practitioners.» Ce premier groupe, le « *Séngo-Rôdô-Hôgakû* », comprend toutefois des tendances assez diverses, et constitue pour ainsi dire une sorte de « Front populaire », dans lequel un professeur – Kén-ichi Tadénuma (1923-2011) – a eu une grande influence sur le développement du droit du travail japonais et dont plusieurs doctrines ont été adoptées par la Cour suprême du Japon.

32. La *Loi sur le contrat de travail* a également modifié la *Loi sur les normes du travail*, dont l'article 93 sur l'articulation entre le contrat individuel de travail et le règlement intérieur (qui prend l'aspect de règle minimale) qui est incorporé dans l'article 12 de la nouvelle Loi. L'article 13 de la *Loi sur le contrat de travail* vient préciser l'articulation des sources du droit dans l'entreprise entre les lois, les conventions collectives et le contrat de travail, de la même façon que l'article 13 de *Loi sur les normes du travail* (1947).

Yamakawa, Ryūichi. « The Enactment of the Labor Contract Act: Its Significance and Future Issues » (2009) 6:2 *Japan Labor Review* 4.



THE WAGNER MODEL AND INTERNATIONAL FREEDOM OF ASSOCIATION STANDARDS

Lance Compa*

|||| INTRODUCTION

I first met Pierre Verge just before beginning my service with the NAFTA labour commission in 1995. Not long after that, Pierre Verge and my own labour law professor at Yale in 1972, Clyde Summers, jointly wrote a penetrating evaluation of the first years of the NAFTA labour side accord, which still serves as the best single analysis of that seminal but flawed instrument linking labour standards and a trade agreement (Summers, Verge and Medina, 1998; Verge, 1999; Verge, 2002). Since then, my understanding of international labour standards and how they relate to labour law in North America has been shaped and enriched by Pierre Verge's writing.

* Senior Lecturer, School of Industrial and Labour Relations, Cornell University.

In this essay, I want to examine a question implicit in some of Pierre Verge's work: is the "Wagner model" that underpins both the U.S. and Canadian labour law systems consistent with international norms on freedom of association?¹

Following this introduction, Section II provides a summary of relevant international standards and creates a context for analyzing the Wagner model. Section III takes up key elements of the Wagner model and how they compare with international norms.

Section IV discusses how specific features of labour law and practice flowing from the Wagner model indeed run afoul of international standards, especially in the United States—not because of intrinsic flaws in the Wagner model, but because of legislative amendments and court decisions that undermine it. Section V offers a defense of the Wagner model and reasons not to replace it with a multiple/minority representation system.

Here is my argument in brief:

Labour law and practice in the United States and Canada often violate international freedom of association standards. The International Labour Organization's Committee on Freedom of Association, an authoritative body that handles complaints against governments, has repeatedly found the United States and Canada in violation of the ILO's FOA norms.²

-
1. See, among his prodigious output, Pierre Verge, "Réalité juridique du rapport du travail" in Gilles Trudeau, Guylaine Vallée and Diane Veilleux, *Études en droit du travail à la mémoire de Claude d'Aoust*, Cowansville, Yvon Blais, 1995; Pierre Verge and Guylaine Vallée, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1997; Pierre Verge, *Configuration diversifiée de l'entreprise et droit du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003; Christian Brunelle and Pierre Verge, "L'inclusion de la liberté syndicale dans la liberté générale d'association: un pari constitutionnel perdu?" (2003) 82 *Revue du Barreau canadien* 712; Pierre Verge, "Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association: justification et effets" (2009) 50 *Les Cahiers de Droit* 267; Pierre Verge, "L'affirmation constitutionnelle de la liberté d'association: une nouvelle vie pour l'autonomie collective?" (2010) 51 *Les Cahiers de Droit* 353.
 2. For discussion of such violations in the United States, see Lance Compa, *Unfair Advantage: Workers' Freedom of Association in the United States*

Does this mean that the “Wagner model”³ that underpins both countries’ labour law systems is contrary to international standards? No. The essential elements of the Wagner model comport with ILO requirements. But lacunae in the original statutes, subsequent amendments, and interpretation of the law by labour boards and courts (especially in the United States; Canadian authorities have remained more faithful to Wagner principles) mean that many specific features flowing from the model indeed violate international standards. The challenge is to fix those features, not to ditch the Wagner model.⁴

1. INTERNATIONAL STANDARDS

1.1 Human Rights Instruments

The Universal Declaration of Human Rights and related United Nations covenants, one on civil and political rights and one on economic and social rights, are a starting point for defining international norms. “Everyone has the right to form and join trade unions for the protection of his interests,” proclaimed the UDHR in 1948.⁵ The 1966 International Covenant on Civil and Political

under International Freedom of Association Standards, Ithaca, Cornell University Press, 2004; for violations in Canada, see Leo Panitch and Donald Swartz, *From Consent to Coercion: The Assault on Trade Union Freedoms*, Toronto, Garamond, 2003 and ILO decisions cited there.

3. The U.S. National Labor Relations Act (NLRA) and Canada’s federal and provincial labour law systems flow from legislation introduced in the U.S. Congress by Senator Robert Wagner of New York State. It became known as the Wagner Act upon its adoption in the United States in 1935, and the “Wagner model,” which served as the foundation of Canadian federal and provincial labour laws beginning in the 1940s.
4. This essay focuses on the Wagner model as it relates to private-sector workplaces—*not* the many ways in which federal, provincial, state, municipal, and other public-sector jurisdictions in Canada and the United States have adopted and applied variations of the Wagner model, often in ways that clearly contradict international standards.
5. *Universal Declaration of Human Rights*, GA Res 217(III), UNGAOR, 3d Sess, Supp No. 13, UN Doc A/810, (1948) 71, art 23.

Rights confirms that “Everyone shall have the right to freedom of association with others, including the right to form and join trade unions for the protection of his interests.”⁶ Its counterpart covenant on economic and social rights confirms “the right of everyone to form trade unions and join the trade union of his choice... the right of trade unions to function freely... the right to strike [...]”⁷

IIII 1.2 ILO Jurisprudence

These international human rights instruments define workers’ freedom of association at a high level of generality—too general to construct clear legal standards. The International Labour Organization’s Convention 87 on freedom of association and 98 on collective bargaining give them more shape and content. They call for:

- /// Free exercise of the right to form and join trade unions “without prior authorization” – meaning without needing government permission;
- /// Workers’ right to a trade union “of their own choosing”—not one chosen for them by the government or by the employer;
- /// Non-interference by the government or by employers with workers’ exercise of the right to freedom of association;
- /// Protection against acts of anti-union discrimination;
- /// Promotion of voluntary negotiation between workers and employers;
- /// The right to strike as an “intrinsic corollary” of freedom of association.

These are still not sharply defined rules. The ILO has two oversight bodies that interpret and apply the conventions: the Committee on Freedom of Association and the Committee of Experts on the

6. *International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, 999 UNTS 171, art 22.

7. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, December 16, 1966, 993 UNTS 3, art 8.

Application of Ratified Conventions. They have made thousands of decisions over many decades analyzing and giving specific content to freedom of association conventions.

Strict constructionists insist these are not “decisions” in the usual legal sense. They are rather findings, recommendations, comments, observations and other soft pronouncements, driven by political differences and policy considerations rather than legal principles (Langille, 2007; 2009).

Actually, political differences and policy preferences among conservative, liberal, and middle-of-the-road jurists drive decisions of the Canadian Supreme Court and the U.S. Supreme Court, too. But as courts they can issue binding decisions in national legal systems.

ILO committees can only issue decisions that are more or less authoritative, persuasive, compelling, convincing, etc. in the softer international law sphere. Still, in contrast to many Canadian and American court decisions in which judges meander along preferred policy pathways, ILO committee decisions are narrowly focused on the question presented, tightly constructed, closely reasoned, rhetorically temperate, doctrinally cautious, and otherwise models of judicious judicial analysis. They examine facts in light of norms and decide whether norms were breached—a classic judicial function.

Decisions of the two main ILO oversight committees are authoritative and persuasive for international labour law purposes, at least with respect to Conventions 87 and 98. Those two conventions impose “constitutional” and “customary” obligations on all member countries, whether or not they have ratified them. But without an authoritative interpretation of what the Conventions mean, non-ratifiers like the United States (for both Conventions) and Canada (for Convention 98), which have not transposed the content of the Conventions into national law, would be off the hook for their international obligations.

Brian Langille objects that members of the Committee on Freedom of Association, unlike those of the CEARC, are selected as representatives of the ILO’s three constituencies, governments, employers, and

trade unions, and they are not always lawyers. But there is a positive side, perhaps, in having actors with real-life experience, who may or may not be lawyers, playing a quasi-judicial role handling cases that come before them. In any event, both committees are served by top-quality ILO lawyers who ensure the legal soundness of the committees' work.

Even for ratifying countries, decisions by both the CFA and the CEARC are needed for interpretation and application in the myriad concrete matters which these committees consider. Any well-functioning rule-of-law regime has to provide for a judicial system in which courts interpret the text of laws that cannot possibly anticipate every set of facts that might require their application. In the ILO, it is a quasi-judicial oversight system rather than "courts" as we know them in national systems, but its output is no less judicial.

Decisions by the ILO's oversight committees provide authoritative interpretations of the conventions and indicate with a high degree of precision how they should be applied in practice. But they do not impose "one size fits all" standards on the ILO's 185 member states. The committees clarify the rules, but allow the rules to take different forms in practice.

|||| 1.3 Living with Ambiguity

The roots of labour law systems run deep in national territory, nourished by each country's labour relations culture and history of social struggles.⁸ The ILO has to be flexible and pragmatic, allowing for sometimes wide differences. So, for example, the CFA has left to the discretion of each country "in conformity with national practice and the industrial relations system in each country" whether and how to compel dues payments by represented workers who are not union members. In seeming contradiction, the Committee says

8. This is axiomatic in comparative industrial relations scholarship; see, for example, Otto Kahn-Freud, "The Uses and Misuses of Comparative Law" (1974) 37 *Modern Law Review* 1 (himself hearkening back to Montesquieu's *Spirit of the Laws*).

“both situations where union security clauses are authorized and those where they are prohibited can be considered to be in conformity with ILO principles and standards on freedom of association.” (International Labour Organization, 2006: para 365)

The United States and Canada diverge between and within themselves on this point, all within the framework of the Wagner Model. Some U.S. states (known as “union shop” states) permit unions and employers to negotiate compulsory dues payments by non-members. Other states (called “right to work” states) prohibit such agreements.

Dues obligations are separate from union membership. No one can be compelled to join a union in the United States or in Canada. However, if the employer agrees (and if such agreement is not prohibited, as in “right-to-work” states), non-union members can still have to pay an amount equal to dues payments by union members. In the United States, non-members who make payments under such contract clauses can request and receive a rebate of the portion of their payments unrelated to collective representation.⁹

Some Canadian provinces require compulsory dues by application of the “Rand Formula,” a union security arrangement requiring all represented employees to pay union dues or “agency fees” equal to union dues if they are not union members (named after a Supreme Court justice, Ivan Rand, who ordered such an arrangement in a famous 1946 decision resolving a strike at Ford Motor Co. of Canada). Other provinces leave the matter to collective bargaining. No province prohibits an agreement on mandatory dues, as in U.S. “right to work” states.

I have often had trade union friends ask, “Can we bring a case to the ILO saying that right-to-work laws violate freedom of association?” And I suppose, without knowing, that the National Right-to-Work Committee might be asked: “Can we file a complaint with the ILO arguing that compulsory dues violate freedom of association?” The

9. The rebate system is based on a U.S. Supreme Court decision in *Communications Workers of American (CWA) v. Beck*, 487 U.S. 735 (1988).

answer in both cases is: You can bring a case, but you cannot win it, because the ILO leaves this question to national traditions and cultures.

|||| 1.4 National Differences

I have had conversations with communist and socialist trade unionists in France who are firmly against compulsory dues, seeing them as an infringement of individual rights. For my part, I believe that right-to-work laws interfere with workers' freedom of association, not *per se* but because of how they solidify the anti-union culture that gives rise to them in conservative states where employers dominate the political power structure.

When I was a UE organizer in the 1970s, General Electric was an "open shop" company. The collective agreement did not contain a "union shop" clause requiring union membership and dues, even in states that allowed union shops. But at GE plants in Erie, Pennsylvania, in Schenectady, New York, in Lynn, Massachusetts, and at other big plants in traditional union strongholds, voluntary membership was 95 percent or higher.

Culture mattered, not the content of the law. The union was a force in the community. Young workers knew that the union made it a good place to work. Union stewards swiftly recruited newly hired employees.

In contrast, at the GE plant in Waynesboro, Virginia, the union won an NLRB election in 1969, just in time for a nationwide three-month strike at General Electric. Virginia is a redoubt of Southern anti-unionism in the United States. "Union" is a dirty word in much public discourse, while "right to work" is gospel. About one-third of the GE Virginia workers were brave enough to stay on strike, avoiding a back-to-work debacle. But over the following years the union core remained at one-third, and never reached sustained majority status.

IIII 2. THE WAGNER MODEL AND INTERNATIONAL STANDARDS

IIII 2.1 Wagner Model Principles

As with the diametrically opposed law and practice on compulsory dues discussed above, the ILO Committee on Freedom of Association has ruled that contrasting union representation and collective bargaining systems are compatible with the principles of freedom of association (International Labour Organization, 2006: para 950). In one case, one union with majority support in a defined “bargaining unit” enjoys exclusive bargaining rights for all represented employees in the unit. In the other case, multiple unions can bargain for members with or without majority status among employees in the putative “unit.”

The Wagner model in the United States and Canada reflects the majority union-exclusive representation system, sometimes under the ungainly label “majoritarian exclusivity.” But this just captures two of its several core elements. The Wagner model embraces the following principles:

- // freedom of association;
- // *protection* of freedom of association;
- // trade union independence;
- // workers’ choice of union representative;
- // workers’ ability to change or decertify unions;
- // a defined “appropriate” bargaining unit;
- // majority rule;
- // “certification” by labour law authorities;
- // exclusive representation;
- // a duty to bargain;
- // the right to strike for a new collective agreement.

How do these core features of the Wagner model comport with international standards on workers' freedom of association?

|||| A. *Freedom of Association*

All workers in Canada and the United States enjoy freedom of association vis-à-vis the state. Workers can form unions, hold meetings, elect leaders, pay dues, hire staff, publish newsletters, build a website, host conferences, importune employers, petition the government, join rallies, marches, and other forms of protest, support candidates for public office, ally themselves with political parties, join national and international union federations, and otherwise act collectively to defend their interests. Government authorities cannot arrest, imprison, or take other action against workers or union leaders for such associational activity.

The Wagner Act and its Canadian counterparts reaffirm these basic rights. The Wagner Act declares, "Employees shall have the right to self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities..." Canada's federal labour code puts it even more pithily: "Every person is free to join a trade union of the person's own choice and to participate in its lawful activities."¹⁰

Federal, provincial, and state supreme courts in Canada and the United States have repeatedly recognized a "rights" foundation for workers' freedom of association. As the U.S. Supreme Court said when employers challenged the constitutionality of the Wagner Act, "Employees have as clear a right to organize and select their representatives for lawful purposes as the [employer] has to organize its business and select its own officers and agents."¹¹ Even the *Labour Trilogy* decisions of the Supreme Court of Canada, viewed at the

10. Subsidiary questions whether workers have a constitutional basis for collective bargaining, strikes, boycotts, pickets, and other activities that implicate interests of employers, the community, and the public raise many complications, discussed below.

11. *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937).

time as anti-labour and later overturned in certain respects in *B.C. Health*, declared that “the Charter has reaffirmed the historical importance of freedom of association and guaranteed it as an independent right.” This is one positive element of the otherwise disturbing *Trilogy* that has not been called into question in later decisions.¹²

|||| B. Protection of Freedom of Association

A key question is whether labour law *protects* the exercise of the right to freedom of association. Exercising the right without protection nullifies the right. The police might not arrest workers for union activity, but if employers can fire them with impunity, workers dare not organize. To guard against reprisals for associational activity, the state must protect employees by prohibiting such reprisals and providing a legal mechanism for recourse and remedy.

Under the Wagner model, U.S. and Canadian labour laws define and prohibit “unfair labour practices,” most notably 1) interference with union activity, 2) discrimination (such as dismissal) because of union activity, and 3) refusal to bargain with a certified trade union. They also create administrative tribunals that can act on claims and order remedies for violations, such as reinstatement and back pay for unlawfully dismissed employees, backed up by contempt of court power.¹³

U.S. law is even more favourable to workers than are ILO standards (and, on this point, more than Canadian law) because it protects *any* form of “concerted activity... for mutual aid and protection,” not just union activity. One worker who goes to her boss and says “I need a pay increase” can be fired; two workers who go together and say “we need a pay increase” are protected. If the boss fires them,

12. *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alberta)* [1987] 1 S.C.R. 313.

13. Exclusion of some categories of workers from protection of freedom of association is a glaring example of shortcomings in North American labour law, to be discussed below.

they can file an unfair labour practice charge and win reinstatement and back pay.¹⁴

Workers need not have any intention of forming a union. They might even be ardently anti-union. It does not matter; they are “protected” under the Wagner Act.¹⁵ In other words, U.S. law protects not only the relatively small portion of the labour force represented by unions or seeking to form a union at any given moment, but also tens of millions of private-sector workers everywhere whenever two or more of them stick together to improve their working conditions.

The reach of this “concerted activity” protection is reflected in a new spate of social media cases in which workers discussed working conditions on Facebook or Twitter and their employers fired them. The National Labor Relations Board ordered reinstatement and back pay for victims because they engaged in protected concerted activity under the NLRA (distinguishing cases in which the Facebook posting or Twitter comment was merely “individual griping” with no group aim or crossed bounds of decency).¹⁶

The importance of this concerted activity protection is also reflected in a recent NLRB decision that the Wagner Act overrides clauses in mandatory arbitration agreements in non-union workplaces that prohibit class actions by aggrieved employees. Many U.S. employers require workers unrepresented by unions to sign such mandatory arbitration clauses, waiving their right to bring an employment lawsuit to federal or state courts, as a condition of getting or keeping a

-
14. I know that delays, weak remedies, difficulties in litigating mixed-motive discharges, and other problems plague the unfair labour practice system. But these problems are not inherent in the Wagner model.
 15. It is not clear whether the same result can be inferred from CFA and CEARC decisions. Since only trade unions can file complaints to these ILO supervisory bodies (or employers or governments, but they would not normally have reason to file such complaints), the decisions only speak to workers’ trade union activity.
 16. For an overall analysis, see NLRB Office of the General Counsel, *Memo-randum GC 12-05*, May 2, 2012. The NLRB recently created a special website devoted to protected concerted activity in response to frenzied reactions among employers, workers’ organizations, and the media, at <http://www.nlr.gov/concerted-activity>.

job. Such clauses typically prohibit any form of class action before an arbitrator.¹⁷ The NLRB ruled that class actions are a form of protected concerted activity. The employer community is in an uproar, furious that unorganized employees would enjoy such protection, and has challenged the Board's decision in court (Dubé, 2012).

Social media cases have not yet come to the attention of the ILO oversight committees (just wait). But the NLRB's decision to apply Section 7 protection to non-union workers in their use of social media is at least consonant with Convention 87 standards on freedom of association, and may even go above and beyond the convention.

||| C. Trade Union Independence

Unions in the United States and Canada jealously guard their status as workers' organizations uncontrolled by government and uncontrolled by employers. Under the Wagner model, labour law in both countries prohibits employer formation or domination of trade unions. Section 8(a)(2) of the National Labor Relations Act in the United States is severe in this regard. It effectively prohibits many forms of labour-management consultation and cooperation schemes as stalking horses for despised "company unions" meant to prevent genuine union formation.¹⁸

American and Canadian trade unions are close to friendly political parties—the Democrats in the United States, the New Democratic Party in Canada. But they are not organically attached, as happens in many other countries. And they are often critical, as in the U.S. presidential campaign when trade unions withheld millions of dollars normally provided to support the Democratic National

17. *D.R. Horton Inc.*, 357 N.L.R.B. No. 184 (2012).

18. For comprehensive discussion, see Kenneth G Dau-Schmidt, "Employee Voice Symposium: Principal Paper: Promoting Employee Voice in the American Economy: A Call for Comprehensive Reform" (2011) 94 *Marquette Law Review* 765; Laura J Cooper, "Employee Voice Symposium: Responses and Critiques: Lessons from History: Letting the Puppets Speak: Employee Voice in the Legislative History of the Wagner Act" (2011) 94 *Marquette Law Review* 837.

Convention because party leaders chose to hold the convention in Charlotte, North Carolina, a right-to-work state where political elites are harshly anti-union and Charlotte itself is the epicentre of North Carolina anti-unionism (Mason, 2012: A10).

|||| *D. Choice of Representative*

Within the framework of the Wagner model, workers can choose any union to represent them as a bargaining agent. In many countries, workers in certain companies or industries can only have the one union prescribed by law for that type of company or sector—only one electronics union for electronics workers, only one apparel union for apparel workers, only one mine union for mineworkers, and so on, even if workers would rather have another union in which they have more confidence.

In Canada and the United States, the United Steelworkers can represent hospital staff, the Canadian or United Auto Workers can represent insurance company employees, the Teamsters can represent auto parts makers, predominantly public-sector unions can represent private-sector workers and vice versa, and so on in almost infinite permutation. In other words, workers can have the union “of their own choosing” which they feel will do the best job for them, not the union foisted on them by law.¹⁹

|||| *E. Changing or Decertifying Unions*

The Wagner model precludes a phenomenon prevalent in many countries: monopoly unions that can never be displaced, no matter how ineffective they are or how overwhelmingly workers want to rid themselves of the union and get better representation. In the United States and Canada, unions may hold exclusive bargaining rights because at a certain point a majority of employees chose them. But workers are entitled to change their minds.

19. At my own university, the United Auto Workers represent hourly-paid maintenance workers, hotel workers, and food service workers, as well as the local municipal bus drivers.

The Wagner model provides legal avenues to change union representatives from one to another, or to decertify a union with which workers have become disenchanted. Not willy-nilly; to promote stability in labour relations, U.S. and Canadian labour law jurisdictions set up procedural requirements to decertify or displace unions. But the hurdles are not insurmountable for workers determined to get rid of an incumbent union. In 2007-2011, more than 1,300 NLRB decertification elections took place in the United States. Unions won 562 of them to retain bargaining rights, but lost the rest.²⁰

|||| F. *Bargaining Unit*

A linchpin of the Wagner model is the concept of the “appropriate bargaining unit,” a group of employees in a workplace entitled to choose a representative and whose interests, under the standard legal test of “sufficient community of interest” for defining a bargaining unit, will be represented by the union.²¹ U.S. and Canadian labour laws empower labour law authorities to define such a bargaining unit of employees. Authorities look for enough community of interest among workers in a given workplace to be an effective bargaining group at a single negotiating table instead of many small, fragmented unions, each with special needs and demands, at multiple bargaining tables.

Employers and unions can agree on employees to be included in a bargaining unit, but they often disagree. Unions tend to prefer larger bargaining units (called “industrial” or “wall-to-wall” units) to enhance bargaining strength. Employers often resist them, arguing insufficient community of interest in the larger group of employees.

But this is not an iron rule. In the United States, roles are reversed in two key sectors: restaurants and retail stores. A recent NLRB decision favouring unions’ efforts to organize single establishments²²

20. See BNA *Daily Labor Report*, “NLRB Decertification Elections 2007-2011,” June 7, 2012.

21. “Appropriate” and “sufficient” are mostly undefined, so disputes and adjudications keep coming.

22. *Specialty Healthcare & Rehabilitation Center*, 357 N.L.R.B. No. 83 (2011).

has provoked a furious legal and legislative response from national restaurant chains and national store chains, the latter led by Wal-Mart (Dubé, 2012). They insist that only a nationwide bargaining unit of all their restaurants or stores is an appropriate unit. Because of the overwhelming logistical difficulty of organizing hundreds or thousands of establishments at one time, unions want an appropriate unit at the single restaurant or store where they can gain majority support.

Each side calculates the effect on majority status of including or excluding a subset of employees in a workplace and adjusts its position in light of the desired result. Unions might try to have a group in which anti-union sentiment prevails excluded from the bargaining unit, while employers might want to include them in an effort to prevent the union from gaining majority support. For example, many disputes involve the status of “group leaders” who would be in the bargaining unit if they are not considered supervisors, but excluded if they are supervisors.

Majority status might hinge on whether such “group leaders” are included in the bargaining unit or not. In the end, labour law authorities resolve such disputes—the National Labor Relations Board in the United States (subject to appeals to federal courts), and federal and provincial labour boards and commissioners in Canada (with much more constricted right to judicial review).²³

23. In the United States, bargaining unit determinations by the NLRB are not directly appealable to the courts. Instead, judicial review of bargaining unit determinations is triggered by a so-called “technical refusal to bargain” under the following scenario: 1) the employer and the union disagree on the composition of the bargaining unit (typically, a dispute revolves around employees whom one side or the other insists are “supervisors” who must be excluded from the bargaining unit, while the other side argues that they are really employees who lack supervisory status—note that either side might argue either position, depending on its strategic assessment of how the determination will affect majority status); 2) the NLRB decides the bargaining unit dispute in the union’s favour; 3) the union wins an NLRB election and the NLRB certifies the union as the bargaining representative for the unit, meaning the employer must come to the bargaining table and bargain in good faith with the union; 4) the employer refuses to bargain (the “technical refusal”); 5) the union files an unfair labour practice charge based on the employer’s refusal to bargain; 6) the NLRB automatically finds

|||| *G. Majority Rule*

Under the Wagner model, U.S. and Canadian laws require unions to be chosen by a majority of employees in a bargaining unit (usually in a single workplace or in a single company) whereupon labour law authorities will “certify” the union. Labour law authorities only certify a union that demonstrates majority support in a defined bargaining unit.

A secret ballot election is often the means of confirming majority status, but in some circumstances unions can show majority support by signed membership cards, petitions, and other methods. Correspondingly, labour law authorities will not certify minority unions.

This does not mean that minority unions cannot organize unions and seek to bargain with employers. It only means that workers without a majority cannot gain certification and the protections that accompany certification under the Wagner model. This is an important point in light of criticisms that the Wagner model’s “majoritarian exclusivity” violates ILO standards (Adams, 2008).

|||| *H. Certification*

By certifying a union as the bargaining agent for workers in a bargaining unit based on majority status, labour law authorities confer certain protections for the employees and their union. The union speaks for all employees in the bargaining unit. The employer must “recognize” the union and negotiate in good faith with the union. Refusal to bargain is an unfair labour practice.

The union’s representative status and bargaining rights are insulated for a certain period of time (usually one year) against challenge

that the employer acted unlawfully, and orders the employer to bargain; 7) now the employer appeals the unfair labour practice ruling to the federal court of appeals; and 8) the appeals court reviews the underlying dispute over the bargaining unit and whether the NLRB properly applied the “community of interest” standard, and decides whether to uphold the Board’s bargaining order or to relieve the employer of the bargaining obligation. All this takes years to unfold, frustrating employees’ freedom of association rights all the while.

by another union or a move by anti-union employees to decertify the union. This gives time to reach a collective agreement without the distracting fear of decertification or a “raid” by another union looking to poach its members.

In some Canadian jurisdictions, a certified union has recourse to mandatory arbitration to establish a first collective agreement if negotiations across the table are unsuccessful. U.S. trade unionists and congressional allies sought a similar “first-contract arbitration” provision in the proposed Employee Free Choice Act, a bill introduced in 2009 when President Obama took office. However, the bill stalled in Congress and died when Republicans took control of the House of Representatives in the 2010 elections.²⁴

|||| I. *Exclusive Representation*

In the Wagner model, U.S. and Canadian laws make a certified union the exclusive representative of all employees in the bargaining unit, whether or not they are union members, whether or not they support the union, whether or not they would prefer to bargain individually or in sub-groups for a better deal than they think the union will get them, and so on. A dissident minority is represented by the certified union, at least until they can convince their co-workers to create a new majority in favour of a different union or in favour of decertifying the union.

If 51% of employees choose union representation, and 49% are fiercely anti-union and want no part of it, too bad for them. The union is their bargaining agent, and their terms and conditions of employment are those negotiated by the union. Similarly, if the 49% are members and ardent supporters of a different union, too bad for them, too. The 51% union is their bargaining agent, and the 49% union cannot bargain on their behalf.

24. For discussion, see Sara Slinn and Richard W Hurd, “First Contract Arbitration and the Employee Free Choice Act: Multi-Jurisdictional Evidence from Canada” (2011) 18 *Advances in Industrial and Labor Relations* 41.

However, even where a majority-selected union holds exclusive bargaining rights, represented employees are free to form and join another union or unions without reprisal. Members of a minority union can organize among co-workers to have their union displace an incumbent union if they can gain majority support for their union. Under Section 9(a) of the NLRA, a minority union can also present grievances to the employer and have the grievances adjusted without the intervention of the certified union, as long as the results are not inconsistent with the collective bargaining agreement.

|||| *J. Duty to Bargain*

When a union is certified, the coercive power of the state forces the employer, willing or unwilling (and in many cases unwilling, where an employer mightily resisted his employees' organizing effort), to the bargaining table. The same coercive force requires him to bargain with the union in good faith, defined (in NLRB and court decisions, not in the statute) as having an open mind and sincere desire to reach an agreement. If an employer fails to meet this legal obligation, the union can file an unfair labour practice charge alleging bad-faith bargaining.

“Open mind” and “sincere desire” are imprecise standards not easily capable of proof or disproof. This leads to complicated litigation in refusal-to-bargain unfair labour practice cases, where openness and sincerity must be inferred from the parties' conduct. But these cases proceed and employers are often found guilty. The remedy is weak: usually an order to return to the bargaining table and try again, this time in good faith. But the employer is on notice, and one who adamantly refuses to bargain can be found in contempt of court and liable for large back pay liabilities.

At the same time the Wagner model does not require the employer to agree to any particular union proposal. The employer is entitled to engage in “hard bargaining” for proposals and counterproposals unpalatable to the union, as long as he does not engage in “surface bargaining”—going through the motions of bargaining with a hidden goal of never reaching an agreement in order to get rid of the union when employees become frustrated and dissatisfied.

Locating the line between hard bargaining and surface bargaining is just as challenging as the “open mind” and “sincere desire” problem. Still, labour law authorities will scrutinize bargaining conduct for evidence of surface bargaining and impose significant back pay remedies or other “make whole” measures upon finding violations.

On the face of it, this compulsory bargaining feature of the Wagner model goes beyond ILO Convention 98’s requirement that bargaining be “voluntary” on both sides. It greatly strengthens unions’ hands. Indeed, U.S. or Canadian employers might well bring a complaint to the ILO Committee on Freedom of Association, arguing that the Wagner model *violates* Convention 98 because it forces employers into involuntary negotiations.²⁵

|||| K. *Right to Strike*

ILO Conventions 87 and 98 do not expressly mention the right to strike. But the right has been carefully considered in many cases before the Committee on Freedom of Association and other supervisory bodies for many decades, and is now firmly established in ILO jurisprudence as an essential element of freedom of association—“an intrinsic corollary of the right of association protected by Convention No. 87.”²⁶

Consonant with ILO standards, union-represented American and Canadian workers in the private sector have a relatively unfettered right to strike for a first collective bargaining agreement in a previously non-union workplace, or when a prior contract expires and

25. As far as I can tell, employers have never brought such a case.

26. See International Labour Organization, *Freedom of association and collective bargaining: General survey of the reports on the Freedom of Association and the Right to Organise Convention (No. 87), 1948, and the Right to Organise and Collective Bargaining Convention (No. 98), 1949*, paragraph 194 (1994). At the June 2012 International Labour Organization Conference, the employer group mounted a constitutional challenge to the ILO’s position on the right to strike, arguing that the subject is outside the competence of the Committee of Experts. See “Employers’ Statement in the Committee on the Application of Standards of the International Labor Conference on 4 June 2012” (on file with author). The question remains unresolved as of this writing.

workers seek improvements (or resist concessions) in a new contract. In each country, however, strikes while a collective agreement is in effect are severely constricted. Most collective bargaining agreements in the United States contain a no-strike clause prohibiting a strike while the contract is in effect. Not all, however. Some contracts do not prohibit strikes over grievances or strikes over selected subjects, such as health and safety, while the contract is in effect. In contrast, legislation and court rulings in Canada completely ban strikes while a collective agreement is in effect.

Unorganized American workers can strike, and their strike is treated as “protected concerted activities.” The employer cannot retaliate against them for striking.²⁷ In a recent dramatic example, small groups of Wal-Mart workers around the United States staged work stoppages protesting working conditions and treatment (Greenhouse, 2012: B2). Canadian workers are less protected: only union-represented employees can strike, and they cannot strike even if provoked by employer unfair labour practices, in contrast to American workers’ right to strike.²⁸

Each country has erected further obstacles to workers’ right to strike, especially in the public sector, but these cannot be attributed to the Wagner model as such, which generally applies to private-sector employees. At its core, the right to strike for a new collective agreement, whether for a first contract or upon expiration of a prior agreement, is relatively free and protected.

27. The Supreme Court case confirming this protection is *NLRB v. Washington Aluminum Co.*, 370 U.S. 9 (1962). The employer can replace them, as with any strike, but since strikes by non-union workers are often spontaneous and short, the employer is rarely in a position to replace them. He cannot replace them or otherwise take reprisals after they return to work.

28. Again, I leave aside public-sector strikes as too complex to weave into this essay. Legislatures in Canadian jurisdictions often enact back-to-work measures to end public employees’ strikes, and the ILO just as often finds them in violation of freedom of association standards. Most U.S. jurisdictions prohibit strikes by public-sector employees—a clear violation of ILO standards, most recently found by the Committee on Freedom of Association in a case involving New York City transit workers. See ILO, Complaint Against the United States (Case No. 2741), Report of the Committee on Freedom of Association (2011).

||| 3. RUNNING AFOUL: HOW THE WAGNER MODEL'S PERVERSIONS VIOLATE ILO NORMS

||| 3.1. Wagner Perversions

The argument here that the Wagner model comports with international freedom of association standards must be tempered by acknowledgment that many features of labour law and practice in the United States run afoul of ILO standards (I leave to Canadian colleagues a fuller discussion of shortcomings there). But it is not the Wagner model as such that contradicts ILO standards. It is rather the perverse application of the Wagner model created by the 1947 Taft-Hartley amendments in the United States, which Canada was luckily spared, and by court decisions that inexorably moved labour law in a direction favourable to employers and contrary to international freedom of association norms.

The “exclusion” feature of U.S. and Canadian labour laws is a starting point. However, it did not start with the 1947 Taft-Hartley Act. The original Wagner Act notoriously excluded farmworkers from coverage, and thereby protection, of freedom of association under the Wagner Act.²⁹ Vis-à-vis the state, they had freedom of association. Government authorities would not arrest farmworkers if they formed unions. But employers could fire them, and they had no recourse to a labour board or other means to obtain reinstatement and back pay.³⁰

29. Most analysts attribute the exclusion of agricultural workers under the Wagner Act to political expediency because racist Democratic members of Congress from Southern states made it a condition of their votes for the NLRA, which were needed to secure passage. See Michael H LeRoy and Wallace Hendricks, “Should ‘Agricultural Laborers’ Continue to Be Excluded from the National Labor Relations Act?” (1999) 48 *Emory Law Journal* 489.

30. California and a handful of other states have enacted state-level agricultural labour relations acts granting protection for organizing. In Canada, the *Dunmore-to-Fraser* line of cases has established protection for farmworkers’ organizing. So have decisions of some state courts in the United States. The Supreme Court of New Jersey, for example, ordered

The 1947 Taft-Hartley Act went much further. It stripped union rights from low-level supervisors and independent contractors, taking millions of employees out from even the possibility of collective bargaining. It let states adopt “right to work” laws to undermine union strength. It outlawed worker solidarity moves under the rubric of “secondary boycotts.” It added an “employer free speech” clause permitting managers openly and aggressively to campaign against employees’ organizing efforts in the workplace.

Court decisions over many decades also took U.S. labour law in a direction harmful to workers and their unions. Well before 1947, the U.S. Supreme Court decided that employers can permanently replace workers who exercise the right to strike.³¹ In the 1980s it got worse. This was a time when union membership fell and prevailing values shifted away from industrial democracy and social solidarity toward management control and global competitiveness. Permanent replacements became widespread, signaled by Ronald Reagan’s mass firing of air traffic controllers who struck in 1981.³²

Landmark labour law decisions in the 1980s and 1990s continued the anti-union trend. The U.S. Supreme Court decided that workers

reinstatement and back pay for farmworkers fired for union organizing based on state constitutional guarantees of the right to organize and bargain collectively. “Unless an employer’s unfair labor practices [the court borrowed this phrase from Wagner-style discourse; no law defined “unfair labor practices” in connection with farm labor] are effectively remedied, unions that represent migrant farm workers will be substantially weakened, if not decimated... [B]ackpay and reinstatement are appropriate remedies to enforce the constitutional guarantee of [the right to organize].” See *COTA v. Molinelli Farms*, 552 A. 2d 1003 (1989).

31. *NLRB v. Mackay Radio & Telegraph Co.*, 304 U.S. 333 (1938). The decision contained two provisos: 1) permanently replaced workers cannot be dismissed; they remain on a recall list if strikebreakers leave and create openings, and 2) employers cannot permanently replace workers who strike in response to an employer’s unfair labour practices.
32. See, for example, Jonathan D Rosenblum, *Copper Crucible: How the Arizona Miners’ Strike of 1983 Recast Labor-Management Relations in America*, Ithaca, Cornell University Press, 1998; on the air traffic controllers’ dispute, see Joseph P McCartin, *Collision Course: Ronald Reagan, the Air Traffic Controllers, and the Strike that Changed America*, New York, Oxford University Press, 2011.

have no right to bargain over an employer's decision to close their workplace because employers need 'unencumbered' power to make decisions speedily and in secret. The Court said that collective bargaining "could afford a union a powerful tool for achieving delay, a power that might be used to thwart management's intentions."³³ In another case, the Court found that workers have no right to receive information from trade union organizers in a publicly accessible shopping mall parking lot because the employer's private property rights outweigh workers' freedom of association.³⁴

When NLRA policy supposedly came into conflict with immigration policy under the Immigration Reform and Control Act (IRCA), the Supreme Court declared IRCA the winner. Denying a back pay remedy for undocumented workers unlawfully fired for union organizing, the Court decided that immigration policy trumps protections for workers organizing and bargaining. Rather than viewing the NLRA as a guarantee of basic rights, the Court saw it as just another policy choice, one that must yield to immigration policy.³⁵

|||| 3.2 The United States before the CFA

The ILO Committee on Freedom of Association has found several of these aspects of U.S. labour law to be inconsistent with Conventions 87 and 98. In a complaint brought by the AFL-CIO against the court-created striker replacement doctrine, the ILO Committee on Freedom of Association said that "[t]he right to strike is one of the essential means through which workers and their organisations may promote and defend their economic and social interests" and that American employers' use of permanent replacements to break strikes violates this right (International Labour Organization, 1991: para 92).

33. See *First National Maintenance Corp. v. NLRB*, 452 U.S. 666 (1981).

34. See *Lechmere, Inc. v. NLRB*, 502 U.S. 527 (1992).

35. See *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB*, 535 U.S. 137 (2002).

The United Food and Commercial Workers (UFCW) and the IUF Global Union filed a complaint to the CFA against restrictions under U.S. labour law on access to employees at any employer-owned property, such as parking lots and other publicly accessible areas. The Committee concluded that union representatives must be granted an equal opportunity to inform workers about organizing, including through union representatives' access to the workplace, so that workers may hear from them (International Labour Organization, 1992).

In a case brought by the AFL-CIO and a Mexican union federation, the ILO committee on Freedom of Association concluded that “the remedial measures left to the NLRB in cases of illegal dismissals of undocumented workers are inadequate to ensure effective protection against acts of anti-union discrimination” and recommended legislative action to bring U.S. law “into conformity with freedom of association principles (International Labour Organization, 2003).

|||| 4. IN DEFENCE OF MAJORITARIAN EXCLUSIVITY

|||| 4.1 Minority Union Rights

Let me focus on the charge that the Wagner model’s “majoritarian exclusivity” violates ILO norms on the rights of minority unions. Under the Wagner model (and here I limit myself to discussion of U.S. law, not confident that I can get the nuances of Canadian law right), workers have the right to form minority unions, both in a non-union workplace and in a workplace with a majority-certified union. They can exercise all rights of association and self-organization in connection with their minority unions, and they are fully protected by the unfair labour practice regime.

In a non-union workplace, minority unions can request, and employers can consent to, bargaining on behalf of their members. They cannot do so in workplaces with certified union representatives

(i.e., employees can request, and they cannot be punished for requesting, but the employer cannot consent).³⁶ But even here, minority unions have the right to present grievances on behalf of their members and to have their grievances resolved without the intervention of the certified union (as long as the resolution is not contrary to the collective agreement).

These minority union rights are fully consistent with ILO norms, starting with convention 87's insistence on workers' right to form and join unions "of their own choosing." The only thing that minority unions cannot do—which certified majority unions can do—is to invoke the coercive power of the state to compel non-consenting employers to the bargaining table with a good faith bargaining obligation. Indeed, as mentioned earlier, compulsory good faith bargaining itself arguably violates convention 98's principle of voluntary collective bargaining. It goes beyond the standard set out by the Committee on Freedom of Association when it said: "If the union is found to be the majority union, the authorities should take appropriate *conciliatory* measures to obtain the employer's recognition of the union for collective bargaining purposes" (emphasis added, i.e., not *coercive* measures, as the Wagner model provides) (International Labour Organization, 2006: para 959).

When the law requires an unwilling employer not only to come to the bargaining table but also to "have a sincere desire" to reach a collective bargaining agreement, backed up by contempt-of-court power, collective bargaining is not voluntary. The employer did not want his employees to have a union, but now they do. He does not want to sit across the bargaining table from this union intruder who gulled a majority of his employees into voting for a union. He does not want to reward the union with a contract. But, under the law, he must bargain with a sincere desire to reach an agreement or he acts unlawfully.

36. But employees can be disciplined (including dismissed) by the employer if they persist in picketing and other steps to interfere with the employer's business after the employer (properly) refuses to bargain with their minority group and asks them to halt their picketing. See *Emporium Capwell Co. v. Western Addition*, 420 U.S. 50 (1975).

4.2 The Wagner Trade-Off

The Wagner model reflects a trade-off. It says: We will impose on employers an obligation (*compulsory* good faith bargaining) that is not required by ILO standards (requiring *voluntary* good faith bargaining), but we impose on unions another obligation not required by ILO standards—to establish majority status—as a condition of compelling the employer to bargain.

This is the law in the United States and Canada under the Wagner model. It infringes the ILO requirement of voluntariness in collective bargaining. It empowers certified unions to the detriment of minority groups. But this is the legal method by which North American jurisdictions have chosen to implement workers' freedom of association and the right to collective bargaining based on history, tradition, culture, and social struggle in those societies.

The favour shown to certified unions under this regime does not mean that minority unions' rights are violated under ILO standards. In the same way, the ILO allows national differences on majority/minority and exclusive/plural representation systems to play themselves out without finding one or the other inconsistent with freedom of association standards.

The ILO allows the Wagner model as a legitimate outcome of the trajectory of labour relations in North America. An alternative model, equally tolerated by the ILO and prevalent in many countries, does not coerce employers into bargaining. Instead, it lets workers and unions strike to bring the employer to the bargaining table. Indeed, this was the situation in the United States and Canada in the pre-Wagner era, but mass strikes and social movements won passage of the Wagner Act.

4.3 The CFA and Minority Unions

Advocates of replacing majoritarian exclusivity with minoritarian pluralism often point to decisions of the ILO Committee on Freedom of Association that 1) “a provision [in the country's labour law] that stipulates that a collective agreement may be negotiated only by a

trade union representing an absolute majority does not promote collective bargaining” (i.e., voluntary collective bargaining, per C. 98) and 2) “when no trade union represents the absolute majority of the workers, the organizations may jointly negotiate a collective agreement applicable to the enterprise or the bargaining unit, or at least conclude a collective agreement on behalf of their members.” (International Labour Organization, 2006: para 978)

The first instance is not the Wagner model. The cases in question involved regimes in which *only* a majority union may reach a collective bargaining agreement even if the employer is willing to reach an agreement with a minority union. Under the Wagner model, an employer may only be *compelled* to bargain when a union establishes majority status. But nothing prevents him from voluntarily reaching an agreement with a minority union as long as there is no majority union, in line with ILO norms in support of voluntary collective bargaining.

The second instance contemplates a multiple minority union scenario, not a workplace where a minority forms a union (the only union—no other union is in sight) but fails to reach majority status. Even with multiple minority unions, the CFA says only that they “may” bargain, implying that bargaining would take place voluntarily, with an employer willing to bargain with them—not that the law should compel the employer to bargain involuntarily. In the United States and Canada, employers do not do it because no one can make them, and they prefer not to deal with unions unless someone makes them.

Approving the Wagner model is a paradigmatic application of the ILO’s flexibility and pragmatism. It takes into account U.S. and Canadian traditions, practices, and cultures of labour relations, recognizing a trade-off between requiring the union to establish majority status and forcing the employer to the bargaining table. This is the social “bargain” struck in the legislation of each country.

4.4. Practical Problems

We cannot wrench a labour relations system from its historical moorings. The unity, strength, and solidarity needed to confront determined anti-union employers (that is, most employers in North America) would be fragmented and atomized in a minority representation system. Here are some practical problems that would arise in moving the U.S. and Canadian systems from the Wagner model to minority/plural unionism:

A. *Craft unionism*

Only subgroups with bargaining strength based on critical skills that cannot easily be replaced in a strike might be able to gain from minority bargaining. Workers would lose the tide-lifting, wage-compressing effects of bargaining units encompassing many job classifications.

Craft union mentality is still alive and well in the American labour movement. Without the glue of exclusive representation, the temptation for highly-skilled groups to break off would often be irresistible. In fact, the NLRA has a “unit clarification” mechanism for craft groups to carve themselves away from an established bargaining unit.³⁷ Thankfully, the threshold is high—the putative breakaway group would have to show that they are ignored by the bargaining agent.³⁸ But another, probably more important reason that such breakaways are rare is that skilled workers are often union leaders with a degree of class consciousness and appreciation for holding their unit together, even at some personal sacrifice of what they might otherwise obtain through separate bargaining.

37. See NLRA Sec. 9(b)(2).

38. See, for example, *Mallinckrodt Chem. Works*, 162 NLRB 387 (1966).

|||| *B. Raiding*

Given the unfortunate history and still persistent pattern of inter-union rivalries,³⁹ multiple minority unionism would also provoke new rounds of fighting among unions for pieces of the workplace action. Believing that the proper role of a union is to make life more challenging for management (by forcing them to be better managers, not labour exploiters), I do not sympathize too much with management concerns about unions being too demanding. But I do believe that it is better for management, too, to bargain with one authoritative representative speaking for all employees, not a bunch of splinter groups each looking for its own best deal.

|||| *C. Discrimination*

Potential unlawful discrimination problems also loom. If a minority union group is strong and wins conditions superior to unrepresented workers, the latter have a viable claim for discrimination because of their non-union membership. If members of a weak minority union get stuck with inferior conditions, they have a viable claim for discrimination because of union membership.

This problem is even more acute if it involves a minority of workers in the same “bargaining unit” with similar skills and job requirements. No employer is going to give them better terms than their non-union counterparts. That just leaves employers open to charges of discrimination under the NLRA, or to claims under equal pay statutes, or—if it involves a minority based on race or ethnicity—claims under anti-discrimination laws.

|||| *D. Company unions*

Multiple unionism also would open the door to an abuse that afflicts labour movements in many countries: unions covertly sponsored

39. Real recent examples in the United States include Teamsters vs. Machinists, Machinists vs. Autoworkers, Autoworkers vs. Steelworkers; Steelworkers vs. Flight Attendants (!); AFSCME vs. SEIU, SEIU vs. UNITE-HERE; UNITE HERE vs. UFCW; Carpenters vs. everyone else; and on and on.

by employers to blunt the effectiveness of real unions. Employers do not always have to push hard, either. Many workplaces have employees who are management-minded, management-oriented, management-aspiring, or otherwise willing to counter a more militant, independent union. They are certainly entitled to their views. But in the Wagner model they have to pursue them by running for leadership positions within the union, making their case to union members for a less militant stance, rather than breaking away in a separate union submissive to management.

In fact, union moderates often prevail against union militants in leadership contests (Johnson, 2009: C22). And vice versa (Swo-boda, 1999: E1). Internal debates and alternating leadership can be a healthy dynamic in a democratic union—a lot healthier than moderate and militant unions representing similar groups of workers and spending more time fighting each other than confronting management.

|||| *E. No unions*

An even more malignant danger lurks in the way of minority unionism in the United States, again linked to our peculiar labour law history and culture. One cannot open the door to minority unionism without opening the door to no unionism—the ability of anti-union workers, of whom there are many, in any given workplace, to abjure representation and go it alone with management in the hope of favourable treatment (which management in many cases will afford them, to “stick it to” the union).

A long-sought goal of the National Right-to-Work Committee, an employer-sponsored organization devoted to undermining trade unionism in the United States, is to smash the exclusive representation system by allowing individual workers to opt out of union representation and bargain for themselves, in the name of individual freedom. The Right-to-Work Committee calls exclusive representation “monopoly bargaining [...] a special coercive privilege given to unions by federal law [...] every worker loses his or her right to negotiate directly with the employer on his or her own behalf [...] trampling of individual rights [...] coercion to herd workers into

collectives against their will [...] enthrones union-boss control over workers [...].⁴⁰

Anti-union congressmen in the House of Representatives have introduced legislation in line with the wishes of the Right-to-Work Committee that would abolish exclusive representation and let individual workers make individual employment contracts that could be either better or worse than collectively-bargained terms.⁴¹ Under the proposed bills, highly-skilled employees could opt out of a bargaining unit to seek higher pay than that negotiated by the union. Alternatively, unskilled workers could opt out of the bargaining unit and agree to *lower* pay in exchange for a no-layoff promise or some other perceived benefit. The result would be chaotic. Anyone who thinks this would not happen does not appreciate the individualistic, me-first, strain in American working class culture that is held at bay by the Wagner Act.

|||| CONCLUSION

France, Italy, and Spain can live side-by-side with workers belonging to the Communist union, the Socialist union, the Christian union, the apolitical union, and so on. That arrangement grew organically from more than a century of social struggle in which left-wing parties and churches were key protagonists. Wrenching them into a Wagner model of majoritarian exclusivity would be as senseless as the reverse.

In the United States and Canada, instead of communist, socialist, and faith-based unions, multiple minority unions would likely devolve into craft unions, Anglo unions, Latino unions, immigrants' unions, French-speaking unions, English-speaking unions,

40. See National Right to Work committee, "The Problem of Compulsory Unionism," at <http://www.nrtwc.org/about-2/the-problem/> (visited October 11, 2012).

41. For a description and discussion, see Charles W. Baird, "Unchaining the Workers," Cato Institute Briefing Paper (2001), at www.cato.org/pubs/regulation/regv24n3/brieflynoted.pdf (visited October 11, 2012).

and unions based on other fault lines in the working class of both countries. And, at least in the United States, a significant “no union” option. Majoritarian exclusivity makes unions confront and overcome internal divisions to forge unity in support of union goals.⁴²

|||| BIBLIOGRAPHY

- Adams, R J, “The Supreme Court, Collective Bargaining and International Law: A Reply to Brian Langille” (2008) 14 *Canadian Labour and Employment Law Journal* 111.
- Brunelle, Christian and Pierre Verge, “L’inclusion de la liberté syndicale dans la liberté générale d’association: un pari constitutionnel perdu?” (2003) 82 *Revue du Barreau canadien* 712.
- Compa, Lance, *Unfair Advantage: Workers’ Freedom of Association in the United States under International Freedom of Association Standards*, Ithaca, Cornell University Press, 2004.
- Cooper, Laura J, “Employee Voice Symposium: Responses and Critiques: Lessons from History: Letting the Puppets Speak: Employee Voice in the Legislative History of the Wagner Act” (2011) 94 *Marquette Law Review* 837.
- Crain, Marion, and Ken Matheny, “Labor’s Divided Ranks: Privilege and the United Front Ideology” (1999) 84 *Cornell Law Review* 1542.
- Dau-Schmidt, Kenneth G, “Employee Voice Symposium: Principal Paper: Promoting Employee Voice in the American Economy: A Call for Comprehensive Reform” (2011) 94 *Marquette Law Review* 765.

42. Many friends and colleagues have eloquently made a contrary case in favor of minority/multiple unionism. See, for example, Charles J Morris, *The Blue Eagle at Work: Reclaiming Democratic Rights in the American Workplace*, Ithaca, ILR, 2005; Marion Crain and Ken Matheny, “Labor’s Divided Ranks: Privilege and the United Front Ideology” (1999) 84 *Cornell Law Review* 1542; Matthew W Finkin, “The Road Not Taken: Some Thoughts on Non majority Employee representation” (1993) 69 *Chicago-Kent Law Review* 195; Clyde Summers, “Unions Without Majority: A Black Hole?” (1990) 66 *Chicago-Kent Law Review* 531; George Schatzki, “Majority Rule, Exclusive Representation, and the Interests of Individual Workers: Should Exclusivity Be Abolished?” (1975) 123 *Pennsylvania Law Review* 897.

- Dubé, Lawrence E, "Graham Will Offer NLRB Funding Amendment to Block *Specialty Healthcare* Enforcement", Bloomberg BNA *Daily Labor Report*, June 13, 2012.
- Dubé, Lawrence E, "Groups Blast NLRB's *D.R. Horton* Ruling In a Barrage of Fifth Circuit Amicus Briefs", Bloomberg BNA *Daily Labor Report*, June 15, 2012.
- Finkin, Matthew W, "The Road Not Taken: Some Thoughts on Non majority Employee representation" (1993) 69 *Chicago-Kent Law Review* 195.
- Greenhouse, Steven, "Wal-Mart Labor Protests, Grow, Organizers Say", *New York Times*, (October 10, 2012) B2.
- International Labour Organization, *Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 2006, online: <<http://www.ilo.org/>>.
- Johnson, Julie, "United Airlines pilots union elects 1st female chairman; Wendy Morse viewed as less confrontational figure in contract talks", *Chicago Tribune* (October 14, 2009) C22.
- Kahn-Freud, Otto, "The Uses and Misuses of Comparative Law" (1974) 37 *Modern Law Review* 1
- Langille, Brian, "Can We Rely on the ILO?" (2007) 13 *Canadian Labour and Employment Law Journal* 363.
- Langille, Brian, "The Freedom of Association Mess: How We Got into It and How We Can Get Out of It" (2009) 54 *McGill Law Journal* 177.
- LeRoy, Michael H and Wallace Hendricks, "Should 'Agricultural Laborers' Continue to Be Excluded from the National Labor Relations Act?" (1999) 48 *Emory Law Journal* 489.
- Mason, Melanie, "Democrats and Labor Part Ways for Convention; Party Loses Financial Support for the Event Partly Because of its Setting in Charlotte, no Friend to Unions", *Los Angeles Times* (August 11, 2012) A10.
- McCartin, Joseph P, *Collision Course: Ronald Reagan, the Air Traffic Controllers, and the Strike that Changed America*, New York, Oxford University Press, 2011.
- Morris, Charles J, *The Blue Eagle at Work: Reclaiming Democratic Rights in the American Workplace*, Ithaca, ILR, 2005.
- Panitch, Leo and Donald Swartz, *From Consent to Coercion: The Assault on Trade Union Freedoms*, Toronto, Garamond, 2003.

- Rosenblum, Jonathan D, *Copper Crucible: How the Arizona Miners' Strike of 1983 Recast Labor-Management Relations in America*, Ithaca, Cornell University Press, 1998.
- Schatzki, George, "Majority Rule, Exclusive Representation, and the Interests of Individual Workers: Should Exclusivity Be Abolished?" (1975) 123 *Pennsylvania Law Review* 897.
- Slinn, Sara and Richard W Hurd, "First Contract Arbitration and the Employee Free Choice Act: Multi-Jurisdictional Evidence from Canada" (2011) 18 *Advances in Industrial and Labor Relations* 41.
- Summers, Clyde, Pierre Verge and Luis Medina, "Report of the Independent Advisory Committee on the Operation and Effectiveness of the North American Agreement on Labor Cooperation," Review of the North American Agreement on Labor Cooperation (Annex 1), Commission for Labor Cooperation, 1998.
- Summers, Clyde, "Unions Without Majority: A Black Hole?" (1990) 66 *Chicago-Kent Law Review* 531.
- Swoboda, Frank, "Saturn Experiment in Jeopardy; New Union Leaders Want to Alter Workplace Partnership Pact", *Washington Post* (March 6, 1999) E1.
- Verge, Pierre and Guylaine Vallée, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1997.
- Verge, Pierre, *Configuration diversifiée de l'entreprise et droit du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003.
- Verge, Pierre, "Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association justification et effets" (2009) 50 *Les Cahiers de Droit* 267.
- Verge, Pierre, "L'affirmation constitutionnelle de la liberté d'association: une nouvelle vie pour l'autonomie collective?" (2010) 51 *Les Cahiers de Droit* 353.
- Verge, Pierre, *Les dilemmes de l'ANACT: ambiguïté ou complémentarité?* (1999) 54 *Relations industrielles/Industrial Relations* 223.
- Verge, Pierre, *Présentation analytique de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT)*, Lima, International Labour Office (Projet CIMT-BIT), 2002.
- Verge, Pierre, "Réalité juridique du rapport du travail" in Gilles Trudeau, Guylaine Vallée and Diane Veilleux, *Études en droit du travail à la mémoire de Claude d'Aoust*, Cowansville, Yvon Blais, 1995.



STRIKE BAN FOR PUBLIC SERVANTS IN GERMANY—AN INTERNATIONAL ANACHRONISM

Udo R. Mayer*

|||| 1. DUAL STRUCTURE OF EMPLOYMENT IN THE GERMAN PUBLIC SERVICE

The employment relationship in Germany's public sector/public service is characterized by a dual structure: in total there are 4.2 million people working in the public service (7% out of an entire population of 81 million inhabitants or 14% of the economically active population of 40 million); the majority of staff in the public service are

* Professor, University of Hamburg. This contribution shall express my gratitude for Pierre Verge's friendship, hospitality, and academic mentorship during the sabbatical months I spent with my family in Quebec in 1987 and during later visits.

employed as salaried employees (2.3 million), and a smaller number (1.9 million) are engaged as civil servants (*Beamte*).¹

Germany has a federal system with a public service in all 16 states as well as on the federal level. The largest sectors of the public service are education and science under the authority of the states, followed by health care (state and local levels) and general administration (federal, state, and local levels) (McPherson, 1971; Ozaki, 1990).

The employment relationship of civil servants is regulated by law, whereas the relationship of salaried employees is based on collective agreements. The spirit of the legislation for civil servants can be traced back to the Bismarck constitution (1871). The so-called “customary principles of officialdom” (*Berufsbeamtentum*), including employment for life and entitlement to a pension, were restored when the Federal Republic of Germany was founded (Hood and Schupert, 1988; Weiss, 1986).

On the contrary, after the establishment of the former German Democratic Republic in 1949, the separate status for officials in the public service was cancelled in East Germany and all staff members were hired as salaried employees. After the reunification in 1990, West Germany’s dual public service employment system was introduced into East Germany also, but just a small part of its former employees were given the status of civil servants.

IIII 2. FREEDOM OF ASSOCIATION, COLLECTIVE BARGAINING, AND FREEDOM TO STRIKE FOR ALL EMPLOYEES IN THE PUBLIC SERVICE?

The German Constitution (Basic Law) guarantees freedom of association for employees and employers alike, whether public or private (Weiss, 1986: 33). The German Constitution says in Art 9 section 3: “The right to form associations to safeguard and improve working and economic conditions is guaranteed for everyone and for all

1. Statistical Yearbook 2011.

occupations. Agreements that seek to restrict or impede this right are void; measures directed toward such purpose are illegal.”

Even though the right to strike is not expressly regulated by the Constitution, constant jurisprudence has developed the argument that freedom of association entails the freedom to bargain collectively and to use collective action to strengthen the associations’ demands.² For employees, the traditional form of collective action is the strike. Therefore, the right to strike is regarded as part of the constitutional freedom of association and inextricably linked to a collective bargaining system (Blanke and Sterzel, 1979; Däubler and Hensche, 2011).

For public-sector salaried employees, the system of collective bargaining and strike action works in a similar way as in the private sector, even though strikes are very infrequent. Strike actions are more or less confined to transport and public utilities, like garbage collection, and in general restricted to token strikes lasting a couple of hours (Keller, 1989; Mischke, 1992).

In contrast, although civil servants are granted freedom of association, their unions do not have the right to negotiate their working conditions. So, unions are not permitted to seek collective agreements and consequently are not entitled to back up their demands for better working conditions, especially for pay raises, with strikes. All of the working conditions of civil servants are regulated by legislation and the unions may only be consulted on the matter (Keller, 1989).

Even though no strike ban is explicitly enshrined in legislation, the courts deny civil servants the right to strike due to their duty of loyalty.³ A strike by civil servants is considered not in accordance with the duty of loyalty and faithfulness. Also, the smooth running

2. *Bundesarbeitsgericht* (Federal Labour Court) 10.6.1980 – 1 AZR 822/79; 12.9.1984 1 AZR 342/83; *Bundesverfassungsgericht* (Federal Constitutional Court) 26.6.1991 – 1 BvR 779/85

3. *Bundesverwaltungsgericht* (Federal Administrative Court) 19.9.1977 – 1 DB 12.77; 3.12.1980 1 D 86,79; *Bundesverfassungsgericht* (Federal Constitutional Court) 11.6.1958 1 BvR 1/52; 30.3.1977 2 BvR 1039/75; 19.9.2007 2 BvF 3/02.

of public administration would be jeopardized by a right to strike (Isensee, 1971; Brox, Rütters and Schlüter, 1982; Gamillscheg, 1997).

This strike ban is not justified by the employee's specific functions, say an essential service in the public sector. It is imposed on civil servants as a whole (Blanke, 1989; Däubler, 1971).

In the past, most civil servants obeyed this strike ban with the exception of the teachers' union, which has salaried employees as well as civil servants as members. In recent years, the teachers' union has organized strikes for a couple of hours during school days to support demands for better wages and working conditions. Some civil servants have taken part in the strike actions and been fined by their school authorities. Most of them have filed grievances against the fines, with judicial hearings being the outcome. In every case the complainant has failed to overturn the total ban on strikes for civil servants and the fine for breaching this ban (Lörcher, 1991).

The total ban on civil service strikes has caused a lot of criticism by international organizations like the International Labour Organization (ILO) and the United Nations (UN) committees—until now to no avail. But recently the European Court of Human Rights has issued some decisions that may change the German position on the civil service strike ban in the future.

|||| 3. INTERNATIONAL CRITICISM

|||| 3.1 International Labour Organization

Germany has ratified ILO convention Nr. 87 on freedom of association.⁴ In several reports, the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) has repeatedly confirmed that Germany has not fulfilled its obligation under the treaty. For a number of years the Committee has requested Germany

4. BGGI 1956 II 2072.

to recognize the right of public servants (*Beamte*, including teachers among others) to have recourse to strike action:

The German government indicates in its report that there have been no changes since the previous report. The Committee recalls that it has always considered that the right to strike is one of the essential means available to workers and their organizations for the promotion and protection of their economic and social interests. While accepting that the right to strike may be restricted or even prohibited in the public service, the Committee has clearly established that such a limitation may be applied only in the case of public servants exercising authority in the name of the state. In the committee's view, teachers among others are not included in this category and should therefore have the right to strike, although the maintenance of a minimum service should be foreseen in the event of strikes in these sectors. The Committee once again requests the government to take the necessary measures to ensure that public servants who do not exercise authority in the name of the state can have recourse to strike action in defence of their economic, social and occupational interest.⁵

3.2 United Nations

Germany is a signatory state of the UN International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR).⁶ Article 8(2) of the ICESCR explicitly grants the right to strike. The supervisory body for this covenant, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), takes the view that teachers have a right to strike independent of the character of their employment⁷ and, in more general terms, that civil servants not involved in essential services should be accorded the right to strike.⁸ In several reports,

-
5. INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Report III (1A), 2010, p. 147.
 6. BGI. 1973 II, 1569.
 7. COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *Concluding observations* 24.9.2011 (Japan) E/C 12/1/Add 67.
 8. COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *Concluding observations* (Germany) 04.12.1998 E/C. 12/1/Add.29.

the CESCR notes that the fact that civil servants do not enjoy the right to strike in Germany constitutes a violation of Article 8 of the ICESCR:

The committee reiterates its concern, in line with the Human Rights Committee and the ILO committee of experts that the prohibition by the state party to strikes by public servants other than public officials who do not provide essential services, such as judges, so-called Beamte and teachers, constitutes a restriction of the activities of trade unions that is beyond the scope of Art. 8(2) of the Covenant. The committee disagrees with the state party's statement that a strike would be incompatible with this duty of loyalty and would run counter to the purpose of a professional civil service', as this interpretation of 'the administration of the state' as mentioned in Art.

8(2) of the covenant exceeds the more restrictive interpretations by the committee.⁹

Germany is also a signatory state of the UN International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). This Covenant is silent about strikes but the supervising Human Rights Committee considers that ICCPR Article 22 includes a right to strike. With respect to Germany the Committee states its concern "[t]hat there is an absolute ban on strikes by public servants who are not exercising authority in the name of the state and are not engaged in essential services, which may violate Art. 22 of the covenant."¹⁰

All international conventions on freedom of association, collective bargaining, and freedom to strike accept some sort of limitation through national law on police, army, and general administration employees. But limitations on the public administration must still be restricted to necessary measures to protect the rights and freedoms of others, as well as public safety and order in a democratic society. ILO convention No. 98 on collective bargaining expressly states that the right to restrict strikes in the public service shall not

9. COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *Concluding observations* 31.8.2001 (Germany) E/C. 12/1/Add 68.

10. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Concluding observations* 08/11/96 (Germany) CCPR/C/79/Add 73.

be construed as prejudicing the rights or status of civil servants in any way (Art. 6) (Lörcher, 1991).

The reports of the ILO and UN committees illustrate the weakness of the supervisory mechanism of international treaties. The signatory states to the conventions are obliged to report the situation in their country with respect to their obligations. The international organizations have supervisory bodies that evaluate the state reports, and these bodies may comment that an obligation has not been properly fulfilled, but it is up to the respective states, if they want, to act or not act on these criticisms. Therefore, in the end, the ILO and the UN have criticized in vain the exclusion of civil servants from the otherwise recognized right to strike.

||| 3.3 Europe

||| *European Social Charter*

But there might be an opportunity for change under the European system of human rights. The European Convention on Human Rights (ECHR) was adopted in 1950 by the member states of the European Council (Strasbourg). All 47 member states of the European Council are obliged to accept the Human Rights conventions (and several protocols).

With respect to the right to strike, the ECHR is silent. But the European Council has also adopted the European Social Charter (ESC) with an explicit right to strike in Art. 6(4). In contrast to the ECHR, application of the ESC cannot be subjected to judiciary control. The European Court of Human Rights alone is in charge of the ECHR. With respect to the ESC, there is a supervisory mechanism similar to that of the international conventions. Also the committee for social rights has expressly stated: “Public officials enjoy the right to strike under Article 6(4). Therefore prohibiting all public officials from exercising the right to strike is not in conformity with Article 6(4). They must be entitled to withdraw their labour” (Council of Europe, 2008: 57). In addition, the committee does not accept a reservation expressed by Germany with respect to public

servants: “The committee recalls that Germany made a declaration on 28 September 1961 to the effect that Article 6(4) would not apply to civil servants (Beamte). It takes note of the explanation given in the report concerning the position of civil servants employed with the German railways and the German postal services following the privatization of these establishments...The committee considers that the continued exclusion from the right to strike of those employees in the privatized companies is not in conformity with Art. 6(4).”

|||| *European Convention on Human Rights – European Court of Human Rights*

This ESC committee’s view of the right to strike has influenced the interpretation of Article 11 ECHR through the European Court of Human Rights (ECtHR). ECHR Article 11 guarantees freedom of association without expressly mentioning the right to strike. It also allows restrictions on the exercise of these rights, which are prescribed by law and are necessary in a democratic society.

The ECtHR has adopted the view that Article 11 ECHR covers not only freedom of association but also the freedom to negotiate collectively the economic interests of union members. So, the ECHR member states have to safeguard a system of collective bargaining. Such a system has to apply to the public service also.¹¹

The next stage in the interpretation of Article 11 ECHR was the question whether Article 11 extends the right to strike to public servants. In the *Enerji Yapi-Yol Sen* decision,¹² the Court decided that persons working in the civil service should enjoy the right to strike too. A total ban on strikes in the civil service is excessive and not necessary to meet a social need.

The Court had to deal with the following facts. The plaintiffs were union members of the civil service. In 1996, the public-service staff directorate of the Turkish Prime Minister issued an order prohibiting strikes in the civil service. The civil service union intended to

11. *Demir and Baykara v. Turkey*, ECtHR No. 34503/97, November 12, 2008.

12. *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey*, ECtHR No. 68959/01, April 21, 2009.

kick-start a strike to support their demands for better legal status of unions. Three union members took part in the strike action and were fined. Their complaint against the fine was not successful. After having exhausted all possibilities of appeal within the Turkish judicial system the plaintiffs filed a complaint with the ECtHR.

The main focus of the court decision was the alleged limitation of strikes in the public service. The Court found:

La Cour reconnaît que le droit de grève n'a pas de caractère absolu. Il peut être soumis à certaines conditions et faire l'objet de certaines restrictions. Ainsi, le principe de la liberté syndicale peut être compatible avec l'interdiction du droit de grève des fonctionnaires exerçant des fonctions d'autorité au nom de l'Etat. Toutefois, si l'interdiction du droit de grève peut concerner certaines catégories de fonctionnaires (voir, *mutatis mutandis*, *Pellegrin c. France* [GC], n° 28541/95, §§ 64-67, CEDH 1999-VIII), elle ne peut pas s'étendre aux fonctionnaires en général, comme en l'espèce, ou aux travailleurs publics des entreprises commerciales ou industrielles de l'Etat. Ainsi, les restrictions légales au droit de grève devraient définir aussi clairement et étroitement que possible les catégories de fonctionnaires concernées. De l'avis de la Cour, en l'espèce, la circulaire litigieuse était rédigée en des termes généraux qui interdisaient de manière absolue à tous les fonctionnaires le droit de grève, sans procéder à une mise en balance des impératifs des fins énumérées au paragraphe 2 de l'article 11 de la Convention. En outre, la Cour note que rien n'indique dans le dossier que la journée d'action nationale du 18 avril 1996 eût été interdite. L'interdiction posée par la circulaire ne concernait que la participation des fonctionnaires à cette journée d'action. En se joignant à celle-ci, les membres du conseil d'administration du syndicat requérant n'ont fait qu'user de leur liberté de réunion pacifique (*Ezelin c. France*, arrêt du 26 avril 1991, § 41, série A n° 202). Or ils se sont vu infliger des sanctions disciplinaires sur le fondement de la circulaire incriminée (paragraphe 9 ci-dessus). La Cour considère que ces sanctions sont de nature à dissuader les membres de syndicats et toute autre personne souhaitant le faire de participer légitimement à une telle journée de grève ou à des actions visant à la défense des intérêts de leurs affiliés (*Urcan et autres*, précité, § 34, et *Karaçay c. Turquie*, n° 6615/03, § 36, 27 mars 2007). La

Cour relève que le Gouvernement n'a pas démontré la nécessité dans une société démocratique de la restriction incriminée.¹³

The conclusion of the Court was:

Ainsi, la Cour, ayant procédé à son propre examen, conclut que l'adoption de cette circulaire et son application ne correspondaient pas à un « besoin social impérieux » et qu'il y a eu une atteinte disproportionnée à la jouissance effective par le syndicat requérant des droits consacrés à l'article 11 de la Convention.¹⁴

With respect to a remedy, the Court states:

Aux termes de l'article 41 de la Convention, « Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

Le requérant n'a présenté aucune demande pour dommage matériel ou dommage moral. Le requérant demande 6 350 livres turques (TRL) (soit environ 3 150 euros (EUR)) pour les frais et dépens engagés devant la Cour. Cette prétention est ventilée comme suit: 6 000 TRL pour les frais d'honoraires et 350 TRL pour les frais de traduction. A titre de justificatif, l'intéressé fournit une convention d'honoraires et une facture de travaux de traduction.¹⁵

IIII 4. IMPACT ON GERMAN JURISDICTION

A decision of the ECtHR is binding on each state in question that fails to comply with an obligation under the ECHR. The state in question may pay a remedy to the plaintiff and has to adapt the criticized state practice to the demands of the Court. Due to the specific

13. *Id.*, par. 32.

14. *Id.*, par. 33.

15. *Id.*, par. 35-37.

Enerji Yapi-Yol Sen case, Turkey has to take measures to accept strike actions in the public service.

This ECtHR decision had a strong impact on German cases where teachers were fined for participating in strike actions in 2010. The teachers were employed as civil servants and the fine was justified by the ban on strike action by civil servants, by the lack of obedience to their duties towards the state, and by their breach of faithfulness.

In the following judicial disputes the administrative courts have held different views: some have followed the traditional belief that civil service strikes are illegal,¹⁶ but some have taken a different view under the influence of the ECtHR decision, as for example the administrative court of Kassel.¹⁷

Under the influence of the ECtHR decision, the German administrative court of Kassel considers civil servant participation in strike action legitimate and in compliance with the duties of civil servants. ECtHR decisions are binding on German courts—irrespective of the state involved in the decision. The German Constitutional Court has adopted the view that the German Constitution, as well as ordinary laws, have to be interpreted in light of ECtHR decisions.

Because of this decision, the fundamental customary principles of the civil service system have to be reviewed and may no longer justify a civil service strike ban. A total strike ban cannot be upheld anymore on the basis of these principles. The ECtHR decision requires that a distinction be drawn between civil servants who have the right to strike and those who do not. The ban may apply only to those civil servants who have to exercise official powers conferred by public law or who have to safeguard the general interest of the state.

This functional approach will require a narrow interpretation of the tasks that comprise a sovereign activity. A state does not have unlimited discretion to define its activities as sovereign. It may

16. Administrative Court of Appeal of Osnabrück 19.8.2011 9 A 1/11; Administrative Court of Appeal of Münster 9.3.2012.

17. Administrative Court of Kassel 27.7.2011 28 K 574/10; similar Administrative Court of Düsseldorf 15.10.2010 – 31 T 3904/10 – overruled by Administrative court of Appeal of Münster 7.3.2012 -3d A 317/11.

define as “sovereign” only those core activities that are essential for a democratic state to operate. At the very least, ordinary teachers do not perform such activities and may no longer be excluded from the right to take part in a strike.

|||| CONCLUSION

It is doubtful whether the recent decisions of some administrative courts in Germany will change the prevailing legal view on civil service strike bans. Even though all ECtHR decisions have to be respected by all European Council member states, states may also turn a blind eye to decisions that affect another state (Lörcher, 2009).

So, nothing will change with respect to the general belief in Germany in the legitimacy of a total ban on strike action by civil servants unless the ECtHR has to deal with a relevant German case. Some cases are still pending in German courts concerning disciplinary measures against civil servants after strike participation. And all judicial remedies in Germany have to be exhausted until a case is admissible to the ECtHR. It is just a question of time until a German case on disciplinary measures for civil servant participation in strike action will be brought to the ECtHR. Then, it will be interesting to see whether the ECtHR will be keen to uphold its position on this issue for Germany as it had for Turkey.

|||| BIBLIOGRAPHY

- Bendix, Ludwig, *Das Streikrecht der Beamten* (Berlin-Grunewald: Dr Walter Rothschild, 1922).
- Blanke, Thomas, “Koalitionsfreiheit und Streikrecht im öffentlichen Dienst” (1989) *Arbeit und Recht* 1.
- Blanke, Thomas & Sterzel, *Beamtenstreikrecht*, 1979.
- Brox/ Rütters/ Schlüter, *Arbeitskampfrecht*, 1982.
- Council of Europe, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, Strasbourg, 2008, 57.

- Däubler/ Hensche, *Arbeitskampfrecht*, 3rd ed 2011.
- Däubler, *Der Streik im öffentlichen Dienst*, 1971
- Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht I*, 1997.
- Hood/ Schuppert, *Delivering Public Services in Western Europe*, London 1988.
- Keller, *Cooperation and Conflict in Public Sector Labour Relations – the Federal Republic of Germany*, in Gladstone et al. *Current Issues in Labour Relations*, Berlin/ New York 1989, 295.
- Isensee, *Zur rechtspolitische Zulässigkeit des Dienstkampfes*, 1971.
- Lörcher, *Das Menschenrecht auf Kollektivverhandlung und Streik auch für Beamte*, *Arbeit und Recht* 2009, 229.
- Lörcher, *Beamtenstreikrecht und das internationale Arbeitsrecht, Demokratie und Recht* 1991, 257.
- McPherson, *Public Employee Relations in West Germany*, Ann Arbor 1971.
- Mischke, *Industrial Action in German Law*, *Industrial Law Journal* 1992, p. 1.
- Oetker, *Not- und Erhaltungsarbeiten bei Arbeitskämpfen*, 1984.
- Ozaki, *Labour Relations in the Public Sector*, in Blanpain (ed.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialised Market Economies*, 4th ed. Deventer/Boston 1990, Vol. 2 p. 221.
- Weiss, *Federal Republic of Germany*, in Blanpain (ed.) *Encyclopaedia of Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 6 (1986), 33.



L'AUTONOMIE COLLECTIVE, ÉLÉMENT CLÉ DU TRAVAIL DÉCENT DES TRAVAILLEUSES ET TRAVAILLEURS DOMESTIQUES

Adelle Blackett*

*We need a language of self-creation that avoids
the blind literalness of the liberal concept
of self-determination. We can engage in creative
interaction with the relations that shape us,
but we cannot simply determine who we are.*

* Professeure agrégée titulaire de la Chaire William Dawson, Faculté de droit, Université McGill. L'auteure remercie la Fondation du Barreau du Québec, le CRSH (Bourse Bora Laskin, 2010-11) et le MCRI (CRIMT) pour leur appui. Elle remercie aussi les responsables des syndicats des salariés et du patronat français rencontrés en 2010-2011, qui ont grandement contribué à sa compréhension du régime français. Finalement, elle tient à remercier le directeur scientifique, Dominic Roux, ainsi que ses excellents assistants de recherche Amina Chaouni, Amélie Guilbault, Marie-Andrée Larouche et Jean-Philippe Mac Kay de la Faculté de droit de McGill qui ont contribué au projet depuis son début en 2005. Le texte est à jour au 5 septembre 2012.

*We need concepts that incorporate women's experience of embeddedness in relations, both the importance of this embeddedness and the oppressiveness of its current social forms. [...]
People must develop and sustain the capacity for finding their own law*

(Nedelsky, 2011 : 122-123).

|||| INTRODUCTION

Les contributions du professeur émérite Pierre Verge à la compréhension de l'hétérogénéité des sources du droit du travail sont nombreuses. L'œuvre de ce dernier nous enseigne notamment que la régulation émanant des milieux de travail a une spécificité qui, ancrée dans la subordination (Verge et Vallée, 1996), se manifeste dans la place centrale occupée par l'autonomie collective en droit du travail.

Les défenseurs des droits des travailleurs les plus démunis de notre société ont souvent le réflexe de se tourner vers l'État – l'institution gardienne de la protection et de la promotion des droits humains – pour exiger de lui qu'il assume son rôle, souvent par la voie législative. Dans une certaine mesure, il est logique de voir la tradition des droits humains mener à une responsabilisation de l'État envers les plus marginalisés de la société. Mais la reconnaissance de la diversité des sources du droit du travail offre une réponse, à tout le moins partielle, aux approches critiques du droit qui soulignent les pièges d'une confiance trop spontanément placée en l'État, même démocratique. La « protection » idéalisée se matérialise difficilement et il en résulte un contrôle et une normalisation de la violence sur la dignité de la personne humaine et de son corps au travail (Supiot, 2010 ; Ally, 2009).

Plutôt que de laisser l'État occuper exclusivement l'espace normatif ou, inversement, d'ignorer son rôle, il convient de reconnaître la

centralité de l'autonomie collective parmi la pluralité normative en droit du travail (Verge, Trudeau et Vallée, 2006). Même si l'État se doit de garantir l'exercice de l'autonomie collective, il n'est ni le plus important ni l'élément clé de sa réalisation et de son exercice (Arthurs, 1996). Il s'agit de retourner aux leçons de base du « droit social » (Gurvitch, 1932), selon lesquelles

l'expérience juridique vécue par les acteurs sociaux eux-mêmes ne se conçoit pas comme une simple composante d'un processus de création ou de reconnaissance institutionnelle qui lui donnerait sa configuration finale. Elle est une expérience autonome, complète en elle-même. Elle n'est pas le point de départ du processus juridique. Elle en est le centre de gravité, le lieu d'expression le plus riche et le plus décisif (Belley, 1986 : 445).

Dans ce texte, nous proposerons d'abord une brève exploration théorique de l'applicabilité d'une pratique d'autonomie collective aux travailleurs marginalisés. Nous soutiendrons qu'une approche relationnelle sous-tend la notion d'autonomie collective, et nous permet d'étendre la notion aux catégories de travailleurs historiquement marginalisés.

Ensuite, nous analyserons un développement récent en droit international du travail, soit l'adoption en 2011 de la Convention n° 189 et de la Recommandation n° 201 sur le Travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques¹. Nous soutiendrons que ces nouvelles normes internationales du travail ont une dimension protectrice qui met en relief le rôle de l'État. Ces nouvelles normes incluent aussi un certain nombre de dispositions qui favorisent l'exercice de l'autonomie collective par les travailleuses et travailleurs domestiques et leurs employeurs.

En dernier lieu, nous considérerons le cas français, qui est l'un des exemples les plus importants d'exercice de l'autonomie collective

1. En date du 5 septembre 2012, la Convention n° 189 avait reçu les deux ratifications nécessaires pour son entrée en vigueur. L'Uruguay a été le premier pays à ratifier la convention, suivi par les Philippines (http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/news/WCMS_189217/lang-fr/index.htm). En date du 6 septembre 2014, 14 pays avaient ratifié cette convention.

comme source de régulation sociale visant les « salariés du particulier employeur » par voie de convention collective nationale (CCN). L'historique et la portée de la CCN seront analysés pour soulever quelques questions autour de l'interaction entre les mécanismes du CCN et les tentatives de favoriser la capacité réelle des travailleuses et travailleurs domestiques d'exercer leur autonomie collective. Nous soutiendrons que les nouvelles normes internationales du travail, basées en large partie sur la CCN, peuvent toujours contribuer au développement de l'exercice effectif par les travailleuses et travailleurs domestiques de l'autonomie collective en France.

IIII 1. « LE CARACTÈRE CENTRAL DE L'AUTONOMIE COLLECTIVE » EN DROIT DU TRAVAIL CONTEMPORAIN

L'autonomie collective se définit comme « la régulation autonome produite de l'activité des institutions collectives » en matière du travail, « [révélatrice] par excellence de la configuration juridique du marché du travail qui a cours dans une société donnée, de l'interrelation des différents modes de détermination des règles y régissant l'accès, l'exécution et la rémunération, au sens large, du travail » (Vallée et Verge, 1996 : 420). Il est à noter que l'autonomie collective est ancrée dans la normativité internationale du travail, notamment dans les Conventions n^{os} 87 et 98 et la Convention n^o 154 concernant la promotion de la négociation collective. Les pratiques d'autonomie collective sont évolutives et reflètent différents modèles nationaux de négociation collective qui existent à travers le monde pour des raisons historiques, politiques et économiques diverses. Les institutions étatiques encadrent certaines manifestations de l'autonomie collective comme par exemple les « expressions juridiques actuelles de la négociation sectorielle » (Vallée et Verge, 1996 : 424 ; Dubé, 1990). Les « partenaires sociaux » syndicaux et patronaux participent à la prise de décision à différents niveaux, que ce soit à l'échelle de l'entreprise ou à l'échelle sectorielle, et ces décisions peuvent avoir une portée nationale, voire transnationale, ou dans des cadres liés strictement ou sagement au marché du travail (Vallée et Verge, 1996 ; Trebilcock *et al.*, 1994).

Au cœur de la reconnaissance de l'autonomie collective se trouve l'idée selon laquelle « [l]a négociation collective, envisagée généralement, n'est pas qu'un instrument de marchandage, de vente ou d'achat de la force de travail, mais bien aussi un lieu de production normative » (Vallée et Verge, 1996). Certains attribuent à ce « droit social » la possibilité concrète pour le travailleur et la collectivité à laquelle il appartient de se représenter, une capacité qui a pour première conséquence de conférer à cette collectivité le pouvoir d'insister sur le respect de son humanité, de transformer la peur en courage et de réparer l'injure morale causée par l'exclusion sociale grâce à la participation à l'économie politique (Hill, 2009). Nous sommes donc sur le terrain de la construction de rapports de reconnaissance et de respect par la représentation (Honneth, 2007 ; Fraser, 2009).

Le respect de la dignité et de l'humanité du travailleur, et de son corps, est un ajout parfois oublié de la Déclaration de Philadelphie de 1944 de l'Organisation internationale du travail (OIT) (Supiot, 2010). Ce corps ne peut être atomisé, ni décontextualisé. C'est un corps qui ne peut tout simplement pas œuvrer, sans cesse, telle une machine : bien au contraire, le corps a besoin, entre autres choses, de repos et de loisirs. En outre, l'interdépendance de l'être humain et de la société qui l'entoure fait partie du besoin humanisant de donner et de recevoir des soins. Avec l'avènement de l'ère néolibérale, nous assistons au remplacement du salarié, chef de famille, « le » citoyen au travail autour duquel les conditions de travail et les bénéfices sociaux étaient construits (Vosko, 2010 ; Fudge 2006) par un être au travail précarisé, dépaycé, inévitablement sous pression et en situation de concurrence avec des travailleurs vivant « ailleurs », placé devant le « choix » d'assumer l'ensemble de risques d'une économie de marché. L'individu mondialisé se conçoit seul.

Réaffirmer l'esprit de la Déclaration de Philadelphie dans l'ère contemporaine, c'est accepter que cet être humain encastré (« embodied »), forcément relationnel, évolue dans un environnement où le droit structure les rapports humains (Nedelsky, 2011 : 77). Dire « autonomie » ne revient pas à dire « indépendance ». Au contraire, « [t]o treat autonomy as independence or control is to deny its inherently relational nature and thus to foster illusions of independence

and control that can be sustained only through domination » (Nedelsky, 2011 : 305).

Pour Nedelsky, l'autonomie est possible en raison du jeu des divers rapports constructifs qui interagissent, y compris les rapports intimes, culturels, institutionnels, nationaux, globaux et écologiques. Nedelsky ne se base pas sur une vision libérale de l'État nécessairement limitée qui véhicule la croyance selon laquelle l'être humain atomisé est indépendant, autosuffisant, capable (nous transposons Nedelsky) de négocier seul sa place dans le monde du travail. Une vision renouvelée, selon cette auteure, permettrait plutôt d'imaginer un État qui agit pour renforcer l'autonomie dans ses rapports forcément complexes avec les groupes qui forment la société². Elle affirme en outre que « le but n'est point de réaliser une indépendance mythique, mais plutôt de structurer les rapports pour favoriser le développement de l'autonomie » (Nedelsky, 2011 : 118, la traduction est la nôtre).

L'approche relationnelle facilite la compréhension des dimensions spatiales et temporelles de la précarité au travail. À l'ère de la mondialisation, la marginalisation des travailleurs doit se concevoir sous l'optique d'un spectre plutôt que d'une logique binaire rigide. Ainsi, l'approche relationnelle nous oblige à nous attarder sur l'accès asymétrique, voire inégalitaire, au droit du travail en général et à l'autonomie collective en particulier.

Nedelsky est préoccupée par la nécessité d'identifier les rapports qui nuisent à la réalisation de l'autonomie ainsi que les rapports qui, au contraire, en favorisent la réalisation (Nedelsky, 2011 : 119 ; Sheppard, 2010 : 107 ; Young, 2000). En droit du travail, nous soutenons que la capacité d'exercer l'autonomie collective doit être théorisée au moyen d'une notion large d'égalité : « L'inégalité d'accès à la représentation collective soulève [...] un double problème : le caractère effectif de la négociation collective et l'aggravation possible

2. À titre d'illustration, Nedelsky mentionne le bien-être social, l'éducation et la régulation des valeurs mobilières (Nedelsky, 2011 : 118 et 130). Nous ajoutons à cette liste les rapports du travail.

des inégalités dont sont victimes les catégories de la population cibles de discriminations» (Blackett et Sheppard, 2003 : 454).

Même si l'État a « un rôle essentiel à jouer pour faire en sorte que la négociation collective renforce l'égalité » (Blackett et Sheppard, 2003 : 454), il ne détient pas un monopole exclusif en la matière. En insistant sur la capacité (Sen, 1999 ; Nussbaum, 2000) d'exercice de l'autonomie collective par les travailleurs en général et les travailleurs marginalisés en particulier, nous évitons le piège de la dépendance unique et exclusive à l'égard d'un État démocratique « protecteur » et « paternaliste » qui octroie les droits aux « faibles » de la société (Ally, 2009). En ce sens, nous reconnaissons que les travailleurs réclament des droits, mais nous évitons d'emprunter le chemin d'une individualisation simpliste de « l'être indépendant » qui jouit d'une capacité décisionnelle autonome. Une abondante littérature sur cette question expose, par des analyses principalement structuralistes, le contexte géopolitique et économique qui pousse des personnes souvent hautement éduquées et même employées dans leur pays, mais comparativement sous-payées (nous invoquons ici la notion d'inégalité salariale internationale), à tout abandonner pour aller occuper un emploi sous-valorisé dans des conditions précaires dans des pays relativement plus développés économiquement³. Nous évitons aussi de recourir à une analyse de la résistance de tous les jours, celle de la quotidienneté des rapports de travail, qui ne dépasse pas l'identification de l'espace où la résistance peut se matérialiser, pour bien saisir comment les travailleuses marginalisées utilisent le pouvoir auquel elles ont droit (Briones, 2009 : 9)⁴. Nous voulons une compréhension de l'exercice de l'autonomie collective qui se construit sur la capacité d'agir et nous reconnaissons qu'il faut créer les conditions pour favoriser le développement des capacités des

3. Ajoutons que l'importance des retours d'argent vers leurs pays d'origine est considérable, et ce phénomène est à la base de plusieurs politiques publiques les concernant. Les analyses nuancées sur ces politiques et leurs effets pervers sont cruciales, notamment en ce qui concerne le déficit de soin laissé pour les enfants de la migration (Parrenas, 2005).

4. Nous nous dissocions, toutefois, de l'analyse de Briones sur l'enjeu entre le travail décent et l'accès par les travailleurs migrants aux marchés des pays occidentaux (Briones, 2009 : 9 ; cf. Blackett, 2011b).

travailleurs marginalisés d'exercer collectivement leur autonomie pour transformer leurs conditions de vie et de travail (Hill, 2009; Briones, 2009).

Des mesures proactives doivent donc être prises. L'autonomie est une capacité qui se développe avec le temps dans les espaces favorisant les liens avec autrui. Elle doit être soutenue, encadrée, affirmée. Pour Nedelsky, l'essence même de l'autonomie est le lien entre le droit (la capacité de trouver ce qui nous gouverne) et la liberté. À cet égard, il nous semble qu'une approche priorisant le développement des capacités d'action et de réflexion (praxis) pour une transformation profonde (Freire, 1970/2006) soit nécessaire afin de rendre possible la prise de parole par le travailleur subalterne et permettre son émancipation (Spivak, 1988; Landry et Maclean, 1996).

IIII 2. LES ACQUIS DE LA NOUVELLE CONVENTION DE L'OIT POUR LA PROTECTION DES DROITS DES TRAVAILLEUSES ET TRAVAILLEURS DOMESTIQUES

L'accès asymétrique à l'autonomie collective s'observe pour les travailleurs en marge de la société. Le cas des travailleuses et travailleurs domestiques est un exemple marquant à ce sujet. Déjà, ces personnes se positionnent difficilement dans le cadre d'une vision étroite du marché en raison de la caractérisation de leur travail comme activité de reproduction sociale. Au-delà d'une reconnaissance nécessaire de l'importance du travail de reproduction sociale dans la construction d'une économie de marché (Blackett, 2011b), la régulation du travail domestique reflète une préoccupation plus large de transposition des acquis de l'égalité sociale à ce domaine (Honneth, 2007) et de reconnaissance du rôle du travail de « soins à la personne » comme composante de la justice et de la démocratie (Fraser, 1994). Il s'agit de refuser une forme d'inégalité structurelle, dite « permanente » (Sheppard, 2010: 110-111), même lorsque l'on analyse la question de la subordination au travail. Il est alors question de quitter le terrain d'un « statut » écrit sur les corps concrets et historicisés des femmes subalternes, racisées, qui prédominent

dans ce travail (Gutiérrez-Rodríguez, 2010). Il s'agit de transformer les rapports, en faveur d'une vision des travailleuses qui agissent collectivement et de façon autonome pour réguler leurs rapports de travail.

Accepter de réguler le travail domestique de cette manière revient à accepter d'adopter une vision large du droit du travail (Blackett, 2011a : 95). S'il en est ainsi, ce n'est pas parce que le travail en tant que tel est si différent du travail réglementé dans des milieux habituels, comme les hôpitaux, les écoles, le secteur de la restauration ou dans l'entretien de bâtiments (Armstrong *et al.*, 2008). Sur cette question, le rapport sur le droit et la pratique du Bureau international du travail (BIT) a conclu

[qu']il n'existe pas de distinction fondamentale entre le travail à la maison et le travail à l'extérieur, ni de définitions simples : domaine public/ domaine privé, lieu de travail, domicile employeur/ employé. Les soins dispensés à des enfants, des handicapés ou des personnes âgées à domicile ou dans un établissement public relèvent tous du même cadre réglementaire, où diverses politiques, notamment en matière de migrations, conditionnent à la fois l'offre et la demande de services (BIT, 2010 : 11).

Dans un autre texte, nous avons proposé une analyse des éléments liés aux acquis de la Convention n° 189 et de la Recommandation n° 201 (Blackett, 2012). Ce récent développement en droit international reflète la volonté des travailleuses et travailleurs domestiques d'être inclus dans le corpus du droit du travail. En effet, l'article 3(1) de la Convention n° 189 prévoit que « tout Membre doit prendre des mesures pour assurer la promotion et la protection effectives des droits humains de tous les travailleurs domestiques comme prévu dans la présente convention ». Ces personnes ont exigé un statut analogue à celui de tous les autres travailleurs, tout en insistant sur des normes qui tiennent compte de la spécificité de leur travail. Cela s'illustre notamment par le refus de la présomption de disponibilité perpétuelle des travailleuses et travailleurs domestiques qui tiendrait compte de la normativité du quotidien. En ce sens, l'article 9 de la Convention n° 189 reconnaît l'importance pour les travailleuses et travailleurs domestiques d'avoir le droit de ne pas vivre au sein du

foyer de l'employeur. De plus, plusieurs dispositions reconnaissent l'application du principe d'heures de travail raisonnables et l'importance de garantir des périodes de repos, comme cela se fait pour d'autres catégories de travailleurs. Un exemple notable figure au paragraphe 13 de la Recommandation n° 201, qui rappelle que la travailleuse domestique n'est pas en congé annuel payé quand elle accompagne les membres du ménage en vacances.

Nous nous attardons ici sur les dispositions axées spécifiquement sur la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective. Dans le Rapport sur le droit et la pratique du BIT, il est affirmé que

[L]a liberté d'association et le droit de négociation collective figurent parmi les principes primordiaux de l'OIT. Partout dans le monde, les travailleurs domestiques font valoir leur statut de salariés, revendiquent la jouissance de ces droits fondamentaux et s'organisent collectivement en vue d'améliorer leurs conditions de travail et de se faire respecter. Alors que les organes de contrôle de l'OIT affirment depuis longtemps que ces deux principes valent également pour les travailleurs domestiques, on constate que leur mise en œuvre effective se heurte encore, dans bien des pays, au fait que cette catégorie de travailleurs n'est toujours pas protégée par la loi (BIT, 2009 : 89).

Les nouvelles normes internationales du travail semblent avoir reconnu les défis en matière d'accès à la négociation collective. Les dispositions pertinentes sont reproduites ici *in extenso* en raison de l'importance de la protection qu'ils tendent à accorder aux travailleuses et travailleurs domestiques.

D'abord, l'article 3(2) de la Convention n° 189 se lit comme suit :

Tout Membre doit prendre à l'égard des travailleurs domestiques les mesures prévues par la présente convention pour respecter, promouvoir et réaliser les principes et droits fondamentaux au travail, à savoir :

a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective ;

[...]

d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

Cette disposition, classique dans sa formulation, reflète l'énonciation des principes et droits fondamentaux que l'on retrouve dans la Déclaration de l'OIT de 1998 sur les principes et droits fondamentaux au travail. Nous rappelons que ce dernier texte, en son article 2, déclare

que l'ensemble des Membres, même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux.

L'interprétation accordée à cette obligation, qui relève de la reconnaissance de la liberté d'association dans la Constitution même de l'OIT, est large. Si nous réitérons le paragraphe (d) sur l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession, c'est parce que le lien est cardinal pour les travailleuses et travailleurs domestiques qui ont historiquement fait face à une exclusion qui est toujours d'actualité. Nous affirmons en fait que le lien entre l'égalité et la négociation est étroit et qu'une analyse intégrée de ces deux principes et droits fondamentaux est nécessaire pour les respecter, les promouvoir et les réaliser, surtout pour les travailleurs marginalisés ou précaires.

L'article 3(3) de la Convention n° 189 confirme cette interprétation large tout en offrant une reconnaissance spécifique de l'autonomie collective des travailleuses et travailleurs domestiques et de leurs employeurs:

Lorsqu'ils prennent des mesures afin d'assurer que les travailleurs domestiques et les employeurs des travailleurs domestiques jouissent de la liberté syndicale et de la reconnaissance effective du droit de négociation collective, les Membres doivent protéger le droit des travailleurs domestiques et des employeurs des travailleurs domestiques de constituer leurs propres organisations, fédérations et confédérations et, à la condition de se conformer

aux statuts de ces dernières, de s'affilier aux organisations, fédérations et confédérations de leur choix⁵.

Il est à noter que lors des négociations de juin 2010, les employeurs ont insisté pour que l'article 3 (3) s'applique à eux et non pas uniquement aux travailleurs⁶. Cette disposition anticipe la reconnaissance effective de l'autonomie collective des acteurs sociaux, en insistant sur le rôle de l'État qui est chargé d'agir afin de protéger l'autonomie collective en prenant des « mesures » pour en assurer la reconnaissance. La disposition répond à un certain nombre de préoccupations soulevées en droit interne⁷.

Cette obligation d'agir est confirmée par une disposition supplémentaire à la convention qui se retrouve dans le paragraphe 2 de la Recommandation n° 201 :

Lorsqu'ils prennent des mesures afin d'assurer que les travailleurs domestiques jouissent de la liberté syndicale et de la reconnaissance effective du droit de négociation collective, les Membres devraient :

a) recenser et éliminer toutes restrictions législatives ou administratives ou tout autre obstacle au droit des travailleurs domestiques de constituer leurs propres organisations ou de s'affilier aux organisations de travailleurs de leur choix, ainsi qu'au droit des organisations de travailleurs domestiques de s'affilier à des organisations, fédérations et confédérations de travailleurs ;

-
5. Le sens à donner à l'expression « bonne foi » fit l'objet d'un débat et dut être clarifié en référant à cette disposition de la Déclaration. Notamment, le gouvernement d'Afrique du Sud souhaitait aller au-delà de la seule formulation de la Déclaration afin de favoriser la justice sociale, particulièrement dans les pays en développement. Voir le *Compte rendu provisoire* 2010, aux paragr. 285-96.
 6. *Compte rendu provisoire* 2011 aux paragr. 210-43.
 7. Au Brésil une « petite organisation syndicale » joue pourtant un rôle majeur dans la défense des droits des travailleuses domestiques de Rio de Janeiro (Vidal, 2007 : 243). Or, le 15^e Tribunal du travail pour Campinas et une région environnante a annulé une convention collective conclue entre un syndicat de travailleurs domestiques et les employeurs, en insistant entre autres sur le fait que la Constitution brésilienne ne garantit pas la liberté syndicale aux travailleurs domestiques. *Rapport sur le droit et la pratique*, 2009 au paragr. 266.

b) prendre ou appuyer des mesures visant à renforcer la capacité des organisations de travailleurs et d'employeurs, des organisations représentant les travailleurs domestiques et des organisations d'employeurs de travailleurs domestiques de promouvoir efficacement les intérêts de leurs membres pour autant que l'indépendance et l'autonomie de ces organisations, agissant dans le respect de la loi, soient en tout temps préservées.

Le défi pour les Membres tripartites de l'OIT est ainsi posé de façon très explicite, car la notion de « restrictions législatives ou administratives ou tout autre obstacle » rejoint une conception large du rôle de l'État, en lien avec les acteurs sociaux. Ce défi est d'offrir un regard contextualisé et historicisé des obstacles concrets auxquels font face les travailleuses et travailleurs domestiques pour accéder à la syndicalisation et à la négociation collective. En général, les systèmes nationaux de relations industrielles furent élaborés sur la notion organisationnelle d'entreprise ; ils tendent à exclure les travailleuses et travailleurs domestiques de leur champ d'application. Il n'est pas étonnant de constater que les modèles fordiste et taylorien, reflétés par exemple dans le mécanisme de négociation à l'échelle d'entreprise qui prédomine dans le système wagnérien des relations du travail, permettent difficilement d'englober en leur sein la réalité des travailleuses isolées œuvrant pour le compte d'un ou de plusieurs particuliers dans leur foyer. Trop souvent, ce faible niveau de syndicalisation est interprété comme un choix de ne pas se syndiquer. Or, comme le reconnaît le BIT dans son rapport sur le droit et la pratique :

Conscients de leur droit à des conditions d'emploi décentes, les travailleurs domestiques ont à cœur d'engager une action collective là où c'est possible afin d'introduire des changements structurels et de lutter contre l'exploitation et la discrimination. Bien qu'il leur soit difficile de s'organiser, en raison de nombreux facteurs, notamment le fait d'être isolés chez des particuliers, ce sont eux qui sont les mieux placés pour négocier leurs conditions d'emploi (BIT, 2009 : 86).

On ajoute à cette caractéristique structurelle la perception du travail de « soin » comme étant étrangère au travail « productif ». Selon cette vision, il s'agirait plutôt du prolongement d'un travail féminisé,

effectué à la maison, mais en échange d'une rémunération dérisoire par des personnes racisées, migrantes ou autrement marginalisées⁸.

Il faut aussi se demander jusqu'où les dispositions de la Convention n° 189 et de la Recommandation n° 201 iront pour favoriser la reconnaissance de différentes formes d'organisation des travailleuses et travailleurs domestiques (ETUC, 2012). Si bon nombre de ces derniers s'organisent, difficilement, par occupation⁹, de nombreuses organisations existent aussi sur la base d'un regroupement identitaire, notamment ethnique et nationale, et leurs membres luttent pour les droits de ces travailleurs (par exemple, Van Walsum, 2011). Le risque d'abus persiste au sein de certaines variantes moins crédibles de ces organisations (McGregor, 2007 : 802), mais il est une conséquence du fait que ces travailleurs sont systématiquement exclus de l'accès à la justice. Sans offrir de réponses à la question de la reconnaissance de différentes formes d'organisation, nous croyons à l'opportunité de mener une recherche et une réflexion sérieuses sur la nature, la variété et la portée potentielle¹⁰, ainsi que sur les défis que soulève l'enjeu de l'accès effectif et égalitaire à la négociation collective par les travailleurs marginalisés.

Des dispositions offrant une plus grande accessibilité à la justice pour ces travailleurs sont donc cruciales. L'article 16 de la Convention n° 189 prévoit que les membres doivent prendre des mesures pour assurer un « accès effectif aux tribunaux ou à d'autres

-
8. Voir la juge Grenier, dans un jugement marquant rendu par la Cour supérieure, *Confédération des syndicats nationaux v Québec (Procureur général)* 2008 QCCS 5076 [C.S.N. 2008]. Cette décision fut à l'origine d'un important remaniement législatif en ce qui concerne le secteur de « soins » féminisés connexes, où la garde d'enfants ou l'accueil de personnes atteintes de problèmes de santé mentale ou en perte d'autonomie se fait dans le milieu familial de la gardienne.
 9. Ces organisations peuvent être des syndicats des travailleuses et travailleurs domestiques, comme il en existe dans de nombreux pays, ou des organisations non-gouvernementales de défense des droits des travailleuses domestiques qui pour diverses raisons structurelles ne sont pas reconnues comme des syndicats. Plusieurs d'entre elles militent pour l'accès à un statut d'immigration régularisé pour les travailleurs qu'ils représentent.
 10. Notons la réflexion entamée par Rights First (Lawyers Committee on Human Rights, 1998) sur la liberté d'association (OIT) et les ONG.

mécanismes de règlement des différends, à des conditions qui ne soient pas moins favorables que celles qui sont prévues pour l'ensemble des travailleurs. » L'article 17 insiste pour que des mesures en matière d'inspection de travail soient mises en application, incluant l'accès au domicile du ménage dans le respect de la vie privée. L'article 18, pour sa part, rappelle que la mise en œuvre des dispositions se fait « en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives ». Il est important de noter que cette mise en œuvre doit être faite « par voie de législation ainsi que par des conventions collectives ou des mesures supplémentaires conformes à la pratique nationale, en étendant ou en adaptant les mesures existantes aux travailleurs domestiques, ou en élaborant des mesures spécifiques à leur endroit, s'il y a lieu ». La Convention n° 189 reconnaît donc la place centrale jouée par la régulation spécifique du travail domestique.

À tout le moins, nous pouvons affirmer que les dispositions sur la liberté syndicale témoignent d'une volonté d'aller au-delà d'une simple reconnaissance théorique d'un droit fondamental ainsi que de certains principes. Cependant, il est reconnu que les modèles en droit comparé sont peu nombreux : en règle générale, la norme est l'exclusion pure et simple. Nous proposons maintenant d'explorer l'un des principaux exemples de droit interne où l'on retrouve une reconnaissance de l'action collective qui se concrétise par le biais d'une extension législative : le modèle français.

III 3. L'AUTONOMIE COLLECTIVE DANS LA RÉGULATION DU TRAVAIL DOMESTIQUE EN FRANCE

Avant d'entamer notre analyse du régime français, il est important de préciser que l'approche adoptée à l'égard de l'autonomie collective qui se reflète dans le modèle de la négociation collective d'un pays est aussi le reflet d'un modèle particulier d'organisation du capitalisme – notamment libéral ou coordonné (Hall et Soskice, 2001). Le modèle français applicable au travail domestique est soulevé ici avec toutes les réserves habituelles en droit du travail comparé, même celles sur

les obstacles à la transplantation soulevés dans les conventions et recommandations internationales du travail (Kahn-Freund, 1974; cf. Hepple, 2005). La réflexion part du principe voulant que certaines catégories de travailleurs risquent d'avoir besoin d'un appui technique provenant des mécanismes régulateurs pour rendre effectif leur exercice de la liberté syndicale, toujours dans une perspective d'égalité d'accès et de traitement. Les travailleuses et travailleurs domestiques forment l'une de ces catégories de travailleurs.

Nous concentrons notre attention sur le modèle français parce qu'il s'agit d'un exemple rare de régulation spécifique du travail domestique au moyen d'un instrument d'autonomie collective, négocié par des syndicats de salariés et d'employeurs, qui s'étend sur une base territoriale – en principe à l'ensemble des personnes occupant ce métier en France. Nous nous attarderons donc sur la spécificité de ce mécanisme (3.1), pour ensuite soulever certaines questions sur la réalisation effective de la négociation collective pour ce secteur (3.2).

||| 3.1 La spécificité de la régulation du travail domestique par la Convention collective nationale

En France, la croissance des emplois domestiques par le biais de l'emploi direct attire l'attention depuis plusieurs années. Leur nombre a triplé entre 1990 et 2006 (Devetter *et al.*, 2009: 18-19)¹¹. Il est pertinent de noter l'élargissement des modalités de recours aux services d'aide à la personne; il existe une forte croissance des emplois dans les organismes agréés qui dispensent ces services à la personne, dans

11. L'expression « travailleuses et travailleurs domestiques » est peu adaptée au contexte français, ce qui a un certain impact sur les statistiques relatives aux métiers concernés, notamment les professions d'aide à domicile, d'aides ménagères et d'assistantes maternelles en France. *L'évolution des métiers en France depuis vingt-cinq ans*, Dares-Analyses, Publication de la direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques, septembre 2011, n° 066 à la p. 3, en ligne : <http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2011-066.pdf>.

un rapport triangulaire, dit de prestataire¹², ou encore, un rapport de mandataire¹³ dans les activités de placement (Gardin et Boulmier, 2010; CERC 2008). Il s'agit là de rapports entre employeur, utilisateur et bénéficiaire. Ayant pour source une série de politiques de développement d'emploi, connue sous le titre, « Plan Borloo » sur la cohésion sociale de 2005, le développement de ce secteur tertiaire est « un choix politique [...] de fonder une partie importante de la croissance de l'emploi sur des activités qui ne peuvent se développer que sur le socle des inégalités économiques : inégalités sociales et inégalités de genre » (Devetter *et al.*, 2009 : 23).

Cette inégalité est le reflet du choix historique d'exclure le travail domestique de la régulation du travail en France (Martin-Huan, 1997). En effet, la Déclaration des Droits de 1793 « ne reconnaissait pas la domesticité », affirmant « qu'il ne peut exister qu'un engagement de soins et de reconnaissance entre l'homme qui travaille et celui qui l'emploie » (article 18), une idée reprise en quelque sorte par les limites au temps d'engagement à l'article 1780 du Code civil de 1804. Toutefois, « il ne pourra empêcher que les conditions d'emploi faites aux domestiques réaffirment leur sujétion personnelle » (Dus-suet, 2005 : 30).

Actuellement, les « employés de maison » – une version modernisée de l'ancien terme quelque peu péjoratif de « gens de maison » (Martin-Huan, 1997) – figurent dans le Titre II du Livre VII du Code du travail français sur les « Concierges et employés d'immeubles à usage d'habitation, employés de maison et services à la personne ». Même si les trois métiers sont présentés en parallèle, on constate qu'ils se complètent (Dalmasso, 2010 : 32). Pour nos fins, une étude de certaines dispositions concernant les « employés de maison » et les « services à la personne » est nécessaire.

À l'article L.7221-1 du Code du travail français (« CT »), l'employé de maison est défini tout simplement comme le « salarié employé

12. Comme « prestataire », l'utilisateur paie un organisme qui se charge de faire effectuer la prestation par ses propres salariés.

13. Comme « mandataire », l'utilisateur fait appel à un organisme pour recruter le salarié ; l'utilisateur demeure son employeur.

par des particuliers à des travaux domestiques». L'article L. 7221-2, la seule autre disposition générale, précise les quelques dispositions du CT qui leur sont applicables. Il s'agit notamment de certaines dispositions sur le harcèlement moral, y compris le harcèlement sexuel, les dispositions relatives à la journée du 1^{er} mai, les congés payés sous réserve d'adaptation par décret et les congés familiaux. Les activités de « services à la personne » – un « regroupement d'activités disparates [qu'] en état, rien ne permet de considérer qu'il s'agit d'un secteur »¹⁴ – sont apparues dans le CT pour la première fois en 1991¹⁵ et la régulation a été développée de façon importante en 1996 avec l'introduction d'un chèque emploi-service¹⁶. Définis à partir de 2005¹⁷ par l'article L.7231-1 CT, les services à la personne incluent (1) la garde d'enfants, (2) « l'assistance aux personnes âgées, aux personnes handicapées ou aux autres personnes qui ont besoin d'une aide personnelle à leur domicile ou d'une aide à la mobilité dans l'environnement de proximité favorisant leur maintien à domicile », de même que (3) « les services aux personnes à leur domicile relatif aux tâches ménagères ou familiales ». L'article 7231-2 mentionne également que le contenu des activités des services à la personne et un plafond en valeur ou en temps de travail sont précisés par décrets (Dalmasso, 2010).

Les autres dispositions de ce point 3 sur l'activité de services à la personne concernent l'agrément des organismes et la mise en œuvre des activités, ainsi que des dispositions financières et une disposition concernant l'Agence nationale des services à la personne. Ces dispositions offrent une protection juridique au bénéficiaire de la

14. Devetter *et al.* (2009) critiquent la suggestion que les services à la personne constituent une économie tertiaire. Ils notent d'ailleurs que « les politiques sociales et plus généralement les régulations [applicables aux secteurs tertiaires] sont peu étudiées dans leur historicité » et souhaitent éviter que « la genèse des politiques et des dynamiques de changement [soit] passée sous silence. » (à la page 13). (Voir aussi Dalmasso, 2010).

15. Loi n° 91-1405 du 31 décembre 1991 « relative à la formation professionnelle et à l'emploi ».

16. Loi n° 96-63 du 29 janvier 1996 en faveur du « développement des emplois de services aux particuliers ».

17. Loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005 « relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale ».

prestation de service, y compris une stimulation financière résultant d'une réduction d'impôt, et un certain nombre d'exonérations de cotisation patronale de sécurité sociale (Dalmasso, 2010). Mais ces dispositions encadrent aussi les différentes modalités de service – l'article L. 7232-6, le placement et l'assistance d'une personne physique, l'employeur (le particulier employeur) – ou le système de mandataire, et le système de « prestataire » d'un service, dans un rapport de travail triangulaire soit par prêt de main-d'œuvre, soit par son propre personnel. Il est à noter toutefois que la Cour de cassation a reconnu, même dans les cas du système de mandataire, qu'un glissement peut finir par refléter un lien de subordination entre la structure « mandataire » et le salarié, faisant ainsi du mandataire l'employeur¹⁸ (voir aussi Boulmier, 2010).

Il s'agit donc d'un cadre juridique « étendu et complexe » (Dalmasso, 2010 : 29) qui va bien au-delà de l'hétérogénéité du secteur. Les quelques dispositions pertinentes du Code du travail ne sont pas exhaustives. La réglementation se fait en grande partie par le biais des décrets de convention collective nationale (CCN).

Les CCN sont des instruments juridiques assez communément utilisés dans le cadre de la régulation française du travail. Selon Antoine Mazeaud,

[l]'État laisse aux partenaires sociaux le soin de fixer eux-mêmes les règles régissant les relations de travail, par la négociation [...] mais ensuite se réserve la possibilité d'étendre par *arrêté* d'extension l'application de la norme négociée à l'ensemble des entreprises situées dans le champ de la branche professionnelle. (Mazeaud, 2010 : paragr. 385)¹⁹

18. La Cour de cassation a souligné des faits « incompatible[s] avec une embauche directe » et a déduit qu'il existait entre l'aide ménagère et l'association « un lien de subordination, de sorte que celle-ci était son véritable employeur ». Cour de cassation, civile, chambre sociale, 30 juin 2010, 09-42.116.

19. Voir aussi Péliissier *et al.* (paragr. 1320 et ss), qui précisent que « pour être susceptible d'extension, une convention collective doit avoir été négociée dans des conditions assez substantiellement différentes de celles qui président à la conclusion d'une convention collective ordinaire ». Par ailleurs, il faut reconnaître que le droit français distingue entre un « accord collectif »

La CCN concernant les salariés du particulier employeur du 24 novembre 1999²⁰ est source de régulation spécifique des conditions des travailleuses et travailleurs domestiques. En effet, elle prévoit que « toute personne, à temps plein ou partiel, qui effectue tout ou partie des tâches de la maison à caractère familial ou ménager » est « salariée ». Cette définition plutôt large doit se lire avec les dispositions pertinentes du Code du travail. Il est d'ailleurs à noter qu'elle est formulée de manière à éviter l'exclusion de prestataires de services auprès de plusieurs ménages. Ainsi, la CCN semble faire sienne les préoccupations de la Recommandation n° 198 de l'OIT sur la relation du travail qui vise à

(b) combattre les relations de travail déguisées dans le cadre, par exemple, d'autres relations qui peuvent comprendre le recours à d'autres formes d'arrangements contractuels qui dissimulent le statut juridique réel, étant entendu qu'il y a relation de travail déguisée lorsqu'un employeur traite une personne autrement que comme un salarié d'une manière qui dissimule son statut juridique réel de salarié, et que des situations peuvent se présenter dans lesquelles des arrangements contractuels ont pour effet de priver les travailleurs de la protection à laquelle ils ont droit [et]

(c) assurer des normes applicables à toutes les formes d'arrangements contractuels, y compris celles impliquant des parties multiples, de façon que les travailleurs salariés aient la protection à laquelle ils ont droit.

Par extension législative, le mécanisme est rendu obligatoire sur tout le territoire couvert par son champ d'application. Les normes s'appliquent, donc, sur un territoire défini pour un travail « ciblé ». Toutefois, cibler le travail est un défi d'envergure, et le souci de précision, afin de favoriser le respect et la valorisation du travail, se voit dans la minutieuse classification de 150 pages que l'on retrouve dans

(régulation de quelques sujets) et une « convention collective » (régulation de l'ensemble des conditions d'emploi) du travail. (*Ibid.* au paragr. 1199).

20. Étendue par arrêté du 2 mars 2000 (25^e édition, IDCC 2111, Les éditions des journaux officiels, septembre 2010). Cette CCN annule et remplace la Convention collective nationale signée le 3 juin 1980 sur les employés de maison. (CCN, Article 1(e))

les récents accords et avenants de classification²¹. Toute une gamme d'emplois y est décrite: dans le domaine « enfant », la description de l'emploi de « baby-sitter » se détaille sur deux pages et se distingue de la garde d'enfants (A) décrite sur dix pages et garde d'enfants (B) décrite sur douze pages. Dans le domaine « adulte », la classification se décline en plusieurs « niveaux » d'assistants de vie. Des classifications sont également faites dans les domaines « d'espace de vie » et « d'environnement externe »²².

Négociée par les partenaires sociaux, la CCN précise dès le début que « [l]es contractants reconnaissent la liberté d'opinion et la liberté syndicale » (CCN, Art. 1(c)). Du côté patronal, la CCN est conclue par la Fédération nationale des particuliers employeurs (FEPEM), une organisation établie en 1949 par une majorité de femmes qui tentaient de combiner vie professionnelle et vie familiale. Elles cherchaient donc à réguler le travail domestique dont elles dépendaient, ce qui favorisait une certaine professionnalisation du métier de travail domestique. La FEPEM insistait sur le fait que le travail domestique ne se réalise pas dans une entreprise, mais plutôt dans la maison d'un particulier.

Une nouvelle entité, le Syndicat des particuliers employeurs (SPE), a adhéré à la CCN par lettre du 21 juillet 2009. Contrairement à la FEPEM, le SPE est affilié à l'organisation patronale principale, le MEDEF. Le SPE vise la rationalisation et l'harmonisation des différentes formes de régulation. Ce regroupement patronal a été officiellement reconnu comme « représentatif » par le Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Santé en décembre 2010. Le SPE a d'ailleurs participé au Comité de l'OIT sur le travail décent des travailleurs domestiques lors de la 100^e session de la Conférence internationale du travail.

21. Accord du 9 juillet 2007 relatif aux classifications, Accord du 8 avril 2010 relatif à la nouvelle grille de classification et à la description des emplois repères, et Avenant du 8 avril 2010 relatif aux classifications.

22. La classification touche aussi aux « employés d'entretien et petits travaux – hommes-femmes toutes mains ».

Du côté syndical, il existe quatre fédérations signataires : la Fédération Santé-Sociaux (syndicat des employés de maison CFTC) ; la Fédération des personnels du commerce, de la distribution et des services CGT ; la Fédération générale des travailleurs de l'agriculture, de l'alimentation et des secteurs connexes (FGTA-Force ouvrière) ; et la Fédération des services CFDT. Il s'agit toutefois d'un secteur que les syndicats peuvent difficilement représenter et ce, pour de nombreuses raisons évoquées dans le Rapport de l'OIT sur le droit et la pratique. L'isolement, qui est la conséquence d'un travail effectué dans les domiciles individuels d'un ou de plusieurs employeurs, fait certainement partie de ces défis. Certains syndicats français ont observé que le contact initial avec un syndicat peut survenir surtout lors d'un conflit entre employeur et salarié. Les services de conseil juridique et de médiation peuvent en ces moments devenir spécialement importants. Il existe aussi des défis particuliers pour les syndicats quant aux contacts et communications avec les travailleuses et travailleurs « sans-papiers » œuvrant dans ce métier, même s'il est à noter qu'il existe nombre de réseaux et associations – parfois affiliés à certaines centrales syndicales françaises – qui luttent pour la régularisation des sans-papiers et les défendent en cas de difficulté.

La CCN actuellement en vigueur précise, dès son article premier, alinéa (a), que « le caractère spécifique de cette profession est de s'exercer au domicile privé du particulier employeur ». On insiste pour clarifier que « le particulier employeur n'est pas une entreprise ». L'Accord du 5 juin 2002 relatif à l'accord du 18 mai 2000 portant sur le paritarisme identifie le « contexte en pleine évolution », tel qu'appréhendé par les parties dans la clause 1 (exposé des motifs – le bilan) :

Il se caractérise d'abord par un accroissement des besoins dû notamment :

- /// Au vieillissement de la population ; l'accroissement considérable du nombre de personnes de plus de 60 ans devrait constituer le changement majeur de ces prochaines années ;
- /// à la croissance de la demande de garde d'enfants à domicile ;
- /// la croissance rapide du taux d'activité professionnelle des femmes ;

- /// à la diminution de la taille des ménages et à la progression du nombre de personnes seules ;
- /// à la demande croissante d'une aide de proximité de la part des jeunes actifs et des nouveaux retraités.

Ce même accord conclu que « [l]a réponse à ces besoins passe par le développement d'une offre de qualité [et] d'emplois durables ».

En ce qui a trait à la négociation collective, la CCN est à durée indéterminée, mais cet instrument précise ses conditions d'application et la périodicité de la négociation des salaires ou de l'examen de la nécessité de réviser les classifications (article 1(h)). L'article 1(d) prévoit l'établissement d'une commission paritaire nationale ou mixte, composée de représentants des particuliers employeurs et des organisations syndicales représentatives sur le plan national, à qui toute demande de modification ou de révision de la CCN sera soumise. Les modalités de fonctionnement de la commission paritaire sont déterminées de façon autonome, et d'un commun accord, par ses parties. On anticipe d'ailleurs le nombre d'heures libérées pour les travailleurs pour assurer la présence aux réunions paritaires dans l'article 1(i). Une commission dont le mandat consiste « à tenter de concilier les parties en proposant toutes mesures utiles, notamment à l'occasion de l'interprétation » de la CCN est instituée par l'article 1(j) ; elle peut être saisie uniquement par l'une de ses membres. Les solutions proposées doivent d'ailleurs « réunir l'unanimité des membres présents de la commission » et les parties retiennent la possibilité de « porter leurs différends devant les juridictions compétentes ». Le Conseil des prud'hommes est habilité à régler les litiges par conciliation (favorisant un règlement à l'amiable) ou par jugement. Une des cinq sections de cette institution, « les activités diverses », se dédie entre autres aux « employés de maison, concierges, gardiens d'immeuble, etc. ».

La CCN comporte des dispositions qui tiennent compte des caractéristiques spécifiques des emplois de travail domestique et qui reconnaissent le développement d'un nouveau mode de garde d'enfants, dit de « garde partagée », ou « la garde simultanée d'enfants de deux familles effectuée alternativement au domicile de l'une et

de l'autre²³ ». Les normes touchent des sujets clés pour le travail domestique : la durée du travail et les heures supplémentaires, la rémunération, la notion controversée d'heures de présence responsable, les congés payés annuels et autres congés, de même que les jours fériés. La prise en compte de la spécificité du travail domestique se voit aussi dans l'articulation de dispositions attentives aux conditions de logement, et une disposition spéciale sur la « protection morale » intitulée « violence sur le lieu de travail ». Mais l'article 26 CCN retient un caractère qui peut sembler refléter les préoccupations d'une autre ère plutôt que les dispositions contemporaines du Code du travail sur le harcèlement moral et le harcèlement sexuel : « Les employeurs doivent veiller au maintien des bonnes mœurs et à l'observation de la décence sur les lieux de travail. » Les normes encadrent aussi l'obligation d'établir un contrat écrit (article 7 CCN)²⁴, la période d'essai, l'ancienneté, le besoin de justifier les absences du travail, les conditions de rupture du contrat, le décès de l'employeur et le certificat du travail. Certains éléments de la protection sociale font partie de la CCN. À ce titre, une attention particulière est portée à la couverture maladie-accident et à la retraite complémentaire. De plus, la CCN consacre une attention particulière à la formation professionnelle, à la fois dans son article 25 et dans l'Accord paritaire du 17 décembre 1998 créant des certificats de qualification professionnelle²⁵.

23. Accord du 10 octobre 2002 relatif à la garde partagée.

24. Cette obligation est réputée ne pas s'appliquer aux utilisateurs du chèque emploi-service universel (CESU), en raison du renvoi dans l'article 7 à l'accord pertinent ; le CESU est applicable pour le travail qui n'excède pas 8 heures par semaine ou pour une durée dans l'année d'un mois non renouvelable : article 5 de l'Accord paritaire du 13 octobre 1995 relatif au chèque emploi-service.

25. Les deux certificats visent l'assistant de vie, et la garde d'enfants au domicile de l'employeur. Certaines associations luttent pour que les certificats octroyés dans une catégorie de services à la personne (salariés du particulier employeur) soient reconnus de façon réciproque dans d'autres (par ex., les aides familiales qui gardent les enfants dans leur propre domicile).

3.2 La réalisation effective de l'autonomie collective par la négociation collective de la CCN

La CCN est l'un des plus illustres modèles de régulation du travail domestique dans le monde. Portant une grande attention au contexte, elle respecte ce faisant la spécificité de ce milieu de travail tout en transformant la régulation pluraliste des rapports du travail dans ce secteur de l'économie. Cette mutation se traduit de façon importante dans le langage même qui est utilisé. Le changement de dénomination en 1999 à celle de « salarié du particulier employeur »

signale des modifications importantes dans la perception de la situation de celles qu'on hésite dorénavant à appeler « domestiques » ou même « employés de maison ». C'est désormais le type de contrat salarial « entre particuliers » qui devient la marque de la spécificité de leur situation [...] il est devenu de moins en moins légitime de « se faire servir » et les employeurs, comme les salariées, préfèrent mettre l'accent sur la dimension de « l'aide » comprise dans le service à domicile. (Dussuet, 2005 : 34)²⁶.

La CCN laisse croire qu'il est possible pour les syndicats et les employeurs de réguler ce secteur et ainsi de l'insérer dans une tradition de régulation spécifique des conditions de louage de sa main-d'œuvre – y compris, jusqu'à un certain point, le travail émotionnel (Hothschild, 1983) – par les acteurs eux-mêmes, en droit du travail²⁷. Elle confirme la pertinence de l'expression *law of the shop* du droit du travail pluraliste, issue de l'exercice de l'autonomie collective

26. Sur les défis de la nomenclature, voir le Rapport du BIT sur le droit et la pratique, 2009 Encadré I.I.

27. Il est toutefois important de reconnaître que cet exercice d'autodétermination peut susciter un passage vers une autre forme de caractérisation juridique. Dans un contexte où les défis rendent l'exercice de la négociation collective par les travailleuses et travailleurs extrêmement difficile, il n'est pas surprenant de voir que ces personnes cherchent d'autres façons de s'organiser, soit sous forme d'associations de collectifs, soit en se caractérisant comme contractants indépendants plutôt que travailleurs subordonnés, comme l'avait souligné Mary Romero dans son texte classique sur les travailleuses domestiques chicana aux États-Unis (Romero, 1987). L'existence d'une relation de travail sera à déterminer, soit au moyen d'une régulation qui « dicte » qu'ils sont soumis au droit du travail, soit par les tribunaux.

en industrie pour une catégorie de travailleurs du secteur non-industriel, et de soins à domicile auprès de particuliers employeurs.

Les parties qui négocient la CCN sont bien au fait des difficultés auxquelles font face les travailleurs domestiques et les particuliers employeurs. Certes, la classification détaillée à l'extrême des métiers contenue dans l'accord de 2007 force plusieurs à se demander si l'on se rapproche ou l'on s'éloigne de la spécificité du travail domestique. Le souci de valoriser le travail « invisible » pourtant effectué, et d'éviter un glissement vers la non-rémunération des tâches, se heurte à la capacité potentiellement limitée des ménages – à la fois du côté des travailleurs et des employeurs – de traduire ce détail dans la réglementation quotidienne des rapports du travail. Il s'agit du moins d'une étape nécessaire vers la reconnaissance des habilités et des responsabilités inhérentes aux différents métiers offrant des services aux particuliers, étape qui doit passer inévitablement par l'autonomie collective.

Ce qui frappe en analysant ce mécanisme français, qui a évolué dans un contexte d'autorégulation, quoique majoritairement patronal à ses débuts, c'est l'écart qui existe entre ses dispositions et les études en sciences sociales sur les conditions de vie et de travail pour les travailleuses et travailleurs domestiques, surtout migrants, en France (par exemple Anderson, 2000, et Dussuet, 2005). Pour un instrument négocié collectivement et étendu par l'État, la question ne se pose pas de la même manière qu'une interrogation classique sur le fossé qui existe entre « le droit » et « le terrain ». Les conventions collectives, reflet normatif de l'autonomie collective, sont censées émaner de cette réalité sociale et s'insérer par leur spécificité dans une logique d'application par les parties eux-mêmes.

C'est là une question d'une importance cruciale qui demeure sans réponse claire pour l'ensemble des salariés du particulier employeur, lesquels demeurent plutôt isolés; encore plus pour les travailleuses et travailleurs domestiques migrants, souvent sans papiers, travaillant au moins partiellement dans l'informalité (Briones, 2009) – comme la littérature abondante en sciences sociales en témoigne, et qui souvent ne sont pas membres des syndicats (d'employeurs et de salariés) négociant la CCN. Il est certain que l'extension juridique

des décrets capte cette réalité et fait le choix politique de favoriser l'application de ces dernières au plus grand nombre de travailleuses et de travailleurs. Certaines études suggèrent que les salaires pour les travailleuses et travailleurs domestiques sont généralement plus élevés à Paris qu'ailleurs en Europe ou dans le monde (Briones, 2009 : 106), et ce, malgré la précarité dans laquelle se retrouvent certaines travailleuses domestiques migrantes. Même si on peut croire que l'accès au Conseil des prud'hommes par les sans-papiers est un exercice délicat, il existe des travailleuses domestiques qui réussissent à saisir les instances françaises et européennes pour faire valoir leurs droits (Briones, 2009 : 100-101), y compris dans un des cas les plus flagrants d'esclavage domestique présenté aux instances du Conseil d'Europe par le Comité contre l'esclavage moderne²⁸.

La question de la représentativité est donc complexe. Il s'agit ici de se demander si le mécanisme qui entoure la CCN permet ou peut permettre aux travailleuses et travailleurs domestiques ainsi qu'aux particuliers employeurs – pour qui l'enjeu est quand même qualitativement différent et varié selon qu'il s'agit de clients en perte d'autonomie ou de ménages de professionnels actifs – d'exercer leur autonomie collective autour et au sein de la CCN. Nous nous demandons – et nos recherches se poursuivent à ce sujet – si l'exercice d'« *agency* » se fait à l'ombre du mécanisme classique en droit du travail français (la CCN), c'est-à-dire sur une base individuelle par les travailleuses et travailleurs domestiques avec des ONG et d'autres associations de défense des droits des domestiques migrants.

Nous soutenons donc qu'une étude approfondie du modèle français est nécessaire pour bien identifier les voies possibles de régulation du travail domestique à la faveur de l'autonomie collective, tel que celle-ci est reconnue dans les normes internationales récentes abordées dans ce texte. Le modèle français est riche en enseignement à cet égard, puisqu'il s'agit d'un régime d'autonomie collective encadré

28. Une cause célèbre pour les droits des travailleuses et travailleurs domestiques en France est *Siliadin v France* E.C.H.R. 73316/01 du 25 juillet 2005. Pour les suites de cette affaire, voir : « Execution of judgment *Siliadin v. France* (73316/01) : Are the General Measures Satisfying? [updated] » <http://echrnews.wordpress.com/2011/03/01/siliadin/>.

par l'État qui permet une amélioration nette des conditions de vie et la participation démocratique des travailleuses et travailleurs domestiques. Nous croyons aussi que la nouvelle convention internationale du travail présente toujours un intérêt particulier pour la France, qui doit maintenant s'attarder sur les façons d'assurer la capacité réelle d'inclusion et de participation à l'exercice de l'autonomie collective des travailleuses et travailleurs domestiques.

|||| CONCLUSION

Dans ce texte, nous avons tenté d'expliquer les contours d'une approche relationnelle qui s'articule avec la notion d'autonomie collective en droit du travail. Nous avons soutenu que la capacité d'exercice de l'autonomie collective est une dimension contemporaine incontournable des relations du travail qui est pertinente pour tous les travailleurs, y compris ceux qui se retrouvent à la marge de nos sociétés. L'étude des nouvelles normes internationales du travail sur le travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques nous a permis de souligner le rôle central de l'autonomie collective dans la régulation des rapports et des conditions de travail. Finalement, nous avons regardé de près les modalités d'autonomie collective en France, un régime qui confirme la centralité de l'autonomie collective tout en soulevant des questions autour de la représentativité.

En guise de conclusion, nous rappelons que si le défi de la représentation est plus grand quand il s'agit des travailleurs marginalisés, racisés, immigrants et souvent sans papiers, nous ne pouvons certainement qu'affirmer, avec celui à qui nous rendons hommage, que dans un contexte de profonde diversité des travailleurs, « [l]e caractère démocratique du syndicat apparaît plus que jamais une condition nécessaire de son maintien » (Verge et Vallée, 1996 : 440). Poussons ce raisonnement plus loin en soulignant que la collectivité comporte des risques, mais elle n'en demeure pas moins un élément constitutif de l'exercice d'autonomie par les travailleurs (Nedelsky, 2011 : 132).

En définitive, la reconnaissance et la réalisation de la capacité d'exercice de l'autonomie collective par les travailleuses et travailleurs domestiques sont une source de transformation contemporaine du droit du travail.

|||| BIBLIOGRAPHIE

- Ally, Shireen, *From Servants to Workers: Domestic Workers and the Democratic State*, Ithaca, Cornell University Press, 2009.
- Anderson, Bridget, *Doing the Dirty Work? The Global Politics of Domestic Labour*, London, Zed Books, 2000.
- Armstrong, Pat, Hugh Armstrong et Krista Scott-Dixon, *Critical to Care: The Invisible Women in Health Services*, Toronto, University of Toronto Press, 2008.
- Arthurs, Harry, « Labour Law without the State ? » (1996) 46 *University of Toronto Law Journal* 1.
- Belley, Jean-Guy, « Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique » (1986) 4 *Droit et Société* 435.
- Blackett, Adelle, « Making Domestic Work Visible: The Case for Specific Regulation » ILO, Labour Law and Labour Relations Programme Working Paper n° 2 (1998).
- Blackett, Adelle et Colleen Sheppard, « Négociation collective et égalité au travail » (2003) 142 : 4 *Revue internationale du travail* 453.
- Blackett, Adelle, « Promoting Domestic Workers' Human Dignity Through Specific Regulation » dans Antoinette Fauve-Chamoux, dir, *Domestic Work as a Factor of European Identity: Understanding the Globalization of Domestic Work, 16th-21st centuries*, Bern, Peter Lang SA, Éditions scientifiques européennes, 2004, 247.
- Blackett, Adelle, « Current Developments: The Decent Work for Domestic Workers Convention and Recommendation, 2011 » (2012) 106 *American Journal of International Law* 778.
- Blackett, Adelle, « Mutual Promise: International Labour Law and B.C. Health Services » (2009) 48 *Supreme Court Law Review* (2^e séries) 365.
- Blackett, Adelle, « Introduction : Réguler le travail décent pour les travailleuses domestiques » (2011a) 23 *RFD* 47.

- Blackett, Adelle, « Development, the Movement of Persons and Labour Law: Reasonable Labour Market Access and its Decent Work Complement » dans Tonia Novitz & David Mangan, dir, *The Role of Labour Standards in Development: Sustainable Theory in Practice*, Oxford, Oxford University Press for the British Academy, 2011b, 143.
- Boulmier, Daniel, « Particulier employeur et association mandataire, requalification du contrat, » Cass. Soc., 30 juin 2010, n° 09-42.116, RDSS 6/2010, p. 1171.
- Briones, Leah, *Empowering Migrant Workers: Why Rights and Agency are Not Enough*, Farnham, Ashgate, 2009.
- Bureau international du travail, *Travail décent des travailleurs domestiques* Rapport IV :1 de la Conférence internationale du travail, 99^e Session, 2010, en ligne : <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm---/relconf/documents/meeting_document/wcms_104791.pdf>.
- Le Conseil de l'emploi, des revenus et de la cohésion sociale (CERC), *Les services à la personne*, Paris, La documentation Française, 2008.
- Dalmasso, Raphaël (2010) « Le cadre juridique de l'activité de services à la personne » dans Bernard Balzani, dir, *Les services à la personne*, Paris, La documentation française.
- Devetter, François-Xavier, Florence Jany-Catrice et Thierry Ribault, *Les services à la personne*, Paris, La Découverte, 2009.
- Dubé, Jean-Louis, *Décrets et comités paritaires (l'extension juridique des conventions collectives)*, Sherbrooke, Éditions Revue de Droit, 1990.
- Dussuet, Annie, *Travaux de femmes: enquêtes sur les services à domicile*, Paris, L'Harmattan, 2005.
- European Trade Union Council, *Out of the Shadows: Organizing and Protecting Domestic Workers in Europe – The Role of Trade Unions*, Bruxelles, 14-15 avril 2005, en ligne : <http://www.etuc.org/IMG/pdf/Rapport_dosmestic_workers.pdf>.
- Fraser, Nancy, *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World*, New York, Columbia University Press, 2009.
- Fraser, Nancy, « After the Family Wage: Gender Equity and the Welfare State » (1994) 22 :4 *Political Theory* 591.
- Freire, Paulo, *Pedagogy of the Oppressed*, New York, Continuum International, 1970/2006.

- Fudge, Judy, « After Industrial Citizenship: Market Citizenship or Citizenship at Work » (2006) 60:4 *Relations Industrielles* 631.
- Gardin, Alexia et Daniel Boulmier (2010) « Le statut des salariés dans les services à la personne », dans Bernard Balzani, dir, *Les services à la personne*, Paris, La Documentation française, 41.
- Gurvitch, Georges, *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932.
- Gutierrez-Rodriguez, Encarnacion, *Migration, Domestic Work and Affect: A Decolonial Approach on Value and the Feminization of Labor*, New York, Routledge, 2010.
- Hall, Peter A et David Soskice, *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Hepple, Bob, *Labour Law and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005.
- Hothschild, Arlie, *The Managed Heart: Commercialization of Human Feeling*, Berkeley, University of California Press, 1983.
- Kahn-Freund, Sir Otto, « Uses and Misuses of Comparative Law » (1974) 37 *Modern Law Review* 1.
- Landry, Donna et Gerald Maclean, *The Spivak Reader*, New York, Routledge, 1996.
- Lawyers' Committee on Human Rights, *The Neglected Right: Freedom of Association in International Human Rights Law*, 1997.
- L'évolution des métiers en France depuis vingt-cinq ans*, Dares-Analyses, Publication de la direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques, septembre 2011, n° 066 à la p. 3, en ligne : <http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2011-066.pdf>.
- Martin-Huan, Jacqueline, *La longue marche des domestiques en France du XIX^e siècle à nos jours*, Nantes, Éditions Opéra, 1997.
- Mazeaud, Antoine, *Droit du travail*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, Lextenso, 2010.
- McGregor, JoAnn, « Joining the BBC (British Bottom Cleaners): Zimbabwean Migrants and the UK Care Industry » (2007) 33 *Journal of Ethnic and Migration Studies* 801.
- Mohapatra, Sanket, Dilip Ratha et Ani Silwal, Outlook for Remittance Flows n° 2011, 13 *World Bank Migration and Development Brief*, 23 mai 2011.

- Nedelsky, Jennifer, *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Nussbaum, Martha, *Women & Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- Pélissier, Jean, Gilles Auzero et Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, 26^e éd., Paris, Dalloz, 2011.
- Romero, Mary, *Maid in the U.S.A.*, New York, Routledge, 1992.
- Romero, Mary, « Domestic Service in the Transition from Rural to Urban Life: The Case of La Chicana » (1987) 13:3 *Women's Studies* 199.
- Salazar Parrenas, Rhacel, *Children of Global Migration: Transnational Families and Gendered Woes*, Palo Alto, Stanford University Press, 2005.
- Sen, Amartya, *Development as Freedom*, New York, Knopf, 1999.
- Sheppard, Colleen, *Inclusive Equality: The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada*, Montréal, Kingston; McGill-Queen's University Press, 2010.
- Spivak, Gayatri Chakravorty, « Can the Subaltern Speak? » dans Cary Nelson et Larry Grosberg, dir, *Marxism and the Interpretation of Culture*, Urbana, University of Illinois Press, 1988, 271.
- Supiot, Alain, *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.
- Supiot, Alain, « Le travail en perspective: Introduction » (1996) 135:6 *Revue internationale du travail* 663.
- Trebilcock, Anne, dir, *Towards Social Dialogue: Tripartite Cooperation in National Economic and Social Policy-Making*, Genève, International Labour Organization, 1994.
- Vallée, Guylaine et Pierre Verge, « Pluralité et articulation des sources du droit du travail: le caractère central de l'autonomie collective » dans Gregor Murray et al., dir, *L'état des relations professionnelles: traditions et perspectives de recherche*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1996, 419.
- Van Walsum, Sarah, « Regulating Migrant Domestic Work in the Netherlands: Opportunities and Pitfalls » (2011) 23:1 *Canadian Journal of Women and the Law/Revue Femmes et Droit* 141.
- Verge, Pierre et Guylaine Vallée, *Un droit du travail? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1997.

Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Thémis, 2006.

Vosko, Leah, *Managing the Margins*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Waldron, Jeremy, dir, *Nonsense upon Stilts. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London, Methuen, 1987.

Young, Iris Marion, *Inclusion and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000.



THE NEW PUBLIC AND PRIVATE INTERNATIONAL LABOUR REGULATIONS AND THEIR IMPLEMENTATION EXPERIENCES

Pablo Lazo Grandi*

|||| INTRODUCTION

The ongoing evolution of globalization and the consequences for production processes have in recent times significantly transformed the workplace, with multiple changes to employer, worker, and

* Attorney, Advisor at the General Directorate of International Economic Affairs Division, Ministry of Foreign Affairs, Chile. Since 2001, Mr. Lazo has worked as a principal negotiator on labour matters related to international trade agreements. He worked 11 years at several executive positions in the Chilean Ministry of Labour and Social Security. He has been a consultant for the ILO and other international organizations and has authored various papers on the subject. The content of this paper is personal and does not reflect the views or endorsement of said institution or any other organization. It is up to date on July 2012.

labour relationships in order to meet the challenges of economic cycles, trade liberalization, and technological changes.¹ The social tension brought by these changes to the most remote corners of the world has generated political reactions that aim to seek a response to what has been called “Governance of Globalization” (Ferrajoli, 2009: 152 ff).

Brown points to the attempts to harmonize labour regulations in Switzerland back in 1881, when several European countries agreed to prohibit trade in white phosphorus because of the related severe effects on workers’ health, as well as night work for women (Brown, 2012: 698). With nation states increasingly powerless in the face of globalization, various initiatives have arisen to set general standards, which generate tension as the nation states live with different socio-economic, political, and cultural realities. It may be noticed that in trade matters these processes are slow, as in the World Trade Organization (WTO) case, which has motivated different states to use bilateral or regional agreements as a means to move toward establishing regulated trade liberalization.

In other cases, private parties cannot wait for state action and set up direct contractual rules. One variant of such rules will be analyzed in this paper and relates to social responsibility clauses that accompany transnational businesses in order to create an environment of global certainty with their vendors, clients, and all other parties along the value chain. In other cases, some international bodies have set up voluntary regulations, and indirect international regulations, also called “*Soft Law*.”²

-
1. For transformations in the workplace, please refer to Normand Lécuyer, ed., *Les Nouvelles administrations du travail: des acteurs du développement* (Genève: Bureau international du Travail, 2000).
 2. The *Soft Law* concept covers all new forms of regulation, either atypical ones or simply practical ones, which usually are not binding or have segmented entailments that later turn into formal forms of law, specifically in international treaties. Many times some declarations on certain matters without any binding character turn later into formal instruments of international law. However, because of social pressures, many of these instruments are continually questioned in the social and political arenas.

This paper attempts to summarize the fundamental labour-related instruments for regulation of international trade that have emerged in recent years in the context of Latin America and the Caribbean and have provided some outstanding experiences with implementation of such instruments.

In light of the existence of international regulations at the International Labour Organization (ILO), and their fundamental declarations, conventions, recommendations, and protocols, we will review experiences with recent trade liberalization treaties that involve countries in the Latin American region.

Furthermore, at the global level, there are two new transcending facts in the international regulatory scenario we will also cover.

The first one was the approval in 2010, of the ISO 26000 standard, also called Guidelines on Social Responsibility, that sets forth a universal concept on the subject, the foundations, the guiding principles, the various contents, and the means of implementation. This instrument involves “voluntary” compliance and is a clear example of a “soft law” that will be analyzed in detail, especially in the area of labour regulations, along with similar experiences with the so-called corporate social responsibility agenda.

Another significant fact has been the updating of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), (hereinafter “the OECD Guidelines”), whose reviewed version was approved in Paris on May 25, 2011. The update introduces some significant changes that will be analyzed in detail further on.

In the text below, we will also discuss some experiences or attempts to set international regulations, the positioning of social partners with regard to the general process and specific experiences in Latin American countries, as well as ongoing trends and lessons and, finally, some conclusions.

1. THE UNILATERAL AGENDA

Many Latin American countries have experienced the unilateral clauses applied by the US and the European Union (EU) based on the so-called **Generalized System of Preferences** (GSP), authorized by the WTO via the so-called “Habilitation Clause,”³ which allows developed countries to grant tariff preferences based on certain regulatory conditions aimed at, among others, copyright, environmental matters, and labour rights.⁴

In the United States (US) case, the applicability started in 1984 with the adoption of certain minimum labour regulations where non-compliance could involve loss of tariff benefits. Such minimal regulations are known as “internationally recognized labour rights”⁵ and were added as such to the unilateral American regulation.⁶ It is worth noting that those who participated in the original initiative were motivated more by a protectionist outlook rather than by one based on defending human and labour rights, an outlook that in the end was the grounds to include these matters in American legislation.⁷

Compa and Vogt (2000: 208) report that between 1984 and 2005 there were nearly 100 case reviews relating to the application of labour principles and involving 42 countries. These reviews were requested not only by the AFL-CIO but also by individual unions or

-
3. *Differential and More Favourable Treatment Reciprocity and Fuller Participation*, GATT CP Decisions L/4903, November 28, 1978. See also Drusilla Brown, “Labour Standards and Human Rights” in Amrita Narlikar, Martin Daunton and Robert M Stern, eds, *The Oxford Handbook on the World Trade Organization* (Oxford: Oxford University Press, 2012) 699.
 4. For a study on the origin and development of labour matters in the US, refer to Compa, Lance and Jeffrey S Vogt, “Labor Rights in the Generalized System of Preferences: a 20 Year Review” (2000) 22:2-3 *Comp Lab L & Pol’y J* 199.
 5. This concept includes: the right of association; the right to collective bargaining and unionizing, the prohibition of any form of forced labour; a minimal age for child labour; and acceptable conditions for minimum wage work and occupational health and safety.
 6. For a detailed analysis of the history of the GSP in the US and its application, refer to Compa & Vogt, *supra* note 4.
 7. *Ibid.* at 201.

chapters of Human Rights Watch. Consequently, 13 countries have been penalized with suspension of tariff benefits, including some Latin American countries. Other countries have had to incorporate enhancements into their labour legislation and practices in order to hold on to their tariff preferences.

In the European Union case, the first version of the GSP came into force in 1994 with a clause to revoke tariff preferences in cases of breaching the agreements on slavery or forced labour (Ebert, 2009) but soon underwent a number of amendments to expand the number of ILO agreements where compliance was needed to benefit from said preferences. In 1999 there came into force the so-called GSP +⁸, which since 2006 and with some amendments has required compliance with eight fundamental ILO conventions, as well as compliance with 19 other international treaties on human rights, including some related to the environment (Ebert, 2009: 9).⁹ Their enforcement has meant trade sanctions only against Burma (1997)—where recent democratic improvements may lead to their revoking—and Belarus (2007). The situation in El Salvador was reviewed when its supreme court deemed ILO Agreements 87 and 98 incompatible with the country's constitution (Orbie and Tortell, 2009; Ebert, 2009).

IIII 2. THE BILATERAL OR PLURILATERAL AGENDA

Given the difficulties of the multilateral process at the WTO, many countries have decided to negotiate free trade agreements, either bilateral or multilateral, to take advantage of prior experiences with

8. The legal ground is: Article 8 of Council Regulation (EC) No. 2820/98 of December 21, 1998.

9. It is worth mentioning that the ILO deems the following conventions to be fundamental: Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention, 1948 (No. 87); Right to Organize and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98); Forced Labour Convention, 1930 (No. 29); Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105); Minimum Age Convention, 1973 (No. 138); Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182); Equal Compensation Convention, 1951 (No. 100), and Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111).

the “Generalized System of Preferences” (GSP).¹⁰ There has accordingly been progress in parallel labour agreements or social clauses in trade agreements.

Recent developments with bilateral treaties or agreements on the international trade agenda reveal how the linkage between international trade and labour regulations has evolved from the early days. The US, Canada, and the EU stand out among the requesting countries. Likewise, in the Asian scenario, it is interesting to note the New Zealand experience. Lastly, it is worth mentioning the Chilean experience, the first emerging country to demand these clauses.

The first agreement was the North American Agreement on Labour Cooperation (NAALC) between the US, Canada, and Mexico in 1993, concurrent with the North America Free Trade Agreement (NAFTA). After some progress, including experiences with Jordan and Cambodia and subsequent to the American *Trade Promotion Authority* (TPA) of 2002, which is a law that facilitated a number of American agreements, the US entered into in 2003 a number of agreements with Chile (and Singapore). The last of this series is the agreement the US signed with Peru and later on renegotiated after the Bipartisan Agreement on Trade Policy prepared by the US Congress in 2007, to facilitate approval of the treaty with Peru. In essence, this last agreement included regulatory obligations on the fundamental rights established by the ILO in 1998, as well as compliance with its own labour legislation, and established a system of dispute settlement with trade sanctions in case of noncompliance, subsequent to a system of prior consultations.

10. This system was based on the Trade Act of 1984, 19 USC 246 (based on the previous 1974 Trade Reform Act). The GSP are regulations pertaining to developed countries and only applicable for the benefit of emerging countries. They are thus unilateral and non-reciprocal. Refer to “Generalized System of Preferences. Handbook on the scheme of the United States of America” UNCTAD/tap/163/Rev 12. The US is not the only country to have a GSP. In general, developed countries have implemented their own following the agreements adopted at UNCTAD conferences. However, the GSP has greater distribution and application. For a complete history of the development of relations between trade and work in the US, see Lance Compa and Jeffrey S Vogt, “Labor Rights in the Generalized System of Preferences: a 20 Year Review” (2000) 22:2-3 *Comp Lab L & Pol’y J* 199.

In turn, Canada's model has also been subject to its own evolution; the latest version with Peru establishes regulatory commitments and observance of its own labour legislation, although with the difference that it established payment of a penalty to secure compliance with labour regulations in case of breach of compliance, thus maintaining the NAALC model. Penalties may reach up to \$15 million US per year.

The EU model is different, as the EU has worked out a number of partnership agreements that acknowledge the Lomé (Togo) and Cotonú (Benin) conventions as initial milestones and the agreements with Mexico and Chile. However, the agreement with Cariforum (most of the Caribbean states plus the Dominican Republic), and recently the agreements with Peru, Colombia, Central America, and South Korea, show a new model that develops stronger regulatory commitments, on top of the ones from the ILO's decent work agenda and from ECOSOC and UNO's 2006 full employment agenda, by including strong participation by civil society in monitoring compliance with the obligations of labour laws and explicitly excludes trade sanctions. This model has started to be adopted by the European Free Trade Association¹¹ and an initial outcome is the agreement reached with Hong Kong, China.

Finally, there is a fourth model for labour matters on account of trade negotiations driven by small differences between New Zealand and Chile. This model is based on significant commitments and a focus on cooperation but without trade sanctions. Both countries have the experience of having separately negotiated agreements with China and other Asian countries. In the Chilean case, there have been labour commitments as a result of various free trade agreements with Latin American countries as well as with several Asia-Pacific countries.

On the content of the agreements (Lazo Grandi, 2009) and without getting into much detail, it is worth mentioning they basically establish commitments to comply with ILO fundamental principles, in

11. A bloc of four European countries: Liechtenstein, Norway, Switzerland, and Iceland. They have started the process to join the European Union.

particular the ones mentioned in the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work (1998) (ILO 1998 Declaration). Some agreements also allude to the concept of decent work, and in others we find the obligation to comply with national legislation on specific regulations that include those relating to the ILO 1998 Declaration, as well as regulations on hours of work, occupational safety and health, and minimum wages. Some agreements refer also to migration regulations.

In many cases, the regulations alluded to above are complemented with obligations to provide access to fair, equitable, and transparent procedures that secure due process. Other ones add the participation of social partners in different bodies involved in the agreement process. Several agreements have a built-in dispute settlement procedure, sometimes more or less complex, and some of them include trade sanctions or apply the so-called monetary contributions that in some cases may reach up to \$15 million US per year.¹²

The agreements include, in almost all cases, a wide range of possibilities for technical cooperation in order to meet the agreement objectives, established during the preliminary stages, and sometimes stated as specific rules over objectives.

||| 3. THE EXPERIENCE OF LATIN AMERICAN COUNTRIES REGARDING THE SOCIAL CLAUSE¹³

Beyond the cases where GSP applies, there is no knowledge to date of a case reaching the Arbitration Panel as a result of applying the procedures related to agreement supervision; however, there have been many consultation procedures under the NAALC, and there is one specific case that has recently moved on to more advanced stages under CAFTA.

12. Even though this amount might look ludicrous in developed countries, it has great impact in emerging countries, particularly in small economies.

13. For the purpose of this analysis, we included the FTA Parallel Agreements to the FTAs as agreements included in FTA chapters.

Another general remark is that there has been no evidence to date the agreements on labour clauses have been applied for protectionist reasons; quite the opposite, in cases where they have been applied at the consultation level, the reasons have clearly been labour-related; moreover, cases not related to the agreement have been rejected upon review by the National Administrative Offices.

Mexico was the first Latin American country to enter into a trade agreement that is tied to a labour agreement, on account of NAALC, in 1993. In the NAALC case, there are three conflict resolution levels for complaints about breach of labour rights: consultation between governments, evaluation by an experts' committee and, finally, appointment of an arbitration panel that is authorized to issue sanctions. In practice, the parties have never gone beyond the consultation level between governments, even though there have been many complaints.

According to Verge (2002: 92), NAALC left a positive experience by covering for the first time a wide range of labour regulations summarized as 11 principles: allowing party compliance on account of mutual respect for labour regulations; favouring consultation and cooperation between the parties; opening up means of participation by social actors; having procedures to identify critical points in local legislation and their applicability; helping to share knowledge among the parties about work realities and regulations in each country member; facilitating certain amendments to correct specific deficiencies and stimulate trilateral training activities, particularly on matters of occupational health and safety; and performing comparative research programs.

NAALC accounts to date for 38 consultation cases¹⁴ where most of them relate to the principles of freedom of association and collective bargaining, even though claimed violations of these principles cannot go beyond the level of consultations, as set forth in the

14. For detailed analysis of the initial NAALC experience, refer to Pierre Verge, "Présentation analytique de l'Accord Nord Américain de Coopération dans le Domaine du Travail (ANACT)" (Lima: International Labour Office, Regional Office for Latin America and the Caribbean, 2002), online: OIT <<http://www.oit.org.pe/>>.

agreement. Nevertheless, these cases have had high public exposure and have led to seminars and papers and, in several cases, to positive solutions. Based on the initial impact, we can outline that in the Mexican case there was an increase in staff at Labour Inspection and Audits, in particular for matters relating to child labour; a reduction in work accidents and occupational diseases; and a significant number of Mexican Supreme Court rulings that have established jurisprudence and reaffirmed the rights of association and collective bargaining (Clinton, 1997: 94).

Another bloc that has introduced labour commitments into their trade agreements has been **Central America**, including **Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, and Nicaragua. The Dominican Republic** joined later, upon reaching an agreement with the US; the former country also entered into negotiations with the EU for the **EU CARIFORUM** agreement, which also has an important labour component. Central America has just concluded a partnership agreement with the EU that is based on the agreement with CARIFORUM.

Serious resistance to this free trade agreement in the US before approval drove several regional governments to make a number of legislative amendments and to increase the staff at their ministries of labour, in particular in the number of labour inspectors, and to increase the resources for creation of labour unions. Costa Rica, El Salvador, Guatemala, and Nicaragua made major reviews to their labour codes during the decade prior to approval, in August 2005. In general terms, the CAFTA-DR experience has been very cooperative. The US developed, in Central American countries and the Dominican Republic, an ambitious \$6.7 million US cooperation program,¹⁵ with a wide range of cooperation activities through various agencies, in particular with a corporation called Fundación Paz y Desarrollo (FUNPADEM) that assumed the responsibility to develop several plans to raise public awareness about the nature of the labour commitments, their consequences, and a complete cooperation agenda

15. Refer to www.ustr.gov. Trade Facts, December 17, 2003 and website http://www.ustr.gov/webfm_send/2634.

on labour legislation, including disclosure of the agenda, labour inspections, and labour justice procedures.

The **Guatemalan** case is deemed emblematic in terms of having the latest social clauses. Upon a request from the AFL-CIO and other Guatemalan labour organizations dated April 2008, the Department of Commerce of the US (USTR) activated the consultation mechanism defined in the CAFTA-DR.¹⁶ Based on these claims, there was a formal request for consultations on July 30, 2010, as per the FTA, whereby according to the US the requests did not yield the expected result; therefore on May 16, 2011, the US requested a meeting of the Free Trade Commission, as per article 20.4.2 of the CAFTA-DR agreement, which is the step prior to calling an arbitration panel (Álvarez, 2011).¹⁷

Given the announcement the State Department of the US would initiate a dispute resolution process (March 2), the Guatemalan government announced (March 15) an amendment to its labour legislation. Among the changes there were more sanctioning powers for labour inspectors and the creation of a bond to cover damages and other provisions to protect workers in case of a company shut-down.¹⁸ Nevertheless, this case is still pending.

Costa Rica signed an FTA tied to a Labour Cooperation Agreement with Canada that had some variants; it included all fundamental ILO principles subject to supervision but excluded the monetary contributions established in the NAALC. Then, it entered into the

16. The American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO) and the Sindicato de Trabajadores de la Compañía de Puerto Quetzal (Stepq); Sindicato de Trabajadores de Banana Izabal (Sitrabi); Sindicato de Trabajadores de Int'l Frozen Products, Inc. (Sitrainprocsa); Coalición del Sindicato de Trabajadores de Avandia de Fribo Co. (Sitrafribo); Federación de Trabajadores de Alimentos e industrias similares de Guatemala (Festras).

17. See also <http://www.ustr.gov>.

18. See <http://www.uniglobalunion.org/Apps/UNINews.nsf/vwLkpBId/1256B365c8A214A9C1257855006DD>

326. For union comments on this measure, see also <http://www.cct-icaes.org/5477B500-5978-41DD-91BF-E1679E89BDCD/FinalDownload/DownloadId-75E47F180DAD3C0C8A08C630FC77A1EE/5477B500-5978-41DD-91BF-E1679E89BDCD/html/Documentos/Info052011.pdf>.

CAFTA agreement, which was highly controversial in Costa Rica and eventually approved by a narrow margin through a plebiscite after lengthy discussion of the agreement's pros and cons. Last but not least, Costa Rica has just signed a partnership agreement with the EU that still has to pass the ratification phase in both Europe and Costa Rica. Both the agreement with Canada and the one with the US have laid a sound basis for cooperation and to date there has been no use of the dispute resolution procedures. Nevertheless, on July 20, 2010, three labour unions submitted a claim to the Office of Trade and Labour Affairs (OTLA) of the Department of Labour¹⁹ for "serious and repeated breaches to Costa Rican labour laws by the country's government."

With respect to Peru and Colombia, these countries have embarked on trade liberalization and concluded trade agreements with the US, Canada, and the EU.

In the case of **Colombia**, however, the initiative has been hotly debated, especially in the US Congress because of serious infringements on labour rights. As a way to get the ratification process moving again in the US, Colombia implemented a number of initiatives to improve compliance with their ILO commitments, including the following: set up the Ministry of Labour as a separate institution in order to secure protection of labour laws; make changes to legislation on labour matters, including severe fines for violations, prohibitions on inappropriate use of legislation on cooperatives and other labour relations that do not secure workers' rights, including penal sanctions for anti-union practices; take steps to secure better police protection for union leaders and effective sanctions to punish offenses made against them; strengthen and increase the number of prosecutors; introduce a plan for victims of human rights, including cases against union leaders; double the number of labour inspectors by hiring 480 new employees in four years (100 during 2011); carry out preventive inspections in priority sectors; improve inspection procedures for temporary employment agencies; establish a strict

19. International Longshore and Warehouse Union (ILWU) of the US and Costa Rican unions Sindicato de Trabajadores de Japdeva (SINTRAJAP) and the Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados (ANEP).

system to prevent agreements that constrain collective bargaining, including penalties on offering agreements to non-union workers; request the assistance of the ILO to implement these measures; and undertake a massive disclosure of these measures and labour rights on TV, in the newspapers, and via other media.²⁰

With respect to the agreement between Colombia and Canada, there was resistance to approval of this agreement on account of accusations of violations of fundamental labour rights, though finally approved by the Canadian parliament. As for the partnership agreement with the EU, the legal reviews and relevant ratifications are still pending.

Peru: In addition to CAN membership and labour institutes established therein in order to provide social partners with access to active participation, this country has reached trade agreements, which include social clauses with the highest standards currently in place, with the US and Canada, as well as with the EU. Moreover, Peru signed with Chile an unreleased Memorandum on Labour and Migration Cooperation parallel to the Free Trade Agreement. Peru has also included labour provisions in its agreements with Korea and China (Toyama Miyagusuku, 2010).

As a result of these negotiations, Toyama (2010) says Peru has noticeably improved its labour legislation with Law No. 27,912 thus getting the ILO to lift most of its observations (12 out of 16) on the subject. The same legislation made forced labour an offense, amended the Penal Code and issued Law No. 27,270 on acts of discrimination, Law No. 29,430 on sexual harassment, and Law No. 26,644 on maternity leave. Furthermore, labour inspection was strengthened and there is now in place a National Plan for Prevention and Elimination of Child Labour.

Subsequent to negotiations, the same author states that Peru issued several laws, regulations, and decrees in addition to various administrative measures or tripartite agreements to improve labour

20. See <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2011/june/colombia-meets-june-15th-milestones-under-action-plan>.

standards. It is worth mentioning among these measures the amendments to the by-laws on collective labour relations, on making them easier such as through arbitration regulations, on setting a quorum for strike votes, on sanctions against practices where employers interfere in union matters and sanctions in cases where the right to strike is prevented or union liberties affected. There has also been the creation of the National Commission to Fight Forced Labour and reinforced inspections at mining centres, which have been found to be sources of potential violations. Furthermore, a number of measures have been undertaken to eradicate child labour, mostly focused on the worst practices. On discrimination issues, the legislation includes Law No. 27,558 on Promoting the Education of Rural Boys, Girls, and Adolescents, Law No. 28,983 on Equal Opportunities for Men and Women, and Law No. 29,392 for Infractions and Sanctions on Breaching the Handicapped Person General Law. It is also worth mentioning Law No. 29,497, on Procedural Labour.

According to Toyama Miyagusuku, the FTA with the US has been the main cause for the recent evolution in labour regulations in Peru; this event caused a major overhaul in the Peruvian legislation, a change in the agenda that peaked while the negotiation was in progress. However, FTAs have not raised formal employment, reduced the unemployment rate, or improved social protection indicators. Nevertheless, concern for complying with labour regulations has increased and labour inspection indicators, both qualitative and quantitative, have also increased (Toyama Miyagusuku, 2010).

On Peru's relationship with Canada, there has also been significant cooperation to make participation by social partners easier, especially by labour unions, for which Canada has allocated special funding.

The *Memorandum of Understanding on Labour and Migratory Cooperation* between Peru and Chile is another agreement worth mentioning. The first release took the form of a cooperation relationship, where the agenda included labour and social security matters for migrants and referred to compliance with the ILO 1998 Declaration as well as with the United Nations' (1990) *International Convention on Protection of Rights of all Migrant Workers and their*

Families. Representatives of the Ministry of Foreign Affairs, the State Department, the Labour Department, and other ministries and agencies attended the first meeting of the Joint Committee for Labour and Migratory Cooperation that took place in May 2011, and the presidents of both countries have already announced the First Meeting of the Social Integration Council.²¹

Chile adhered to the NAALC model in its FTA with Canada by entering into an Agreement on Labour Cooperation, parallel to the FTA. Later on, it introduced labour commitments to the agreements with the EEC, the US, and the Trans-Pacific Partnership (Trans-Pacific), also called P4 because of the four founding members: Brunei Darussalam, Chile, New Zealand, and Singapore. Chile continued to develop this experience by adding agreements or labour commitments with China, Peru, Panama, Colombia, and Turkey. In practical terms, it is worth mentioning that the Chilean experience with these agreements has not involved any formal representation procedure from the time the agreements with Canada and the US came into force, even though these agreements established strict labour commitments and dispute resolution procedures. There has been a cooperation and exchange agenda, based on best practices, with these countries, and this agenda covers many subjects, such as regulations, labour inspections, and judicial systems. Employers and labour union organizations took part in these agreements both before and after implementation, thus showing as much transparency as possible in the parties' processes. It is worth mentioning there have been some informal experiences between Canada and Chile to work out some difficulties between Canadian companies and Chilean unions, which were solved via atypical conflict resolution mechanisms. Furthermore, looking at other Chilean experiences, it is worth mentioning the cooperation relationship with the Republic of China, whereby several high-level delegations have made exchange visits based on the Memorandum of Labour and Social Security Cooperation signed by the parties. Another relevant experience has been the Transpacific Agreement, whereby since 2006 the

21. Refer to Interview with Ambassador of Peru, Mr Carlos Pareja, *El Mercurio* (July 28, 2011) 2.

parties have met once a year to raise awareness of their labour systems and best practices on matters of mutual interest.

Taken together, these experiences have not left all actors satisfied and there still linger in the union world complaints about the lack of consistency between national regulations and ILO agreements or about breaches of domestic laws. A number of proposals have emerged in the US, supported by governments, businesses, union leaders, NGOs, and academia, to set more uniform criteria and to introduce technology to monitor regulations with a view to establishing more objective criteria for measuring the degree of adherence to ILO fundamental regulations and other FTA provisions.

In turn, **Mercosur** country members chose to issue a “Mercosur Socio-Labour Declaration” in December 1998, which replicates somewhat the approach of the ILO 1998 Declaration and establishes more rights for workers, thus coupling a higher level of social justice with the economic integration process. However, this declaration imposes no trade sanctions in case of non-compliance. This Declaration binds the Mercosur country members: Argentina, Brazil, Paraguay, and Uruguay. Even though it is a declaration, it provides for a socio-labour commission to supervise compliance.

Subsequent to the 2001 Declaration, Mercosur issued the first direct application of a socio-labour resolution to the country members (no ratification needed), that is, the *Resolution on Professional Training* (Resolution 59/91) sanctioned by the Common Market Group (CMG) and a direct result of the tripartite agreements on professional training and the first CSL meeting.

In 2003, the Common Market Council (CMC), the supreme body of Mercosur, sanctioned for the first time a socio-labour regulation (direct application), Recommendation 01/03, which established the *Repertoire of Practical Recommendations on Professional Training*. In the same year, the CMC called the *First Regional Conference on Employment* held in April 2004 with tripartite delegations (labour ministers, employers, and labour unions), which ended with a *Recommendation of the Labour Ministers on a Mercosur Strategy to Create Employment*. In December 2004, the CMC created the High-Level Group to prepare a Mercosur strategy for employment growth.

At the XXXth Presidential Summit, in Cordova, July 2006, the CMC approved socio-labour initiatives. In particular, the CMC approved the Mercosur Strategy for Employment Growth (Decision CMC No. 04/06) and created the Mercosur Social Institute.

As Corres²² explains it, Mercosur has four dimensions that join together to build an overview of the space of social and labour integration. First, there is the space provided by Mercosur's own regulatory instruments to link labour policies and actions: Working Subgroup 10 on "Labour Relationships, Employment and Social Security." Second, a regulatory ethical framework is represented by Mercosur's Socio-Labour Declaration and its shared universe of values and principles at the regional level. Third, policies are regionally coordinated to generate decent employment, via the Mercosur-created High-Level Employment Group (GANEmpleo by its acronym in Spanish). Last, civil society participates through the Social and Economic Consultative Forum.

4. OTHER INTERNATIONAL REGULATIONS TO BEAR IN MIND

In addition to the international treaties set forth and the ILO, several organizations have been tackling this matter from a "soft law" perspective, looking for answers in terms of recommendations with certain binding action on entrepreneurs, governments, and a variety of social actors in general. This idea is at the core of a discipline called Corporate Social Responsibility or simply Social Responsibility for short, which a large number of instruments named Conduct Codes enforce, some of them being certifiable. A subset of these instruments is specific to labour issues, but most of them approach issues in a general way by incorporating various subjects.

22. Refer to Corres, Gerardo, Taller RIAL: "Dimensión Laboral de la Globalización y de los Tratados de Libre Comercio: Impactos y Provisiones Laborales" (Santo Domingo, Primera Reunión de los Grupos de Trabajo en el marco de la XVI CIMT, 2010).

The Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, the United Nations Global Compact, the OECD's Guidelines for Multinational Enterprises (henceforth "the OECD Guidelines"), the Global Reporting Initiative (GRI), and ISO 26000 on Social Responsibility deserve special attention, as they are instruments with a significant labour component. Moreover, a growing number of companies, especially in developed countries, request compliance with labour regulations from their vendors as a business condition. For example, German supermarkets or Norwegian entrepreneurs require compliance with the fundamental ILO agreements from their suppliers or commercial partners. Same case with country members of the liquor and spirits monopolies in northern Europe (Sweden, Norway, Finland, Iceland, and Denmark), which have imposed ethical standards on the supply chain, including ILO regulations, the Declaration of the Rights of the Child, and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, among others. This initiative, which started in 2008, requires that their trade partners respect the principles of freedom of association, right to collective bargaining, prohibition of discrimination, observance of minimum wages, overtime, hours of work and breaks, occupational health and safety, prohibition of child labour, forced labour and disciplinary measures, observance of sanitary and environmental standards, and corruption control systems. Even though these regulations apply mostly to multinational corporations, some of them are universally applicable, in particular ISO 26000.

The Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy (Declaration on MNC) is one of the pioneering ILO instruments to tackle the difficult equation between promoting the larger investment needed for development and observing fundamental labour principles, in particular the relationship between the holding and subsidiary companies in the value chain. The latest release of this instrument was March 2006.²³

23. See International Labour Organization, "La Declaración de la OIT sobre las empresas multinacionales: ¿ En qué beneficia a los trabajadores?" (2011), online: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_153938.pdf>.

Issued in 1977, it takes on the subject of labour in the world's value chain. Although there is no room to date for specifically tripartite cases, there is a tripartite discussion in progress at the ILO on this sensitive issue.

Another instrument worth mentioning among the ones that deal with the subject of foreign investment in global markets is the **OECD Guidelines**, whose latest update was approved on May 25, 2011. The OECD Guidelines have recommendation status but create the obligation for a National Contact Point (NCP) that must promote the OECD Guidelines, work constructively with trade unions and entrepreneurs, and operate as a coordinator by receiving complaints that affected people might raise, including in the area of labour issues. It is worth mentioning the OECD supports participation by social partners through two institutes: the TUAC, a union consulting body, and the BIAC, an entrepreneurial consulting body. Both bodies participate in proposals on several issues handled by the organization, in particular with respect to issues relating to OECD Guideline performance.²⁴

Also, the OECD Guidelines have an annex titled "Comments," prepared by the OECD's Investment Committee, which expands on the information and rationale in the body of the document, particularly the amendments. The OECD Guidelines also contain a step-by-step procedure for the NCPs to follow. Labour issues are among the various ones that are handled by the OECD Guidelines under Point V, "Employment and Work Relationships," but in practice it has been the subject with the most cases on record in Latin American countries.

The latest update of this text added a new chapter on Human Rights, adjusted the regulations on employment and industrial relationships with ILO provisions, integrated new elements to fight bribery and corruption, clarified the application of the OECD Guidelines to the concepts of due diligence and value chain; in terms of procedures, it

24. The TUAC and BIAC, as well as OECD Watch, have made several comments on updates to the OECD Guidelines. See OECD website: www.oecd.org.

expanded the role of NCPs and made them key to implementation of the OECD Guidelines.

To date, the OECD Guidelines are applicable to 42 countries, 34 of which are OECD member states and eight have adherent membership; Mexico and Chile are the only Latin American countries that belong to the OECD. Argentina, Brazil, and Peru are not members of the OECD but nevertheless have adopted the OECD Guidelines.²⁵

The OECD Guidelines apply to multinational corporations that operate in emerging countries. The interested parties, labour unions, and NGOs may submit complaints about violations to the NCP where the investments have been made; alternatively, there have been cases where complaints have been submitted to the NCPs where the investments come from.

Mexico's NCP was established in 2001 in the Ministry of the Economy, specifically, at the General Directorate for International Trade Negotiations. This NCP has received complaints not directly but through the German and French NCPs. Even though it is the oldest NCP, due to the early adherence of Mexico to the OECD, there has not been a large volume of labour cases submitted to the NCP.

Chile's NCP was created early in 2001 at the General Directorate for International Economic Affairs (DIRECON) in the Ministry of Foreign Affairs.

In practice, these guidelines in Chile have been applied to two formal cases. One of them concerns the activities of a transnational company Nutreco/Marine Harvest S.A., an important salmon exporter, on account of a complaint that various organizations of local civil society submitted in 2002 and that turned into a complex tripartite negotiation under the international oversight of the NCPs of Holland and Chile. By 2004 and after a tough tripartite dialogue, there was an agreed-upon solution to the conflict. The other case refers to a complaint submitted by the Central Unitaria de Trabajadores de

25. See http://www.oecd.org/document/28/0,3746,en_2649_34889_2397532_1_1_1_1,00.html for the updated document.

Chile (CUT) to OECD's NCP about Unilever's Union No. 1, dated June 8, 2005.

As far as Argentina's NCP, it was created in July 2006 and operates under the Dirección Nacional de Negociaciones Económicas Internacionales (DINEI) in the Ministry of Foreign Affairs, International Trade and Cult, at the Coordination Unit for OECD issues. At the end of 2004 and 2006, the bank and mill workers' unions, respectively, submitted their complaints to the NCP.

Brazil adhered to the OECD Guidelines in 1998 and its NCP was created in the Ministry of the Treasury. It is the NCP that has received the most complaints, seven in total, five of which have come from the CUT-Brasilunion.

Peru adhered to the OECD Guidelines in 2008; its NCP is at Pro Inversion, an agency of the Ministry of the Economy and Finance.

In summary, regarding complaints submitted to NCPs, there have been over 30 by 2008 from unions and NGOs, either direct submissions to an NCP in Latin America or derived from an NCP in the country of origin of the investment. Among the most important ones we may quote certain South Korean companies in Guatemala, Nutreco and Unilever in Chile, and Euskadi/General Tire in Mexico.

It is worth mentioning there were some "preliminary complaints" (BNL in Argentina and Bompreco in Brazil), whereby, as a result of discussions with the NCP and others, the companies reviewed their procedures. In these "non-complaints," the companies met the required conditions, thus making procedural processing unnecessary.

Finally, these Guidelines in Latin America have been applied not only in signatory countries but also elsewhere; in the case of Uruguay, they have been applied due to initiatives from Finland and Sweden; in the case of Ecuador, on account of Germany and Canada's NCP; and in the case of Guatemala, as a response to NCPs in South Korea, the Netherlands, and the US.

Another instrument in this series is the **United Nations' Global Compact (the Pact)**; it is one of the unavoidable references when

mentioning indirect regulations of International Law. It was created on the initiative of the Secretary General of the United Nations to promote global dialogue around ten principles, which include basic labour regulations. It embraces the world's employers and unions and offers incentives to individual companies that might want to adhere to the Agreement. Over 1,000 companies in 130 countries²⁶ have done so.

Another instrument, created in 1998 and supported by the United Nations, has been gaining interest, namely the **Global Reporting Initiative (GRI)**²⁷; it is an instrument that helps in the preparing of sustainability reports. The GRI has developed three formulations for its guidelines and all of them have significant labour components. Its purpose is to generate common standards for submission of credible non-financial business management reports. The board of directors has two union representatives among a diverse body of 16 people. Among the 60 members that make up the Interested Parties Council, six of them represent labour unions. Other categories represent companies, industry sectors, environmentalists, and human rights organizations, among others. The International Trade Union Confederation (ITUC), the heir of the International Confederation of Free Trade Unions (ICFTU), has helped prepare the latest documents of this initiative.²⁸

In terms of corporate social responsibility, there are a number of instruments available, including SA 8000, multiple codes of conduct for trade sectors or multinational corporations, some of them with verification or certification schemes, and the Ethical Trade Initiative (ETI), headquartered in the United Kingdom.

Another very important standard in the area of social responsibility is **ISO 26000** also called **Social Responsibility Guidelines**. The International Standards Organization (ISO) is an organization headquartered in Geneva that encompasses standardization bodies

26. See <http://www.unglobalcompact.org>.

27. See <http://www.globalreporting.org/home/languagebar/spanishpage.htm>.

28. The ITUC has issued a union guide to encourage active participation in preparing briefs for the GRI initiative. See <http://www.ituc-csi.org>.

from 163 countries to date. It has a portfolio of over 18,400 standards on economic, environmental, and social subjects and has developed a state-of-the-art universal consensus on the subject matter of each standard.

Starting with ISO discussions in 2001, an ad-hoc group was created in 2003 and by the end of 2004 had turned into an ISO Working Group on Social Responsibility to develop standard ISO 26000. Discussions brought together experts from government, unions, industry, consumers, nongovernmental organizations, research support groups, and others. The standard was developed by over 450 experts, 210 observers from 99 ISO country members, and 42 related organizations. It is worth mentioning the participation of the ILO in the area of labour issues by virtue of a memorandum of understanding between the ILO and the ISO. The group secured a balance between developed countries and emerging countries as well as geographical and gender balance.²⁹

ISO 26000 is meant to generate consensus on the minimum standards for a company to claim socially responsible behaviour. It describes seven key principles: organizational governance, human rights, labour practices, environment, fair operating practices, consumer issues, and community involvement and development.

To summarize, in ISO 26000 Chapter 1 we find the definition and application of the standard as well as some constraints and exclusions; Chapter 2 identifies and provides the key definitions; Chapter 3 describes the factors and conditions that have affected development of social responsibility as well as its own conceptual understanding of social responsibility, its meaning, and how organizations apply it; Chapter 4 establishes the principles of social responsibility and deals with practices of social responsibility; Chapter 5 describes acknowledgement by an organization of its social responsibility, identification and involvement with stakeholders, and guidance on how to detect and relate to the stakeholders on fundamental matters in the sphere of influence of an organization (value chain); Chapter 6 covers the seven fundamental principles already described in detail

29. See ISO website <http://www.iso.org.org/sr>.

and provides information for each principle on the scope, relationship with social responsibility, principles, related considerations, and corresponding actions and expectations; Chapter 7 provides guidance on how to implement social responsibility in an organization; Annex A presents a list of voluntary initiatives and tools related to social responsibility; and the bibliography gives references to recognized international instruments and ISO standards referred to in the body of the regulation.

As far as labour content is concerned, fundamental labour rights are included under human rights principles; the content includes freedom of association and effective recognition of the right to collective bargaining, elimination of all forms of forced or compulsory labour, effective abolition of child labour, and elimination of discrimination in employment and occupation (Chapter 6.3.10).

Without going into an exhaustive analysis, ISO 26000 covers labour practices, the fundamental principles of the ILO Declaration of Philadelphia in 1944, the Universal Declaration of Human Rights, and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. The standard outlines the minimum conditions of work and social protection in the fundamental labour regulations and sets forth decent conditions for wages, hours of work, weekly rest holidays, vacations, health, maternity protection, and family and work life. It also refers to social dialogue and holds an exhaustive discussion on practices regarding occupational health and safety as well as human development and training in the workplace.

The ISO 26000 standard is not binding; therefore its provisions are management recommendations, given that it is not easy to turn into a guideline how one should carry out a sustainable business over time. The standard emphasizes the importance of results and improvements in social responsibility but from the standpoint that an organization must have solid governance. The importance of this standard, as well as all of the social responsibility instruments, is for the private sector to use them increasingly in their private contracts, in particular with vendors from emerging countries, in order to avoid accusations of practices that violate fundamental labour rights.

||| COMMENTS AND FINAL CONCLUSIONS

By negotiating trade liberalization agreements, countries seek to be competitive so they can sell their products and improve the added value of their goods and services. Along with other measures, this contributes to improvements in international trade, thus achieving growth in employment. The result, through a multiplier effect, is a virtuous economic cycle.

However, outstanding issues remain with respect to the linkage between international trade and labour, particularly differences of opinion between countries over inclusion of these issues on the international trade agenda, especially in the multilateral context of the WTO. For this reason, labour clauses in trade agreements are still the exception.

Nevertheless, bilateral and regional negotiations are increasingly including labour issues in many agreements and this trend appears to be expanding and deepening. The major incentive for developing countries to accept these clauses is their interest in gaining access to markets in developed countries.

Lessons have been learned from the growing inclusion of labour agreements in economic integration and liberalization, as well as from subsequent trends and from observations based on many of the negotiations. We can offer some conclusions:

In spite of the reluctance of developing countries to accept labour clauses, some of them have started to accept them on the basis of the overall balance in the subjects negotiated.

Agreements on labour issues show some points of convergence by way of more uniform clauses; however, there are still many differences, especially regarding commitments and arrangements for compliance and dispute resolution.

In some cases, labour issues have made it difficult to enter into trade negotiations, or for legislatures to approve what has been agreed upon at the bargaining table.

At times, there have been preconditions for labour issues, often of a regulatory nature, which have made it easier to reach an agreement or to gain approval from legislatures.

In the case of the main negotiating powers, the EU and the US, their negotiation mandates may run into difficult internal wrangling, which is why they often become inflexible. Something similar may occur in the case of some developing countries, especially the so-called emerging countries.

Regarding the ILO, the imposition of trade sanctions on a state for failing to comply with labour standards is absolutely exceptional. There are extreme cases (such as Myanmar) but only when all other means of compliance and control, aiming in good faith to lead the non-compliant state to compliance, have been exhausted. Accusations of serious failure to comply with labour standards in this context must be extremely serious for governments to decide on making formal complaints on labour issues.

In the multilateral context of the WTO, there is still no minimum consensus on setting up a working group that could address the linkages between trade and work and discuss a labour clause. However, there is a growing understanding that existing treaties do allow the use of labour issues as a justification for trade measures. Nevertheless, it is also understood that labour issues cannot be used for protectionist purposes, in a discriminatory manner, or without a legitimate objective.

By contrast, in the ILO there have been broad advances in consensus building and supervision of core labour standards. A nucleus of core labour standards, together with priority standards and updated agreements and recommendations, has been drawn up. At the same time, there is no doubt over the ILO's exclusive qualification for laying down regulations and verifying their observance.

In addition, a strengthening of the role of the ILO is noticeable in its rulings on whether a country is infringing the provisions of the ILO, and in particular its core conventions and those that refer to the "decent work" agenda, which now commands greater respect.

A further observation on the recent history of these clauses or agreements is that no complaints to arbitration panels have been noted, in contrast with the corporate business or investment fields. Furthermore there is no prior history of labour clauses or agreements being used for protectionist purposes. Instead we see much cooperation between countries of different and similar levels of development.

It is expected the role of the ILO and the WTO, as well as the relationship between the two, will increase, so that greater consistency will emerge between economic authorities and social/labour authorities in making public policy.

At the same time, it is worth mentioning that in all declarations made by heads of state throughout the world there is an effective consensus on Fundamental Principles and Rights at Work and on the “decent work” agenda, as developed by the ILO.

Progress in trade agreements is tied to many other instruments in the private sector with similar commitments. This progress has meant that many diverse actors include the requirement of compliance with fundamental labour principles and rights, as can be seen with private-sector actors who buy products from developing countries and demand proof of compliance with such standards (a development that coincides with the development of ISO 26000).

In the case of the OECD Guidelines, a number of developments under the scope of NCP activities have provided civil society with many avenues to participate in the survey of multinational corporations that do business in developing countries.

Under these circumstances and going beyond ethical considerations, developing countries should assess the importance of complying with labour standards and promoting social responsibility as important elements in guaranteeing their competitiveness. These elements play a part in attracting productive long-term investment, as a result of their impact on social peace, greater certainty, and effective government.

In some cases, when countries have adopted free trade agreements combined with labour agreements, they have had access to

cooperation programs to improve their capacity for inspection and control. In other cases, horizontal cooperation has made it possible to exchange or adopt good practices or *benchmarking* for best practices. In this way, some countries have been able to incorporate innovative practices into human resource management and into labour or social security policies and regulations.

Notwithstanding the above points, developing countries should be able to assess whether a multilateral discussion on this matter would not help prevent the pernicious distortions that multiple agreements of varying kinds between varying actors can cause. From this point of view it should also be important to address these issues in a multilateral forum rather than bilaterally with developed countries.

Finally, all political social and economic processes, whether national or international, must have as their primary and fundamental aim the goal of improving the general living standards of their citizens. In particular, all public policies should centre on improving opportunities for those who confront the greatest difficulties or who are most vulnerable, while generating decent work for all, with the aim of promoting better integrated and more socially cohesive societies, which are essential elements for achieving social peace and effective government.

|||| BIBLIOGRAPHY

- Albuquerque, Rafael, "Derechos Fundamentales y Comercio Internacional: Armonización de la eficacia económica con la protección social" in Vth Labour Law and Social Security Regional American Congress (Lima: Labour Law and Social Security International Society, 2001) 362.
- Álvarez, Nancy, "Alcance de los acuerdos DR-CAFTA y de cooperación laboral con Canadá" (Marc 2011) Revista Real Card 25.
- Brown, Drusilla, "Labour Standards and Human Rights" in Amrita Narlikar, Martin Daunton and Robert M Stern, eds, *The Oxford Handbook on the World Trade Organization* (Oxford: Oxford University Press, 2012) 697.

- Clinton, William J, *Study on the Operation and Effects of the North American Free Trade Agreement*, Report to US Congress. Washington, July 1997.
- Compa, Lance and Jeffrey S Vogt, "Labor Rights in the Generalized System of Preferences: a 20 Year Review" (2000) 22:2-3 *Comp Lab L & Pol'y J* 199.
- De Motta, Pedro, "Las normas laborales y ambientales en la agenda de las negociaciones internacionales". Brasilia, October 24, 2001. Seminar Brazil and ALCA. Cámara de Diputados.
- Doumbia-Henry, Cleopatra and Eric Gravel, "Free Trade Agreements and Labour Rights. Recent Evolution" (2006) 125:3 *Labour Int'l Rev* 185.
- Ebert, Franz, "Between Political Goodwill and WTO-Law: Human Rights Conditionality in the Community's New Scheme of Generalized Tariff Preferences (GSP)" (2009) Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) Working Paper Series 8/2009.
- ECOANOS. "Primera experiencia del empleo de las Directrices de la OCDE sobre Inversión Extranjera y Empresas Multinacionales por parte de la sociedad civil en Chile". Fundación AVINA, April 2004.
- Ermidá Uriarte, Oscar, "Derechos Laborales y Comercio Internacional" in *Fifth Labour Law and Social Security Regional American Congress* (Lima: Labour Law and Social Security International Society, September 2001)..
- Ermidá Uriarte, Oscar and Octavio Racciatti, *Derecho internacional del Trabajo: selección sistematizada de normas y documentos* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2003).
- Erreira, M C "The Social Dimension of Integration. The MERCOSUR experience", in *Social Dimension of Globalization and Integration Processes*, Working paper No. 146, (Santiago: International Labour Organization, 2002).
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y garantías. La Ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2009).
- Freeman, Richard B, "*The battle over Labor Standards in the Global Economy*", Document presented in Experts Seminar (Buenos Aires: BID-LATN, 2002).
- GERMAN FRUIT TRADE ASSOCIATION (DFHV) (Deutscher Fruchthandelsverband e.V). (available at: http://p57160.typo3server.info/fileadmin/pdf-dateien/jahresberichte/DFHV_GB_07-08.pdf).

- International Labour Organization, “Rebalancing globalization: The role of labour provisions in existing international trade agreements and development finance policies” in *World of Work Report 2009 – The Global Jobs Crisis and Beyond*. Ginebra. 2009 See website: http://www.spcr.cz/files/en/eu/ioe/ILO_report_-_World_of_Work_2009.pdf, pages 63 ff.
- International Confederation of Free Trade Unions (ICFTU), “The Spread of Bilateral and Regional Trade Agreements” (June 2006).
- International Confederation of Trade Unions (ICTU), “Guía sindical sobre las directrices para la elaboración de memorias de sostenibilidad de la iniciativa GRI”, 2008.
- Jatobá V, “Labour Inspection within a Modernized Labour Administration”, Working paper No. 148 (Santiago: International Labour Organization, 2002).
- Lazo. J P, “El Acuerdo de Cooperación Laboral entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de Canadá” (Thesis, Universidad de Chile Law Faculty, 1998).
- Lazo Grandi, Pablo, “Trade Agreements and their Relation to Labour Standards. The Current Situation”, Issue Paper No. 3 (Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2009), en ligne: ICTSD <<http://www.ictsd.org>>.
- Lécuyer, Normand, ed, *Les Nouvelles administrations du travail: des acteurs du développement* (Geneva: International Labour Office, 2000).
- Marceau, G, “Trade and Labour: Rematching an old divorced couple?” in D. Bethlehem, D. McRae, R. Neufeld, and I. van Damme (eds), *The Oxford Handbook of International Trade Law 2009* (Oxford: OUP, 2009).
- Mizala, A and P Romaguera, “Estándares Laborales y Protección Social: ¿Amenaza para Chile?” Working Paper No. 3 (Santiago: Universidad de Chile Department of Industrial Engineering, 1996).
- Monteiro de Barros, A, “As comunidades Econômicas e o Direito do Trabalho no Mercosul”. Published by Revista Ergon Año XLII, volumen XLII, 1997.
- MORVANNOU, P. 2008, *Droits Fondamentaux de l’Homme au Travail dans le Commerce International. Quelles voies opérationnelles? Quel Rôle peut-on confier à l’OMC?* Syndex. CES ETUC.

- National Research Council of the National Academies, Committee on Monitoring International Labor Standards. "Monitoring International Labor Standards. Techniques and Sources of Information" (Washington D C: The National Academies Press, 2004).
- OECD: Guidelines for Multinational Enterprises. Refer to website: <http://www.comercio.mityc.es/es-ES/PDF/legislacion/TextoDIREC-TRICES.pdf>
- Orbie, Jan and Lisa Tortell, "The New GSP+ Beneficiaries: Ticking the Box or Truly Consistent with ILO Findings?" (2009) 14:5 European Foreign Affairs Review 663.
- Orsati, A and Sánchez, H "Las Directrices de la OCE para Empresas Multinacionales en América Latina: experiencias, aprendizajes y propuestas desde la perspectiva sindical" (Montevideo: Fundación Friedrich Ebert, 2009).
- Pareja, C, Interview in *El Mercurio* (July 28, 2011) 2.
- Polaski, S, "Cambodia Blazes a New Path to Economic Growth and Job Creation", Trade, Equity and Development Project (October 2004) 51 Carnegie Papers.
- Salazar, J M and ROBERT, M "Acuerdos comerciales regionales" in *Hacia el Libre Comercio en las Américas* (Washington DC: Brookings Institution Press, 2001).
- Toyama J, "Previsiones Laborales de los Tratados de Libre Comercio: El Caso Peruano". Presentation in ECLAC Seminar, Santiago, 2010.
- Tokman, V. 2003, "*Libre Comercio y Estándares Laborales: un vínculo en evolución*", document presented in Second Meeting on Labour Standards, organized by IDB and LATN, Buenos Aires, 3-4 June 2003.
- UNCTAD 1989, "*Generalized System of Preferences. Handbook on the scheme of the United States of America*" UNCTAD/tap/163/Rev 12.
- Verge, Pierre, "Présentation analytique de l'Accord Nord Américain de Coopération dans le Domaine du Travail (ANACT)" (Lima: Bureau International du Travail, Bureau régional pour l'Amérique latine et les Caraïbes, 2002), en ligne: OIT <http://www.oit.org.pe/>.
- World Bank, "*Development, Trade, and the WTO. A Handbook*" (Washington, 2002).



ORGANISATIONS NOUVELLES DU TRAVAIL ET REPRÉSENTATION COLLECTIVE DES TRAVAILLEURS

Jean-Michel Servais¹

|||| INTRODUCTION

Pierre Verge est un auteur fécond. Nous lui devons toute notre reconnaissance d'avoir abordé des problématiques difficiles liées à l'internationalisation du travail et à la réorganisation des entreprises.

-
1. Professeur invité aux Universités de Gérone et de Liège, Président d'honneur de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale, Ancien Directeur au Bureau international du travail. Cette contribution constitue une version remaniée du rapport que j'ai présenté en juin - juillet 2011 au Séminaire international de droit du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, organisé par l'IETL de l'Université Lumière Lyon 2. Elle a été publiée dans M-A. Moreau (dir.), *La représentation collective des travailleurs. Ses transformations à la lumière du droit comparé*, Paris, Dalloz, 2012, p. 43-71.

Il a ouvert des pistes de réflexions nombreuses, identifié des solutions novatrices. Grand est le plaisir de participer à ce livre destiné à lui rendre hommage.

Plus que d'autres, le droit canadien du travail repose sur les rapports collectifs entre employeurs et syndicats. Les normes de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur ce point sont connues et les principes qu'elles consacrent restent essentiels. Toutefois, depuis leur élaboration, l'environnement socioéconomique et politique a changé. Ma contribution revient sur les interrogations que cette évolution pose à la représentation des travailleurs. Les dernières pages soulignent les efforts de l'OIT pour s'adapter à ces changements.

Les syndicats traversent, en effet, une période difficile dans beaucoup de pays; le nombre de leurs adhérents décroît, au moins en pourcentage de la population active; leur représentativité est contestée. Il est par conséquent naturel de s'interroger sur la situation actuelle de la représentation collective des travailleurs, puis de réfléchir aux moyens de sauvegarder sa fonction sociale.

|||| 1. UN TABLEAU NUANCÉ

La mondialisation, les déstructurations et restructurations qu'elle induit ont déstabilisé la représentation collective des travailleurs.

Le syndicalisme reste très absent du travail réalisé, de plus en plus fréquemment, dans des conditions qui fragilisent le travailleur, alors que les conventions de l'OIT sur la liberté syndicale s'appliquent théoriquement à tous ceux qui travaillent, indépendants comme salariés.

Dans bien des cas, les *travailleurs à domicile* se trouvent exclus. Voilà pourquoi des instruments internationaux insistent sur une égalité de traitement avec les autres travailleurs. La convention n° 177 et la recommandation n° 184 de 1996 demandent aux États non seulement de garantir, mais de promouvoir positivement la liberté syndicale des salariés à domicile. L'accord-cadre européen de 2002 sur le télétravail accorde les mêmes droits individuels et collectifs

aux travailleurs concernés qu'aux autres personnes employées dans l'entreprise. Parfois, des mécanismes originaux comme des comités *ad hoc* pallient les inévitables déficiences de la négociation collective dans ce secteur.

La législation sur les relations professionnelles ne s'étend pas toujours aux *travailleurs agricoles*. Ceux-ci demeurent généralement peu syndiqués, situation qui explique l'adoption à l'OIT en 1975 d'une convention spécifique (n° 141) et d'une recommandation complémentaire (n° 149) afin de promouvoir leurs organisations.

Les syndicats comptent peu de *retraités* et, surtout, de *chômeurs*. Il en va de même des *travailleurs domestiques*; la convention n° 189 se réfère en termes généraux à l'obligation des États d'adopter des mesures pour garantir et promouvoir la liberté syndicale et la négociation collective de ces salariés. On connaît encore les réticences de beaucoup de patrons de petites et moyennes entreprises (PME) à discuter avec un représentant syndical extérieur à l'entreprise.

Paradoxalement, plus encore que par le passé, beaucoup de gouvernements européens cherchent l'appui des associations patronales et syndicales pour résoudre les problèmes sociaux qu'entraînent les mutations économiques. De nombreux pactes sociaux tripartites se concluent régulièrement.

Dans certains pays asiatiques, tel que le Japon et la République de Corée, se nouent également des discussions tripartites informelles. Au Japon, les pouvoirs publics jouent un rôle d'orientation et d'encouragement. Les Japonais bannissent tout excès de légalisme. La haute administration y invite patronat et syndicats à prendre volontairement certaines décisions. Elle cherche à convaincre les entreprises d'agir conjointement, souvent avec les syndicats, dans le sens voulu. Pour ce faire, elle utilise des directives ou des dispositions législatives contenant une obligation de « faire son possible » plutôt que de faire, comme en matière de prolongation de la vie professionnelle jusqu'à soixante ans ou de réduction de la durée du temps de travail. En cas (rare) d'échec, une loi munie de sanctions peut être adoptée.

Bien des gouvernements ont pris des mesures institutionnelles qui, dans une certaine mesure, compensent la baisse en puissance des organisations de travailleurs.

Plusieurs législations européennes renvoient le règlement de certaines questions à la négociation entre partenaires sociaux à différents échelons. Il en va ainsi en matière de temps de travail pour introduire des exceptions à des règles pourtant impératives, ou, en Italie, pour déterminer les services minima en cas de grève (Ballestero, 2004 : 391). Syndicats et patronat sont davantage systématiquement consultés dans l'élaboration des lois sociales. Maintes fois, le texte législatif est le résultat de leur concertation (pour la France, voir Moizard, 2009), lorsque le législateur ne s'efface pas complètement devant leur commune volonté comme le font les instances européennes².

La valorisation du dialogue social manifeste toutefois ses limites lorsqu'un délai est fixé à la discussion, sous la menace d'une intervention réglementaire en cas d'échec. Quelquefois, le pouvoir politique passe outre à l'opposition de certains ou de tous les syndicats (cas de la réforme des pensions en France ; pour l'Italie, voir Vimercati, 2009 : 111). Récemment, des législations ont autorisé les accords d'entreprise à déroger, dans un sens défavorable aux salariés, aux conventions collectives conclues à un niveau plus élevé. La loi espagnole de 2010 réformant le marché du travail permet même à l'employeur de passer outre l'opposition de la représentation du personnel en modifiant unilatéralement les conditions de travail fixées dans un accord collectif.

Mais là où les partenaires sociaux restent puissants, l'autonomie collective présente, au contraire, le risque de limiter les libertés individuelles. La collaboration des organisations patronales et syndicales avec les autorités publiques peut en effet favoriser un repli corporatiste. Il en va ainsi lorsque les partenaires sociaux cherchent à écarter le recours aux tribunaux contre leurs décisions. La loi belge du 19 mars 1991, par exemple, impose à l'employeur qui envisage de licencier un délégué du personnel pour des raisons d'ordre

2. *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, art. 154.

économique ou technique de saisir préalablement un organe composé paritairement de représentants patronaux et syndicaux. Ce dernier doit alors se prononcer sur l'existence ou l'absence de raisons d'ordre économique ou technique, et ce, sans que les travailleurs ou l'employeur aient la possibilité de constater la décision qui en sort devant les tribunaux.

Le salarié, même non syndiqué, n'a pas non plus le moyen de s'opposer devant les tribunaux, s'il les considère dommageables, aux régimes dérogatoires auxquels les organisations de travailleurs ont consenti.

Nous retrouvons ici l'ambivalence du droit du travail ballotté entre l'individuel et le collectif. Après tout, la liberté d'association ne protège-t-elle pas à la fois la personne et le groupement? Les droits collectifs ou inscrits dans des accords collectifs tendent à se substituer aux droits individuels, et le font d'autant plus quand les syndicats réclament de parler au nom de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent. Pourtant, ces derniers doivent continuer de jouir de libertés publiques aussi fondamentales que le droit à un procès équitable.

Le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* exclut les droits d'association et de grève des compétences de cette institution. Cette dernière doit toutefois favoriser le dialogue social et la négociation collective à travers, spécialement, de multiples procédures de concertation, y compris au niveau sectoriel. Les partenaires sociaux ont même la priorité, s'ils le souhaitent, dans le traitement juridique des questions de compétence européenne liées au travail. Le droit européen promeut également la participation du personnel aux décisions d'entreprises qui les concernent. Les droits ainsi accordés restent cependant en retrait par rapport aux lois de nombreux États membres, puisqu'ils portent sur l'information et la consultation des représentants du personnel plutôt que sur la négociation. Les possibilités d'une plus grande « implication » des travailleurs visent essentiellement à protéger les systèmes de cogestion existant dans des pays comme l'Allemagne, les Pays-Bas ou la Slovaquie.

La directive européenne n° 2001/23 du 12 mars 2001 protège la représentation du personnel en cas de transfert d'entreprise : si

l'unité économique transférée conserve son autonomie, le statut et la fonction des représentants des travailleurs subsistent selon les mêmes modalités, sous réserve que les conditions nécessaires pour la formation de cette représentation soient réunies. Autrement, les États membres doivent prendre les mesures nécessaires pour que les travailleurs transférés continuent d'être convenablement représentés durant la période nécessaire à une nouvelle formation ou désignation de leur représentation.

Une autre directive européenne sur les comités d'entreprise européens a, en 2009, jeté les bases d'un système européen de relations professionnelles d'entreprise. Si aucun droit de conclure des conventions collectives n'est reconnu au comité d'entreprise européen, certaines entreprises ont pris le parti d'utiliser le comité à cette fin. Dans certains secteurs, l'instrument a renforcé la dimension internationale des négociations collectives même nationales (Arrowsmith et Marginson, 2006). Bien que le texte renvoie aux droits nationaux pour les modalités d'élection ou de désignation des représentants des salariés, les firmes multinationales ont déjà exprimé plus d'une fois le souhait de voir unifiées les modalités de représentation.

Nous savons que des accords collectifs transnationaux se concluent également au-delà du cadre européen.

L'association des partenaires sociaux au processus décisionnel, en matière sociale, constitue assurément un important développement du droit européen, qui le rapproche des pratiques largement répandues dans les pays du vieux continent. Il ne faut toutefois pas en cacher les limites institutionnelles. La principale concerne la manière de choisir les protagonistes. Si l'on ne peut pas contester la représentativité actuelle des associations qui participent à la concertation (Novitz et Syrpis, 2006 ; comp. Teyssier, 2005), aucune règle précise ne vient consacrer leur capacité à parler au nom de l'ensemble des chefs d'entreprise ou des salariés. La Confédération européenne des syndicats, les employeurs de *BusinessEurope* et le Centre européen des entreprises publiques ont eux-mêmes déterminé les critères de représentativité. Leur proposition a reçu l'aval de la Commission et du Conseil des Ministres, en plus d'être validée par la Cour de

justice de l'UE³ qui se fonde sur le caractère interprofessionnel des organisations concernées et sur leur vocation générale à représenter les patrons et les salariés au niveau européen. Il existe par conséquent un consensus politique sur la question sans que soient définis des éléments juridiques objectifs, préétablis et concluants.

Une autre limitation possède une portée pratique plus large. Elle traduit les réticences des organisations patronales et syndicales nationales à déléguer des pouvoirs à leurs représentants européens. Les sujets traités à ce niveau demeurent, dans bien des cas, très consensuels, peu susceptibles d'avoir un grand impact sur la scène nationale.

IIII 2. LES ÉLÉMENTS D'UNE REFONDATION

Les syndicats éprouvent des difficultés à s'implanter dans les formes modernes d'organisation de la production. L'exercice du droit de grève par les travailleurs les plus vulnérables paraît en particulier éloigné des réalités, même si, par exemple, en France, des intermittents du spectacle ou des salariés temporaires de la restauration ont démontré une solide capacité de mobilisation.

À ce chapitre, les efforts observés chez certaines associations apparaissent comme des signes de renouveau. Elles cherchent à s'affilier les travailleurs laissés pour compte par les nouvelles méthodes de gestion du personnel, à conclure des alliances avec d'autres groupements sociaux ou à signer des accords mieux adaptés aux exigences et aux contraintes de notre temps.

IIII 2.1 S'adapter aux nouvelles formes d'organisation des entreprises

Les organisations de salariés cherchent, avec un succès variable, à se recomposer pour se mettre en phase avec le lieu de pouvoir réel ou le périmètre du secteur (Moreau, 2010; Dioby et Jobert, 2011).

3. CJ (1^{re} inst) *UEAPME* c Commission, T-135/96, [1998] ECR II 2325.

L'éclatement des grandes entreprises oblige les syndicats à trouver un autre espace où mener les campagnes d'affiliation, comme le site, dans la ligne de la loi française – il est vrai peu utilisée, semble-t-il – du 28 octobre 1982, ou le quartier d'habitation.

Les syndicats restent peu présents dans les *entreprises de sous-traitance*. Souvent petites, celles-ci échappent aux obligations légales qui prévoient un seuil pour former une association (quelques pays latino-américains), pour l'établissement d'une représentation du personnel (Espagne) ou de facilités syndicales (Italie) dans l'entreprise. La sous-traitance peut alors se révéler un outil pour affaiblir le syndicat.

Selon la jurisprudence française, les salariés des entreprises extérieures participant aux activités nécessaires au fonctionnement de la firme utilisatrice doivent être comptés dans les effectifs pour les élections sociales (Morin, 2005). Le statut espagnol des travailleurs permet aux représentants des salariés de l'entreprise principale d'assumer ce rôle également pour ceux du sous-traitant et offre, quoique timidement (Molero Marañón, 2010 : 98), des possibilités d'actions coordonnées entre les délégués de l'une et de l'autre grâce, par exemple, à l'utilisation d'un local commun.

Des conventions collectives imposent également l'égalité de traitement entre les salariés des deux entreprises, clause qui permet d'éviter les recours à la sous-traitance justifiée seulement par la volonté de réduire les coûts en personnel. Le fabricant Michelin pour l'Espagne et le Portugal, par exemple, a signé en 2006 un accord avec les syndicats sur les conditions à remplir par les entreprises qui assurent ou sous-traitent certaines activités ; il énumère les critères d'externalisation et les garanties accordées aux salariés qui pouvaient avoir exercé précédemment des activités en cause.

Les *travailleurs temporaires* constituent à bien des égards les prolétaires contemporains, mais il n'est pas simple de prendre en compte leurs intérêts spécifiques. Certains droits nationaux et le droit européen cherchent à aider les *intérimaires* placés par une agence. Les systèmes qui concentrent la négociation collective principalement, sinon exclusivement, sur l'entreprise ou sur l'une de ses composantes (Brésil, Canada, États-Unis, Pérou, République dominicaine)

ajoutent au problème (dans le même sens, voir Tattersell, 2010). De telles dispositions trouvent leurs racines dans l'histoire, mais peuvent sérieusement contrarier les efforts des travailleurs concernés. Des problèmes analogues se posent à tous les travailleurs détachés. En Espagne la loi donne aux délégués de l'entreprise utilisatrice le droit de représenter les travailleurs en mission aux fins de formuler des réclamations sur les conditions d'exercice de leurs activités (Valdés Alonso, 2010).

La convention n° 181 et la recommandation n° 188 de l'OIT de 1997 garantissent la liberté syndicale et la libre négociation collective aux travailleurs recrutés par les agences d'emploi privées. La législation et la pratique nationales doivent déterminer avec précision les responsabilités respectives de l'agence et de l'entreprise utilisatrice, notamment pour la négociation collective. La recommandation ajoute que ces agences ne devraient pas mettre à la disposition d'une entreprise des travailleurs aux fins de remplacer des grévistes. Plusieurs législations européennes le précisent également.

La directive européenne n° 2008/104 du 19 novembre 2008 demande que les travailleurs ayant un contrat (ou une relation) de travail avec une agence d'emploi intérimaire soient inclus, au sein de l'entreprise de travail intérimaire, dans le calcul du seuil au-dessus duquel les instances représentatives des travailleurs doivent être constituées. Les États membres peuvent également prévoir que les intérimaires soient comptés dans l'entreprise utilisatrice pour le calcul du seuil en question. La firme utilisatrice fournit des renseignements sur le recours à l'intérim lors de la communication d'informations sur la situation de l'emploi dans l'entreprise aux instances représentatives des travailleurs instituées, conformément aux législations communautaire et nationale. La directive européenne n° 2002/14 du 11 mars 2002, en particulier, établit un cadre général pour l'information et la consultation du personnel sur le fonctionnement de l'entreprise et les décisions qui peuvent influencer les conditions d'emploi et de travail. Le recours à la sous-traitance fait manifestement partie de ces questions.

Des conventions collectives nationales prévoient une égalité de traitement avec le personnel de l'entreprise utilisatrice (Allemagne,

Espagne) lorsque la législation ne le dit pas expressément. Plus généralement, si la loi garde la prépondérance pour régler les conditions d'emploi des intérimaires, la négociation collective a gagné un rôle significatif en Europe de l'Ouest. Ces salariés possèdent en France, en Grèce et en Italie des syndicats propres. Des conventions collectives intersectorielles s'appliquent à eux en Belgique, en Espagne et même au Royaume-Uni. Ailleurs, des négociations se déroulent au sein de la branche des agences de travail temporaires et, en Allemagne, au Danemark, en Finlande ou encore au Royaume-Uni, dans l'entreprise. Parfois les accords du secteur de l'entreprise utilisatrice s'appliquent avec des clauses demandant d'informer le personnel proprement de celle-ci ou limitant le recours à cette forme de travail (European Industrial Relations Observatory online 2009).

Peu de législations leur garantissent l'exercice des droits collectifs dans la société utilisatrice. Aux États-Unis, le Conseil national des relations professionnelles a annulé, en 2004, une décision prise en 2000 d'étendre aux travailleurs intérimaires la possibilité de se syndiquer (Gelot, 2010). Ceux-ci ne peuvent pas faire partie de l'unité de négociation des salariés de l'entreprise utilisatrice.

Les salariés concernés bénéficient d'une représentation dans les agences en Espagne ou en Suède. Ils peuvent également en avoir une dans la société utilisatrice au Danemark, en France, en Italie, aux Pays-Bas et au Portugal. En Belgique, ils sont essentiellement représentés dans cette dernière (European Industrial Relations Observatory online 2009). La vulnérabilité des intéressés rend cependant ces droits peu respectés en pratique.

L'Espagne leur assure minimalement des droits d'information et de consultation à charge de l'entreprise utilisatrice, la France, le bénéfice de la représentation collective instituée par les travailleurs de l'utilisateur. En Italie, l'intérimaire peut exercer ses droits syndicaux et participer aux assemblées du personnel tant que dure son contrat de travail. La société utilisatrice communique aux délégués syndicaux les chiffres et les motifs du recours à des entreprises de placement. En Allemagne et en Autriche, le mandat des représentants syndicaux élus au sein de la firme utilisatrice s'étend aux travailleurs

temporaires après une certaine période. Ces derniers possèdent en outre le droit de voter (De Luca-Tamajo et Perulli, 2006).

Ailleurs (Pays-Bas, Suède), l'action syndicale se focalise sur le contrôle et la régulation du recours à des agences. La loi suédoise renvoie à la négociation collective qui peut limiter celui-ci; une convention collective sur le travail temporaire prévoit que les intérimaires auront seulement un contrat de 6 mois avec l'agence; au-delà, le contrat se convertit automatiquement en un de durée indéterminée. En Espagne, des conventions collectives de groupe limitent également l'usage de l'intérim (De Luca-Tamajo et Perulli, 2006; López Ahumada, 2009).

Il faut encore relever la situation de ceux pour qui les rapports patrons – salariés perdent de leur clarté. Dans les pays en développement, ils forment l'économie informelle. Même dans les États du Nord, des contrats se nouent entre des partenaires théoriquement indépendants, mais sans autonomie économique. Si la liberté de s'associer permet certes aux travailleurs indépendants de créer des syndicats, des coopératives, des fraternités ou d'autres groupes de défense de leurs intérêts, leurs possibilités d'action restent plus limitées.

En Allemagne, différentes dispositions législatives sur les conventions collectives, les conditions d'emploi et les conflits de travail (Körner, 1998 : 29-30; Wank, 2005; De Luca-Tamajo et Perulli, 2006) s'appliquent aux travailleurs en situation de dépendance économique. Les trois grandes confédérations syndicales italiennes possèdent des organisations spécifiques pour ces travailleurs « parasubordonnés ». En Espagne, le statut des autonomes ne prend toutefois pas suffisamment en compte la dimension collective du droit du travail et ses potentialités. Ainsi les accords collectifs les concernant ne possèdent pas, comme pour les salariés, d'effet *erga omnes* (Ojeda Aviles, 2009). Plusieurs droits européens utilisent différentes techniques, comme celle de la présomption, pour assimiler certains à des salariés (Servais, 2010). Il en va de même au Canada (Sach, Philipps, Leal-Neri, 2011 : 280-281).

Des organisations de travailleurs atypiques réellement solides se sont formées autour de l'appartenance à la profession. Ainsi, les

musiciens et d'autres artistes ont créé des associations influentes dans des pays aussi différents que le Canada, la France ou le Japon. Les traducteurs ou les chauffeurs de taxi en sont d'autres exemples. Quelquefois, comme en France (Lyon-Caen, 1990 : 148), ils signent de véritables accords collectifs.

Cependant, parfois (Argentine, Pakistan), la loi limite les possibilités, pour les travailleurs indépendants, d'adhérer aux mêmes syndicats que les salariés. Plus souvent, ce sont les différences de préoccupations qui les en empêchent (cas de la Self-Employed Women Association (SEWA) en Inde). Les obstacles restent d'autant plus nombreux que les organisations collectives en place les perçoivent comme des concurrents plutôt que comme des partenaires. L'important est alors d'obtenir des pouvoirs publics une reconnaissance qui leur donne statut et visibilité ainsi que la possibilité de participer aux institutions professionnelles qui structurent la vie sociale et apportent une assistance en matière d'éducation, de communication et de gestion. La problématique revêt une dimension essentielle dans les pays en développement. Une politique d'appui à la création de groupements de défense, ou à l'adhésion aux organisations qui existent, revient à aider les intéressés à s'aider eux-mêmes. L'objectif figure dans la convention n° 141 et la recommandation n° 149 à propos des travailleurs ruraux. L'une et l'autre soulignent la nécessité pour les États d'adopter une attitude active, de faciliter l'établissement et le développement des organisations de travailleurs sociaux, d'éliminer les obstacles, juridiques ou non, à la poursuite de leur action, ainsi que – ajoute la recommandation – de leur accorder des facilités pour y parvenir, en termes de formation, d'information et de ressources matérielles.

On a observé que ces groupements organisent des fonds de pension, même parmi les plus déshérités, forment des coopératives, ou réclament un congé de maternité pour des travailleuses juridiquement autonomes, mais dépendant d'un ou deux clients. Il n'est pas rare en revanche que le succès de leurs revendications vienne d'une coordination efficace (Donzelot, 2008 : 61-67) avec d'autres organisations, comme des syndicats traditionnels ou des organisations non gouvernementales (ONG) de défense des droits fondamentaux, avec

les consommateurs de leurs produits, ou encore avec les entreprises qui commercialisent ceux-ci et se préoccupent de leur image ou de leur intégration au marché local. Cette coopération ne constitue qu'un des aspects d'alliances non traditionnelles que l'on rencontre aujourd'hui.

2.2 Alliances atypiques

Les exemples abondent de pays où les liens autrefois étroits entre confédérations syndicales et partis politiques se relâchent : le Danemark, l'Espagne, la France, le Royaume-Uni, la Suède, et même l'Afrique du Sud. En revanche, d'autres alliances voient le jour.

Une action revendicative dans le secteur public suppose fréquemment, pour réussir, que soient prises en considération les préoccupations des usagers et l'intérêt général, y compris la bonne gestion des services. L'appui de l'opinion publique apparaît d'autant plus précieux que la position de ceux qui les emploient en dépend largement. L'analyse de plusieurs campagnes syndicales menées en Californie dans les années 1980 a montré l'importance de cette coordination pour le succès de l'action. Les revendications des employées municipales de San José et des infirmières du district de San Francisco ont abouti non seulement parce que les besoins des usagers ont été scrupuleusement pris en compte, mais aussi parce que, pour recevoir l'écho nécessaire dans l'opinion publique, le mouvement s'est allié à des organisations féminines (en soulignant l'intérêt de la campagne pour la promotion de l'égalité entre les sexes) et a fait cause commune avec des groupes comme celui des gardiens d'immeubles ayant des préoccupations sociales voisines (Johnston, 1994).

Les enseignements à tirer de ces cas dépassent largement le secteur public. Les gardiens d'immeubles précisément ont participé à une opération devenue célèbre « Justice for Janitors », lancée par le Service Employees International Union. Elle court-circuitait la législation américaine sur les relations professionnelles parce qu'elle visait non pas tel ou tel employeur, mais certains marchés du travail dans une zone géographique donnée. Là encore, le mouvement, qui concernait essentiellement des personnes d'origine mexicaine a mis

l'accent sur la dimension libertés civiles des revendications, notamment celle de l'égalité, en plus de tisser des liens avec des organisations de défense des droits de l'homme, des associations religieuses et féminines et d'autres institutions communautaires. Il a réussi à atteindre, alors que le travail était de plus en plus organisé en sous-traitance, les sous-contractants groupés et, au-delà, les firmes qui y avaient recours. La réussite a dépassé toutes les attentes.

Bien d'autres exemples (Bronfenbrenner et al, 1998 ; McBride, Greenwood, 2009 ; Servais, 1997 ; Holdcroft, 2009 : 105-108 ; Rothstein, 1997) soulignent l'intérêt de la coopération entre syndicats et associations fondées sur des communautés ethniques (d'immigrants asiatiques, par exemple), des institutions religieuses de diverses confessions, des associations de consommateurs (avec la menace de boycott de certains produits, comme ceux fabriqués par des enfants). Soulignons également le rôle des femmes et de leurs associations comme ferments de cohésion sociale. Dans leur diversité, ces faits rappellent que les personnes au travail ne s'identifient pas complètement à ce dernier ou à des rapports sociaux de production.

Je distinguerai maintenant trois types de groupements en fonction de leur parenté avec les partenaires sociaux traditionnels (Servais, 1997 : 50 et ss ; Bayat, 2000). Les premiers constituent de véritables organisations de travailleurs, même si leurs structures et appellations les éloignent des formes habituelles. Elles restent nombreuses dans les pays en développement et prennent le nom, par exemple, de fraternités, de coopératives, de sociétés et de mutuelles, et ce, tout en possédant les caractéristiques des syndicats.

Les mouvements associatifs poursuivant une fin sociale, mais créés avec des objectifs différents – normalement plus limités – de ceux des syndicats, forment un deuxième type d'organisation. À l'instar des confédérations de travailleurs, ils agissent en tant que corps intermédiaires entre leurs membres et la société civile. On trouve parmi eux les groupements de femmes, d'écologistes, d'usagers ou de minorités ethniques. L'élaboration de programmes communs, même limités dans le temps, dans l'espace et dans le contenu, s'avère évidemment plus difficile à réaliser qu'à recommander. Les membres d'un syndicat peuvent ainsi manifester des réserves à l'égard de

telle ou telle de leurs revendications. On a également dénoncé des dérives associatives vers trop de bureaucratie ou d'esprit marchand ainsi qu'une trop grande médiatisation avec les risques d'abus que cette situation entraîne⁴. Une focalisation excessive sur le bénévolat remettrait en cause le principe même du service public. Il n'empêche que ces alliances existent et qu'elles ont connu des succès.

Quand les pouvoirs publics nationaux, régionaux ou locaux constatent l'utilité d'une telle association, leur rôle à son égard change. Il se fait plus mobilisateur que police (voir aussi Donzelot, 2006) et consiste à reconnaître cet acteur, à favoriser son développement et son accès à l'information (en éliminant les obstacles et les pratiques hostiles), à consacrer les institutions qu'il crée (ou à participer à leur création), à faciliter les rapports avec d'autres groupements. En bref, l'État doit jouer moins la fonction d'un tuteur que celle d'un inspirateur et d'un médiateur qui crée un environnement propice au dialogue. Il peut proposer des structures de communication qui facilitent cette concertation, intégrer ces groupements aux organismes qui mettent en œuvre des politiques sociales de formation professionnelle, de crédit, de sécurité sociale, étendre le champ de leurs négociations autonomes ou, encore, les faire participer systématiquement à l'élaboration des politiques sociales, ainsi que des lois qui les traduisent en mesures durables. L'État ne doit pas se limiter à promouvoir ces formes renouvelées de participation, mais doit encore assurer une bonne coordination entre les différents niveaux. Cette mission prend une dimension particulière à l'égard d'activités spécifiques, telles que celles du secteur informel ou des PME, où la concertation sociale éprouve plus de peine à se concrétiser.

Les syndicats, comme ces coalitions à buts sociaux, font partie des ONG. D'autres ONG forment une troisième catégorie. Elles ne se fondent pas, de manière primordiale, sur des principes associatifs. Il s'agit d'institutions diverses allant des églises, des œuvres caritatives et des structures d'entraide (notamment aux chômeurs) jusqu'aux projets de coopération technique, d'assistance au développement ou

4. Voir notamment les articles publiés dans le numéro de mars 1998 de la revue *Esprit*, disponible en ligne au http://www.esprit.presse.fr/archive/review/detail.php?code=1998_3.

de protection de la santé et de la sécurité au travail. On y rencontre ces gens de terrain qui travaillent, à titre privé, à la formation, à l'insertion, à la réinsertion des personnes en voie d'exclusion sociale (chômeurs de longue durée, sans-abri, personnes au bénéfice d'un revenu minimum garanti ou d'une aide sociale, ménages fortement endettés, immigrés clandestins, toxicomanes, etc.). Souvent, ces institutions agissent en collaboration avec les pouvoirs publics locaux, leurs agents de développement et leurs travailleurs sociaux.

Pas plus que celles du deuxième type, ces organisations ne peuvent se substituer aux syndicats et à leur rôle spécifique. Non constituées en associations, et par conséquent non soumises aux règles de démocratie et de responsabilité, elles ne possèdent pas nécessairement la même transparence dans leur fonctionnement, leur financement et leurs objectifs. Elles peuvent cependant se révéler en tant que partenaires efficaces pour la réalisation de projets communs. Les liens fréquents en Amérique latine entre des associations du secteur informel et les églises locales en constituent une illustration.

Ces alliances paraissent moins dans la tradition de l'American Federation of Labour – Congress of Industrials Organisations (AFL-CIO) que dans celle des syndicats européens qui ont tissé de nombreux liens dans le passé avec des coopératives, des mutuelles, des groupements de jeunes ou de femmes et des partis politiques pour former de vastes mouvements sociaux. Je viens toutefois de mentionner des exemples de telles coordinations dans la défense des intérêts de travailleurs en situation précaire. Les syndicats canadiens se situent, à mes yeux, à l'intersection des deux approches. Le phénomène ne se limite pas au plan local ou national. Des alliances se nouent également au niveau transnational (Waterman, 2001).

IIII 2.3 Des niveaux plus variés de concertation

Les espaces de concertation se sont ouverts. Ils concernent tant le niveau transnational et les chaînes d'entreprises que le plan local. Mais les organisations syndicales n'ont pas tiré tout le profit des possibilités d'activités en réseau.

||| 2.3.1 *Le niveau transnational et des réseaux d'entreprises*

Les négociations sociales ont traditionnellement lieu à l'échelon national du secteur d'activité et de l'entreprise, avec une focalisation sur l'un ou sur l'autre, selon les pays et les époques. L'ouverture des frontières aux capitaux et aux produits, la mondialisation de l'économie et, d'abord, sa régionalisation, ont rendu évident le besoin d'assurer des rapports collectifs de travail à ces niveaux. L'idéal consisterait à créer les institutions qui pourraient pallier les conséquences humainement négatives des grandes mutations en cours.

Les normes du travail nationales s'appliquent difficilement à ces rapports supranationaux. Leur diversité constitue un obstacle objectif au développement de ces relations (Gordon et Turner, 2000 ; Verge, 2000 : 287-291). Les exemples de négociation au plan régional ou universel se multiplient néanmoins, même si leur nombre reste limité (Keune et Schmidt, 2009).

Les dispositions adoptées par l'UE pour favoriser le dialogue social à ce niveau présentent un intérêt particulier. L'Europe a joué un rôle de pionnier avec l'établissement de comités d'entreprise européens et la conclusion de véritables accords collectifs de travail d'entreprise multinationale de secteur d'activité ou d'une portée intersectorielle (certaines conventions collectives voient leurs effets généralisés par une directive).

Des initiatives prises ailleurs retiennent aussi l'attention. Des entreprises japonaises ont établi des relations transnationales de coopération avec les syndicats dans le cadre de leur stratégie de mise en valeur des ressources humaines. Les syndicats internationaux lancent régulièrement des actions mondiales dont les médias se font l'écho. Il arrive à des dirigeants de grandes entreprises de nouer des relations avec des syndicats, des groupements écologistes, d'autres ONG, des actionnaires militants, des fonds d'investissement responsable, voire des fonds de pension qui dénoncent les pratiques socialement irresponsables (Gendron, 2006).

Certains pays possèdent des dispositions qui, dépassant les relations professionnelles d'entreprise, concernent le groupe, là où

réside le pouvoir réel de décision. Des accords-cadres, voire de véritables conventions collectives, se concluent au sein d'un groupe d'entreprises⁵.

Le droit français connaît la négociation de groupe sur les questions d'emploi (plans sociaux, emploi des travailleurs âgés et des handicapés). L'employeur et la direction d'établissement peuvent, en Allemagne, conclure des accords d'établissement de groupe, mais non des conventions collectives de travail (Weis, 2009). On trouve là, comme en Autriche ou en France, des conseils de groupes d'entreprises. La jurisprudence espagnole admet la qualification de convention de groupe en tant que convention d'entreprise (Gil y Gil, 2011). Dans ce pays, les accords cherchent à intégrer et unifier les systèmes de relations avec le personnel et de politique sociale. Ils donnent fréquemment la priorité à la mobilité interne au groupe par rapport à des recrutements extérieurs, établissent des principes de mobilité temporaire géographique ou fonctionnelle, et prévoient des restrictions du recours au travail temporaire. Ils peuvent ainsi préciser qu'en cas de licenciements collectifs, l'évaluation de la situation économique négative intervient au niveau du groupe (López Ahumada, 2009). Cela dit, la représentation des travailleurs à ce niveau reste extrêmement pauvre (Cruz Villalón, 2010 ; García, 2010).

Deux entreprises peuvent s'analyser en coemployeurs. On cite souvent l'exemple du démonstrateur d'une marque de produit mis durablement à la disposition d'un supermarché ou d'un grand magasin.

Le droit canadien connaît le concept d'« employeur unique » quand s'observe un lien intime entre deux firmes. Selon la législation fédérale et la jurisprudence du Québec, deux ou plusieurs entreprises exerçant conjointement le contrôle ou la direction d'une pluralité d'établissements constituent un seul employeur en ce qui concerne spécialement les unités de représentation syndicale. Une notion voisine existe aux États-Unis où des négociations conjointes avec plusieurs employeurs ont lieu, par exemple, dans le secteur textile.

5. Une liste de tels accords figure sur le site <http://www.global-unions.org/framework-agreements.html>. Voir aussi Moreau, 2009 : 93-102.

Ces dispositions rappellent l'unité économique et sociale du droit français, formule créée aux fins de représentation collective des salariés. Une juridiction du vieux continent peut simplement conclure, avec la Cour de Cassation française, que deux sociétés du même groupe et de la même branche d'activité, possédant des liens étroits dans leur organisation, leurs finances et leur politique du personnel, ne constituent qu'une seule entreprise (Verge 2003 ; Fudge, 2006).

Les droits anglais, canadien et américain ont en outre forgé la notion d' « employeur conjoint » quand des chefs d'entreprise exercent ensemble l'autorité sur un ou plusieurs travailleurs. Le cas de figure diffère de la responsabilité solidaire imposée dans l'application des conditions légales de travail (Verge, 2003 ; Davies et Freedland, 2006). La législation de l'Ontario contient ainsi des dispositions sur les employeurs conjoints qui visent à garantir le déroulement des négociations collectives et permettent au syndicat d'obtenir sa reconnaissance sur ce plan. La coentreprise se rencontre également en droit suisse.

|||| 2.3.2 *Le niveau territorial*

Des formes de concertation sociale locale ou régionale existent dans quelques pays européens (European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2011 ; Stone, 2008 : 134). La réussite de plusieurs expériences en Italie, dans les années 1980, en Irlande ou en Belgique, plus récemment, a démontré l'intérêt à concevoir et appliquer des solutions concrètes à ce niveau, et l'utilité pour les pouvoirs publics d'encourager le dialogue local. Elles impliquent fréquemment de multiples partenaires, bien au-delà des relations professionnelles traditionnelles.

En Italie, les trois syndicats les plus importants d'Emilie Romagne et les quatre principales associations d'employeurs représentant des entreprises artisanales (moins de 20 salariés) ont conclu, dès 1983, des arrangements pour le développement de ces entreprises. Ils ont été renouvelés par la suite. Les gouvernements locaux ont fourni des biens collectifs qui ont allégé les coûts des entreprises, voire ceux à charge des travailleurs. Les succès remportés constituent des exemples souvent étudiés, même si la formule paraît aujourd'hui

en crise (Hainaut, 2006 : 11-17). Plus récemment, des syndicats, des associations de commerçants ou de quartiers, des groupes d'usagers (spécialement des femmes) et, quelquefois, des organisations d'employeurs, ont conclu des conventions relatives aux horaires dans la cité, avec les autorités municipales de plusieurs villes italiennes. Ces arrangements *sui tempore della città* tendent à mieux coordonner les heures d'ouverture des services publics, des commerces et des bureaux, les rythmes des transports publics et les temps de travail (Bonfiglioli et Mareggi, 1997). De même, certaines municipalités, comme celle de Milan, concluent avec les syndicats et les associations patronales, ainsi que d'autres groupements locaux intéressés et les autorités publiques provinciales et lombardes, de véritables accords de promotion de l'emploi qui visent spécialement des catégories de personnes vulnérables telles que les émigrés ou les travailleurs âgés (European Industrial Relations Review, 2003 : 23-25).

Des expériences de dialogue social territorial se sont développées en France également depuis les années 1990. Elles vont, semble-t-il, de pair avec la décentralisation engagée quelques années auparavant et favorisent la mobilisation d'acteurs multiples, publics et privés, autour de projets d'insertion professionnelle mieux en phase avec les caractéristiques économiques locales. Ce mode de discussion paraît à certains mieux appréhender les processus plus souples de production et d'emploi. L'objectif serait d'introduire la négociation collective dans la sous-traitance et les entreprises petites ou artisanales. Les accords de site, prévus par la loi française, pourraient s'inscrire dans cette logique (Jobert, 2006 : 190-195).

En Irlande, un accord signé en 1994, et renouvelé à plusieurs reprises, a ajouté une dimension au tripartisme : l'engagement formel du gouvernement et des partenaires sociaux de stimuler les activités locales et celles des petites communautés en faveur du maintien et de la création de postes de travail. Les accords nationaux tripartites ont également encouragé les partenariats locaux comprenant les employeurs et les travailleurs, la communauté locale et les corps locaux constitués, ainsi que l'élaboration par ceux-ci de stratégies « sur mesure » contre le chômage. Cet exemple souligne l'importance d'assurer l'articulation de l'échelon local avec les autres niveaux.

La Belgique constitue un autre cas intéressant. Des opérations y sont en effet menées en vue de la création d'emplois au niveau local, à travers des institutions tripartites appelées agences locales pour l'emploi.

Ces actions jouent un rôle significatif en faveur de l'intégration sociale. Il ne convient pas de forcer le trait ; la tentation existe chez les autorités de se défaire sur les acteurs locaux (Donzelot, 2008). Là toutefois où les syndicats participent à des programmes sociaux, s'associent à une concertation, nationale ou locale, ou se joignent à la reconstruction d'un contrat de communauté, là s'atténuent à tout le moins les phénomènes de violence urbaine, de grand vandalisme et d'insécurité. Il est difficile d'attribuer cette corrélation au hasard quand ces organisations constituent encore, loin devant les autres ONG, les groupes intermédiaires les plus représentatifs des sociétés démocratiques.

La méfiance bien connue des Américains à l'égard du pouvoir central a amené certains penseurs à privilégier l'initiative bénévole et l'action associative autonome par rapport à une approche plus institutionnelle et au recours à l'État, considérant que le travail politique devait se faire à cette échelle (Rifkin, 1995 : 239 et ss ; Piore, 1995). Les résultats mitigés obtenus dans la pratique conduisent cependant à éviter les vues trop dogmatiques et les positions radicales. Parallèlement, les syndicats américains portent aujourd'hui davantage leurs efforts d'organisation vers les lieux de résidence et les communautés locales. Ils tendent à créer des conseils de travail à ce niveau et portent une attention spéciale aux minorités ethniques, notamment (Ontiveros, 2004 ; Hyde, 2006 ; Stone, 2008).

|||| REMARQUES FINALES : LA RECHERCHE D'UNE MISE EN PHASE À L'OIT

L'OIT a cherché à stimuler ces éléments porteurs d'avenir, à s'ouvrir et à ouvrir les organisations syndicales et patronales à ces acteurs nouveaux. Les résultats restent timides, mais profondes subsistent

les divisions entre pays, patronats et syndicats. Les consensus se dégagent laborieusement.

Une place à part revient à la Déclaration votée par l'OIT en 1998 sur les principes et droits fondamentaux au travail. L'instrument dépasse en effet le cadre interétatique. Il se concentre sur les droits sociaux fondamentaux, dont la liberté syndicale, qu'il énonce sans détailler les moyens spécifiques de les mettre en œuvre. Sa valeur contraignante reste limitée, et les procédures de suivi nettement moins exigeantes que les mécanismes traditionnels de contrôle de l'OIT. Les premiers destinataires continuent d'être les États Membres, invités à prendre des mesures d'application. On souligne à cet égard le rôle du document dans la ratification des conventions pertinentes. Les nouveaux acteurs mondiaux peuvent toutefois l'utiliser aisément comme référence en raison même de la généralité de sa formulation. Il peut servir à définir les règles à suivre, communes à l'OIT et aux grandes institutions financières internationales, dans leurs actions à l'échelle des pays. Ses dispositions peuvent s'intégrer dans les chartes sociales adoptées par des instances régionales (UE, Conseil de l'Europe, Alena, Mercosur, en particulier). Le document peut inspirer les entreprises multinationales quand elles rédigent leurs codes de conduite sociale ou définissent les critères à observer pour leurs rapports ou leurs audits dits sociaux. Il influence les initiatives prises par les grandes ONG pour amender les droits nationaux ou, plus fréquemment, pour en assurer un meilleur respect.

La Conférence de l'OIT a adopté en 2008 une nouvelle Déclaration, dite sur la justice sociale, pour une mondialisation équitable, confirmant ainsi sa volonté de s'adapter aux transformations engendrées par la mondialisation. Le document demande à l'OIT d'adapter ses pratiques afin de tirer le meilleur parti de sa structure tripartite et de son système normatif. Le but consiste notamment à « établir, en consultation avec les organisations nationales et internationales représentatives de travailleurs et d'employeurs, de nouveaux partenariats avec des entités non étatiques et des acteurs économiques tels que les entreprises multinationales ou les syndicats opérant à l'échelon sectoriel mondial ». La nouvelle Déclaration renforce par

conséquent la capacité de l'Organisation à étendre ses activités au-delà des relations purement interétatiques ; elle permet une collaboration plus franche avec les nouveaux acteurs mondiaux. Le texte peut être utilisé pour élaborer des projets communs, non seulement avec d'autres agences internationales, y compris les grandes institutions financières et les entités régionales, mais aussi avec des compagnies multinationales et des ONG.

La représentation des partenaires sociaux a constitué une chance pour l'OIT et lui a permis de répondre aux préoccupations concrètes du monde du travail. Mais le tripartisme a aussi rendu ses structures plus rigides (Baccaro et Mele, 2010). Il a rendu difficiles ses relations qui vont au-delà de la collaboration interétatique et concernent des acteurs mondiaux non étatiques, unions d'États, entreprises multinationales, grandes ONG. La Déclaration de 2008 cherche à surmonter ces obstacles et à encourager des modes de coopération avec les nouveaux protagonistes.

|||| BIBLIOGRAPHIE

- Arrowsmith, James et Paul Marginson, « The European Cross-border Dimension to Collective Bargaining in Multinational Companies » (2006) 12:3 *European Journal of Industrial Relations* 245.
- Baccaro, Lucio et Valentina Mele, *Pathologies of Path-Dependency: The ILO's Standard-Setting Model and the Challenge of 'New Governance'*, Paper presented at the Workshop "The Idea of Labour Law", Cambridge University, 8-9 avril 2010.
- Bayat, Asef, « Social Movements, Activism and Social Development in the Middle East », (2002), en ligne : United Nations Research Institute for Social Development <<http://www.unrisd.org>>.
- Ballesterio, Maria Vitoria, « La grève en droit italien » (2004) 4 *Droit Social* 386.
- Bonfiglioli, S et M Mareggi, « Il tempo e la città fra natura e storia. Atlante di progetti sui tempi della città » (1997) 12 *Urbanistica Quaderni* 6.

- Bronfenbrenner, Kate *et al.*, dir, *Organizing to Win: New Research on Union Strategies*, Ithaca, ILR, 1998.
- Bureau des activités pour les travailleurs du Bureau international du Travail, *Main-d'œuvre non protégée: quel syndicalisme pour l'économie informelle?* (2002) 127:2 *Éducation ouvrière*.
- Cruz Villalón, Jesús, « La representación de los trabajadores en los grupo de empresa » dans Fernando Valdés Dal-Ré et Maria Luisa Molero Maraño, dir, *La representación de los trabajadores en las nuevas or ganizaciones de empresa*, Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2010, 55.
- Davies, Paul et Mark Freedland, « The Complexities of the Employing Enterprise » dans Guy Davidov et Brian Langille, dir, *Boundaries and Frontiers of Labour Law: Goals and Means in the Regulation of Works*, Oxford, Hart, 2006, 273.
- De Luca-Tamajo, Rafaële et Adalberto Perulli, « Droit du travail (dans ses dimensions individuelle et collective) et décentralisation de la production », *Rapport général sur le thème II*, Congrès mondial de droit du travail et de la sécurité sociale, Paris, 6-8 septembre 2006.
- Dioby, Claude et Annette Jobert, *L'entreprise en restructuration: dynamiques institutionnelles et mobilisations collectives*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010.
- Donzelot, Jacques, « Refonder la cohésion sociale » (décembre 2006) *Esprit* 5.
- Donzelot, Jacques, « Le social de compétition » (novembre 2008) *Esprit* 51.
- Editors, « Competing Conceptions of Representational Legitimacy » (2011) 32: 4 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 841.
- European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *SMEs in the Crisis: Employment, Industrial Relations and Local Partnership*, Dublin, 2011, en ligne: <http://www.eurofound.europa.eu>.
- European Industrial Relations Observatory on-line, *Temporary Agency Work and Collective Bargaining in the EU*, 2009, en ligne: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0807019s>.
- Fudge, Judy, « The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers and Labour Protection » dans Guy Davidov et Brian Langille, dir, *Boundaries and Frontiers of Labour Law: Goals and Means in the Regulation of Works*, Oxford, Hart, 2006, 295.

- García Quiñones, Juan Carlos, « La representación sindical interempresa o territorial » dans Fernando Valdés Dal-Ré et Maria Luisa Molero Marañón, dir, *La representación de los trabajadores en las nuevas or ganizaciones de empresa*, Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2010, 125.
- Gelot, Didier, « Travailleurs pauvres et syndicalisme – L'exemple américain » (2010) 6 *Droit Social* 615.
- Gendron, Corinne, *Le développement durable comme compromis: la mondialisation écologique de l'économie à l'ère de la mondialisation*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2006.
- Gil y Gil, José Luis, « La négociation collective dans les groupes de sociétés en droit espagnol » (2011) 1 *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 23.
- Gordon, Michael E et Lowell Turner, dir, *Transnational Cooperation Among Labor Unions*, Ithaca, ILR, 2000.
- Hainaut, Carol, « Quel avenir pour les “districts industriels” ? » (2006) 2893 *Problèmes économiques* 11.
- Holdcroft, Jenny, « Organiser le ghetto High-Tech de la mondialisation » (2009) 1:1 *Journal international de recherche syndicale* 99.
- Hyde, Alan, « New Institutions for Worker Representation in the United States: Some Theoretical Issues » (2006) 50 *New York Law School Law Review* 385.
- Jobert, Annette, « Enjeux et dynamique du dialogue social territorial » (2006) 192 *Pour* 190.
- Johnston, Paul, *Success While Others Fail: Social Movement Unionism and the Public Workplace*, Ithaca, ILR, 1994.
- Keune, Maarten et Verena Schmidt, « Stratégies mondiales du capital et réponses des syndicats : vers une négociation collective transnationale ? » (2009) 1:2 *Journal International de recherche syndicale* 11.
- Körner, Marita, « La transformation du contrat de travail » en « Tendances actuelles du droit social allemand », Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1998, 24, en ligne : http://comptrasec.u-bordeaux4.fr/sites/default/files/revue_free_pdf/1998-RDCTSS.pdf.
- López Ahumada, Eduardo, « Le contenu des conventions collectives des groupes d'entreprises », Document de travail, Centre de droit

- comparé du travail et de la sécurité sociale, Université Montesquieu-Bordeaux IV, avril 2009.
- Lyon-Caen, Gérard, *Le droit du travail non salarié*, Paris, Sirey, 1990.
- McBride, Joe et Ian Greenwood, dir, *Community Unionism. A Comparative Analysis of Concepts and Contexts*, Londres, Palgrave Macmillan, 2009.
- Moizard, Nicolas, « La force normative de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail » dans Catherine Thibierge, dir, *La force normative : naissance d'un concept*, Paris, Bruylant, 2009, 598.
- Molero Marañón, Luisa, « La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación » dans Fernando Valdés Dal-Ré et Maria Luisa Molero Marañón, dir, *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2010, 71.
- Moreau, Marie-Ange, « Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe Arcelor-Mittal » (2009) 1 *Droit Social* 93.
- Moreau, Marie-Ange, « Les restructurations dans les groupes multinationaux » (2010) 11 *Droit Social* 1052.
- Morin, Marie-Laure, « Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises » (2005) 144:1 *Revue internationale du travail* 1.
- Novitz, Tonia et Phil Syrpis, « Assessing Legitimate Structures for the Making of Transnational Labour Law : the Durability of Corporatism » (2006) 35:4 *Industrial Law Journal* 367.
- Ojeda Aviles, Antonio, « La sinéresis de los colectivo como rasgo sustancial del Estatuto del Autónomo » (2009) 2:4 *Aranzadi Social* 11.
- Ontiveros, Maria L, « A New Course for Labour Unions : Identity-Based Organizing as a Response to Globalization » dans Joanne Conaghan, Richard Michael Fischl, Karl Klare, dir, *Labour Law in an Era of Globalization : Transformative Practices and Possibilities*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 417.
- Piore, Michael J, *Beyond Individualism : How Social Demands of the New Identity Groups Challenge American Political and Economic Life*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1995.

- Rifkin, Jeremy, *The End of Work: The Decline of the Global Labor Force and the Down of the Post-Market Era*, New York, GP Putnam's Sons, 1995.
- Rothstein, Richard, « La puissance du mouvement syndical aux États-Unis: les leçons de la grève des travailleurs d'UPS » (1997) 136:4 *Revue internationale du travail* 511.
- Sack, Jeffrey, Emma Philips, Hugo Leal-Neri, « Protecting Workers in a Changing Workworld: The Growth of Precarious Employment in Canada, the United States and Mexico » dans Giuseppe Casale, dir, *The Employment Relationship. A Comparative Overview*, Oxford, Hart, 2007, 233.
- Servais, Jean-Michel, « Relations professionnelles, démocratie et cohésion sociale », *Le travail dans le monde 1997-98*, Genève, Bureau international du Travail, 1997.
- Servais, Jean-Michel, « La externalización de la relación de trabajo en los países europeos » (2010) 10 *Revista latinoamericana de derecho social* 263.
- Stone, Katherine VW, « Flexibilization, Globalization and Privatization: Three Challenges to Labour Rights in Our Time » dans Brian Ber-
cussion et Cynthia Estlund, dir, *Regulating Labour in the Wake of Globalization: New Challenges, New Institutions*, Portland, Hart, 2008, 115.
- Tattersell, Amanda, *Power in Coalition: Strategies for Strong Unions and Social Change*, Ithaca, ILR Press, 2010.
- Teyssier, B, « La représentativité syndicale en droit européen » dans *De tous les horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005.
- Valdés Alonso, Alberto, « Facultades de los representantes de la empresa usuaria respecto de los trabajadores en misión » dans Fernando Valdés Dal-Ré et Maria Luisa Molero Marañón, dir, *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2010, 101.
- Verge, Pierre, « How Does Canadian Labour Law Fare in a Global Economy? » (2000) 42:2 *Journal of Industrial Relations* 275.

- Verge, Pierre avec la collaboration de Sophie Dufour, *Configuration diversifiée de l'entreprise et droit du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003.
- Vimercati, Aurora, « La notion de capacité et l'évolution du droit du travail italien » dans Simon Deakin et Alain Supiot, dir, *Capacitas: Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy*, Oxford, Hart, 2009, 97.
- Wank, Rolf, « Germany » dans Roger Blanpain, Takashi Araki et Shinya Ouchi, dir, *Labour Law in Motion: Diversification of Labour Force and Terms and Conditions of Employment. (Bulletin of Comparative Labour Relations)*, La Haye, Kluwer Law International, 2004, 19.
- Waterman, Peter, *Globalization, Social Movements and New Internationalisms*, New York, Continuum, 2001.
- Weiss, Manfred, « Négociation collective et groupe de sociétés en Allemagne », document de travail, Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, Université Montesquieu-Bordeaux IV, avril 2009.



REPENSER LES POLITIQUES DES RAPPORTS COLLECTIFS DE TRAVAIL À L'ÈRE DES ENTREPRISES TRANSNATIONALES

Gregor Murray*

|||| INTRODUCTION

Traditionnellement, les règles du jeu en relations industrielles se définissent en fonction des institutions nationales du travail, tant législatives qu'administratives et judiciaires, c'est-à-dire toujours au

* Gregor Murray est titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur la mondialisation et le travail à l'École des relations industrielles (gregor.murray@umontreal.ca) et directeur du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT) à l'Université de Montréal. L'auteur tient à exprimer toute sa reconnaissance à l'égard du professeur Pierre Verge en raison des multiples contributions de ce dernier à sa propre formation et à sa réflexion portant sur les transformations du droit du travail. Il souhaite également remercier Gilles Duinat, Élise Panier et Matthieu Pelard de leurs apports à ce texte.

sein des frontières nationales, voire même en référence principalement aux compétences sous-nationales dans le cas des États fédéraux comme le Canada. En Amérique du Nord, la représentation exclusive et majoritaire, portée par un seul syndicat au nom de tous les salariés syndiqués, est ce qui permet dans ce cadre d'assurer une certaine démocratie au travail et une forme de citoyenneté industrielle (Coutu et Murray, 2010). Or, la croissance fulgurante des entreprises multinationales (EMN) et de leurs réseaux de production, la redéfinition du rôle de l'État national et la diminution de la présence syndicale mettent en relief les limites de la négociation collective comme principal mode de régulation sociale des activités des EMN. Il n'existe pas en outre de mécanisme de régulation sociale unifié, susceptible de faire se rejoindre de manière simultanée toutes les composantes d'une EMN et encore moins de son réseau transnational de sous-traitants. En effet, cette nouvelle figure de l'entreprise dépasse nettement la portée de la négociation collective qui est le plus souvent limitée à un territoire donné.

Le défi est ainsi de repenser les mécanismes de régulation sociale dans un contexte d'États « décentrés » et d'entreprises transnationalisées. Ce texte explore les impacts de la mondialisation sur les relations de travail et sur la capacité de la réglementation étatique à y faire face. L'objectif est de renouveler et d'élargir les approches des politiques étatiques susceptibles de prendre acte des relations de travail de plus en plus mondialisées. À partir d'une analyse de l'évolution des EMN et de ses conséquences pour les acteurs des relations de travail, ce texte propose une grille d'analyse permettant de comprendre la diversité des approches possibles en matière de politiques étatiques pour faire face aux nouvelles réalités des milieux de travail mondialisés. Car, souvent prisonniers d'un discours qui les condamne à l'inaction, voire à l'impossibilité d'agir, la plupart des gouvernements nationaux, provinciaux et régionaux se retrouvent face à une impasse. Afin d'essayer d'en sortir, nous opposons le pouvoir de contraindre (*hard power* ou pouvoir dur) au pouvoir de convaincre (*soft power* ou pouvoir mou). Cette distinction permet d'élargir le répertoire d'action des pouvoirs publics, au-delà de la négociation collective, en faisant appel à une plus grande variété de politiques et à l'hybridation des différentes formes de régulation

sociale. L'objectif est d'imaginer un cadre de politiques étatiques qui ouvre un espace pour les acteurs traditionnels et les acteurs en émergence afin qu'ils expérimentent de nouvelles formes de relations sociales qui dépassent à la fois les limites du rapport collectif bilatéral classique et celles des juridictions circonscrites qui n'arrivent pas à cerner les véritables contours de l'EMN.

Ce texte se veut un hommage au professeur Pierre Verge, car s'y retrouvent les thèmes que j'ai eu le plaisir d'explorer avec lui. Pierre Verge est une source d'inspiration et d'innovation pour ceux et celles qui souhaitent naviguer sur les frontières mouvantes des études sur le travail et l'emploi. Je pense à deux aspects en particulier¹. D'abord, juriste d'une rigueur exceptionnelle, Pierre Verge est aussi un « pluraliste pratiquant » en ce qui a trait à la compréhension des sources du droit (Verge, Vallée et Trudeau, 2006). Pour lui, la règle peut provenir de multiples sources, pas seulement des actes législatifs et de la jurisprudence, ce qui ouvre son travail à l'étude des faits sociaux, à la compréhension sociologique du travail, aux stratégies des acteurs. Cette conviction profonde a été à l'origine de notre propre collaboration sur l'étude des syndicats et sur l'évolution de l'encadrement juridique de la représentation collective (Verge et Murray, 1991 ; Murray et Verge, 1999). Son ouverture interdisciplinaire se traduit aussi dans de multiples autres collaborations et dans le rôle essentiel qu'il a joué dans la création et le développement du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT). Ensuite, les études de Pierre Verge sont systématiquement à l'avant garde en ce qui a trait à l'intégration des transformations socioéconomiques à l'étude du phénomène juridique. Qu'il s'agisse de la mondialisation (Verge, 2000), des transformations de l'entreprise (Verge et Dufour, 2003) ou des traités de libre-échange (Verge, 2008), Pierre Verge démontre sa capacité d'évaluer le fait juridique à la lumière des transformations plus larges.

La réflexion avancée dans ce texte, qui puise aussi dans les travaux du programme scientifique du CRIMT dont ceux de Pierre

1. Pour un regard plus complet sur l'originalité des travaux de Pierre Verge, voir la contribution de Guylaine Vallée au présent ouvrage.

Verge, a été amorcée dans le cadre d'une collaboration avec une Commission d'enquête dans la juridiction provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador. À la suite d'un long conflit entre une entreprise multinationale brésilienne (VALE, Inc.) et une section locale des Métallurgistes unis d'Amérique sur le site de Voisey's Bay, la Commission devait identifier dans un premier temps les pistes de solution du conflit de travail et s'interroger dans un second temps sur le cadre des politiques étatiques face aux conflits qui relèvent de la transnationalisation de l'organisation de la production et des services (Industrial Inquiry Commission, 2010 et 2011). Sur ce second mandat, la Commission a cherché une collaboration pour mieux identifier des issues possibles sur le plus long terme². Le défi, ainsi établi dans le mandat de cette Commission, est de taille. Ce texte se veut une modeste contribution visant à cerner les contours du problème et à identifier quelques pistes d'ouvertures possibles dans la recherche de politiques adaptées. La première partie du texte se penche sur la nature des transformations en cours et leurs conséquences sur la régulation sociale des relations d'emploi; la seconde offre une grille de lecture pour identifier les pistes d'action et d'élaboration des politiques publiques.

IIII 1. LES NOUVELLES CONFIGURATIONS DES EMN ET LES CONSÉQUENCES SUR LA RÉGULATION SOCIALE DES RELATIONS D'EMPLOI

Le développement économique et la prospérité du Canada et du Québec sont liés à l'histoire des EMN. De la première exploration européenne de l'Amérique du Nord par des entreprises étrangères attirées par la pêche et le commerce des fourrures à la création d'usines canadiennes par des sociétés venant des États-Unis et de

2. Je veux exprimer ma reconnaissance envers les membres de cette Commission – les commissaires John Roil, Randell Earle et Brian Gatien – qui ont chacun contribué à la genèse de ce texte. Les propos ci-avancés n'engagent toutefois que leur seul auteur. Ce texte reprend aussi des idées avancées dans Murray (2012).

Grande-Bretagne en raison des protections tarifaires accordées en vertu du programme d'industrialisation connu sous le vocable « La politique nationale » (*The National Policy*) vers la fin du 19^e siècle, les multiples activités des EMN au Canada ont fait de son économie l'une des plus ouvertes du monde. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, avec une accélération marquée à partir du milieu des années 1970, la mondialisation est associée à la croissance du commerce international par le biais de zones de libre-échange, par l'intégration des nouveaux marchés dans l'économie mondiale et par la montée des EMN et de l'investissement direct étranger. Les EMN jouent donc encore un rôle pivot dans l'internationalisation actuelle des relations économiques mondiales. Les manières dont les filiales sont reliées aux sociétés mères, le type de mandats et d'emplois assignés aux opérations canadiennes des sociétés mondiales, ainsi que la marge dont disposent ces filiales dans la conception de leur politique d'emploi et dans la recherche d'innovations sont autant d'indicateurs de ces transformations (Murray *et al.*, 2014).

IIII 1.1 Les déterminants des pratiques en matière d'emploi

Les EMN sont un laboratoire unique pour la compréhension de l'interface entre les différents types de systèmes d'affaires nationaux. Plusieurs études suggèrent que les EMN transportent l'ADN du système d'affaires de leur pays d'origine (Berger, 2005 : 47). Ainsi, une entreprise japonaise ne se comporte pas comme une entreprise suédoise. En d'autres termes, les entreprises fonctionnent à l'intérieur de structures institutionnelles qu'elles transposent dans leurs opérations (Hall et Soskice, 2001). Ce phénomène de transposition est envisagé, soit en termes « d'effets du pays d'origine », soit selon le « pays d'accueil », soit en termes de « dualité institutionnelle ».

Selon la thèse du *pays d'origine*, les EMN transportent dans leurs filiales des attitudes et des comportements qui se sont forgés dans leur environnement d'origine (Ferner, 1997 ; Harzing, 1999 ; Almond *et al.*, 2005). Plus particulièrement, les EMN originaires des États-Unis, dans les opérations de leurs filiales, ne modifient guère leurs comportements afin de se conformer au contexte du pays d'accueil,

mais mettent en œuvre des politiques et des pratiques commerciales similaires à celles que l'on retrouve aux États-Unis (Edwards et Ferner, 2002). Ce comportement qui est souvent observé dans les pratiques d'emploi des EMN provenant des États-Unis ressort par exemple d'une préférence nette pour l'absence de syndicats ou de la mise en place de nombreux programmes d'égalité (Ferner, 1997; Gunnigle *et al.*, 2005). Si de telles pratiques reflètent le système d'affaires des États-Unis, il en va de même pour celles des EMN provenant des pays européens bien connus pour leur forte tradition de dialogue social. Dans ce second cas, les filiales seraient prédisposées, dans leurs opérations à l'étranger, à pratiquer la consultation des employés et à garantir la participation des syndicats.

La thèse du *pays d'accueil* indique que les EMN étrangères ne peuvent pas transposer les pratiques depuis leur pays d'origine. Elles doivent plutôt s'adapter au contexte local (Child, 2000; Geppert et Clark, 2003; Ferner *et al.*, 2005). Les exigences légales et la dynamique du marché du travail local impliquent selon cette analyse que les EMN adoptent progressivement les pratiques du pays d'accueil, notamment les pratiques d'emploi.

La thèse de la *dualité institutionnelle* met pour sa part en avant le caractère hybride des effets institutionnels du déploiement des activités des EMN. En tant qu'acteur stratégique, l'EMN cherche à tirer profit de la « distance institutionnelle », à savoir des écarts entre l'environnement du pays d'accueil et celui de son pays d'origine. Une EMN allemande pourrait par exemple chercher à localiser ses opérations dans un environnement institutionnel où elle n'est pas soumise à la codétermination ou aux conseils du travail, comme c'est le cas dans son pays d'origine (Dörrenbächer, 2004; Meardi *et al.*, 2009).

IIII 1.2 Prise de décision et contrôle au sein des EMN

Les pratiques d'emploi des EMN ne sont pas seulement l'expression des effets institutionnels du pays d'origine ou du pays d'accueil, ou de leur hybridation. Une EMN est également un système politique traversé par des conflits d'intérêts. De nombreuses études soulignent en particulier comment les directions des filiales et des sites cherchent à

affermir leur rôle au sein de l'EMN (voir Geppert *et al.*, 2003 ; Kristensen et Zeitlin, 2005). L'autonomie relative des filiales peut refléter la politique corporative ou, encore, la concurrence que se livrent les filiales en recherche d'influence au sein de leur EMN. Puisque les politiques des sièges sociaux changent fréquemment, les gestionnaires locaux cherchent à atténuer leurs effets et à protéger sur le long terme les compétences et l'avantage compétitif de leur filiale au sein de l'EMN, d'où l'importance de la manière dont le degré d'autonomie locale est mis en pratique et dont des ressources sont à la disposition des cadres pour défendre leur cause au sein de l'EMN (Bélanger *et al.*, 2013). Les EMN ne sont pas de simples structures hiérarchiques *top-down*, mais plutôt des réseaux de ressources développés dans différents espaces et dans lesquels la capacité à innover devient la source principale de l'avantage compétitif. La question est ainsi de savoir dans quelle mesure les cadres locaux d'une EMN ont à leur disposition les outils nécessaires pour développer leur autonomie et défendre leur part des opérations mondiales.

1.3 Les réseaux de production

Un des principaux changements au sein des EMN a consisté en leur réorganisation en réseaux de production. Ce changement dans l'architecture de l'entreprise concerne aussi bien ce qui est produit en son sein que ce qui se produit en dehors de ses frontières. Car, auparavant, les entreprises intégraient beaucoup de fonctions différentes au sein d'une structure hiérarchique unique afin de réduire les risques, d'assurer la continuité de l'approvisionnement, de maîtriser le processus d'innovation et de protéger la propriété intellectuelle. Cette façon de faire a désormais totalement changé au profit des fonctions créatrices de valeur et de l'externalisation des autres activités à des sous-traitants ou à des intermédiaires (voir Berger, 2005 ; Reich, 2007). Les technologies de l'information permettent d'assurer la coordination des fonctions au sein et à l'extérieur de l'entreprise en temps réel. La réduction des entraves aux échanges commerciaux et l'innovation dans les infrastructures et dans les technologies du transport (par exemple, la conteneurisation) permettent en outre aux entreprises de conclure des contrats au-delà des frontières.

La financiarisation de l'économie accentue ce phénomène car les activités financières des EMN deviennent un élément central de leur rentabilité. Les pressions continues sur la valeur boursière (*shareholder value*) poussent les réseaux de production des EMN à ne viser que des résultats sur le court terme et à atteindre des flexibilités et économies de coûts maximales dans leurs opérations régionales et dans leurs réseaux de fournisseurs (Lazonick et O'Sullivan, 2000). À partir de leur contrôle des prix de transfert et des technologies utilisées dans l'ensemble des activités de l'entreprise, les EMN ont aussi toute discrétion sur où et comment répartir leur profit afin d'optimiser les avantages fiscaux de leurs activités (Lazonick, 2013).

Ces nouveaux réseaux de production donnent ainsi lieu à des structures d'entreprise plus mouvantes. Les sociétés peuvent facilement déplacer leurs opérations dans des juridictions à plus faible coût. C'est le cas des grandes entreprises au Canada comme Bombardier qui recourt au montage partiel de la fabrication au Mexique et à la sous-traitance des services techniques en Inde. Les EMN peuvent ainsi effectuer un « magasinage » comparatif entre les territoires – ce que l'on appelle communément « les tournois de localisation » –, en les opposant les uns aux autres dans la recherche des conditions les plus avantageuses en matière de subventions, de traitement fiscal, de formation, de coût et de qualité de la main-d'œuvre, etc.

|||| 1.4 Politiques et compétitivité

Cette mobilité des activités des EMN pose des défis considérables aux gouvernements nationaux et régionaux qui, pour reprendre l'analogie de Markusen (1996), veulent constituer des *sticky places in slippery spaces*, à savoir des lieux où le capital étranger est le plus susceptible de rester malgré cette mouvance transfrontalière continue. Les gouvernements tentent alors de revoir leurs programmes afin d'être les plus attrayants possible en termes d'infrastructures, d'accès aux marchés (par les règles commerciales), d'incitatifs à l'installation, de traitement fiscal, de qualité et de coût du travail, de poids de la réglementation, etc.

Cette concurrence peut aboutir à des types de politiques semblables d'une juridiction à l'autre. Les gouvernements cherchent ainsi à rendre leur territoire plus attrayant par la promotion des pôles de connaissances ou d'expertises et le développement des actifs « incorporels », tels que l'apprentissage et les comportements coopératifs (Rutherford et Holmes, 2007 : 523)³. Dans le cas de l'industrie de l'automobile en Ontario, on peut citer les programmes d'appui à la recherche-développement chez les fournisseurs, les crédits d'impôt pour l'innovation, ainsi que les programmes visant à favoriser les liens entre l'industrie et la recherche universitaire, à améliorer la qualité des services publics en matière de santé et d'éducation, ou encore à développer la formation professionnelle et les institutions de partenariat (Rutherford et Holmes, 2008). Un autre exemple est celui de l'industrie aérospatiale à Montréal, où des programmes gouvernementaux, des initiatives des parties prenantes en matière de formation professionnelle et des relations de travail de type coopératif axées sur le développement de l'industrie ont contribué à la réussite de ce secteur, en dépit de la délocalisation de certaines activités de fabrication dans des installations moins coûteuses.

1.5 Syndicats à l'ère des EMN transnationales

Les réseaux de production transnationaux posent des défis importants aux syndicats nationaux et locaux. D'abord, en raison de leur ampleur et de leur dispersion géographique, les négociations collectives avec les EMN ne concernent typiquement qu'une petite partie de leurs opérations. Ensuite, les fonctions principales des EMN sont réparties à travers différents points d'un plus vaste réseau de production et peuvent être redéployées ailleurs dans ce même réseau. La logique d'une filiale desservant un marché national à partir d'une unité de production installée dans le pays est très différente de celle d'une filiale cherchant à sauvegarder son rôle international dans un réseau de production transnational en perpétuelle transformation.

3. Par rapport à un actif corporel, comme une autoroute ou un service de télécommunications, les actifs incorporels ont trait aux aptitudes collectives, comme l'apprentissage et la coopération.

De plus, les conditions socioéconomiques et la présence syndicale dans les unités de production de ces réseaux sont très inégales. Enfin, les EMN suscitent la concurrence et sollicitent des concessions de la part des acteurs sur leurs différents sites; les travailleurs et leurs chefs syndicaux en sont pleinement conscients.

Ces changements déstabilisent les notions traditionnelles de la solidarité syndicale qui sous-tendent en principe la négociation collective. La taille et le caractère transnational des EMN transforment les règles du jeu. Ces entreprises ont de plus en plus d'options lorsqu'il s'agit de localiser et d'assurer la continuité de leur capacité productive, notamment en cas d'interruption de l'approvisionnement de certains établissements. Le modèle traditionnel de la négociation, selon lequel un syndicat d'un des sites d'une EMN élabore ses revendications sur la base des gains négociés et obtenus par un autre syndicat dans un autre des sites de l'EMN, est par conséquent littéralement renversé. Par ailleurs, les structures décentralisées et fragmentées des syndicats qui caractérisent les relations de travail au Canada n'ont pas vraiment suivi les importants changements de l'organisation des réseaux de production des EMN. Les négociateurs locaux se sentent souvent obligés de proposer et de négocier certaines formes de flexibilité afin de protéger leur établissement au sein du réseau de production. De telles concessions peuvent parfois aboutir à de profondes confrontations entre les travailleurs et la direction, même s'il est évident que ces conflits n'ont plus, dans l'EMN, le même impact que celui qu'ils pouvaient avoir avant.

Cette situation peut également conduire à de nouvelles formes de relations ou de partenariats négociés localement. L'augmentation, au cours des dernières décennies, de la durée des conventions collectives dans plusieurs secteurs industriels au Canada, en particulier au Québec, est l'un des signes de ces pressions plus fortes qui pèsent sur les deux parties qui tendent à négocier une longue période de stabilité pour favoriser notamment des réinvestissements (sur l'augmentation continue de la durée des conventions collectives, voir Bourque, 2010: 56). Les transformations dans l'organisation du travail en sont une autre manifestation, avec l'adoption

de flexibilités aussi bien fonctionnelles (nouvelles classifications des postes fondées sur la polyvalence) que numériques (réduction du nombre d'employés et plus grande liberté temporelle dans leur « utilisation »). Un autre signe de ces changements est le recours de plus en plus fréquent dans la négociation collective aux approches de type « gagnant-gagnant », basées sur un objectif de résolution des problèmes, et aux mécanismes de coopération entre les parties en tant que dispositifs permanents de régulation des relations de travail pendant toute la durée de la convention collective.

Malgré les quelques tentatives à partir des années 1970 visant à développer des structures de coordination du syndicalisme au niveau international, c'est principalement au cours de la dernière décennie que les formes les plus significatives de coordination ont commencé à voir le jour. À partir de 1994, la législation sociale de l'Union Européenne (UE) adopte par exemple un nouveau modèle de consultation transnationale des salariés et de dialogue social européen (Marginson et Sisson, 2004). Les EMN présentes dans plus d'un État membre de l'UE se voient alors obligées de consulter les représentants des travailleurs sur une base annuelle, ce qui introduit un dialogue transfrontalier régulier entre les représentants du personnel et syndicaux de divers pays sur les différents aspects du plan d'affaires de leur compagnie. Il arrive même dans quelques cas que la direction de la compagnie étende ce dialogue social aux représentants des travailleurs et des syndicats de leurs sites opérant hors UE.

Pendant cette même période, la fin de la Guerre froide favorise en outre l'unification progressive des structures du syndicalisme international qui se heurtait jusque-là, et en raison de ce contexte, à de sérieuses rivalités idéologiques et organisationnelles (Croucher et Cotton, 2009). Le développement des Fédérations syndicales internationales (FSI ou *Global Union Federations*), en particulier, a permis un meilleur rassemblement des syndicats nationaux (de différents secteurs d'activité) dans une structure globale de coordination, comme dans le cas d'IndustriAll qui réunit les principales organisations syndicales nationales du secteur industriel. Ces FSI facilitent notamment l'échange d'informations entre les différents

sites d'une même compagnie. Cela peut même prendre une forme permanente de coordination comme l'illustre par exemple la mise en place dans le cadre de certaines compagnies de Conseils mondiaux d'entreprise qui s'engagent dans un soutien mutuel plus actif et dans des campagnes internationales de solidarité ou de concertation. Face aux asymétries de pouvoir qui caractérisent leurs relations avec les EMN, les syndicats locaux ressentent ainsi le besoin d'échanger de l'information, même si de tels échanges sont souvent fragilisés par le contexte concurrentiel auquel ils doivent faire face (Lévesque et Murray, 2010 ; Hennebert et Dufour-Poirier, 2013). Cependant, peu d'exemples d'une réelle coordination de la négociation collective et encore moins d'une négociation collective transfrontalière sont à noter dans ce cadre.

Les FSI ont néanmoins cherché à promouvoir le développement des Accords-cadres internationaux (ACI). Le premier de ces accords a été adopté en 1988 dans l'EMN française Danone, et on compte en 2014 un peu plus de 100 (n= 105) accords-cadres signés entre des EMN et des FSI (voir Global Unions, 2014). Ces accords ressemblent toutefois moins à des conventions collectives qu'à des ensembles de principes. S'ils visent à établir un cadre en vue de favoriser de bonnes relations et de permettre un dialogue social continu à travers différents pays, et en particulier au-delà des frontières européennes où les systèmes de relations industrielles sont moins solidement ancrés, ces accords n'ont aucune force juridique et demeurent souvent associés à de simples déclarations de principes généraux. Ils peuvent néanmoins jouer un rôle dans les activités des EMN dans les pays en développement, parfois auprès de leurs fournisseurs, car un accord typique comprend l'adhésion de principe de l'EMN aux principales normes édictées par l'Organisation internationale du travail, ce qui veut dire par exemple que l'EMN reconnaît parfois la liberté d'association dans tout son réseau de production. Ainsi, malgré leur caractère de simple engagement moral, l'originalité des ACI réside dans l'ambition de couvrir les opérations de l'EMN dans leur intégralité, objectif que les législations du travail nationales actuelles ne peuvent atteindre.

1.6 Les autres intervenants de la communauté et la responsabilité sociale des entreprises

La multiplication des associations communautaires et des groupes d'intérêts concernés par le comportement des EMN transforme à son tour les rapports entre les gouvernements, les EMN et les syndicats. Ces acteurs interviennent sur des questions liées par exemple au développement durable, aux conditions de travail et environnementales, autant au niveau local qu'au niveau international. Des organisations non gouvernementales (ONG) comme le WWF (World Wildlife Fund – Fonds mondial pour la nature), le Sierra Club, ou encore des organisations religieuses font ainsi preuve d'une réelle capacité à imposer un dialogue avec les EMN dans différents forums, qu'il s'agisse de réunions d'actionnaires, de commissions parlementaires ou de rassemblements publics, etc.

Les EMN, soucieuses de leur image de marque, sont souvent vulnérables à la publicité négative que ces organisations peuvent parvenir à diffuser. Beaucoup d'entreprises cherchent alors à cultiver leur image de responsabilité sociale à la fois au niveau interne (appartenance et mobilisation des employés) et au niveau externe (clients de chaînes d'approvisionnement et clients-utilisateurs) en adoptant des codes de conduite. Si ces initiatives ont été vues uniquement dans un premier temps comme l'expression unilatérale de bonnes intentions de l'entreprise – comme de simples exercices de relations publiques –, une nouvelle génération d'initiatives plus complexes agit aujourd'hui sur plusieurs plans et fait appel à de multiples intervenants.

1.7 Les nouveaux mécanismes de régulation et leurs interconnexions

Ce contexte a conduit à l'apparition de nouveaux mécanismes de régulation sociale. Les Nations Unies et l'Organisation internationale du travail (l'OIT) ont adopté des normes universelles sur les droits humains et sur le travail qui sont aujourd'hui reprises aussi bien dans les décisions judiciaires nationales (spécialement par la

Cour suprême du Canada) que dans les initiatives privées telles que les ACI. Le Pacte Mondial du Secrétaire Général des Nations Unies portant sur les normes de la responsabilité sociale des entreprises encourage dans ce sens les sociétés à aligner leurs activités et leurs stratégies sur dix principes universellement admis dans le domaine des droits de l'homme, du travail, de l'environnement et de la lutte contre la corruption (Vogel, 2010).

Il y a aussi des mécanismes sectoriels qui émergent, tels que l'*Entente sur la Forêt Boréale Canadienne* qui réunit des compagnies d'approvisionnement et de consommation de l'industrie des produits forestiers et des organisations environnementales dans un dialogue sur les pratiques durables (Marotte, 2011). La nouvelle norme de l'Organisation internationale de normalisation (ISO) sur la responsabilité sociale des entreprises, connue sous le nom d'ISO 26000 et adoptée en 2010, est un autre exemple de ces nouveaux mécanismes de régulation. Cette norme recouvre, entre autres, les droits de l'homme, les pratiques de travail, l'environnement, les pratiques commerciales équitables (notamment chez et avec les fournisseurs dans les réseaux de production), le service aux consommateurs ainsi que la participation et le développement de la communauté. ISO 26000 est le résultat d'une vaste concertation entre les parties prenantes concernées, ce qui est illustré par le fait qu'elle ne doit donner lieu à aucune certification spécifique, à la différence des autres normes ISO.

À l'échelle nationale, seuls quelques pays (Danemark, France, Royaume-Uni, Suède) imposent aux entreprises de produire des rapports réguliers portant sur leur responsabilité sociale. Une telle exigence constitue un élément important du *patchwork* de réglementations privées et publiques qui se met en place autour des MNE : ainsi soumises à des processus délibératifs qui impliquent la participation de différentes parties prenantes, les directions des filiales des EMN peuvent renforcer leur capacité à interagir avec leur environnement local et mobiliser davantage de ressources dans leurs relations avec le siège social.

IIII 2. DE NOUVELLES APPROCHES DES POLITIQUES ET LEURS CONSÉQUENCES

De multiples défis sont soulevés par les évolutions de la configuration des EMN : les asymétries d'information et de pouvoir de négociation dans les relations d'emploi ; l'importance nouvelle des actifs incorporels pour attirer l'investissement étranger, tels que les relations de travail coopératives, la formation et les liens entre l'industrie et les établissements d'enseignement ; le renforcement des directions locales des filiales dans leurs rapports avec les EMN ; l'importance des outils d'apprentissage et d'échange devant la plus grande diversité de cultures de relations de travail associées aux EMN. Les mécanismes traditionnels de relations de travail apparaissent particulièrement inadaptés face à ces défis. Une approche concentrée exclusivement sur les relations de travail dans les milieux de travail est en effet de nature beaucoup trop étroite pour soutenir les rapports plus collaboratifs que certains espèrent voir se développer entre les organisations représentatives des travailleurs et les EMN. Il faut donc envisager une approche plus large, faisant participer de multiples parties prenantes, ce que cette seconde partie du texte va chercher à faire en tentant d'élargir notre compréhension des options en matière de politiques étatiques.

IIII 2.1 La conception des acteurs

Un premier pas vers l'élargissement des options possibles en matière de politiques publiques concerne la conception des acteurs en jeu.

Adversaires (la conception conflictuelle ou antagoniste). Le régime de relations de travail en Amérique du Nord est fondé sur la prémisse du conflit d'intérêts entre les travailleurs et l'employeur (Murray et Verge, 1999). La législation en matière de rapports collectifs de travail protège le droit d'association des travailleurs et travailleuses et cherche à canaliser ce conflit. L'interdiction d'interférence patronale dans le droit d'association, l'obligation de négocier de bonne foi et l'obligation de paix industrielle pendant la durée d'une convention collective figurent parmi les règles de base qui visent à gérer la

confrontation entre les intérêts en jeu. Sachant que le principe du recours ultime à la grève ou au *lockout* dans le cadre de la négociation de la convention collective demeure néanmoins fondamental, les parties ont toujours le choix, dans la mise en œuvre de leur libre négociation, d'adopter des postures plus conflictuelles ou plus consensuelles selon les circonstances.

Partenaires (la conception partenariale). Sans nier l'existence du conflit d'intérêts, l'approche partenariale met particulièrement l'accent sur les intérêts communs des parties, ce qui vise à valoriser les mécanismes qui favorisent des compréhensions mutuelles du milieu de travail. Les régimes institutionnels qui garantissent aux salariés le droit à l'information et à la consultation à un ou plusieurs niveaux de l'entreprise, comme c'est le cas en Allemagne, illustrent cette conception des intérêts en jeu. En Amérique du Nord, les dispositifs législatifs fondés sur le partenariat sont pour leur part rarissimes. Toutefois, sous l'effet des pressions liées au jeu concurrentiel entre unités locales au sein des EMN et de la nécessité d'assurer la survie des sites, on constate le développement des approches de solutions aux problèmes qui tentent de favoriser le dialogue permanent dans le milieu de travail. Ces partenariats sont souvent fragiles aussi bien en raison du jeu démocratique syndical au sein duquel les travailleurs remettent régulièrement en cause leurs directions syndicales locales, qu'en raison des changements d'orientation des directions d'entreprise, à l'échelle du site, ou du siège social.

Parties prenantes. Une conception classique de l'entreprise suppose que seuls les actionnaires sont les interlocuteurs légitimes de l'entreprise (voir Friedman, 1970). Si la notion de partenariat valorise le rôle des employés en raison de leur parti pris dans la survie et le développement de l'organisation qui les emploie, l'approche de l'entreprise en fonction de son importance sociale pour la vie des citoyens de la communauté s'appuie sur une notion plus englobante, à savoir celle de « partie prenante » ou *stakeholder* (voir, à titre d'exemple, Freeman *et al.*, 2010). Cette conception tend à devenir plus importante dans le contexte de l'évolution des EMN et de leurs réseaux de production, car de multiples parties prenantes, au-delà des actionnaires et des employés directs des EMN, semblent être en

jeu. Cela concerne une variété de groupes particuliers de la population qui sont affectés par les activités des EMN : les fournisseurs, les consommateurs, les ONG, les établissements d'enseignement et de formation ou les peuples autochtones dont les droits doivent être respectés (en vertu d'accords spécifiques). Les pratiques des EMN doivent alors tenir compte de ces autres intérêts de la communauté. Une telle conception suppose ainsi l'entrée en scène d'autres acteurs que ceux qui sont pris en compte dans les approches conflictuelle (première conception) et partenariale (deuxième conception). Les conflits du travail dans les secteurs public et parapublic au Québec fournissent un rare exemple d'une telle conception car, avant d'accéder au droit de grève, les acteurs doivent tenir compte de l'impact qu'aurait un arrêt de travail sur la communauté. La liste des services essentiels du Conseil des services essentiels (maintenant intégré à la Commission des relations du travail) peut ainsi varier en fonction de processus de médiation ouverts à d'autres parties que celles directement impliquées dans la relation de travail (Fontaine, 2008), ce qui démontre une certaine ouverture vers un processus pluripartite intégrant de nombreux intérêts en jeu.

||| 2.2 La nature des objets d'intervention des politiques étatiques

À côté de l'ouverture de la conception des acteurs, un second pas devrait concerner la nature des objets en jeu.

Le strict domaine des relations entre travailleurs et employeurs. Au Canada, les politiques étatiques portant sur les relations de travail se concentrent avant tout sur le rapport direct entre travailleurs et employeurs. On les retrouve en effet principalement dans l'ensemble des lois et règlements relatifs aux relations de travail, et dans les procédures liées à l'exercice des droits et des obligations des parties couvertes par ces règles. Murray et Verge (1999 : 4) parlent ainsi des intérêts du salarié en tant que salarié dans le milieu immédiat du travail.

Le marché du travail au sens large. Les questions relatives à l'emploi dépassent toutefois le seul rapport direct entre travailleurs et

employeurs, car se posent aussi la question de l'accès au marché du travail et celle de l'équité dans le fonctionnement de celui-ci. Selon Murray et Verge (1999: 4), il s'agit alors de tenir compte des intérêts des salariés en tant que salariés sur les plans méso (sectoriel) et macro (provincial, national). À titre d'exemple, on peut citer tout ce qui peut concerner la formation professionnelle ou l'accès à l'égalité de différents segments de la population qui sont des objets sur lesquels l'État intervient par toute une gamme de politiques.

La collectivité et le développement économique. Au-delà du rapport entre travailleurs et employeurs et en plus des préoccupations rattachables au fonctionnement du marché du travail, se posent des questions liées au développement économique et social de la collectivité. Ces préoccupations, de plus en plus évidentes dans un contexte de mobilité grandissante des capitaux, visent la croissance, la compétitivité et l'équité sociale dans les sociétés. Il s'agit donc ici des intérêts des salariés en tant que salarié et en tant que citoyen (Murray et Verge, 1999).

IIII 2.3 Comment concevoir alors les politiques portant sur les EMN et le travail?

Le tableau 1 croise les deux dimensions que nous venons d'analyser, à savoir la conception des acteurs et celle des objets en jeu, afin de véritablement dépasser une vision centrée sur seulement deux types d'acteurs et uniquement au sein du milieu de travail. Il faut en outre imaginer des politiques plus ou moins persuasives, plus ou moins contraignantes. La complémentarité entre le pouvoir de contraindre (*hard power*) et le pouvoir de convaincre (*soft power*)⁴ offre à cet égard une piste mieux à même de tenir compte de la mobilité des EMN entre différents territoires. Il s'agit en définitive ici d'explorer les différents agencements possibles de tous ces aspects en réponse aux défis évoqués ci-haut.

4. Selon Keohane et Nye (1998: 86), le pouvoir contraignant (*hard power*) vise à obliger des comportements autrement moins probables par des contraintes et des récompenses tandis que le pouvoir persuasif (*soft power*) vise le comportement souhaité par l'attraction plutôt que par la coercition.

Adversaires / Strict domaine des relations entre travailleurs et employeurs. Les politiques axées sur les approches persuasives misent sur un meilleur soutien aux parties impliquées dans les négociations collectives afin qu'elles disposent de bonnes informations et des techniques les plus à jour. Les services de médiation et de conciliation visant à faciliter le dialogue jouent à cet égard un rôle important. Telle a été la conclusion d'un rapport portant sur les conflits au niveau fédéral au Canada (Annis, 2008). Concernant les options de *hard power*, si la plupart des juridictions au Canada ont pris leur distance avec la conciliation forcée, ce type d'outil contraignant demeure disponible autant pour les ministres du Travail que pour les Commissions des relations de travail qui désirent intervenir dans un rapport de négociation. La province du Manitoba a fait preuve d'audace en prévoyant même la possibilité d'imposer un arbitrage du différend privé si le conflit en cause dépasse soixante jours et s'il est peu susceptible de règlement par la libre négociation (Godard, 2003). Le caractère inédit de cette mesure ressort d'une forme d'hybridation des outils persuasifs et contraignants.

Partenaires / Strict domaine des relations entre travailleurs et employeurs. L'importance des actifs incorporels, tels que l'apprentissage et la coopération, dans les activités des EMN pousse les gouvernements à encourager le partenariat patronal-syndical. Un tel objectif peut être favorisé par une meilleure communication pour inciter les parties à s'engager ensemble dans la résolution des problèmes. Néanmoins, la coopération ne peut pas être imposée de manière coercitive par la loi. Elle dépend plutôt d'approches persuasives sous la forme par exemple d'une mise à disposition de services permettant d'aider les parties à développer des rapports plus constructifs sur la base du volontariat et du consentement comme c'est le cas notamment en matière de médiation préventive. Il est toutefois possible, comme on le voit dans un certain nombre de juridictions européennes, d'envisager un support législatif pour assurer le partage d'informations et la consultation entre les travailleurs et les employeurs afin d'alléger les asymétries d'informations qui caractérisent les rapports de négociation au sein des EMN dont les activités principales se déroulent en dehors de leur juridiction locale. On peut également imaginer l'expérimentation institutionnelle à l'appui de

// Tableau 1
Approches des politiques publiques

	Le strict domaine du rapport syndical et patronal	Les domaines du marché du travail au sens large	Développement de la collectivité et développement économique
Adversaires	<ul style="list-style-type: none"> • Le Code du travail et ses processus juridictionnels • Les relations dans le cadre de la négociation collective 	<ul style="list-style-type: none"> • L'arbitrage obligatoire de différends par une tierce partie ex. la province de Manitoba 	
Partenaires	<ul style="list-style-type: none"> • La médiation préventive et la formation sur la résolution de problèmes • Les initiatives en faveur des pratiques pour un milieu de travail à haute performance • Forums en faveur du partenariat syndical/patronal • Les processus légal d'information et de consultation (les droits et les mécanismes d'expression) 	<ul style="list-style-type: none"> • Comités de formation de la main d'œuvre (i.e., ententes sur la formation entre les représentants syndicaux et patronaux et des établissements d'enseignement) • Initiatives conjointes sur ces sujets entre différents ministères gouvernementaux (i.e., ressources humaines, travail et emploi; innovation et commerce) 	<ul style="list-style-type: none"> • Forums communautaires (i.e., les liens avec les universités en matières de recherche et de développement) • Initiatives conjointes sur ces sujets entre différents ministères (i.e., ressources humaines et travail; innovation, commerce et développement rural; environnement et conservation; etc.) impliquant les partenaires (employeur et syndicat) du marché du travail

	Le strict domaine du rapport syndical et patronal	Les domaines du marché du travail au sens large	Développement de la collectivité et développement économique
Parties prenantes	<ul style="list-style-type: none"> Les apports de la communauté dans les rapports de travail (i.e., l'ouverture possible aux tierces parties lorsqu'il s'agit de considérer l'impact d'un conflit sur les consommateurs/ usagers et autres parties prenantes) 	<ul style="list-style-type: none"> Multiplis formations et initiatives liées à l'emploi impliquant une large variété de parties prenantes issue de la communauté, surtout celles concernées par l'accès et l'équité en emploi (i.e., communautés autochtones) Initiatives conjointes entre ministères avec différents intervenants (dont les représentants syndicaux et patronaux) et dépassant le cadre traditionnel des forums bilatéraux et tripartites 	<ul style="list-style-type: none"> Initiatives pour le développement et la compétitivité régionaux Ententes sur les répercussions et les avantages, les droits des personnes autochtones Initiatives en faveur de la responsabilité sociale de l'entreprise (Global Compact, ISO 26000) Audits sociaux Questions relatives à l'environnement et au développement durable Droits des peuples autochtones Les autres droits humains (dans et par-delà les juridictions locales) Forums de fournisseurs sur la dimension sociale des relations d'affaires avec les donneurs d'ouvrage Rapports obligatoires sur la responsabilité sociale de l'entreprise (i.e. Danemark, Royaume-Uni) <i>Loi sur Investissement Canada</i> (contrôle de la propriété étrangère pour le bien public)

nouvelles façons d'organiser le travail, afin d'assurer leur pérennité à travers le dialogue social (Bélanger, Giles et Murray, 2003).

Partenaires / Marché du travail au sens large. Quand le partenariat est relié aux objectifs plus larges du marché du travail, il devient possible d'identifier des enjeux communs pour la recherche de solutions institutionnelles. L'engagement des syndicats et des employeurs dans les comités et forums de formation fournit un exemple de cette collaboration possible, comme on le voit au Québec au sein des comités sectoriels de main-d'œuvre. Placer les interactions entre employeurs et syndicats au sein de la communauté locale, qui comprend par exemple les établissements d'enseignement et de formation, permet d'élargir le champ de la recherche de solutions aux problèmes communs. Ces problèmes communs liés à ce type d'approche large du marché du travail débouchent, à leur tour, sur des enjeux plus larges de développement économique.

Partenaires / Développement de la collectivité et développement économique. Le dialogue multipartite offre de plus la possibilité de relier les échanges patronaux-syndicaux à des objectifs plus larges concernant le développement économique et social. Comme dans le cas du partenariat soucieux des domaines connexes au marché du travail (formation, emploi et qualité du travail), l'approche fondée sur un dialogue partenarial qui s'inscrit dans les stratégies de développement de la collectivité donne aux syndicalistes et aux directions locales des EMN l'occasion de mieux comprendre les enjeux et les rôles qu'ils tiennent dans la société. Les rapports entretenus avec les universités sur l'innovation en matière de méthode de travail et de recherche/développement peuvent servir d'exemple.

Parties prenantes / Développement de la collectivité et développement économique. Ce dernier croisement permet enfin d'élargir en même temps l'approche des acteurs et celle des objets en jeu. La prise en compte de l'impact des entreprises sur la communauté est au cœur d'un mouvement général en faveur d'une plus grande responsabilité sociale qui concerne aussi bien la protection de l'environnement, la participation des peuples autochtones, que l'engagement éthique en matière d'achats et d'approvisionnements. La mise en place de forums de parties prenantes, selon les types de comportements que

les responsables politiques cherchent à influencer, offre la possibilité pour les représentants syndicaux et patronaux de s'impliquer sur une base volontaire dans des échanges qui concernent une plus large gamme de politiques et rassemblent une variété de parties prenantes. De tels échanges sont susceptibles d'exercer des effets multiples, tant sur les relations patronales-syndicales que sur les ressources et les réseaux à la disposition des directions des filiales pour appuyer leurs relations avec différents niveaux de leur EMN.

À ces initiatives de forums à participation volontaire peuvent se greffer des processus délibératifs obligatoires en ce qui concerne les évaluations environnementales liées aux permis d'exploitation des ressources naturelles. Un tel processus délibératif sur le développement économique et impliquant de multiples parties prenantes prend par exemple la forme au Canada d'une obligation de négocier une entente (*Impact and Benefit Agreements*) avec les peuples autochtones concernés par les répercussions de l'exploitation économique de leurs territoires, et ce, afin de s'assurer que ces peuples bénéficient du développement économique (Caine et Krogaman, 2010). Le caractère privé de telles ententes limite cependant les possibilités de délibérations avec les communautés intéressées, et les apprentissages communs (Fidler et Hitch, 2007). Un autre outil a trait à l'évaluation des investissements étrangers, sauf que la *Loi sur l'Investissement Canada* est, encore une fois, limitée par le caractère confidentiel et l'absence de délibération dans ce domaine (Brown et Kilby, 2011). Il est enfin possible, à l'instar de plusieurs juridictions européennes, d'exiger diverses formes d'actions de responsabilité sociale et de production de rapports d'impact sur la communauté, sur la base de processus d'autoévaluation des entreprises et d'un dialogue avec les parties prenantes sur certains objectifs et leur réalisation. Ce genre d'obligations est susceptible de devenir beaucoup plus important avec le développement de la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociale des entreprises qui suppose, du moins en principe, une série d'interconnexions entre les différentes pratiques des entreprises.

IIII 2.4 Implications pour les politiques étatiques

Ce texte présente ainsi les indices de ce que pourrait recouvrir dans le contexte actuel une transformation significative de la régulation sociale des activités des EMN en matière de travail et d'emploi. Plusieurs conclusions découlent de cet effort d'anticiper le cours futur en matière de politiques étatiques.

Premièrement, la transformation des rapports de force entre les politiques étatiques sur les plans national et local, d'une part, et les EMN, au vu de leur portée transnationale, d'autre part, suggère qu'un élargissement du répertoire des politiques étatiques s'impose. Une approche plus globale des rapports entre les EMN et les syndicats nécessite en effet de dépasser la conception conflictuelle des acteurs en jeu (même si leurs intérêts demeurent antagonistes à certains égards), afin de renforcer les mécanismes de partenariat et de prendre en compte une gamme plus large d'enjeux, intégrant autant des objectifs au regard du marché du travail que des perspectives envers la communauté et le développement économique. Une telle approche doit privilégier les synergies entre les différentes politiques en veillant à établir à la fois la connexion à l'économie locale et l'interconnexion entre les différentes formes de régulation. Sur le plan de l'économie locale, il s'agit d'assurer un dialogue continu avec les multiples parties prenantes. L'interconnexion des différentes formes de régulation signifie en outre que l'atteinte des objectifs des politiques étatiques dans un domaine donné doit s'intégrer dans une multitude d'autres domaines et d'approches des politiques publiques. Il peut s'agir par exemple de prendre en compte des préoccupations de justice sociale, comme l'accès des jeunes au marché du travail afin qu'ils puissent rester vivre dans leur région d'origine, l'environnement ou les droits des peuples autochtones. Ces préoccupations se rapportent aussi à la compétitivité sociale dans la nouvelle division internationale du travail, problème qui, à son tour, soulève les questions du système éducatif, de la qualité de vie, de la croissance et du développement.

En second lieu, les gouvernements doivent combiner les outils de persuasion (pédagogiques) et les outils de contrainte (réglementation). Les outils de persuasion (par exemple, les mécanismes et

forums de partenariat ou les rapports sur la responsabilité sociale des entreprises) assurent une interface continue au sein des juridictions et contribuent aux dialogues et échanges en faveur d'une compréhension mutuelle entre les acteurs. Les outils de contrainte, sans aller jusqu'à imposer la coopération, peuvent en outre s'avérer pertinents pour le développement de projets économiques et sociaux. L'obligation de fournir des informations et de prendre part aux institutions locales devrait ainsi progressivement s'intégrer aux pratiques usuelles de toutes les parties prenantes. Il en va de même pour l'obligation de rendre régulièrement un rapport sur la responsabilité sociale de l'entreprise et/ou pour la consultation des parties prenantes dans le processus d'élaboration de ce rapport qui permet des interconnexions croissantes entre les différentes formes de régulation. De plus, il n'y a aucune étude qui démontre que le respect des nouvelles normes internationales, qu'il s'agisse des normes ISO 26000 ou de celles du Pacte Mondial de l'ONU, entrave les pratiques concurrentielles des entreprises. Ainsi, l'adhésion des décideurs publics à ces nouveaux mécanismes de régulation sociale peut donner un signal fort quant à l'importance de ces normes pour le développement économique et social. Le développement de bonnes pratiques en matière de concurrence – dans un mélange d'outils de contrainte et de persuasion – peut être favorisé grâce à toute une série de politiques étatiques, que l'on pense aux autorisations et permis dans la planification environnementale et l'extraction des ressources naturelles, au contrôle des investissements étrangers, ou à d'autres domaines plus traditionnels des relations de travail et de l'emploi.

Troisièmement, étant donné la capacité des EMN, à travers leurs stratégies de localisation, à faire jouer les différents territoires et juridictions les uns par rapport aux autres (Moreau, 2013), les politiques étatiques devraient aider les directions locales des filiales d'EMN dans leurs rapports avec le siège social, de sorte qu'elles puissent s'appuyer sur des ressources institutionnelles et des alliances locales pour la promotion de leurs activités au sein de leur EMN. De telles approches peuvent ainsi amener les EMN à discuter avec les multiples acteurs locaux, y compris les organisations représentatives des travailleurs telles que les syndicats, d'une série de questions qui

dépassent le cadre classique étroit des relations patronales-syndicales et qui mettent l'accent sur les actifs incorporels tels que la coopération et l'apprentissage. Une autre étape – inévitable devons-nous insister – visera par la suite à assurer l'entrée des parties prenantes outre frontière à de telles discussions.

Quatrièmement, ces objectifs plus larges rendent nécessaire l'engagement de processus délibératifs intégrant les différentes parties prenantes. La compréhension mutuelle des acteurs semble s'imposer comme une dimension essentielle de l'élaboration de politiques publiques susceptibles d'exercer à long terme des influences multiples dans les différents domaines des relations entre les travailleurs et les employeurs.

Enfin, il est essentiel que les décideurs publics et les acteurs locaux du marché du travail et de la communauté aient plus d'assurance pour oser expérimenter de nouvelles approches sur des problèmes communs. Il y a un discours ambiant voulant que les responsables politiques et les acteurs locaux se retrouvent complètement soumis aux pressions de la mondialisation économique. Or, on sait que les sociétés les mieux classées en termes de compétitivité économique et d'équité sociale offrent une grande variété d'institutions du marché du travail et d'approches des relations de travail qui démontrent leur pérennité. S'il y a des leçons à tirer des expériences des autres, les réponses aux défis importants que posent la mondialisation et la croissance des EMN, ainsi que de leurs réseaux de production transnationaux, sont néanmoins susceptibles de varier d'un contexte institutionnel à l'autre. Ainsi, les décideurs publics peuvent, voire doivent, entreprendre des innovations institutionnelles à travers des processus qui invitent les parties prenantes de la communauté à participer au développement de leurs économies et de leurs sociétés locales. La mosaïque de compétences que forme le Canada en matière économique et sociale fournit un terrain propice à l'expérimentation des décideurs locaux. En réintégrant les relations entre les travailleurs et les employeurs au sein d'un contexte plus large, en termes d'acteurs impliqués et de sujets abordés, de nouvelles solutions pourront se dégager.

BIBLIOGRAPHIE

- Almond, Phil, Tony Edwards, Trevor Colling, Anthony Ferner, Paddy Gunnigle, Michael Müller-Camen, Javier Quintanilla et Harmut Wächter, «Unravelling Home and Host Country Effects: An Investigation of the HR Policies of an American Multinational in Four European Countries» (2005) 44:2 *Relations Industrielles/Industrial Relations* 276.
- Annis, Peter, *Work Stoppages in the Federal Private Sector: Innovative Solutions*, «Focused Study on the Causes and Impact of Work Stoppages in the Federal Private Sector submitted to the Minister of Labour and Minister of the Economic Development Agency of Canada for the Region of Quebec», 26 septembre 2008.
- Bélanger, Jacques, Anthony Giles et Gregor Murray, «Vers un nouveau modèle de production: possibilités, tensions et contradictions» dans Gregor Murray, Jacques Bélanger, Anthony Giles et Paul-André Lapointe, dir., *L'organisation de la production et du travail: vers un nouveau modèle?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003, 13.
- Bélanger, Jacques, Christian Lévesque, Patrice Jalette et Gregor Murray, «Discretion in Employment Relations Policy among Foreign-Controlled Multinationals in Canada» (2013) 66:3 *Human Relations* 307.
- Berger, Suzanne, *How We Compete: What Companies Around the World Are Doing To Make It In Today's Global Economy*, New York, Doubleday, 2005.
- Bourque, Reynald, «Durée et renouvellement des conventions collectives» dans Patrice Jalette et Gilles Trudeau, dir., *La convention collective au Québec*, 2^e éd., Montréal, Gaëtan Morin, 2010, 49.
- Brown, Jeffrey et Michael Kilby, «Still Open for Business? Potash Corp and the Investment Act» (2011) 2:4 *Journal of European Competition Law & Practice* 396.
- Caine, Ken J et Naomi Krogman, «Powerful or Just Plan Power-Full? A Power Analysis of Impact and Benefit Agreements in Canada's North» (2010) 23:1 *Organization & Environment* 76.
- Child, John, «Theorizing about Organizations Cross-Nationally» dans Joseph L Cheng et Richard B Peterson, dir., *Advances in International Comparative Management*, vol. 13, 2000, Greenwich, JAI Press, 2000, 27.

- Coutu, Michel et Gregor Murray, dir., *Travail et citoyenneté: Quel avenir?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2010.
- Croucher, Richard et Elizabeth Cotton, *Global Unions, Global Business: Global Union Federations and International Business*, Londres, Middlesex University Press, 2009.
- Dörrenbacher, Christopher, «Fleeing or Exporting the German Model? The Internationalization of German Multinationals in the 1990s» (2004) 8:4 *Competition and Change* 443.
- Edwards, Tony et Anthony Ferner, «The Renewed "American Challenge": A Review of Employment Practices in US Multinationals» (2002) 33:2 *Industrial Relations Journal* 94.
- Ferner, Anthony, «Country of Origin Effects and HRM in Multinational Companies» (1997) 7:1 *Human Resource Management Journal* 19.
- Ferner, Anthony, Phil Almond, Trevor Colling et Tony Edwards, «Policies on Union Representation in US Multinationals in the UK: Between Micro-Politics and Macro-Institutions» (2005) 43:4 *British Journal of Industrial Relations* 703.
- Fidler, Courtney et Michael Hitch, «Impact and Benefits Agreements: A Contentious Issue for Environmental and Aboriginal Justice» (2007) 35:2 *Environments Journal* 49.
- Fontaine, Laurence Léa, «Des services publics toujours essentiels au Québec?» (2008) 63:4 *Relations Industrielles/Industrial Relations* 719.
- Freeman, R Edward, Jeffrey S Harrison, Andrew C Wicks, Bidhan L Parmar et Simone de Colle. *Stakeholder Theory: The State of the Art*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010
- Friedman, Milton, «The Social Responsibility of Business Is to Increase its Profits», *New York Times Magazine*, 13 septembre 1970, 32 et 122.
- Geppert, Mike et Ed Clark, «Knowledge and Learning in Transnational Ventures: An Actor-Centred Approach» (2003) 41:5 *Management Decision* 433.
- Godard, John, «Manitoba: Beyond the Class Divide» dans Mark Thompson, Joe Rose et Anthony Smith, dir., *Beyond the National Divide: Regional Dimensions of Industrial Relations*, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2003, 130.
- Global Union. 2014. www.industriall-union.org.

- Gunnigle, Patrick, David G Collings et Michael Morley, « Exploring the Dynamics of Industrial Relations in US Multinationals: Evidence from the Republic of Ireland » (2005) 36:3 *Industrial Relations Journal* 241.
- Hall, Peter A et David W Soskice, dir., *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Harzing, Anne-Will, *Managing the Multinationals: An International Study of Control Mechanisms*, Cheltenham, Edward Elgar, 1999.
- Hennebert, Marc-Antonin et Mélanie Dufour-Poirier, « L'action collective au sein des alliances syndicales internationales: deux études de cas contrastées » (2013) 68:1 *Relations Industrielles/Industrial Relations* 3.
- Industrial Inquiry Commission, *Report of the Industrial Inquiry Commission in a Matter Between VALE Newfoundland & Labrador Limited (VALE) and United Steel, Paper and Forestry, Rubber, Manufacturing, Energy, Allied Industrial and Service Workers International Union (United Steelworkers), Local 9508*, Report No. 1 (2010), Final Report (2011), Province of Newfoundland and Labrador Labour Relations Agency, 2010 et 2011.
- Keohane, Robert et Joseph S Nye, « Power and Interdependence in the Information Age » (1998) 77:5 *Foreign Affairs* 81.
- Kristensen, Peer Hull et Jonathan Zeitlin, *Local Players in Global Games: The Strategic Constitution of a Multinational Corporation*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Lazonick, William, « The Financialization of the US Corporation: What Has Been Lost and How it Can Be Regained » (2013) 36:2 *Seattle University Law Review* 857.
- Lazonick, William et M O'Sullivan, « Maximizing Shareholder Value: A New Ideology for Corporate Governance » (2000) 29:1 *Economy and Society* 13.
- Lévesque, Christian et Gregor Murray, « Trade Union Cross-Border Alliances Within MNCs: Disentangling Union Dynamics at the Local, National and International Levels » (2010) 41:4 *Industrial Relations Journal* 312.
- Marginson, Paul, et Keith Sisson, *European Integration and Industrial Relations: Multi-Level Governance in the Making*, New York, Palgrave Macmillan, 2004.

- Markusen, Ann, « Sticky Places in Slippery Space: A Typology of Industrial Districts » (1996) 72:3 *Economic Geography* 293.
- Marotte, Bertrand, « Keeping Tabs on the Keepers of the Forest », *Globe and Mail* (19 avril 2011) B6.
- Meardi, Guglielmo, Paul Marginson, Michael Fichter, Marcin Frybes, Miroslav Stanojevic, et Andrea Toth, « Varieties of Multinationals: Adapting Employment Practices in Central Eastern Europe » (2009) 48:3 *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society* 489.
- Moreau, Marie-Ange, « The Reconceptualization of the Employment Relationship and Labor Rights Through Transnationality » (2013) 34:3 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 697.
- Murray, Gregor, « Can Multiple Weak Ties Reverse the Social Regulation Deficit? Multinational Companies and Labor Regulation » (2012) 33:4 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 715.
- Murray, Gregor, Patrice Jalette, Jacques Bélanger et Christian Lévesque, « The “Hollowing Out” of the National Subsidiary in Multinational Companies: Is It Happening, Does It Matter, What Are the Strategic Consequences? » (2014) 20:2 *Transfer: European Review of Labour and Research* 217.
- Murray, Gregor et Pierre Verge, *La représentation syndicale: Visage juridique actuel et future*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999.
- Reich, Robert, *Supercapitalism: The Transformation of Business, Democracy, and Everyday Life*, New York, Knopf, 2007.
- Rutherford, Tod et John Holmes, « “We Simply Have to Do That Stuff for Our Survival”: Labour, Firm Innovation and Cluster Governance in the Canadian Autoparts Industry » (2007) 39:1 *Antipode* 194.
- Rutherford, Tod et John Holmes, « “The Flea on the Tail of the Dog”: Power in Global Production Networks and the Restructuring of Canadian Automotive Clusters » (2008) 8:4 *Journal of Economic Geography* 519.
- Verge, Pierre, « How Does Canadian Labour Law Fare in a Global Economy » (2000) 42:2 *Journal of Industrial Relations* 275.
- Verge, Pierre, « La relative originalité de l'Accord Canada-Pérou de coopération dans le domaine du travail » (2008) 63:2 *Relations Industrielles/Industrial Relations* 558.
- Verge, Pierre et Gregor Murray, *Le droit et les syndicats: Aspects du droit syndical québécois*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1991.

Verge, Pierre et Sophie Dufour, *Configuration diversifiée de l'entreprise et droit du travail*. Québec, Presses de l'Université Laval, 2003.

Verge, Pierre, Guylaine Vallée et Gilles Trudeau, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Thémis, 2006.

Vogel, David, « The Private Regulation of Global Corporate Conduct : Achievements and Limitations » (2010) 49:1 *Business & Society* 68.

Autonomie collective et droit du travail

Mélanges en l'honneur du professeur **Pierre Verge**

L'apport du professeur Pierre Verge au droit du travail est exceptionnel. Ses travaux ont profondément marqué cette discipline et en ont accompagné le développement pendant plus de cinquante ans. Il s'imposait donc de lui rendre un vibrant hommage sous la forme de ces *Mélanges*, et ainsi, de lui exprimer notre attachement et notre reconnaissance.

Le présent ouvrage regroupe une vingtaine de contributions autour du thème de l'autonomie collective en droit du travail. Ce thème est au cœur de la pensée du professeur Verge et cerne un aspect essentiel de ce qui a fait sa renommée, tant au Canada qu'à l'étranger.

Collection

TRAVAIL ET EMPLOI
à l'ère de la mondialisation



Illustration de la couverture :

Photo : Juan Catepillán, 2005, Santiago, Chili, siège du bureau chef de la Centrale unitaire des travailleurs du Chili (CUT). Cette murale fut peinte par la Brigada Ramona Parra (BRP), un collectif d'artistes muralistes chiliens formé dans l'effervescence révolutionnaire de la fin des années 1960. Durant sa carrière, le Professeur Verge a tissé des liens étroits avec le Chili, pays qu'il affectionne tout particulièrement.

www.pulaval.com

ISBN 978-2-7637-2568-0



9 782763 725680



**Presses de
l'Université
Laval**

Relations industrielles