

Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Association, Health Services and Support – Community Subsector Bargaining Association, Nurses’ Bargaining Association, Hospital Employees’ Union, B.C. Government and Service Employees’ Union, British Columbia Nurses’ Union, Heather Caroline Birkett, Janine Brooker, Amaljeet Kaur Jhand, Leona Mary Fraser, Pamela Jean Sankey-Kilduff, Sally Lorraine Stevenson, Sharleen G. V. Decillia and Harjeet Dhami *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Alberta, Confederation of National Trade Unions, Canadian Labour Congress, Michael J. Fraser on his own behalf and on behalf of United Food and Commercial Workers Union Canada, and British Columbia Teachers’ Federation *Interveners*

INDEXED AS: HEALTH SERVICES AND SUPPORT – FACILITIES SUBSECTOR BARGAINING ASSN. v. BRITISH COLUMBIA

Neutral citation: 2007 SCC 27.

File No.: 30554.

2006: February 8; 2007: June 8.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Right to bargain collectively

Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Association, Health Services and Support – Community Subsector Bargaining Association, Nurses’ Bargaining Association, Hospital Employees’ Union, B.C. Government and Service Employees’ Union, British Columbia Nurses’ Union, Heather Caroline Birkett, Janine Brooker, Amaljeet Kaur Jhand, Leona Mary Fraser, Pamela Jean Sankey-Kilduff, Sally Lorraine Stevenson, Sharleen G. V. Decillia et Harjeet Dhami *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique *Intimée*

et

Procureur général de l’Ontario, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de l’Alberta, Confédération des syndicats nationaux, Congrès du travail du Canada, Michael J. Fraser, en son propre nom et au nom de United Food and Commercial Workers Union Canada et British Columbia Teachers’ Federation *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : HEALTH SERVICES AND SUPPORT – FACILITIES SUBSECTOR BARGAINING ASSN. c. COLOMBIE-BRITANNIQUE

Référence neutre : 2007 CSC 27.

N° du greffe : 30554.

2006 : 8 février; 2007 : 8 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Abella.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’association — Droit de négocier collectivement — Loi

— *Provincial health and social services delivery improvement legislation adopted in response to pressing health care crisis — Legislation affecting health care workers' terms of employment — Whether constitutional guarantee of freedom of association includes procedural right to collective bargaining — If so, whether legislation infringes right to bargain collectively — Whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2, Part 2.*

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Health care workers — Provincial health and social services delivery improvement legislation adopted in response to pressing health care crisis — Legislation affecting health care workers' terms of employment — Whether effects of legislation on health care workers constitute discrimination under s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2, Part 2.

The *Health and Social Services Delivery Improvement Act* was adopted as a response to challenges facing British Columbia's health care system. The Act was quickly passed and there was no meaningful consultation with unions before it became law. Part 2 of the Act introduced changes to transfers and multi-worksite assignment rights (ss. 4 and 5), contracting out (s. 6), the status of contracted out employees (s. 6), job security programs (ss. 7 and 8), and layoffs and bumping rights (s. 9). It gave health care employers greater flexibility to organize their relations with their employees as they see fit, and in some cases, to do so in ways that would not have been permissible under existing collective agreements and without adhering to requirements of consultation and notice that would otherwise obtain. It invalidated important provisions of collective agreements then in force, and effectively precluded meaningful collective bargaining on a number of specific issues. Furthermore, s. 10 voided any part of a collective agreement, past or future, which was inconsistent with Part 2, and any collective agreement purporting to modify these restrictions. The appellants, who are unions and members of the unions representing the nurses, facilities, or community subsectors, challenged the constitutional validity of Part 2 of the Act as violative of the guarantees of freedom of association and equality protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Both the trial judge and the Court of

provinciale sur l'amélioration de la prestation des services de santé et des services sociaux adoptée pour faire face à une crise pressante dans le secteur de la santé — Loi visant les conditions d'emploi des travailleurs de la santé — La liberté d'association garantie par la Constitution comprend-elle le droit procédural de négociation collective? — Dans l'affirmative, la loi porte-t-elle atteinte au droit de négocier collectivement? — Cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, ch. 2, partie 2.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Travailleurs de la santé — Loi provinciale sur l'amélioration de la prestation des services de santé et des services sociaux adoptée pour faire face à une crise pressante dans le secteur de la santé — Loi visant les conditions d'emploi des travailleurs de la santé — Les effets de la loi sur les travailleurs de la santé constituent-ils de la discrimination selon l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, ch. 2, partie 2.

The *Health and Social Services Delivery Improvement Act* a été adoptée par suite des difficultés qui pèsent sur le système de santé de la Colombie-Britannique. Elle fut rapidement adoptée. Aucune véritable consultation des syndicats n'est intervenue avant que le projet devienne loi. La partie 2 de la Loi modifie les droits liés aux transferts et affectations dans différents lieux de travail (art. 4 et 5), la sous-traitance (art. 6), le statut des employés contractuels (art. 6), les programmes de sécurité d'emploi (art. 7 et 8), les droits de mise en disponibilité et de suppléance (art. 9). Elle accorde aux employeurs du secteur de la santé une plus grande latitude pour aménager à leur gré leurs relations avec leurs employés et, dans certains cas, pour procéder d'une manière que les conventions collectives existantes n'auraient pas autorisée, et ce, sans se conformer aux exigences de consultation et de notification qui auraient été normalement applicables. Elle invalide d'importantes dispositions des conventions collectives alors en vigueur et effectivement interdit toute véritable négociation collective sur certaines questions. De plus, l'art. 10 invalide toute partie d'une convention collective, présente ou future, incompatible avec la partie 2, et toute convention collective visant à modifier ces restrictions. Les appelants, qui sont des syndicats et des membres des syndicats représentant le sous-secteur des infirmiers, celui des installations ou le sous-secteur communautaire, contestent la constitutionnalité de la partie 2 de la Loi au

Appeal found that Part 2 of the Act did not violate ss. 2(d) or 15 of the *Charter*.

Held (Deschamps J. dissenting in part): The appeal is allowed in part. Sections 6(2), 6(4), and 9 of the Act are unconstitutional. This declaration is suspended for a period of 12 months.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish and Abella JJ.: Freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Charter* includes a procedural right to collective bargaining. The grounds advanced in the earlier decisions of this Court for the exclusion of collective bargaining from s. 2(d)'s protection do not withstand principled scrutiny and should be rejected. The general purpose of the *Charter* guarantees and the broad language of s. 2(d) are consistent with a measure of protection for collective bargaining. Further, the right to collective bargaining is neither of recent origin nor merely a creature of statute. The history of collective bargaining in Canada reveals that long before the present statutory labour regimes were put in place, collective bargaining was recognized as a fundamental aspect of Canadian society, emerging as the most significant collective activity through which freedom of association is expressed in the labour context. Association for purposes of collective bargaining has long been recognized as a fundamental Canadian right which predated the *Charter*. The protection enshrined in s. 2(d) of the *Charter* may properly be seen as the culmination of a historical movement towards the recognition of a procedural right to collective bargaining. Canada's adherence to international documents recognizing a right to collective bargaining also supports recognition of that right in s. 2(d). The *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified. Lastly, the protection of collective bargaining under s. 2(d) is consistent with and supportive of the values underlying the *Charter* and the purposes of the *Charter* as a whole. Recognizing that workers have the right to bargain collectively as part of their freedom to associate reaffirms the values of dignity, personal autonomy, equality and democracy that are inherent in the *Charter*. [22] [39-41] [66] [68] [70] [86]

The constitutional right to collective bargaining concerns the protection of the ability of workers to engage

motif qu'elle porte atteinte à la liberté d'association et aux droits à l'égalité garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon la juge de première instance et la Cour d'appel, la partie 2 de la Loi ne va pas à l'encontre de l'al. 2d) ni de l'art. 15 de la *Charte*.

Arrêt (la juge Deschamps est dissidente en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. Les paragraphes 6(2) et (4) et l'art. 9 de la Loi sont inconstitutionnels. L'effet de la présente déclaration est suspendu pour 12 mois.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish et Abella : La liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte* comprend le droit procédural de négocier collectivement. Les motifs avancés dans des arrêts antérieurs de la Cour pour exclure les négociations collectives de la protection accordée par l'al. 2d) ne résistent pas à un examen fondé sur les principes pertinents et devraient être écartés. L'objet général des garanties de la *Charte* et le libellé général de l'al. 2d) se concilient avec la reconnaissance d'une certaine protection de la négociation collective. Par ailleurs, le droit de négociation collective ne représente pas l'œuvre récente du législateur. L'histoire de la négociation collective au Canada révèle que, bien avant la mise en place des régimes légaux actuels des relations du travail, la négociation collective était reconnue comme un aspect fondamental de la vie de la société canadienne, représentant la plus importante activité collective par l'intermédiaire de laquelle s'exprime la liberté d'association dans le contexte des relations du travail. Le droit de s'associer avec d'autres en vue de la négociation collective est reconnu depuis longtemps comme un droit fondamental au Canada, qui existait avant l'adoption de la *Charte*. On peut à juste titre considérer la protection consacrée à l'al. 2d) de la *Charte* comme l'aboutissement d'un mouvement historique vers la reconnaissance d'un droit procédural de négocier collectivement. L'adhésion du Canada à des instruments internationaux reconnaissant l'existence du droit de négocier collectivement appuie aussi la thèse que ce droit est protégé à l'al. 2d). Il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne. Enfin, la protection de la négociation collective garantie par l'al. 2d) est compatible avec les valeurs reconnues par la *Charte* et avec l'ensemble de ses objectifs. Reconnaître que le droit des travailleurs de négocier collectivement est inhérent à leur liberté d'association réaffirme les valeurs de dignité, d'autonomie de la personne, d'égalité et de démocratie, intrinsèques à la *Charte*. [22] [39-41] [66] [68] [70] [86]

Le droit constitutionnel de négocier collectivement vise à protéger la capacité des travailleurs de participer

in associational activities, and their capacity to act in common to reach shared goals related to workplace issues and terms of employment. Section 2(d) of the *Charter* does not guarantee the particular objectives sought through this associational activity but rather the process through which those goals are pursued. It means that employees have the right to unite, to present demands to government employers collectively and to engage in discussions in an attempt to achieve workplace-related goals. Section 2(d) imposes corresponding duties on government employers to agree to meet and discuss with them. It also puts constraints on the exercise of legislative powers in respect of the right to collective bargaining. However, s. 2(d) does not protect all aspects of the associational activity of collective bargaining. It protects only against “substantial interference” with associational activity. Intent to interfere with the associational right of collective bargaining is not essential to establish breach of s. 2(d). It is enough if the effect of the state law or action is to substantially interfere with the activity of collective bargaining. To constitute substantial interference with freedom of association, the intent or effect must seriously undercut or undermine the activity of workers joining together to pursue the common goals of negotiating workplace conditions and terms of employment with their employer. [89-90] [92]

Determining whether a government measure affecting the protected process of collective bargaining amounts to substantial interference involves two inquiries: (1) the importance of the matter affected to the process of collective bargaining, and more specifically, the capacity of the union members to come together and pursue collective goals in concert; and (2) the manner in which the measure impacts on the collective right to good faith negotiation and consultation. If the matters affected do not substantially impact on the process of collective bargaining, the measure does not violate s. 2(d) and the employer may be under no duty to discuss and consult. If, on the other hand, the changes substantially touch on collective bargaining, they will still not violate s. 2(d) if they preserve a process of consultation and good faith negotiation. Only where the matter is both important to the process of collective bargaining and has been imposed in violation of the duty of good faith negotiation will s. 2(d) be breached. [93-94] [109]

à des activités associatives et leur capacité d’agir collectivement pour réaliser des objectifs communs concernant des questions liées au milieu de travail et leurs conditions de travail. L’alinéa 2d) de la *Charte* protège non pas les objectifs particuliers que les employés cherchent à atteindre par cette activité associative, mais plutôt le processus de réalisation de ces objectifs. Cela signifie que les employés ont le droit de s’unir, de présenter collectivement des demandes à leurs employeurs du secteur public et de participer à des discussions en vue d’atteindre des objectifs liés au milieu de travail. L’alinéa 2d) impose aux employeurs du secteur public des obligations correspondantes d’accepter de rencontrer les employés pour discuter avec eux. Il restreint aussi le pouvoir de légiférer en matière de négociation collective. Cependant, il ne protège pas tous les aspects de l’activité associative liée à la négociation collective. Il protège uniquement contre les « entraves substantielles » à l’activité associative. Il n’est pas nécessaire de démontrer l’intention de porter atteinte au droit d’association lié à la négociation collective pour établir la violation de l’al. 2d). Il suffit que la loi ou l’acte de l’État ait pour effet d’entraver de façon substantielle l’activité de négociation collective. Pour qu’il s’agisse d’une atteinte substantielle à la liberté d’association, l’intention ou l’effet doit sérieusement compromettre l’activité des travailleurs qui consiste à se regrouper en vue de réaliser des objectifs communs, c’est-à-dire négocier des conditions de travail et des modalités d’emploi avec leur employeur. [89-90] [92]

Pour déterminer si une mesure gouvernementale ayant des répercussions sur le processus de négociation collective constitue une atteinte substantielle, il faut examiner successivement deux questions : (1) l’importance que les aspects touchés revêtent pour le processus de négociation collective et, plus particulièrement, la capacité des syndiqués d’agir d’une seule voix en vue de réaliser des objectifs communs ainsi que (2) l’impact de la mesure sur le droit collectif à une consultation et à une négociation menée de bonne foi. Si les aspects touchés n’ont pas de répercussions importantes sur le processus de négociation collective, la mesure n’enfreint pas l’al. 2d) et il se peut que l’employeur n’ait pas l’obligation de tenir des discussions et des consultations. Par ailleurs, les modifications qui ont une profonde incidence sur la négociation collective ne contreviendront pas non plus à l’al. 2d) si elles préservent le processus de consultation et de négociation menée de bonne foi. L’atteinte à l’al. 2d) ne surviendra que dans le cas où seront en cause à la fois un sujet d’importance pour le processus de négociation collective et une mesure imposée sans égard à l’obligation de négocier de bonne foi. [93-94] [109]

A basic element of the duty to bargain in good faith is the obligation to actually meet and to commit time to the process. The parties have a duty to engage in meaningful dialogue, to exchange and explain their positions and to make a reasonable effort to arrive at an acceptable contract. However, the duty to bargain in good faith does not impose on the parties an obligation to conclude a collective agreement, nor does it include a duty to accept any particular contractual provisions. In considering whether the legislative provisions impinge on the collective right to good faith negotiations and consultation, regard must be had for the circumstances surrounding their adoption. Situations of exigency and urgency may affect the content and the modalities of the duty to bargain in good faith. Different situations may demand different processes and timelines. Moreover, failure to comply with the duty to consult and bargain in good faith should not be lightly found, and should be clearly supported on the record. [100-101] [103] [107]

In this case, ss. 4, 5, 6(2), 6(4) and 9 of the Act, in conjunction with s. 10, interfere with the process of collective bargaining, either by disregarding past processes of collective bargaining, by pre-emptively undermining future processes of collective bargaining, or both. Sections 4 and 5 are concerned with relatively minor modifications to in-place schemes for transferring and reassigning employees. Significant protections remained in place. While the Act took these issues off the collective bargaining table for the future, on balance, ss. 4 and 5 cannot be said to amount to a substantial interference with the union's ability to engage in collective bargaining so as to attract the protection under s. 2(d) of the *Charter*. However, the provisions dealing with contracting out (ss. 6(2) and 6(4)), layoffs (ss. 9(a), 9(b) and 9(c)) and bumping (s. 9(d)) infringe the right to bargain collectively protected by s. 2(d). These provisions deal with matters central to the freedom of association and amount to substantial interference with associational activities. Furthermore, these provisions did not preserve the processes of collective bargaining. Although the government was facing a situation of exigency, the measures it adopted constituted a virtual denial of the s. 2(d) right to a process of good faith bargaining and consultation. [128] [130-132] [134-135]

The s. 2(d) infringement is not justified under s. 1 of the *Charter*. While the government established that the

L'un des éléments fondamentaux de l'obligation de négocier de bonne foi consiste en l'obligation de tenir des rencontres et de consacrer du temps au processus. Les parties ont l'obligation d'établir un véritable dialogue : elles doivent être disposées à échanger et expliquer leurs positions. Elles doivent faire un effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable. Cependant, l'obligation de négocier de bonne foi n'impose pas la conclusion d'une convention collective ni l'acceptation de clauses contractuelles particulières. Pour déterminer si des dispositions législatives empiètent sur le droit collectif à une consultation et à une négociation menées de bonne foi, il faut tenir compte des circonstances de leur adoption. Une situation d'urgence est susceptible d'influer sur le contenu et les modalités de l'obligation de négocier de bonne foi. Différentes situations peuvent commander différents processus et échéanciers. De plus, on se gardera de tirer à la légère, en l'absence d'un dossier bien étayé, une conclusion d'atteinte à l'obligation de consulter et de négocier de bonne foi. [100-101] [103] [107]

En l'espèce, les art. 4, 5 et 9 et les par. 6(2) et (4) de la Loi, appliqués conjointement avec l'art. 10, constituent une ingérence dans le processus de négociation collective, soit en mettant de côté les processus de négociation collective antérieurs, soit en compromettant à l'avance l'intégrité des futurs processus de négociation collective sur ce sujet, ou les deux à la fois. Les articles 4 et 5 apportent des modifications relativement mineures aux régimes existants de transfert et de nouvelle affectation des employés. D'importantes protections subsistaient. Il est vrai que la Loi retirait désormais ces questions de la table des négociations collectives, mais, tout bien considéré, on ne peut pas affirmer que les art. 4 et 5 entravent de façon substantielle la capacité du syndicat d'engager des négociations collectives et qu'il s'agisse d'un cas donnant droit à la protection prévue à l'al. 2d) de la *Charte*. Toutefois, les dispositions concernant la sous-traitance (par. 6(2) et (4)), la mise en disponibilité (al. 9a), b) et c)) et la supplantation (al. 9d)) entravent le droit de négocier collectivement garanti par l'al. 2d). Ces dispositions portent sur des questions d'une importance capitale pour la liberté d'association et entravent de façon substantielle les activités associatives. De plus, elles ne respectent pas le droit à un processus de négociation collective. Même si le gouvernement se trouvait dans une situation d'urgence, les mesures qu'il a adoptées constituent pratiquement une négation du droit garanti par l'al. 2d) à un processus de consultation et de négociation menée de bonne foi. [128] [130-132] [134-135]

La violation de l'al. 2d) ne peut se justifier au sens de l'article premier de la *Charte*. Même si le gouvernement

Act's main objective of improving the delivery of health care services and sub-objectives were pressing and substantial, and while it could logically and reasonably be concluded that there was a rational connection between the means adopted by the Act and the objectives, it was not shown that the Act minimally impaired the employees' s. 2(d) right of collective bargaining. The record discloses no consideration by the government of whether it could reach its goal by less intrusive measures. A range of options were on the table, but the government presented no evidence as to why this particular solution was chosen and why there was no meaningful consultation with the unions about the range of options open to it. This was an important and significant piece of labour legislation which had the potential to affect the rights of employees dramatically and unusually. Yet, it was adopted rapidly with full knowledge that the unions were strongly opposed to many of the provisions, and without consideration of alternative ways to achieve the government objective, and without explanation of the government's choices. [143-144] [147-149] [156] [158] [160-161]

Part 2 of the Act does not violate s. 15 of the *Charter*. The distinctions made by the Act relate essentially to segregating different sectors of employment, in accordance with the long-standing practice in labour regulation of creating legislation specific to particular segments of the labour force, and do not amount to discrimination under s. 15. The differential and adverse effects of the legislation on some groups of workers relate essentially to the type of work they do, and not to the persons they are. Nor does the evidence disclose that the Act reflects the stereotypical application of group or personal characteristics. [165] [167]

Per Deschamps J. (dissenting in part): The majority's reasons concerning the scope of freedom of association under s. 2(d) of the *Charter* in the collective bargaining context are generally agreed with, as is their conclusion that no claim of discrimination contrary to s. 15 of the *Charter* has been established. However, the analysis relating to both the infringement of s. 2(d) and the justification of the infringement under s. 1 of the *Charter* is disagreed with. [170]

Given that this case does not involve a claim of under-inclusive legislation, but an obligation that the state not interfere in a collective bargaining process, a "substantial interference" standard for determining whether a

a établi que l'objectif principal de la Loi d'améliorer la prestation des services de santé ainsi que les sous-objectifs étaient pressants et réels et même s'il peut être logique et raisonnable de conclure qu'il existe un lien rationnel entre les moyens adoptés dans la Loi et les objectifs, il n'a pas été démontré que la Loi ne portait qu'une atteinte minimale au droit de négociation collective reconnu aux employés par l'al. 2d). Selon le dossier, le gouvernement ne s'est pas demandé s'il pourrait atteindre son objectif par des mesures moins attentatoires. Une gamme de solutions lui ont été présentées, mais il n'a offert aucune preuve expliquant pourquoi il a retenu cette solution en particulier ni pourquoi il n'a pas véritablement consulté les syndicats au sujet de la gamme de solutions qui s'offraient à lui. Le projet de loi représentait une importante mesure législative dans le domaine du travail, qui était susceptible d'avoir un effet dramatique et exceptionnel sur les droits des employés. Pourtant le gouvernement l'a rapidement adopté en sachant parfaitement que les syndicats s'opposaient fortement à de nombreuses dispositions de ce projet, sans envisager d'autres moyens qui lui auraient permis d'atteindre son objectif et sans expliquer ses choix. [143-144] [147-149] [156] [158] [160-161]

La partie 2 de la Loi ne va pas à l'encontre de l'art. 15 de la *Charte*. Les distinctions créées par la Loi tiennent essentiellement aux différences qui existent entre les secteurs d'emploi, en raison des pratiques suivies de longue date selon lesquelles la réglementation en matière de travail est établie par des mesures législatives propres à chaque secteur du marché du travail, et elles ne constituent pas de la discrimination au sens de l'art. 15. La différenciation et les effets préjudiciables de la loi envers certains groupes de travailleurs tiennent essentiellement au genre de travail qu'ils exécutent et non à leur personne. La preuve ne révèle pas non plus que la Loi reflète une application stéréotypée de caractéristiques personnelles ou de groupe. [165] [167]

La juge Deschamps (dissidente en partie): Il y a accord de manière générale quant aux motifs de la majorité au sujet de l'étendue de la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte* en matière de négociation collective. Il est également reconnu que rien ne permet de conclure qu'il y a eu en l'espèce discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte*. Il y a toutefois désaccord quant à l'analyse relative à l'atteinte à l'al. 2d) et relative à la justification de l'atteinte selon l'article premier de la *Charte*. [170]

Étant donné que le litige, en l'espèce, porte non pas sur la portée trop limitative de la loi, mais sur l'obligation de l'État de ne pas entraver un processus de négociation collective, il ne convient pas d'imposer la norme

government measure amounts to an infringement of s. 2(d) should not be imposed. Furthermore, since there is no constitutional protection for the substantive outcome of a collective bargaining process, the matter affected is not the threshold issue when a claim is being evaluated under s. 2(d). Rather, the primary focus of the inquiry should be whether the legislative measures infringe the ability of workers to act in common in relation to workplace issues. In the present context, a more appropriate test for determining whether s. 2(d) has been infringed can be stated as follows: Laws or state actions that prevent or deny meaningful discussion and consultation about significant workplace issues between employees and their employer may interfere with the activity of collective bargaining, as may laws that unilaterally nullify negotiated terms on significant workplace issues in existing collective agreements. The first inquiry is into whether the process of negotiation between employers and employees or their representatives is interfered with in any way. If so, the court should then turn to the second inquiry and consider whether the issues involved are significant. Only interference with significant workplace issues is relevant to s. 2(d). [175] [177-178] [180-181]

In this case, the freedom of association of health care employees has been infringed in several instances, because ss. 4, 5, 6(2), 6(4) and 9 of the Act (in conjunction with s. 10) interfere with their right to a process of collective bargaining with the employer. Sections 4 and 5 nullify some existing terms of collective agreements, limit the scope of future negotiations and prevent workers from engaging in associational activities relating to the important matter of transfer and assignment of employees. Sections 6(2) and 6(4) nullify past collective bargaining relating to contracting out, thereby rendering the process nugatory, and preclude future collective bargaining on the issue. These provisions concern a significant issue of employment security, and negotiating such issues is one of the purposes of associational activities in the workplace. Lastly, s. 9 makes collective bargaining over specified aspects of layoff and bumping meaningless and invalidates parts of collective agreements dealing with these significant workplace issues. [186-188] [252]

de l'« entrave substantielle » quand il s'agit de déterminer si une mesure gouvernementale enfreint l'al. 2d). De plus, comme le résultat concret obtenu à l'issue d'un processus de négociation collective ne bénéficie d'aucune protection constitutionnelle, la substance du droit n'est pas la première question qu'il faut se poser pour l'évaluation de la demande selon l'al. 2d). Il faudrait plutôt vérifier en premier lieu si les mesures législatives entravent la capacité des travailleurs d'agir de concert pour ce qui est des questions liées au milieu de travail. En l'espèce, il est plus approprié, pour déterminer s'il y a eu atteinte à l'al. 2d), de se fonder sur une grille d'analyse qui peut être ainsi libellée : Les lois ou les actes de l'État qui empêchent ou interdisent la tenue de véritables discussions et consultations entre employés et employeur au sujet d'importantes questions liées au milieu de travail peuvent interférer dans l'activité de négociation collective, tout comme les lois qui invalident unilatéralement des stipulations négociées à propos d'importantes questions liées au milieu de travail que prévoient des conventions collectives en vigueur. Premièrement, il faut déterminer s'il y a eu entrave de quelque façon que ce soit au processus de négociation entre employeur et employés ou leurs représentants. Dans l'affirmative, le tribunal doit alors passer à la seconde étape et vérifier si les questions en cause sont importantes. Seules les entraves qui concernent des questions importantes dans le contexte des relations du travail sont pertinentes pour l'application de l'al. 2d). [175] [177-178] [180-181]

En l'espèce, la Loi constitue à plusieurs égards une atteinte à la liberté d'association des employés du secteur de la santé parce que les art. 4, 5 et 9 et les par. 6(2) et (4) (appliqués conjointement avec l'art. 10) portent atteinte à leur droit à un processus de négociation collective avec l'employeur. Les articles 4 et 5 annulent des stipulations de conventions collectives existantes, limitent la portée des négociations futures et empêchent les travailleurs de se livrer à des activités associatives concernant l'importante question des transferts et des affectations des employés. Les paragraphes 6(2) et (4) de la Loi rendent nulles les négociations collectives antérieures sur la sous-traitance et du même coup en rendent le processus inopérant; ils excluent aussi, pour l'avenir, la négociation collective de cette question. Ils traitent d'une importante question touchant la sécurité d'emploi, et la négociation des questions de cette nature est l'un des objets des activités associatives en milieu de travail. Enfin, l'art. 9 vide de sens la négociation collective de certains aspects de la mise en disponibilité et de la supplémentation et invalide certaines parties de conventions collectives portant sur ces importantes questions relatives au milieu de travail. [186-188] [252]

In enacting Part 2 of the Act, the government's objectives were to respond to growing demands on services, to reduce structural barriers to patient care, and to improve planning and accountability, so as to achieve long term sustainability. In addition to these general objectives, the specific impugned provisions were designed to provide a more seamless and flexible health care delivery system and develop more cost-effective and efficient ways to deliver health services in order to improve patient care and reduce costs. The objectives of Part 2 of the Act and of the impugned provisions are important ones. The health care system is under serious strain and is facing a crisis of sustainability. There is little hope that it can survive in its current form. [198-200]

It is clear from the context of these objectives that while the nature of some of the working conditions that are likely to be affected tends to favour a less deferential approach, substantial deference must be shown in determining whether the measures adopted in this case are justified under s. 1, in particular, in light of the crisis of sustainability in the health care sector and the vulnerability of patients. Here, the measures provided for in ss. 4, 5, 6(2), 6(4) and 9 of the Act are rationally connected to the pressing and substantial objectives being pursued and, with the exception of s. 6(4), meet the requirements of minimal impairment and proportionate effects. [222-223] [252]

With respect to minimal impairment, the record shows that the government adopted the impugned measures after considering and rejecting other options that it believed would not meet its objectives. Further, Part 2 of the Act was not aimed directly at the *Charter* rights of the affected employees. Rather, the goal was to respond to growing demands on services, to reduce structural barriers to patient care and to improve planning and accountability so as to achieve long-term sustainability. Section 4 was specifically designed to facilitate the reorganization of health care service delivery by enabling employers to transfer functions or services to another worksite or to another health sector employer within a region. As for s. 5, it relates to the temporary assignment of an employee to another worksite or another employer. Employees do not lose their employment as a result of ss. 4 and 5 and the regulations adopted pursuant to the Act mitigate the impact of these provisions on employees. Under s. 6(2), contracting out is not obligatory; rather, this provision prohibits collective agreement clauses preventing contracting out. Thus, although union density may be lower when work is contracted out, there is still substantial room for all

En adoptant la partie 2 de la Loi, le gouvernement avait pour objectifs de répondre aux besoins croissants en matière de services, de réduire les obstacles structurels qui limitent l'accès aux soins, d'améliorer la planification et d'accroître l'obligation de rendre compte, de façon à assurer la viabilité à long terme du système. En plus de ces objectifs généraux, les dispositions contestées visaient à offrir un système de santé plus cohérent et flexible et à mettre en place des méthodes de travail permettant d'offrir des services de santé à moindre coût et de façon plus efficace, de manière à améliorer les soins aux patients et à réduire les coûts. Les objectifs de la partie 2 de la Loi et des dispositions contestées sont importants. Le système de santé est mis à rude épreuve et traverse une crise de viabilité. Il est peu probable qu'il puisse survivre dans sa forme actuelle. [198-200]

D'après le contexte de ces objectifs, il est clair que, même si la nature de certaines conditions de travail susceptibles d'être touchées milite en faveur d'une approche moins déférente, il faut faire preuve d'une grande déférence lorsqu'il s'agit de déterminer si les mesures adoptées en l'espèce sont justifiées au sens de l'article premier, surtout compte tenu du problème de viabilité que connaît le système de santé et de la vulnérabilité des patients. En l'espèce, il existe un lien rationnel entre les mesures prévues aux art. 4, 5 et 9 et aux par. 6(2) et (4) de la Loi et les objectifs urgents et réels poursuivis et ces dispositions, à l'exception du par. 6(4), satisfont aux exigences d'atteinte minimale et d'effets proportionnés. [222-223] [252]

En ce qui concerne l'atteinte minimale, il ressort du dossier que le gouvernement a adopté les mesures contestées après avoir examiné et rejeté d'autres options qui, à son avis, ne lui permettraient pas d'atteindre ses objectifs. De plus, la partie 2 de la Loi ne visait pas directement les droits que la *Charte* garantit aux employés concernés. L'objectif était plutôt de répondre aux besoins croissants en matière de services, de réduire les obstacles structurels qui limitent l'accès aux soins, d'améliorer la planification et d'accroître l'obligation de rendre compte, de façon à assurer la viabilité à long terme du système. L'article 4 de la Loi visait spécifiquement à faciliter la réorganisation des services de santé en permettant aux employeurs de transférer des fonctions ou services dans un autre lieu de travail ou à un autre employeur du secteur de la santé dans la même région. Quant à l'art. 5, il porte sur l'affectation temporaire de l'employé dans un autre lieu de travail ou chez un autre employeur. Les employés ne perdent pas leur emploi du fait des art. 4 et 5, et le règlement pris en application de la Loi atténue l'impact de ces dispositions sur les employés. Selon le par. 6(2), la sous-traitance n'est pas obligatoire; sont plutôt interdites les clauses de

employees providing non-clinical services to exercise their right to freedom of association and to engage in a process of collective bargaining, even when certain of those services are contracted out. In the context of the province's health care crisis, removing prohibitions on contracting out in collective agreements furthered the government's objective in ways that alternative responses could not. Moreover, the alternative measures considered by the government were problematic in that many may have directly affected other *Charter* rights. As for s. 9, it impaired the collective bargaining process in respect of layoffs and bumping, but was limited by a time period. It was adopted as a transitional measure. It did not ban bumping or layoff provisions in collective agreements, but only imposed by legislative means attenuated terms for layoffs and bumping in place of those agreed to in the collective bargaining process. Not only was the impact of s. 9(d) on workers minimized by safeguards provided for in s. 5 of the regulations made under the Act, but there is also sufficient evidence that s. 9 enabled the government to meet its objectives of making the health care system more sustainable and improving service to patients in ways that other alternatives would not permit. As with s. 6(2), the history of labour relations in the province strongly suggests that the terms set out in s. 9 could not have been successfully negotiated by health care sector employers and unions. Sections 4, 5, 6(2) and 9 are carefully tailored so as to ensure that the government's objectives are attained while infringing s. 2(d) as little as possible. They are also a proportionate response to the crisis of sustainability in health care, striking an appropriate balance between the government's objectives and the freedom of association of employees. [232] [234-236] [238] [240] [245] [247-248]

Section 6(4) fails both the minimal impairment test and the proportionate effects test and is unconstitutional. The government has failed to establish by evidence, inference or common sense that the employers' ability to contract out would be restricted unreasonably by a requirement to consult with the relevant unions

conventions collectives qui empêchent la sous-traitance. Ainsi, bien que la densité syndicale risque d'être plus faible en cas de sous-traitance, la liberté d'association de tous les employés affectés aux services non cliniques est loin d'être compromise et il demeure tout à fait possible de participer au processus de négociation collective, même si certains de ces services sont sous-traités. Dans le cadre de la crise qui sévissait dans le secteur de la santé en Colombie-Britannique, les autres options n'auraient pas, de la même façon que l'élimination des interdictions en matière de sous-traitance figurant dans les conventions collectives, permis au gouvernement d'atteindre son objectif. Au surplus, les autres mesures que le gouvernement avait envisagées étaient problématiques parce que bon nombre d'entre elles auraient pu toucher directement d'autres droits garantis par la *Charte*. Quant à l'art. 9, il entravait le processus de négociation collective des questions relatives à la mise en disponibilité et à la supplantation, mais son application était assujettie à un délai. Il s'agissait d'une mesure transitoire, qui n'interdisait pas l'incorporation de clauses relatives à la supplantation et à la mise en disponibilité dans les conventions collectives. Elle visait plutôt à atténuer les conditions relatives à la mise en disponibilité et à la supplantation en remplaçant celles convenues lors du processus de négociation collective. Non seulement l'impact de l'al. 9d) sur les travailleurs est minimisé par les garanties prévues par l'art. 5 du règlement pris sous le régime de la Loi, mais aussi la preuve justifie qu'on conclue que l'art. 9 de la Loi a permis au gouvernement d'atteindre ses objectifs — accroître la viabilité du système de santé et améliorer les services aux patients — d'une façon que d'autres solutions ne lui auraient pas permis de le faire. Tout comme pour le par. 6(2), l'histoire des relations du travail en Colombie-Britannique tend nettement à indiquer que les conditions prévues à l'art. 9 n'auraient pu être négociées par les employeurs et les syndicats du secteur de la santé. Les articles 4, 5 et 9 et le par. 6(2) ont donc été soigneusement conçus de façon à permettre au gouvernement d'atteindre ses objectifs tout en enfreignant le moins possible l'al. 2d). Ils représentent une réponse proportionnée à la crise de viabilité que traversait le secteur de la santé, permettant d'établir un juste équilibre entre les objectifs du gouvernement et la liberté d'association des employés. [232] [234-236] [238] [240] [245] [247-248]

Le paragraphe 6(4) ne satisfait pas aux critères de l'atteinte minimale et de la proportionnalité et est inconstitutionnel. Le gouvernement n'a pas démontré, que ce soit par la preuve, par inférence ou en se fondant sur le bon sens, qu'on limiterait de façon déraisonnable la capacité de l'employeur de sous-traiter en exigeant qu'il

beforehand. While s. 6(4) does not, strictly speaking, prohibit consultations on contracting out, declaring that any clause in a collective agreement providing for consultation is void is an invitation to employers not to consult. Taking consultation, which is an important component of the collective bargaining process, off the table is also a disproportionate measure. The marginal benefits of this provision are outweighed by the deleterious effects of denying consultation to affected unions. [242] [249] [252]

Cases Cited

By McLachlin C.J. and LeBel J.

Overruled: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; **applied:** *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; **referred to:** *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Perrault v. Gauthier* (1898), 28 S.C.R. 241; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; *Canadian Union of Public Employees v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1983] 2 S.C.R. 311; *Re United Electrical Workers, Local 512, and Tung-Sol of Canada Ltd.* (1964), 15 L.A.C. 161; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, [2004] 3 S.C.R. 381, 2004 SCC

consulte au préalable les syndicats concernés. Bien que le par. 6(4) n'interdise pas, à proprement parler, la tenue de consultations sur la sous-traitance, en déclarant que les clauses de conventions collectives prévoyant la tenue de consultations sont nulles, on incite les employeurs à ne pas consulter. L'interdiction de tenir des consultations — lesquelles représentent une composante importante du processus de négociation collective — est aussi une mesure disproportionnée. Les effets préjudiciables que cause aux syndicats concernés le refus de consulter l'emportent sur les minces avantages que comporte cette disposition. [242] [249] [252]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge LeBel

Arrêts renversés : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; **arrêt appliqué :** *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; **arrêts mentionnés :** *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Perrault c. Gauthier* (1898), 28 R.C.S. 241; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Conseil des relations du travail (Nouvelle-Écosse)*, [1983] 2 R.C.S. 311; *Re United Electrical Workers, Local 512, and Tung-Sol of Canada Ltd.* (1964), 15 L.A.C. 161; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, 2005 CSC 35;

66; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 835, 2003 SCC 34; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199.

By Deschamps J. (dissenting in part)

Dunmore v. Ontario (Attorney General), [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33; *R. v. Bryan*, [2007] 1 S.C.R. 527, 2007 SCC 12; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 [am. 1972, c. 18], preamble.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d), 7, 15, 32.
Conciliation Act, 1900, S.C. 1900, c. 24.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2, ss. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10.
Health Sector Labour Adjustment Regulation, B.C. Reg. 39/2002, s. 2(1).
Industrial Disputes Investigation Act, 1907, S.C. 1907, c. 20.
Labour Relations Code, R.S.B.C. 1996, c. 244, ss. 35, 38.
Public Sector Employers Act, R.S.B.C. 1996, c. 384, ss. 3, 6.
Railway Labour Disputes Act, 1903, S.C. 1903, c. 55.
Wartime Labour Relations Regulations, P.C. 1003 (1944).

Treaties and Other International Instruments

Convention (No. 87) concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise, 68 U.N.T.S. 17.

Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E., [2004] 3 R.C.S. 381, 2004 CSC 66; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 835, 2003 CSC 34; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

Citée par la juge Deschamps (dissidente en partie)

Dunmore c. Ontario (Procureur général), [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33; *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527, 2007 CSC 12; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, 2005 CSC 35; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6.

Lois et règlements cités

Acte d'arbitrage des chemins de fer, 1903, S.C. 1903, ch. 55.
Acte de conciliation, S.C. 1900, ch. 24.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2(d), 7, 15, 32.
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1 [mod. 1972, ch. 18], préambule.
Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, ch. 2, art. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10.
Health Sector Labour Adjustment Regulation, B.C. Reg. 39/2002, art. 2(1).
Labour Relations Code, R.S.B.C. 1996, ch. 244, art. 35, 38.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi des enquêtes en matière de différends industriels, 1907, S.C. 1907, ch. 20.
Public Sector Employers Act, R.S.B.C. 1996, ch. 384, art. 3, 6.
Règlements des Relations ouvrières en temps de guerre, C.P. 1003 (1944).

Traité et autres documents internationaux

Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 68 R.T.N.U. 17.

Declaration on fundamental principles and rights at work, 6 IHRR 285 (1999).

International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, art. 22(1), (2).

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 U.N.T.S. 3, Art. 8(1)(c).

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated October 2006, release 26).

Baggaley, Carman D. *A Century of Labour Regulation in Canada*. Working Paper No. 19, prepared for the Economic Council of Canada. Ottawa: The Council, February 1981.

Beaulieu, Marie-Louis. *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail*. Québec: Presses universitaires Laval, 1955.

Bernatchez, Stéphane. "La procéduralisation contextuelle et systémique du contrôle de constitutionnalité à la lumière de l'affaire *Sauvé*" (2006), 20 *N.J.C.L.* 73.

British Columbia. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, No. 28, 2nd Sess., 37th Parl., January 25, 2002, p. 865.

British Columbia. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, No. 29, 2nd Sess., 37th Parl., January 26, 2002, p. 909.

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, vol. 2, 4th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated September 2006).

Calvert, John R. "Collective Bargaining in the Public Sector in Canada: Teething Troubles or Genuine Crisis?" (1987), 2 *Brit. J. Can. Stud.* 1.

Canada. Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 43, January 22, 1981, pp. 69-70.

Canada. Task Force on Labour Relations. *Canadian Industrial Relations: The Report of Task Force on Labour Relations*. Ottawa: Privy Council Office, 1969.

Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.

Carter, Donald D., Geoffrey England, Brian Etherington and Gilles Trudeau. *Labour Law in Canada*, 5th ed. Markham: Butterworths, 2002.

Chartrand, Mark. "The First Canadian Trade Union Legislation: An Historical Perspective" (1984), 16 *Ottawa L. Rev.* 267.

Cornish, W. R., and G. de N. Clark. *Law and Society in England 1750-1950*. London: Sweet & Maxwell, 1989.

Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail, 6 IHRR 285 (1999).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 22(1), (2).

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 R.T.N.U. 3, art. 8(1)(c).

Doctrine citée

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated October 2006, release 26).

Baggaley, Carman D. *A Century of Labour Regulation in Canada*. Working Paper No. 19, prepared for the Economic Council of Canada. Ottawa : The Council, February 1981.

Beaulieu, Marie-Louis. *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail*. Québec : Presses universitaires Laval, 1955.

Bernatchez, Stéphane. « La procéduralisation contextuelle et systémique du contrôle de constitutionnalité à la lumière de l'affaire *Sauvé* » (2006), 20 *R.N.D.C.* 73.

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, vol. 2, 4th ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated September 2006).

Bureau international du Travail. Comité de la liberté syndicale. Rapport n° 330. Cas n^{os} 2166, 2173, 2180 et 2196. « Plaintes contre le gouvernement du Canada concernant la province de la Colombie-Britannique », *Bulletin officiel du B.I.T.*, vol. LXXXVI, 2003, série B, n° 1.

Calvert, John R. « Collective Bargaining in the Public Sector in Canada : Teething Troubles or Genuine Crisis? » (1987), 2 *Brit. J. Can. Stud.* 1.

Canada. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 43, 22 janvier 1981, p. 69-70.

Canada. Commission royale sur les relations du travail avec le capital. *Rapport de la Commission royale sur les relations du travail avec le capital du Canada*. Ottawa : Imprimerie de la reine, 1889.

Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. *Les relations du travail au Canada : Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail*. Ottawa : Bureau du Conseil privé, 1969.

Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1986.

Carter, Donald D. Geoffrey England, Brian Etherington and Gilles Trudeau. *Labour Law in Canada*, 5th ed. Markham : Butterworths, 2002.

- Coutu, Michel. *Les libertés syndicales dans le secteur public*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989.
- Deakin, Simon, and Gillian S. Morris. *Labour Law*, 4th ed. Oxford: Hart Publishing, 2005.
- Forde, M. "The European Convention on Human Rights and Labor Law" (1983), 31 *Am. J. Comp. L.* 301.
- Fudge, Judy, and Eric Tucker. *Labour Before the Law: The Regulation of Workers' Collective Action in Canada, 1900-1948*. Toronto: Oxford University Press, 2001.
- Fudge, Judy, and Harry Glasbeek. "The Legacy of PC 1003" (1995), 3 *C.L.E.L.J.* 357.
- Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2^e éd. Sainte-Foy: Presses de l'Université Laval, 1991.
- Gall, Peter A. "Freedom of Association and Trade Unions: A Double-Edged Constitutional Sword", in Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot, eds., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1986, 245.
- Gernigon, Bernard, Alberto Odero and Horacio Guido, "ILO principles concerning collective bargaining" (2000), 139 *Int'l Lab. Rev.* 33.
- Glenday, Daniel, and Christopher Schrenk. "Trade Unions and the State: An Interpretative Essay on the Historical Development of Class and State Relations in Canada, 1889-1947" (1978), 2 *Alternate Routes* 114.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, student ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2002.
- International Labour Office. Committee on Freedom of Association. Report No. 330. Cases Nos. 2166, 2173, 2180 and 2196 "Complaints against the Government of Canada concerning the Province of British Columbia", *I.L.O. Official Bulletin*, vol. LXXXVI, 2003, Series B, No. 1.
- Kealey, Greg, ed. *Canada investigates industrialism: The Royal Commission on the Relations of Labor and Capital, 1889 (abridged)*. Toronto: University of Toronto Press, 1973.
- Klare, Karl E. "Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941" (1978), 62 *Minn. L. Rev.* 265.
- Laskin, Bora. "Collective Bargaining in Canada: In Peace and in War" (1941), 2:3 *Food for Thought* 8.
- Lipton, Charles. *The Trade Union Movement of Canada, 1827-1959*, 4th ed. Toronto: NC Press, 1978.
- Morin, Fernand, Jean-Yves Brière et Dominic Roux. *Le droit de l'emploi au Québec*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2006.
- Palmer, Bryan D. *Working-Class Experience: Rethinking the History of Canadian Labour, 1800-1991*, 2nd ed. Toronto: McClelland & Stewart, 1992.
- Chartrand, Mark. « The First Canadian Trade Union Legislation : An Historical Perspective » (1984), 16 *R.D. Ottawa* 267.
- Colombie-Britannique. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, No. 28, 2nd Sess., 37th Parl., January 25, 2002, p. 865.
- Colombie-Britannique. *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, No. 29, 2nd Sess., 37th Parl., January 26, 2002, p. 909.
- Cornish, W. R., and G. de N. Clark. *Law and Society in England 1750-1950*. London : Sweet & Maxwell, 1989.
- Coutu, Michel. *Les libertés syndicales dans le secteur public*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1989.
- Deakin, Simon, and Gillian S. Morris. *Labour Law*, 4th ed. Oxford : Hart Publishing, 2005.
- Forde, M. « The European Convention on Human Rights and Labor Law » (1983), 31 *Am. J. Comp. L.* 301.
- Fudge, Judy, and Eric Tucker. *Labour Before the Law : The Regulation of Workers' Collective Action in Canada, 1900-1948*. Toronto : Oxford University Press, 2001.
- Fudge, Judy, and Harry Glasbeek. « The Legacy of PC 1003 » (1995), 3 *C.L.E.L.J.* 357.
- Gagnon, Robert P., Louis LeBel et Pierre Verge. *Droit du travail*, 2^e éd. Sainte-Foy : Presses de l'Université Laval, 1991.
- Gall, Peter A. « Freedom of Association and Trade Unions : A Double-Edged Constitutional Sword », in Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot, eds., *Litigating the Values of a Nation : The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto : Carswell, 1986, 245.
- Gernigon, Bernard, Alberto Odero et Horacio Guido. « Les principes de l'OIT sur la négociation collective » (2000), 139 *Rev. int. trav.* 37.
- Glenday, Daniel, and Christopher Schrenk. « Trade Unions and the State : An Interpretative Essay on the Historical Development of Class and State Relations in Canada, 1889-1947 » (1978), 2 *Alternate Routes* 114.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, student ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2002.
- Klare, Karl E. « Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941 » (1978), 62 *Minn. L. Rev.* 265.
- Laskin, Bora. « Collective Bargaining in Canada : In Peace and in War » (1941), 2:3 *Food for Thought* 8.
- Lipton, Charles. *The Trade Union Movement of Canada, 1827-1959*, 4th ed. Toronto : NC Press, 1978.
- Morin, Fernand, Jean-Yves Brière et Dominic Roux. *Le droit de l'emploi au Québec*, 3^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2006.

- Riddall, J. G. *The Law of Industrial Relations*. London: Butterworths, 1981.
- Rose, Joseph B. "Public Sector Bargaining: From Retrenchment to Consolidation" (2004), 59 *IR* 271.
- Rouillard, Jacques. *Histoire du syndicalisme au Québec: Des origines à nos jours*. Montréal: Boréal, 1989.
- Thompson, Mark. "Wagnerism in Canada: Compared to What?", in Anthony Giles, Anthony E. Smith and Kurt Wetzel, eds., *Proceedings of the XXXIst Conference — Canadian Industrial Relations Association*. Toronto: CIRA, 1995, 59.
- Tucker, Eric. "That Indefinite Area of Toleration': Criminal Conspiracy and Trade Unions in Ontario, 1837-77" (1991), 27 *Labour* 15.
- Tucker, Eric. "The Faces of Coercion: The Legal Regulation of Labor Conflict in Ontario, 1880-1889" (1994), 12 *Law & Hist. Rev.* 277.
- United Nations. Human Rights Committee. *Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant — Concluding observations of the Human Rights Committee — Canada*, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.105, 7 April 1999.
- Villaggi, Jean-Pierre. "La convention collective et l'obligation de négociation de bonne foi: les leçons du droit du travail" (1996), 26 *R.D.U.S.* 355.
- Webber, Jeremy. "Compelling Compromise: Canada chooses Conciliation over Arbitration 1900-1907" (1991), 28 *Labour* 15.
- Wedderburn, Kenneth William. *The Worker and the Law*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986.
- Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswell, 1980.
- Nations Unies. Comité des droits de l'homme. *Examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte — Observations finales du Comité des droits de l'homme — Canada*, Doc. N.U. CCPR/C/79/Add.105, 7 avril 1999.
- Palmer, Bryan D. *Working Class Experience: Rethinking the History of Canadian Labour, 1800-1991*, 2nd ed. Toronto: McClelland & Stewart, 1992.
- Riddall, J. G. *The Law of Industrial Relations*. London: Butterworths, 1981.
- Rose, Joseph B. « Public Sector Bargaining: From Retrenchment to Consolidation » (2004), 59 *RI* 271.
- Rouillard, Jacques. *Histoire du syndicalisme au Québec: Des origines à nos jours*. Montréal: Boréal, 1989.
- Thompson, Mark. « Wagnerism in Canada: Compared to What? », in Anthony Giles, Anthony E. Smith and Kurt Wetzel, eds., *Proceedings of the XXXIst Conference — Canadian Industrial Relations Association*. Toronto: CIRA, 1995, 59.
- Tucker, Eric. « "That Indefinite Area of Toleration": Criminal Conspiracy and Trade Unions in Ontario, 1837-77 » (1991), 27 *Le Travail* 15.
- Tucker, Eric. « The Faces of Coercion: The Legal Regulation of Labor Conflict in Ontario, 1880-1889 » (1994), 12 *Law & Hist. Rev.* 277.
- Villaggi, Jean-Pierre. « La convention collective et l'obligation de négociation de bonne foi: les leçons du droit du travail » (1996), 26 *R.D.U.S.* 355.
- Webber, Jeremy. « Compelling Compromise: Canada chooses Conciliation over Arbitration 1900-1907 » (1991), 28 *Le Travail* 15.
- Wedderburn, Kenneth William. *The Worker and the Law*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 1986.
- Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswell, 1980.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Esson, Low and Thackray J.J.A.) (2004), 30 B.C.L.R. (4th) 219, 243 D.L.R. (4th) 175, [2004] 11 W.W.R. 64, 201 B.C.A.C. 255, 328 W.A.C. 255, 120 C.R.R. (2d) 266, [2004] B.C.J. No. 1354 (QL), 2004 BCCA 377, upholding a judgment of Garson J. (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 37, 110 C.R.R. (2d) 320, [2003] B.C.J. No. 2107 (QL), 2003 BCSC 1379. Appeal allowed in part, Deschamps J. dissenting in part.

Joseph J. Arvay, Q.C., and Catherine J. Boies Parker, for the appellants.

Peter A. Gall, Q.C., Nitya Iyer and Neena Sharma, for the respondent.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Esson, Low et Thackray) (2004), 30 B.C.L.R. (4th) 219, 243 D.L.R. (4th) 175, [2004] 11 W.W.R. 64, 201 B.C.A.C. 255, 328 W.A.C. 255, 120 C.R.R. (2d) 266, [2004] B.C.J. No. 1354 (QL), 2004 BCCA 377, qui a confirmé un jugement de la juge Garson (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 37, 110 C.R.R. (2d) 320, [2003] B.C.J. No. 2107 (QL), 2003 BCSC 1379. Pourvoi accueilli en partie, la juge Deschamps est dissidente en partie.

Joseph J. Arvay, c.r., et Catherine J. Boies Parker, pour les appelants.

Peter A. Gall, c.r., Nitya Iyer et Neena Sharma, pour l'intimée.

Robin K. Basu and Shannon Chace-Hall, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *Gaétan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Roderick S. Wiltshire, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Mario Évangéliste, for the intervener the Confederation of National Trade Unions.

Steven M. Barrett and Ethan Poskanzer, for the intervener the Canadian Labour Congress.

Paul J. J. Cavalluzzo and Fay C. Faraday, for the intervener Michael J. Fraser on his own behalf and on behalf of United Food and Commercial Workers Union Canada.

John Baigent and David Yorke, for the intervener the British Columbia Teachers' Federation.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Fish and Abella JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND LEBEL J. —

I. Introduction

A. *Overview*

The appellants challenge the constitutional validity of Part 2 of the *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, c. 2 (“Act”), as violative of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees of freedom of association (s. 2(d)) and equality (s. 15).

We conclude that the s. 2(d) guarantee of freedom of association protects the capacity of members of labour unions to engage in collective bargaining on workplace issues. While some of the impugned provisions of the Act comply with this guarantee, ss. 6(2), 6(4) and 9 breach it and have not been shown to be justified under s. 1 of the *Charter*. We further conclude that the Act does not

Robin K. Basu et Shannon Chace-Hall, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Gaétan Migneault*, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Roderick S. Wiltshire, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Mario Évangéliste, pour l’intervenante la Confédération des syndicats nationaux.

Steven M. Barrett et Ethan Poskanzer, pour l’intervenant le Congrès du travail du Canada.

Paul J. J. Cavalluzzo et Fay C. Faraday, pour l’intervenant Michael J. Fraser, en son propre nom et au nom de United Food and Commercial Workers Union Canada.

John Baigent et David Yorke, pour l’intervenante British Columbia Teachers’ Federation.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, LeBel, Fish et Abella rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

A. *Aperçu des faits*

Les appelants contestent la constitutionnalité de la partie 2 de la *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, ch. 2 (« Loi »), au motif qu’elle porte atteinte à la liberté d’association (al. 2d)) et aux droits à l’égalité (art. 15) garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Nous concluons que la liberté d’association garantie par l’al. 2d) protège la capacité des syndiqués d’engager des négociations collectives sur des problèmes reliés au milieu de travail. Bien que certaines des dispositions contestées de la Loi respectent cette garantie, les par. 6(2) et (4) et l’art. 9 y portent atteinte et il n’a pas été démontré que cette atteinte est justifiée au sens de l’article premier de

violate the right to equal treatment under s. 15 of the *Charter*. In the result, the appeal is allowed in part.

B. *The Background*

3 This case requires the Court to balance the need for governments to deliver essential social services effectively with the need to recognize the *Charter* rights of employees affected by such legislation, who were working for health and social service employers. The respondent government characterizes the impugned legislation as a crucial element of its response to a pressing health care crisis, necessary and important to the well-being of British Columbians. The appellants, unions and individual workers representing some of the subsectors of the health care sector affected by the legislation, by contrast, see the Act as an affront to the fundamental rights of employees and union members under the *Charter*, which they understand as including a collective right to pursue fundamental workplace goals through collective bargaining in respect of terms of employment.

C. *The Act*

4 The Act was adopted as a response to challenges facing British Columbia's health care system. Demand for health care and the cost of providing needed health care services had been increasing significantly for years. For example, in the period from 1991 to 2001, the growth rate of health care costs in British Columbia was three times that of the provincial economy. As a result, the government of British Columbia found itself struggling to provide health care services to its citizens. The government characterized the state of affairs in 2001 as a "crisis of sustainability" in the health care system (Respondent's Factum, at para. 3).

5 The goals of the Act were to reduce costs and to facilitate the efficient management of the

la *Charte*. Nous concluons de plus que la Loi ne viole pas le droit à l'égalité de traitement prévu à l'art. 15 de la *Charte*. En conséquence, le pourvoi est accueilli en partie.

B. *Contexte*

Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à trouver un juste équilibre entre le devoir des gouvernements de fournir efficacement des services sociaux essentiels et la nécessité de reconnaître les droits garantis par la *Charte* aux employés visés par la Loi, qui travaillaient pour des employeurs du secteur de la santé et des services sociaux. Le gouvernement intimé qualifie la Loi contestée de mesure cruciale qu'il a adoptée pour faire face à une crise pressante dans le secteur de la santé et qui se révèle nécessaire et importante pour le bien-être des Britanno-Colombiens. Pour les appelants — les syndicats et les travailleurs représentant certains des sous-secteurs du secteur de la santé qui sont visés par la Loi — celle-ci va à l'encontre des droits fondamentaux que la *Charte* garantit aux employés et aux syndiqués et qui, à leur avis, englobent le droit collectif de poursuivre des objectifs fondamentaux en milieu de travail par la négociation collective des conditions de travail.

C. *La Loi*

La Loi a été adoptée par suite des difficultés qui pèsent sur le système de santé de la Colombie-Britannique. Les besoins du secteur de la santé et le coût de la prestation des services nécessaires dans ce domaine ont considérablement augmenté depuis des années. Par exemple, au cours de la décennie 1991-2001, les coûts des soins de santé en Colombie-Britannique ont enregistré un taux de croissance trois fois supérieur à celui de l'économie de la province. C'est ainsi que le gouvernement de la Colombie-Britannique peine à fournir des services de santé à ses citoyens. Il a qualifié la situation qui prévalait en 2001 de [TRADUCTION] « crise de viabilité » dans le système de santé (mémoire de l'intimé, par. 3).

La Loi visait à réduire les coûts et à faciliter la gestion efficiente des effectifs du secteur de la

workforce in the health care sector. Not wishing to decrease employees' wages, the government attempted to achieve these goals in more sustainable ways. According to the government, the Act was designed in particular to focus on permitting health care employers to reorganize the administration of the labour force and on making operational changes to enhance management's ability to restructure service delivery (see British Columbia, *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, No. 28, 2nd Sess., 37th Parl., January 25, 2002, at p. 865).

The Act was quickly passed. It came into force three days after receiving a first reading as Bill 29 before the British Columbia legislature.

There was no meaningful consultation with unions before it became law. The government was aware that some of the areas affected by Bill 29 were of great concern to the unions and had expressed a willingness to consult. However, in the end, consultation was minimal. A few meetings were held between representatives of the unions and the government on general issues relating to health care. These did not deal specifically with Bill 29 and the changes that it proposed. Union representatives expressed their desire to be further consulted. The Minister of Health Services telephoned a union representative 20 minutes before Bill 29 was introduced in the legislative assembly to inform the union that the government would be introducing legislation dealing with employment security and other provisions of existing collective agreements. This was the only consultation with unions before the Act was passed (Appellants' Record, at p. 1076).

In British Columbia, the collective bargaining structure in the health services is sectoral. Thus, the Act affects labour relations between "health sector employers" and their unionized employees. A "health sector employer", as defined under the Act, is a member of the Health Employers Association of British Columbia ("HEABC") established under

santé. Ne voulant pas diminuer le salaire des travailleurs, le gouvernement a cherché à réaliser ces objectifs au moyen de solutions plus durables. Selon le gouvernement, la Loi voulait particulièrement permettre aux employeurs du secteur de la santé de réorganiser l'administration des effectifs et apporter des changements opérationnels afin que les gestionnaires disposent de plus de moyens pour restructurer la prestation des services (voir Colombie-Britannique, *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, n° 28, 2^e sess., 37^e lég., 25 janvier 2002, p. 865).

La Loi fut rapidement adoptée. Elle est entrée en vigueur trois jours après avoir franchi l'étape de la première lecture comme projet de loi 29 devant l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique.

Aucune véritable consultation des syndicats n'est intervenue avant que le projet devienne loi. Le gouvernement savait que les syndicats accordaient beaucoup d'importance à certains domaines touchés par le projet de loi 29 et s'est déclaré disposé à consulter. Toutefois, la consultation est restée en fin de compte minimale. Quelques rencontres ont eu lieu entre les représentants des syndicats et ceux du gouvernement sur des questions générales se rattachant aux soins de santé. Celles-ci ne portaient pas spécifiquement sur le projet de loi 29 et les changements qui y étaient proposés. Les représentants syndicaux ont exprimé le désir d'être consultés davantage. Le ministre des Services de santé a téléphoné à un représentant syndical 20 minutes avant la présentation du projet de loi 29 devant l'assemblée législative pour informer le syndicat que le gouvernement déposait un texte de loi touchant à la sécurité d'emploi et à d'autres clauses de conventions collectives existantes. C'est à cela que se résume la consultation des syndicats avant l'adoption de la Loi (dossier des appelants, p. 1076).

En Colombie-Britannique, la structure des négociations collectives dans les services de santé est sectorielle. Ainsi, la Loi touche aux relations du travail entre les « employeurs du secteur de la santé » et leurs employés syndiqués. Selon la définition donnée dans la Loi, l'« employeur du secteur de la santé » s'entend de tout membre de la

6

7

8

s. 6 of the *Public Sector Employers Act*, R.S.B.C. 1996, c. 384, and whose employees are unionized (s. 3 of the Act). The HEABC is an employers' association accredited to act as the representative of its members in the bargaining process with health sector employees. Members of the HEABC are hospitals and other employers designated by regulation, including employers in the health sector receiving a substantial amount of funding from the Ministry of Health (Appellants' Record, at p. 212). Therefore, while the Act applies mainly to public sector employers, it also applies to some private sector employers.

9 The appellants in the present case are unions and members of the unions representing the nurses, facilities or community subsectors — groups affected by the legislation. Although they were affected by the legislation, other groups like residents and paramedical professionals did not join the litigation.

10 Only Part 2 of the Act is at issue in the current appeal (see Appendix). It introduced changes to transfers and multi-worksites assignment rights (ss. 4 and 5), contracting out (s. 6), the status of employees under contracting-out arrangements (s. 6), job security programs (ss. 7 and 8), and layoffs and bumping rights (s. 9).

11 Part 2 gave health care employers greater flexibility to organize their relations with their employees as they see fit, and in some cases, to do so in ways that would not have been permissible under existing collective agreements and without adhering to requirements of consultation and notice that would otherwise obtain. It invalidated important provisions of collective agreements then in force, and effectively precluded meaningful collective bargaining on a number of specific issues. Section 10 invalidated any part of a collective agreement, past or future, which was inconsistent with Part 2, and any collective agreement purporting to modify these restrictions. In the words of the Act, s. 10: "Part [2] prevails over collective

Health Employers Association of British Columbia (« HEABC ») qui est constituée en vertu de l'art. 6 de la *Public Sector Employers Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 384, et dont les employés sont syndiqués (art. 3 de la Loi). La HEABC constitue une association d'employeurs accréditée pour représenter ses membres dans les négociations avec les employés du secteur de la santé. Appartiennent à la HEABC les hôpitaux et d'autres employeurs désignés par règlement, notamment les employeurs du secteur de la santé qui reçoivent des fonds importants du ministère de la Santé (dossier des appelants, p. 212). En conséquence, bien que la Loi s'applique principalement aux employeurs du secteur public, elle vise aussi des employeurs du secteur privé.

Les appelants en l'espèce sont des syndicats et des membres des syndicats représentant le sous-secteur des infirmiers, celui des installations ou le sous-secteur communautaire, qui sont des groupes touchés par la Loi. D'autres groupes comme les médecins résidents et les employés des services paramédicaux, bien qu'également touchés par la Loi, n'ont pas participé au recours.

Seule la partie 2 de la Loi est en cause en l'espèce (voir l'annexe). Elle modifie les droits liés aux transferts et affectations dans différents lieux de travail (art. 4 et 5), la sous-traitance (art. 6), le statut des employés contractuels (art. 6), les programmes de sécurité d'emploi (art. 7 et 8), les droits de mise en disponibilité et de supplantation (art. 9).

La partie 2 accorde aux employeurs du secteur de la santé une plus grande latitude pour aménager à leur gré leurs relations avec leurs employés et, dans certains cas, pour procéder d'une manière que les conventions collectives existantes n'auraient pas autorisée, et ce, sans se conformer aux exigences de consultation et de notification qui auraient été normalement applicables. Elle a invalidé d'importantes dispositions des conventions collectives alors en vigueur et a effectivement interdit toute véritable négociation collective sur certaines questions. L'article 10 invalidait toute partie d'une convention collective, présente ou future, incompatible avec la partie 2, et toute convention collective visant à modifier ces restrictions. La Loi

agreements”. It is not open to the employees (or the employer) to contract out of Part 2 or to rely on a collective agreement inconsistent with Part 2.

The details of the legislation and its practical ramifications for employees and their unions will be considered in greater detail later in these reasons. It suffices to state at this point that while some of the changes were relatively innocuous administrative changes, others had profound effects on the employees and their ability to negotiate workplace matters of great concern to them.

II. Judicial History

Neither the trial court nor the British Columbia Court of Appeal was willing to recognize a right to collective bargaining under s. 2(d) of the *Charter*, although the Court of Appeal acknowledged that the Supreme Court of Canada had opened the door to the recognition of such a right. In the result, the Act was held to be constitutional under ss. 2(d) and 15.

The plaintiffs argued at trial that the impugned legislation violated several constitutional rights guaranteed under the *Charter*: freedom of association (under s. 2(d)), life, liberty and security of the person (under s. 7), and equality (under s. 15). The s. 7 argument was not pursued on subsequent appeals.

A. *British Columbia Supreme Court* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 37, 2003 BCSC 1379

The trial judge, Garson J., dismissed the plaintiffs’ freedom of association claim on the ground that collective bargaining was not an activity recognized by the Supreme Court of Canada as falling within the scope of s. 2(d) of the *Charter*. Indeed, she noted that the Supreme Court’s jurisprudence consistently and explicitly stated that the ability to bargain collectively was not a *Charter*-protected activity. In her opinion, the plaintiffs had not proved

(art. 10) dispose [TRADUCTION] : « La [. . .] partie [2] l’emporte sur les conventions collectives ». Il n’est pas loisible aux employés (ou à l’employeur) de se soustraire à l’application de la partie 2 ou d’invoquer une convention collective qui lui est incompatible.

Nous examinerons plus en détail plus loin dans les présents motifs les particularités de la Loi et sa portée pratique pour les employés et leurs syndicats. À ce stade, il suffit de souligner que, si certaines des modifications se résument à des changements administratifs relativement inoffensifs, d’autres ont une profonde incidence sur les employés et leur capacité de négocier des problèmes de milieu de travail de grande importance pour eux.

II. Historique judiciaire

Ni le tribunal de première instance ni la Cour d’appel de la Colombie-Britannique n’étaient disposés à reconnaître que l’al. 2d) de la *Charte* garantit le droit de négociation collective, bien que la Cour d’appel ait admis que la Cour suprême du Canada a ouvert la porte à la reconnaissance d’un tel droit. La Loi a donc été jugée constitutionnelle selon l’al. 2d) et l’art. 15.

Les demandeurs ont soutenu au procès que la loi contestée porte atteinte à plusieurs droits constitutionnels garantis par la *Charte* : la liberté d’association (al. 2d)), le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne (art. 7) et le droit à l’égalité (art. 15). L’argument fondé sur l’art. 7 n’a pas été invoqué en appel.

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (2003), 19 B.C.L.R. (4th) 37, 2003 BCSC 1379

La juge Garson a rejeté l’argument fondé sur la liberté d’association qu’ont fait valoir les demandeurs, au motif que la négociation collective ne constitue pas une activité que la Cour suprême du Canada considère comme visée par l’al. 2d) de la *Charte*. En fait, elle a affirmé que la jurisprudence de la Cour suprême indique de façon constante et claire que la capacité de négocier collectivement n’est pas une activité protégée par la *Charte*. À son

12

13

14

15

that the law targeted associational conduct because of its concerted nature.

16 The trial judge also dismissed the plaintiffs' claim under the equality provisions in s. 15 of the *Charter*. The plaintiffs argued that the Act subjected them to differential treatment in a manner affecting their dignity and personhood, based on overlapping grounds of sex and being workers who work in "women's jobs" (para. 154). The trial judge, applying *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, held that there was no violation of s. 15. First, the Act did not distinguish between the plaintiffs and others in appropriate comparator groups on the basis of personal characteristics; the distinctions made were based on the claimants' sector of employment, not their personal characteristics. Second, any adverse effects of the impugned law on the claimants did not amount to differential treatment as required for a s. 15 violation; "the fact that this group is predominantly female does not constitutionally shield it from governmental action that may adversely affect them without evidence that it is being subject to differential treatment on the basis of s. 15 characteristics" (para. 174). Third, the Act did not discriminate on the basis of an enumerated or analogous ground. In making this finding, the trial judge characterized the ground of discrimination primarily in terms of occupational status as health care workers, although she explicitly acknowledged that health care workers were more predominantly female than other groups of unionized workers in British Columbia and that their work continued to be considered "women's work" (para. 181). Finally, in the opinion of the trial judge, any adverse treatment imposed by the Act did not affect the dignity of the claimants, as required for a violation of s. 15 (para. 189).

avis, les demandeurs n'avaient pas prouvé que la loi visait une activité collective en raison même de sa nature concertée.

La juge de première instance a également rejeté les prétentions des demandeurs fondées sur les droits à l'égalité garantis à l'art. 15 de la *Charte*. Selon eux, la Loi leur impose un traitement différent, d'une manière qui porte atteinte à leur dignité et leur identité individuelle, qui découle d'un chevauchement de motifs fondés sur le sexe et sur le fait d'exercer un emploi [TRADUCTION] « occupé par des femmes » (par. 154). Appliquant *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, la juge de première instance a conclu à l'absence de violation de l'art. 15. Premièrement, la Loi ne fait aucune distinction entre les demandeurs et d'autres employés de groupes de comparaison appropriés fondée sur leurs caractéristiques personnelles; les distinctions restaient fonction du secteur d'emploi des demandeurs, et non de leurs caractéristiques personnelles. Deuxièmement, les effets préjudiciables de la loi contestée sur les demandeurs ne constituent pas la différence de traitement nécessaire pour établir une contravention à l'art. 15; [TRADUCTION] « le fait que ce groupe soit à prédominance féminine ne lui assure pas une protection constitutionnelle contre les mesures gouvernementales susceptibles de lui porter préjudice, sans la preuve qu'il fait l'objet d'un traitement différent fondé sur les caractéristiques énumérées à l'art. 15 » (par. 174). Troisièmement, la Loi n'établit pas une discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue. En concluant ainsi, la juge de première instance a adopté une qualification de motif de discrimination fondée principalement sur le statut professionnel des travailleurs de la santé, bien qu'elle ait expressément reconnu que le secteur visé ait comporté une proportion nettement plus forte de femmes que d'autres groupes d'employés syndiqués en Colombie-Britannique et que leur travail continuait d'être considéré comme [TRADUCTION] « un travail de femmes » (par. 181). Enfin, elle estime que le traitement préjudiciable imposé par la Loi ne porte pas atteinte à la dignité des demandeurs, comme l'exige la preuve d'une contravention à l'art. 15 (par. 189).

B. *British Columbia Court of Appeal* (2004), 30 B.C.L.R. (4th) 219, 2004 BCCA 377

The Court of Appeal (*per* Thackray J.A., Esson and Low J.J.A. concurring) concluded that there was no violation of s. 2(d) or s. 15 of the *Charter* and dismissed the appeal. After engaging in a detailed review of the Supreme Court's s. 2(d) jurisprudence, Thackray J.A. concluded that the current state of authority was insufficient to sustain the conclusion that a right of collective bargaining was protected under s. 2(d). He acknowledged that the decisions of the Supreme Court, especially in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94, left room to recognize a right to collective bargaining in future cases. However, his view was that the appropriate forum for recognizing a right to collective bargaining under s. 2(d) of the *Charter* was the Supreme Court of Canada, not lower courts (para. 106).

Having held that the impugned legislation did not violate s. 2(d) of the *Charter*, Thackray J.A. went on to consider whether the legislation was also valid under the equality rights provisions in s. 15. He found no error in the analysis of the trial judge. Like the trial judge, he inclined to the view that any disadvantages imposed on health care workers under the Act related to their role as health care workers under a particular scheme of labour relations, and did not involve their personal characteristics, the enumerated or analogous grounds, or their dignity. Even though the appellants had legitimate complaints about the effects of the Act on their lives and work, these adverse effects were outside the scope of s. 15 of the *Charter*.

III. Analysis

A. *Section 2(d) of the Charter*

At issue in the present appeal is whether the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* protects collective bargaining rights. We conclude that s. 2(d) of the *Charter* protects the

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2004), 30 B.C.L.R. (4th) 219, 2004 BCCA 377

La Cour d'appel (motifs du juge Thackray, auxquels souscrivent les juges Esson et Low), concluant à l'absence de violation de l'al. 2d) et de l'art. 15 de la *Charte*, a rejeté l'appel. Après un examen détaillé de la jurisprudence de la Cour suprême sur l'al. 2d), le juge Thackray a jugé que la jurisprudence actuelle ne permettait pas de soutenir la prétention que l'al. 2d) protégeât un droit à la négociation collective. Il a reconnu que la jurisprudence de la Cour suprême, particulièrement *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94, laissait des ouvertures à une reconnaissance d'un droit à la négociation collective dans des affaires ultérieures. Il a toutefois estimé qu'il appartenait à la Cour suprême du Canada, et non aux tribunaux d'instance inférieure, de sanctionner une telle reconnaissance d'un droit à la négociation collective en vertu de l'al. 2d) de la *Charte* (par. 106).

Après avoir statué que la loi contestée ne contrevenait pas à l'al. 2d) de la *Charte*, le juge Thackray s'est ensuite interrogé sur sa validité au regard des dispositions sur les droits à l'égalité prévues à l'art. 15. Il n'a relevé aucune erreur dans l'analyse de la juge de première instance à ce propos. Tout comme la juge de première instance, il est porté à croire que les désavantages imposés aux travailleurs de la santé en application de la Loi se rattachent à leur rôle en tant que travailleurs de la santé dans le cadre d'un régime précis des relations du travail, sans mettre en jeu leurs caractéristiques personnelles, ni les motifs énumérés ou analogues de discrimination, ni leur dignité. Malgré la légitimité des plaintes des appelants au sujet des effets de la Loi sur leur vie et leur travail, ces effets préjudiciables ne relèvent pas du champ d'application de l'art. 15 de la *Charte*.

III. Analyse

A. *L'alinéa 2d) de la Charte*

Il s'agit en l'espèce de déterminer si la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte* protège le droit de négociation collective. Nous concluons que l'al. 2d) de la *Charte* protège la

17

18

19

capacity of members of labour unions to engage, in association, in collective bargaining on fundamental workplace issues. This protection does not cover all aspects of “collective bargaining”, as that term is understood in the statutory labour relations regimes that are in place across the country. Nor does it ensure a particular outcome in a labour dispute, or guarantee access to any particular statutory regime. What is protected is simply the right of employees to associate in a process of collective action to achieve workplace goals. If the government substantially interferes with that right, it violates s. 2(d) of the *Charter: Dunmore*. We note that the present case does not concern the right to strike, which was considered in earlier litigation on the scope of the guarantee of freedom of association.

20

Our conclusion that s. 2(d) of the *Charter* protects a process of collective bargaining rests on four propositions. First, a review of the s. 2(d) jurisprudence of this Court reveals that the reasons evoked in the past for holding that the guarantee of freedom of association does not extend to collective bargaining can no longer stand. Second, an interpretation of s. 2(d) that precludes collective bargaining from its ambit is inconsistent with Canada’s historic recognition of the importance of collective bargaining to freedom of association. Third, collective bargaining is an integral component of freedom of association in international law, which may inform the interpretation of *Charter* guarantees. Finally, interpreting s. 2(d) as including a right to collective bargaining is consistent with, and indeed, promotes, other *Charter* rights, freedoms and values.

21

In the sections that follow, we discuss each of these propositions. We then elaborate on the scope of the protection for collective bargaining found in s. 2(d) of the *Charter*. Ultimately, in applying our analysis to the facts of the case, we find provisions of the Act to be in violation of s. 2(d) and not justified by s. 1 of the *Charter*.

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

Notre conclusion que l’al. 2d) de la *Charte* protège le processus de négociation collective repose sur quatre prémisses. Premièrement, l’examen de la jurisprudence de la Cour sur l’al. 2d) révèle que les raisons invoquées par le passé pour expliquer que le droit à la liberté d’association ne s’étendait pas à la négociation collective ne valent plus. Deuxièmement, une interprétation de l’al. 2d) qui exclut la négociation collective de son champ d’application ne se concilie pas avec le fait que le Canada a toujours reconnu l’importance de ce processus en matière de liberté d’association. Troisièmement, la négociation collective fait partie intégrante de la liberté d’association selon le droit international, qui peut inspirer l’interprétation des garanties reconnues par la *Charte*. Enfin, interpréter l’al. 2d) comme comprenant le droit de négociation collective s’intègre dans la logique, voire la défense, des autres droits, libertés et valeurs consacrés par la *Charte*.

Nous examinons ci-dessous chacune de ces prémisses et nous précisons ensuite la portée de la protection accordée par l’al. 2d) de la *Charte* à la négociation collective. Enfin, appliquant notre analyse aux faits de l’espèce, nous concluons que certaines des dispositions de la Loi portent atteinte à l’al. 2d) sans être justifiées au sens de l’article premier de la *Charte*.

(1) Reasons for Excluding Collective Bargaining from Section 2(d) in the Past Require Reconsideration

In earlier decisions, the majority view in the Supreme Court of Canada was that the guarantee of freedom of association did not extend to collective bargaining. *Dunmore* opened the door to reconsideration of that view. We conclude that the grounds advanced in the earlier decisions for the exclusion of collective bargaining from the *Charter*'s protection of freedom of association do not withstand principled scrutiny and should be rejected.

The first cases dealing squarely with the issue of whether collective bargaining is protected under s. 2(d) of the *Charter* were a group of three concurrently released appeals known as the labour “trilogy”: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (“*Alberta Reference*”), *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424, and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460. The main reasons were delivered in the *Alberta Reference*, a case involving compulsory arbitration to resolve impasses in collective bargaining and a prohibition on strikes. Of the six justices participating in the case, three held that collective bargaining was not protected by s. 2(d); four held that strike activity was not protected. The next case to deal with the issue was *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367 (“*PIPSC*”), in which the government of the Northwest Territories refused to enact legislation required in order for the PIPSC union to bargain collectively on behalf of nurses. A majority of four held that collective bargaining was not protected by s. 2(d).

In these cases, different members of the majorities put forth five main reasons in support of the contention that collective bargaining does not fall within s. 2(d)'s protection.

(1) Nécessité de réexaminer les raisons qui avaient justifié l'exclusion de la négociation collective de l'application de l'al. 2d

Dans des arrêts antérieurs, la Cour suprême du Canada, à la majorité, était d'avis que le droit à la liberté d'association ne s'étendait pas aux négociations collectives. L'arrêt *Dunmore* a ouvert la porte au réexamen de cet avis. Nous concluons que les motifs avancés dans les arrêts précédents pour exclure les négociations collectives de la protection accordée par la *Charte* à la liberté d'association ne résistent pas à un examen fondé sur les principes pertinents et qu'ils devraient être écartés.

Les premiers arrêts traitant directement de la question de savoir si la négociation collective est protégée par l'al. 2d) de la *Charte* formaient un groupe de trois pourvois rendus simultanément appelé la « trilogie » en droit du travail : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (« *Renvoi relatif à l'Alberta* »), *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460. Les motifs principaux figurent dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, où on traite d'un mécanisme d'arbitrage obligatoire pour résoudre les impasses dans la négociation collective et de l'interdiction de la grève. Sur les six juges qui ont participé à la décision, trois ont conclu que la négociation collective n'était pas protégée par l'al. 2d); quatre ont conclu que la grève n'était pas protégée. Dans un arrêt postérieur traitant de la question, *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 (« *IPFPC* »), le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest a refusé d'adopter une loi habilitant le syndicat IPFPC à négocier collectivement au nom des infirmiers. Les quatre juges formant la majorité ont conclu que l'al. 2d) ne protégeait pas la négociation collective.

Dans ces arrêts, les différents juges composant les formations majoritaires ont exposé cinq principaux motifs au soutien de la thèse de l'exclusion de la négociation collective de la protection de l'al. 2d).

22

23

24

25

The first suggested reason was that the rights to strike and to bargain collectively are “modern rights” created by legislation, not “fundamental freedoms” (*Alberta Reference*, per Le Dain J., writing on behalf of himself, Beetz and La Forest JJ., at p. 391). The difficulty with this argument is that it fails to recognize the history of labour relations in Canada. As developed more thoroughly in the next section of these reasons, the fundamental importance of collective bargaining to labour relations was the very reason for its incorporation into statute. Legislatures throughout Canada have historically viewed collective bargaining rights as sufficiently important to immunize them from potential interference. The statutes they passed did not create the right to bargain collectively. Rather, they afforded it protection. There is nothing in the statutory entrenchment of collective bargaining that detracts from its fundamental nature.

26

The second suggested reason was that recognition of a right to collective bargaining would go against the principle of judicial restraint in interfering with government regulation of labour relations (*Alberta Reference*, at p. 391). The regulation of labour relations, it is suggested, involves policy decisions best left to government. This argument again fails to recognize the fact that worker organizations historically had the right to bargain collectively outside statutory regimes and takes an overbroad view of judicial deference. It may well be appropriate for judges to defer to legislatures on policy matters expressed in particular laws. But to declare a judicial “no go” zone for an entire right on the ground that it may involve the courts in policy matters is to push deference too far. Policy itself should reflect *Charter* rights and values.

Selon le premier motif avancé, les droits de faire la grève et de négocier collectivement sont des « droits contemporains » créés par voie législative, et non des « libertés fondamentales » (*Renvoi relatif à l'Alberta*, motifs du juge Le Dain, en son nom et au nom des juges Beetz et La Forest, p. 391). Cet argument pose problème car il ne tient pas compte de l'histoire des relations du travail au Canada. Comme nous l'expliquerons de manière plus approfondie dans la prochaine section des présents motifs, l'importance fondamentale que revêt la négociation collective dans les relations du travail constitue la raison même de son incorporation dans une loi. Les législatures dans l'ensemble du territoire canadien ont de tout temps considéré le droit de négociation collective comme suffisamment important pour le mettre à l'abri d'une atteinte potentielle. Les lois qu'elles ont adoptées n'ont pas créé le droit de négocier collectivement. Elles lui ont plutôt conféré une protection. Rien dans la consécration législative de la négociation collective n'altère sa nature fondamentale.

Selon le deuxième motif invoqué, la reconnaissance du droit de négociation collective violerait le principe de retenue judiciaire parce qu'elle entraverait la réglementation gouvernementale des relations du travail (*Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 391). La réglementation des relations du travail, soutiennent-ils, implique des décisions de politique générale qui relèvent davantage du gouvernement. Là encore, cet argument oublie que le droit de négociation collective est traditionnellement reconnu aux organisations de travailleurs, même s'il ne s'inscrit pas dans un régime légal, et il attribue une portée excessive au principe de la déférence judiciaire. Certes, il se peut fort bien que les juges aient raison de s'en remettre aux législateurs pour résoudre les questions de politique générale énoncées dans des lois particulières. Cependant, déclarer que tous les aspects d'un droit demeurent à l'abri des interventions judiciaires, au motif que les tribunaux pourraient être appelés à se prononcer sur ces questions de politique générale, pousse trop loin le principe de la déférence judiciaire. La politique générale exprimée par le législateur doit elle-même refléter les droits et valeurs consacrés par la *Charte*.

The third suggested reason for excluding collective bargaining from s. 2(d) of the *Charter* rested on the view that freedom of association protects only those activities performable by an individual (see *PIPSC*, per L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.). This view arises from a passage in which Sopinka J. set out the scope of s. 2(d) in four oft-quoted propositions (at pp. 402-3): (1) s. 2(d) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association; (2) it does not protect an activity solely on the ground that the activity is foundational or essential to the association; (3) it protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals; and (4) it protects the exercise in association of the lawful rights of individuals. If this framework and the premise that s. 2(d) covers only activities performable by an individual is accepted, it follows that collective bargaining cannot attract the protection of s. 2(d) because collective bargaining cannot be performed by an individual.

This narrow focus on individual activities has been overtaken by *Dunmore*, where this Court rejected the notion that freedom of association applies only to activities capable of performance by individuals. Bastarache J. held that “[t]o limit s. 2(d) to activities that are performable by individuals would . . . render futile these fundamental initiatives” (para. 16), since, as Dickson C.J. noted in his dissent in the *Alberta Reference*, some collective activities may, by their very nature, be incapable of being performed by an individual. Bastarache J. provided the example of expressing a majority viewpoint as being an inherently collective activity without an individual analogue (para. 16). He concluded that:

As I see it, the very notion of “association” recognizes the qualitative differences between individuals and collectivities. It recognizes that the press differs qualitatively from the journalist, the language community from the language speaker, the union from the worker. In all cases, the community assumes a life of its own and develops needs and priorities that differ from those

Le troisième motif utilisé pour exclure la négociation collective de la protection accordée par l'al. 2d) de la *Charte* repose sur l'idée que la liberté d'association protège uniquement les activités qui peuvent être accomplies individuellement (voir *IPFPC*, motifs des juges L'Heureux-Dubé et Sopinka). Cette opinion est tirée d'un passage dans lequel le juge Sopinka définit la portée de l'al. 2d) en énonçant quatre propositions maintes fois citées (p. 402-403) : (1) l'alinéa 2d) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d'y appartenir; (2) il ne protège pas une activité uniquement parce qu'il s'agit d'une activité essentielle à l'existence de l'association; (3) il protège l'exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution; (4) il protège l'exercice collectif des droits légitimes des personnes. Si l'on accepte ce cadre et le postulat que l'al. 2d) ne couvre que les activités pouvant être exercées individuellement, il s'ensuit que la négociation collective ne saurait bénéficier de la protection de l'al. 2d), car un individu ne peut négocier collectivement.

Cette conception restreinte de la liberté d'association, qui n'inclut que les activités individuelles, a été rendue désuète par l'arrêt *Dunmore*. Notre Cour a alors rejeté le principe que la liberté d'association ne s'applique qu'aux activités pouvant être accomplies individuellement. Le juge Bastarache a reconnu que « limiter l'application de l'al. 2d) aux activités qui peuvent être accomplies individuellement viderait de leur sens ces actes fondamentaux » (par. 16) puisque, comme le souligne en dissidence le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, certaines activités collectives ne pourraient, en raison de leur nature même, être accomplies individuellement. Le juge Bastarache cite en exemple le fait d'exprimer un point de vue majoritaire, activité purement collective qui n'a pas de pendant individuel (par. 16). Il conclut :

À mon avis, la notion même d'« association » reconnaît les différences qualitatives entre individu et collectivité. Elle reconnaît que la presse diffère qualitativement du journaliste, la collectivité linguistique du locuteur, le syndicat du travailleur. Dans tous les cas, la collectivité a une existence propre et ses besoins et priorités diffèrent de ceux de ses membres individuels

of its individual members. . . . [B]ecause trade unions develop needs and priorities that are distinct from those of their members individually, they cannot function if the law protects exclusively what might be “the lawful activities of individuals”. Rather, the law must recognize that certain union activities — making collective representations to an employer, adopting a majority political platform, federating with other unions — may be central to freedom of association even though they are inconceivable on the individual level. This is not to say that all such activities are protected by s. 2(d), nor that all collectivities are worthy of constitutional protection; indeed, this Court has repeatedly excluded the right to strike and collectively bargain from the protected ambit of s. 2(d) It is to say, simply, that certain collective activities must be recognized if the freedom to form and maintain an association is to have any meaning. [Emphasis added; para. 17.]

29

The fourth reason advanced for excluding collective bargaining rights from s. 2(d) was the suggestion of L’Heureux-Dubé J. that s. 2(d) was not intended to protect the “objects” or goals of an association (see *PIPSC*, at pp. 391-93). This argument overlooks the fact that it will always be possible to characterize the pursuit of a particular activity in concert with others as the “object” of that association. Recasting collective bargaining as an “object” begs the question of whether or not the activity is worthy of constitutional protection. L’Heureux-Dubé J.’s underlying concern — that the *Charter* not be used to protect the substantive outcomes of any and all associations — is a valid one. However, “collective bargaining” as a procedure has always been distinguishable from its final outcomes (e.g., the results of the bargaining process, which may be reflected in a collective agreement). Professor Bora Laskin (as he then was) aptly described collective bargaining over 60 years ago as follows:

Collective bargaining is the procedure through which the views of the workers are made known, expressed through representatives chosen by them, not through representatives selected or nominated or approved by employers. More than that, it is a procedure through which terms and conditions of employment may be settled by negotiations between an employer and his

[. . .] [É]tant donné que les besoins et priorités des syndicats tendent à se distinguer de ceux de leurs membres individuels, ils ne peuvent fonctionner si la loi protège exclusivement ce qui pourrait être des « activités licites d’un individu ». La loi doit plutôt reconnaître que certaines activités syndicales — les revendications collectives auprès de l’employeur, l’adoption d’une plate-forme politique majoritaire, le regroupement en fédérations syndicales — peuvent être au cœur de la liberté d’association même si elles ne peuvent exister au niveau individuel. Ceci ne veut pas dire que toutes ces activités sont protégées par l’al. 2d), ni que toutes les collectivités ont droit à la protection constitutionnelle; en fait, notre Cour a exclu plusieurs fois le droit de grève et de négociation collective de la protection de l’al. 2d) [. . .] Cela veut dire simplement que certaines activités collectives doivent être reconnues pour que la liberté de constituer et de maintenir une association ait un sens. [Nous soulignons; par. 17.]

Le quatrième motif avancé pour exclure le droit de négociation collective de la protection de l’al. 2d) est l’argument de la juge L’Heureux-Dubé selon lequel l’al. 2d) n’a pas été conçu pour protéger les « objectifs » ou les buts d’une association (voir *IPFPC*, p. 391-393). Cet argument ne tient pas compte du fait qu’il sera toujours possible d’affirmer que la poursuite concertée d’une activité constitue l’« objectif » de cette association. La redéfinition de la négociation collective pour en faire un « objectif » élude la question de déterminer si cette activité mérite d’être protégée par la Constitution. La préoccupation sous-jacente de la juge L’Heureux-Dubé — éviter l’utilisation de la *Charte* pour protéger les résultats concrets de toute activité associative — reste tout à fait légitime. Toutefois, on a toujours distingué entre la « négociation collective » en tant que processus et son issue (p. ex., les résultats du processus de négociation, qui peuvent être consignés dans la convention collective). Il y a plus de 60 ans, le professeur Bora Laskin (plus tard Juge en chef du Canada) définissait avec justesse la négociation collective :

[TRADUCTION] La négociation collective est un processus par lequel les travailleurs expriment leurs opinions, par l’entremise des représentants de leur choix, et non des représentants choisis, nommés ou autorisés par les employeurs. Plus que cela, il s’agit d’un processus par lequel l’employeur et ses employés peuvent négocier pour s’entendre sur les conditions de travail, pourvu

employees on the basis of a comparative equality of bargaining strength.

(“Collective Bargaining in Canada: In Peace and in War” (1941), 2:3 *Food for Thought* 8, at p. 8)

In our view, it is entirely possible to protect the “procedure” known as collective bargaining without mandating constitutional protection for the fruits of that bargaining process. Thus, the characterization of collective bargaining as an association’s “object” does not provide a principled reason to deny it constitutional protection.

An overarching concern is that the majority judgments in the *Alberta Reference* and *PIPSC* adopted a decontextualized approach to defining the scope of freedom of association, in contrast to the purposive approach taken to other *Charter* guarantees. The result was to forestall inquiry into the purpose of that *Charter* guarantee. The generic approach of the earlier decisions to s. 2(d) ignored differences between organizations. Whatever the organization — be it trade union or book club — its freedoms were treated as identical. The unfortunate effect was to overlook the importance of collective bargaining — both historically and currently — to the exercise of freedom of association in labour relations.

We conclude that the reasons provided by the majorities in the *Alberta Reference* and *PIPSC* should not bar reconsideration of the question of whether s. 2(d) applies to collective bargaining. This is manifestly the case since this Court’s decision in *Dunmore*, which struck down a statute that effectively prohibited farm workers from engaging in collective bargaining by denying them access to the Province’s labour relations regime, as violating s. 2(d) of the *Charter*. *Dunmore* clarified three developing aspects of the law: what constitutes interference with the “associational aspect” of an activity; the need for a contextual approach

que leur pouvoir respectif de négociation soit de force relativement égale.

(« Collective Bargaining in Canada : In Peace and in War » (1941), 2:3 *Food for Thought* 8, p. 8)

Il nous apparaît tout à fait possible de protéger le « processus » appelé négociation collective sans aller jusqu’à accorder une protection constitutionnelle aux fruits du processus de négociation. C’est pourquoi qualifier la négociation collective d’« objectif » d’une association ne fournit aucune raison de principe permettant de lui refuser une protection constitutionnelle.

Le doute le plus sérieux quant à la validité de la jurisprudence antérieure résulte du fait que les juges majoritaires dans le *Renvoi relatif à l’Alberta* et dans *IPFPC* ont défini l’étendue de la liberté d’association en adoptant une approche insensible à son contexte, contrairement à l’interprétation téléologique donnée à d’autres garanties reconnues par la *Charte*. Cette méthode a pour effet d’amputer l’étude de cette garantie constitutionnelle de l’analyse de son objet. La méthode générale et décontextualisée appliquée à l’al. 2d) dans les arrêts antérieurs ne respecte pas les différences entre les associations. Quelle que soit l’association — un syndicat ou un club de lecture —, on a traité ses libertés de manière identique. Or, ce faisant, on perd malheureusement de vue l’importance que présente la négociation collective — par le passé et à l’heure actuelle — pour l’exercice de la liberté d’association dans le cadre des relations du travail.

Nous concluons que les motifs des juges majoritaires dans le *Renvoi relatif à l’Alberta* et dans *IPFPC* ne devraient pas nous empêcher de réexaminer la question de l’application de l’al. 2d) à la négociation collective. C’est manifestement le cas ici depuis l’arrêt *Dunmore*, qui a invalidé une loi empêchant effectivement les travailleurs agricoles d’engager des négociations collectives en les excluant du régime provincial des relations du travail, au motif qu’elle contrevient à l’al. 2d) de la *Charte*. *Dunmore* clarifie trois aspects du droit en évolution : la détermination de ce qui constitue une ingérence dans « l’aspect collectif » d’une activité;

30

31

to freedom of association; and the recognition that s. 2(d) can impose positive obligations on government.

32

Dunmore accepted the conclusion of the majority in *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, that only the “associational aspect” of an activity and not the activity itself are protected under s. 2(d). It clarified, however, that equal legislative treatment of individuals and groups does not mean that the “associational aspect” of an activity has not been interfered with. A prohibition on an individual may not raise associational concerns, while the same prohibition on the collective may do so. *Dunmore* concluded:

In sum, a purposive approach to s. 2(d) demands that we “distinguish between the associational aspect of the activity and the activity itself”, a process mandated by this Court in the *Alberta Reference* (see *Egg Marketing, supra, per* Iacobucci and Bastarache JJ., at para. 111). Such an approach begins with the existing framework established in that case, which enables a claimant to show that a group activity is permitted for individuals in order to establish that its regulation targets the association *per se* (see *Alberta Reference, supra, per* Dickson C.J., at p. 367). Where this burden cannot be met, however, it may still be open to a claimant to show, by direct evidence or inference, that the legislature has targeted associational conduct because of its concerted or associational nature.

(*Per* Bastarache J., at para. 18)

33

Second, *Dunmore* correctly advocated a more contextual analysis than had hitherto prevailed. Showing that a legislature has targeted associational conduct because of its “concerted or associational nature” requires a more contextual assessment than found in the early s. 2(d) cases. This contextual approach was foreshadowed by the dissenting reasons of Bastarache J. in *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70, expressing the view that to define the limits of s. 2(d), “[t]he whole context of the right must be considered” (para. 9).

la nécessité de donner à la liberté d’association une interprétation contextuelle et la reconnaissance que l’al. 2d) peut imposer des obligations positives au gouvernement.

L’arrêt *Dunmore* accepte la conclusion de la majorité dans *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, selon laquelle seul « l’aspect collectif » de l’activité, et non l’activité elle-même, est protégé par l’al. 2d). Il précise toutefois que ce n’est pas parce que la loi réserve le même traitement aux individus et aux groupes qu’il n’y a pas eu ingérence dans « l’aspect collectif » de l’activité. Il est possible que l’interdiction visant un individu ne soulève pas d’inquiétudes quant à l’aspect collectif du droit, mais que la même interdiction en provoque si elle vise un groupe. Dans *Dunmore*, la Cour conclut :

L’interprétation téléologique de l’al. 2d) exige en somme « de distinguer l’aspect collectif d’une activité de l’activité elle-même », la démarche imposée par notre Cour dans le *Renvoi relatif à l’Alberta* (voir *OCCO*, précité, les juges Iacobucci et Bastarache, par. 111). Cette démarche commence avec les paramètres établis dans ce renvoi qui permettent à un demandeur de démontrer que l’activité collective est autorisée pour des individus afin d’établir que sa réglementation vise en fait l’association comme telle (voir le *Renvoi relatif à l’Alberta*, précité, le juge en chef Dickson, p. 367). Le demandeur qui ne peut apporter cette preuve peut cependant établir, directement ou par inférence, que le législateur a ciblé une activité associative en raison de son caractère concerté ou associatif.

(Le juge Bastarache, par. 18)

Deuxièmement, *Dunmore* préconise à juste titre une analyse plus contextuelle qu’auparavant. Établir que le législateur a ciblé une activité associative en raison de « son caractère concerté ou associatif » exige une appréciation plus contextuelle que dans les premières causes relatives à l’al. 2d). Les motifs dissidents du juge Bastarache dans *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70, ont laissé présager cette approche contextuelle, indiquant que pour définir les limites de l’al. 2d), « [i]l faut examiner l’ensemble du contexte du droit » (par. 9).

Finally, *Dunmore* recognized that, in certain circumstances, s. 2(d) may place positive obligations on governments to extend legislation to particular groups. Underinclusive legislation may, “in unique contexts, substantially impact the exercise of a constitutional freedom” (para. 22). This will occur where the claim of underinclusion is grounded in the fundamental *Charter* freedom and not merely in access to a statutory regime (para. 24); where a proper evidentiary foundation is provided to create a positive obligation under the *Charter* (para. 25); and where the state can truly be held accountable for any inability to exercise a fundamental freedom (para. 26). There must be evidence that the freedom would be next to impossible to exercise without positively recognizing a right to access a statutory regime.

Bastarache J. reconciled the holding in *Dunmore* of a positive obligation on government to permit farm workers to join together to bargain collectively in an effective manner with the conclusion in *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, that the federal government was not under a positive obligation to provide RCMP officers with access to collective bargaining by distinguishing the effects of the legislation in the two cases. Unlike the RCMP members in *Delisle*, farm workers faced barriers that made them *substantially incapable* of exercising their right to form associations outside the statutory framework (*per* Bastarache J., at paras. 39, 41 and 48). The principle affirmed was clear: Government measures that substantially interfere with the ability of individuals to associate with a view to promoting work-related interests violate the guarantee of freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*.

In summary, a review of the jurisprudence leads to the conclusion that the holdings in the *Alberta Reference* and *PIPSC* excluding collective bargaining from the scope of s. 2(d) can no longer stand. None of the reasons provided by the majorities in

Enfin, *Dunmore* reconnaît qu’en certaines circonstances l’al. 2d) peut imposer aux gouvernements des obligations positives destinées à étendre la protection légale à des groupes particuliers. Une loi d’application restreinte peut, « dans des contextes exceptionnels, avoir un effet substantiel sur l’exercice d’une liberté constitutionnelle » (par. 22). Un tel effet se produira dans les cas où l’argument fondé sur la portée trop limitative repose sur une liberté fondamentale garantie par la *Charte* et non simplement sur l’accès à un régime légal (par. 24); où la création d’une obligation positive en vertu de la *Charte* exige un fondement de preuve approprié (par. 25); où l’État peut vraiment être tenu responsable de toute incapacité d’exercer une liberté fondamentale (par. 26). Il doit être établi qu’il serait pratiquement impossible d’exercer la liberté constitutionnelle en question sans la reconnaissance positive du droit d’avoir accès à un régime légal.

Le juge Bastarache a concilié la conclusion dans *Dunmore*, selon laquelle une obligation positive incombe au gouvernement de permettre aux travailleurs agricoles de se regrouper pour négocier collectivement de façon efficace, avec celle dans *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, selon laquelle le gouvernement fédéral n’avait pas l’obligation positive de donner aux agents de la GRC accès à la négociation collective, en distinguant les effets des lois applicables dans les deux affaires. Contrairement aux membres de la GRC visés dans l’affaire *Delisle*, les travailleurs agricoles se trouvaient confrontés à des obstacles qui les rendaient *essentiellement incapables* d’exercer leur droit de former des associations hors du cadre législatif (le juge Bastarache, par. 39, 41 et 48). Le principe qui y est énoncé est clair : les mesures gouvernementales qui diminuent considérablement la capacité des individus de s’associer dans le but de promouvoir leurs intérêts en matière de relations du travail portent atteinte à la liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte*.

Bref, l’examen de la jurisprudence mène à la conclusion que les décisions rendues dans le *Renvoi relatif à l’Alberta* et dans *IPFPC* qui excluaient la négociation collective du champ d’application de l’al. 2d) ne sauraient être acceptées plus longtemps.

34

35

36

those cases survive scrutiny, and the rationale for excluding inherently collective activities from s. 2(d)'s protection has been overtaken by *Dunmore*.

37 Our rejection of the arguments previously used to exclude collective bargaining from s. 2(d) leads us to a reassessment of that issue, discussed below.

(2) Collective Bargaining Falls Within the Scope of Section 2(d) of the Charter

38 The question is whether the s. 2(d) guarantee of freedom of association extends to the right of employees to join together in a union to negotiate with employers on workplace issues or terms of employment — a process described broadly as collective bargaining.

39 The general purpose of the *Charter* guarantees and the language of s. 2(d) are consistent with at least a measure of protection for collective bargaining. The language of s. 2(d) is cast in broad terms and devoid of limitations. However, this is not conclusive. To answer the question before us, we must consider the history of collective bargaining in Canada, collective bargaining in relation to freedom of association in the larger international context, and whether *Charter* values favour an interpretation of s. 2(d) that protects a process of collective bargaining: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, *per* Dickson J. Evaluating the scope of s. 2(d) of the *Charter* through these tools leads to the conclusion that s. 2(d) does indeed protect workers' rights to a process of collective bargaining.

(a) *Canadian Labour History Reveals the Fundamental Nature of Collective Bargaining*

40 Association for purposes of collective bargaining has long been recognized as a fundamental Canadian right which predated the *Charter*. This

Aucune des raisons exposées par les juges majoritaires dans ces arrêts ne résistent à l'examen et le raisonnement à l'origine de l'exclusion des activités purement collectives de la protection de l'al. 2d) a été écarté dans *Dunmore*.

Notre décision de rejeter les arguments employés auparavant pour exclure la négociation collective de la protection de l'al. 2d) nous amène au réexamen de cette question, dont l'analyse suit ci-après.

(2) La négociation collective est visée par l'al. 2d) de la Charte

Il faut décider si la liberté d'association garantie par l'al. 2d) englobe le droit des employés d'adhérer à un syndicat pour négocier avec l'employeur les questions liées au milieu de travail ou les conditions de travail — processus généralement décrit comme étant la négociation collective.

L'objet général des garanties de la *Charte* et le libellé de l'al. 2d) se concilient à tout le moins avec la reconnaissance d'une certaine protection de la négociation collective. L'alinéa 2d) est rédigé en termes généraux et sans restrictions. Toutefois, cela n'est pas déterminant. Pour répondre à la question dont nous sommes saisis, nous devons prendre en compte l'histoire de la négociation collective au Canada, la négociation collective dans le contexte international relatif à la liberté d'association, et rechercher si les valeurs reconnues par la *Charte* favorisent une interprétation de l'al. 2d) qui protège le processus de négociation collective : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344, le juge Dickson. L'appréciation de la portée de l'al. 2d) de la *Charte* par ces moyens permet de conclure que cette disposition protège effectivement le droit des travailleurs à un processus de négociation collective.

a) *L'histoire des relations du travail au Canada révèle la nature fondamentale de la négociation collective*

Le droit de s'associer avec d'autres en vue de la négociation collective est reconnu depuis longtemps comme un droit fondamental au Canada, qui

suggests that the framers of the *Charter* intended to include it in the protection of freedom of association found in s. 2(d) of the *Charter*.

The respondent argues that the right to collective bargaining is of recent origin and is merely a creature of statute. This assertion may be true if collective bargaining is equated solely to the framework of rights of representation and collective bargaining now recognized under federal and provincial labour codes. However, the origin of a right to collective bargaining in the sense given to it in the present case (i.e., a procedural right to bargain collectively on conditions of employment), precedes the adoption of the present system of labour relations in the 1940s. The history of collective bargaining in Canada reveals that long before the present statutory labour regimes were put in place, collective bargaining was recognized as a fundamental aspect of Canadian society. This is the context against which the scope of s. 2(d) must be considered.

Canadian labour history can be summarized by borrowing words from the 1969 *Report of the Task Force on Labour Relations*. As society entered into the industrialized era, “workers began to join unions and to engage in collective bargaining with their employers. Although employers resisted this development with all resources at their command, it eventually became apparent that unions and collective bargaining were natural concomitants of a mixed enterprise economy. The state then assumed the task of establishing a framework of rights and responsibilities within which management and organized labour were to conduct their relations” (Task Force on Labour Relations, *Canadian Industrial Relations: The Report of Task Force on Labour Relations* (1969) (“Woods Report”), at p. 13).

Canadian labour law traces its roots to various legal systems, most importantly to British and American law. Prior to the 1940s, British law had

existait d’ailleurs avant l’adoption de la *Charte*. Ce constat suggère que les auteurs de la *Charte* ont voulu que ce droit bénéficie de la protection que l’al. 2d) de la *Charte* confère à la liberté d’association.

Selon l’intimée, le droit de négociation collective représente simplement l’œuvre récente du législateur. Cette assertion peut être exacte dans la mesure où on assimile la négociation collective au cadre des droits de représentation et de négociation collective actuellement reconnus dans les codes du travail fédéral et provinciaux. Or, le droit de négociation collective au sens qui lui est donné en l’espèce (c.-à-d. le droit procédural des travailleurs de négocier collectivement leurs conditions de travail) est né avant l’adoption dans les années 1940 du système actuel des relations du travail. L’histoire de la négociation collective au Canada révèle que, bien avant la mise en place des régimes légaux actuels des relations du travail, la négociation collective était reconnue comme un aspect fondamental de la vie de la société canadienne. C’est dans ce contexte qu’on doit examiner la portée de l’al. 2d).

On peut résumer l’histoire des relations du travail au Canada en empruntant un court extrait du *Rapport de l’Équipe spécialisée en relations de travail* de 1969. Comme la société entrait dans l’ère industrielle, « les travailleurs commençaient à adhérer à des syndicats et à s’engager dans la négociation collective avec leurs employeurs. Bien que les employeurs aient résisté avec la dernière énergie à cette évolution, il devint finalement évident que syndicats et négociation collective étaient des composants naturels d’une économie d’entreprise mixte. C’est alors que l’État a assumé la tâche d’établir une structure de droits et de responsabilités à l’intérieur de laquelle le patronat et les organisations de travailleurs conduiraient leurs relations » (Équipe spécialisée en relations de travail, *Les relations du travail au Canada : Rapport de l’Équipe spécialisée en relations de travail* (1969) (« Rapport Woods »), p. 14).

Le droit du travail canadien tire son origine de divers systèmes de droit, mais surtout du droit britannique et du droit américain. Avant les années

41

42

43

a significant influence on the development of our labour law. American law became an influential force when the United States passed the *Wagner Act* in 1935 (also called *National Labor Relations Act*). And a substantial part of Quebec's law governing labour relations and collective bargaining prior to 1944 was influenced by French law (see R. P. Gagnon, L. LeBel and P. Verge, *Droit du travail* (2nd ed. 1991), at pp. 26-27).

1940, le droit britannique a largement contribué à l'évolution de notre droit du travail. L'influence du droit américain s'est fait sentir davantage au moment où les États-Unis ont adopté en 1935 la *Loi Wagner* (aussi appelée *National Labor Relations Act*). Enfin, le droit français a influé sur une bonne partie du droit québécois régissant les relations du travail et la négociation collective avant 1944 (voir R. P. Gagnon, L. LeBel et P. Verge, *Droit du travail* (2^e éd. 1991), p. 26-27).

44 The development of labour relations law in Canada may be divided into three major eras: repression, toleration and recognition. We are aware that such categorization may not necessarily draw a perfectly accurate picture of the evolution of labour law in our country (see, e.g., E. Tucker, "The Faces of Coercion: The Legal Regulation of Labor Conflict in Ontario, 1880-1889" (1994), 12 *Law & Hist. Rev.* 277). However, for present purpose, such categorization provides a sufficient historical framework in which to summarize the evolution of our law and to underline the flourishing of labour unions and collective bargaining as well as the historic openness of government and society to those organizations over the past century.

L'évolution du droit du travail canadien peut se diviser en trois grandes périodes : la répression, la tolérance et la reconnaissance. Nous sommes bien conscients que cette catégorisation ne brosse peut-être pas nécessairement un tableau fidèle de l'évolution du droit du travail dans notre pays (voir, p. ex., E. Tucker, « The Faces of Coercion : The Legal Regulation of Labor Conflict in Ontario, 1880-1889 » (1994), 12 *Law & Hist. Rev.* 277). Toutefois, pour les besoins du présent pourvoi, elle fournit un cadre historique suffisant pour résumer l'évolution de notre droit et souligner le développement des syndicats et de la négociation collective ainsi que l'ouverture dont le gouvernement et la société ont su faire preuve envers ces organisations depuis un siècle.

(i) Repression of Workers' Organizations

(i) Répression des organisations de travailleurs

45 Workers' associations have a long history. In England, as early as the end of the Middle Ages, workers were getting together to improve their conditions of employment. They were addressing petitions to Parliament, asking for laws to secure better wages or other more favourable working conditions. Soon thereafter, strike activity began (M.-L. Beaulieu, *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail* (1955), at pp. 29-30).

Les associations de travailleurs ne datent pas d'hier. En Angleterre, dès la fin du Moyen-Âge, les travailleurs se regroupaient pour demander de meilleures conditions de travail. Ils présentaient des pétitions au Parlement, réclamant des lois leur accordant de meilleurs salaires ou d'autres conditions de travail plus avantageuses. Peu après, ils ont commencé à organiser des grèves (M.-L. Beaulieu, *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail* (1955), p. 29-30).

46 In Canada, workers' organizations can be traced back to the end of the 18th century. "As early as 1794 employees of the North West Fur Trading Company went on strike for higher wages" (D. D. Carter et al., *Labour Law in Canada* (5th ed. 2002), at p. 48). However, it was not until the industrial

Au Canada, l'existence des organisations de travailleurs remonte à la fin du 18^e siècle. [TRADUCTION] « Dès 1794, des employés de la Compagnie de fourrures du Nord-Ouest ont déclenché une grève pour obtenir des salaires plus élevés » (D. D. Carter et autres, *Labour Law in Canada* (5^e éd. 2002), p. 48).

revolution that workers' organizations took on more than a marginal role, and that a real labour movement was born (Carter et al., at p. 48; C. Lipton, *The Trade Union Movement of Canada, 1827-1959* (4th ed. 1978), at pp. 1-8; J. Rouillard, *Histoire du syndicalisme au Québec: Des origines à nos jours* (1989), at p. 11).

From the beginning, the law was used as a tool to limit workers' rights to unionize. In England, through the 18th and 19th centuries, labour organizations were considered illegal under the common law doctrine of criminal conspiracy (Lord Wedderburn, *The Worker and the Law* (3rd ed. 1986), at pp. 514-15; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf), at p. 1-2). Statutes soon added new limits. After the French Revolution, the British Parliament, convinced that labour organizations were the nesting ground of potential revolutions, adopted the *Combination Acts* of 1799 and 1800, making it unlawful for two or more workers to combine in an attempt to increase their wages, lessen their hours of work or persuade anyone to leave or refuse work. The Acts, which made it "a criminal offence to be a member of a trade union, to call a strike, or to contribute money for trade union purposes", had the effect of suppressing a large series of collective actions (J. G. Riddall, *The Law of Industrial Relations* (1981), at p. 24). Combinations of workers were already illegal at common law. The *Combination Acts* reinforced the common law by providing faster and more effective tools to enforce criminal penalties upon workers (W. R. Cornish and G. de N. Clark, *Law and Society in England 1750-1950* (1989), at p. 297).

In 1824, the English *Combination Acts* were repealed. The repeal was immediately followed by a series of strikes. The British Parliament responded with a new *Combination Act* less than a year later, which reintroduced strong criminal sanctions against workers. The new *Combination Act* of 1825 made it legal for workers to bargain

Toutefois, ce n'est qu'avec la révolution industrielle que les organisations de travailleurs jouent un rôle moins marginal et que naît véritablement le mouvement syndical (Carter et autres, p. 48; C. Lipton, *The Trade Union Movement of Canada, 1827-1959* (4^e éd. 1978), p. 1-8; J. Rouillard, *Histoire du syndicalisme au Québec : Des origines à nos jours* (1989), p. 11).

Dès le début, on a recouru à des mesures législatives pour limiter le droit des travailleurs de se syndiquer. En Angleterre, au cours des 18^e et 19^e siècles, les organisations syndicales étaient considérées comme illégales selon la notion de complot criminel en common law (Lord Wedderburn, *The Worker and the Law* (3^e éd. 1986), p. 514-515; G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 1-2). De nouvelles limites ont vite été imposées par voie législative. Convaincu que les organisations syndicales constituaient des nids d'incubation d'éventuelles révolutions, le Parlement britannique a adopté après la Révolution française les *Combination Acts* de 1799 et de 1800, qui interdisaient aux travailleurs de se coaliser, que ce soit pour la majoration des salaires, la réduction des heures de travail ou pour inciter d'autres travailleurs à quitter le travail ou à refuser du travail. Ces lois, disposant que [TRADUCTION] « commet une infraction quiconque est membre d'un syndicat, déclenche une grève ou contribue financièrement à des activités syndicales », empêchèrent longtemps un grand nombre d'activités collectives (J. G. Riddall, *The Law of Industrial Relations* (1981), p. 24). La coalition de travailleurs était déjà frappée d'illégalité en common law. Or, en permettant d'appliquer avec plus de rapidité et d'efficacité des sanctions pénales aux travailleurs, les *Combination Acts* ont renforcé la common law sous cet aspect (W. R. Cornish et G. de N. Clark, *Law and Society in England 1750-1950* (1989), p. 297).

En 1824, les *Combination Acts* anglaises ont été abrogées. Une série de grèves a immédiatement suivi l'abrogation. Moins d'un an plus tard, le Parlement britannique a répliqué par l'adoption d'une nouvelle *Combination Act*, qui rétablit de fortes sanctions pénales contre les travailleurs. La nouvelle *Combination Act* de 1825 reconnaît aux

collectively with their employers. However, it made strikes a criminal offence. S. Deakin and G. S. Morris summarize, as follows, the state of the law under the *Combination Act* of 1825:

For the fifty years or so after 1825 the legal position was, in principle, that freedom of association was permitted, and that collective bargaining could be lawfully pursued; however, strike action remained tightly confined. In practice, there was no effective right to resist employers who refused to enter into collective bargaining since the main weapon open to trade unions, namely strike action, was regulated by the criminal law. The criminal law also imposed sanctions on individual workers who quit their employment in breach of contract, by virtue of the Master and Servant Act 1823 which was the successor to a number of eighteenth-century statutes which had a similar effect.

(*Labour Law* (4th ed. 2005), at p. 7)

49

In the 1860s, two important events led the British Parliament to change course. First, a Royal Commission on Trade Unions was appointed in 1867. It recommended better legal recognition for trade unions. Second, a reform of suffrage law gave a large segment of the working class the right to vote, enabling them to exert more influence over Parliament (Adams, at p. 1-4; A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer and W. B. Rayner, *Collective Bargaining Law in Canada* (2nd ed. 1986), at p. 16). In response to these events, in 1871 the British Parliament adopted the *Trade Union Act* and the *Criminal Law Amendment Act*, which were intended to immunize trade unions and their members from the criminal laws of conspiracy and restraint of trade. Nevertheless, British courts continued to view collective actions suspiciously, repressing strikes through the doctrine of criminal conspiracy and repressing other union activity through the application of economic torts. The British Parliament in turn responded on occasion by strengthening the legislative protection for trade unions in that country (Deakin and Morris, at pp. 8-10).

travailleurs le droit de négocier collectivement avec leurs employeurs, mais a fait de la grève une infraction criminelle. Les auteurs S. Deakin et G. S. Morris résument l'état du droit sous le régime de la *Combination Act* de 1825 en ces termes :

[TRADUCTION] Pendant les quelque cinquante ans qui ont suivi 1825, le droit dictait, en principe, la reconnaissance de la liberté d'association et de la poursuite légitime de la négociation collective; le recours à la grève demeurerait toutefois très limité. En pratique, les travailleurs ne pouvaient pas véritablement exercer leur droit de résister aux employeurs qui refusaient la négociation collective puisque la principale arme dont disposaient les syndicats — la grève — était régie par le droit criminel. Le droit criminel imposait en outre des sanctions aux travailleurs qui, abandonnant volontairement leur emploi, contrevenaient à leur contrat de travail selon la Master and Servant Act de 1823, laquelle a remplacé plusieurs lois du 18^e siècle dont les effets étaient similaires.

(*Labour Law* (4^e éd. 2005), p. 7)

Dans les années 1860, deux événements importants ont amené le Parlement britannique à changer de cap. D'abord, une commission royale d'enquête sur les syndicats, établie en 1867, a recommandé une plus ample reconnaissance juridique des syndicats. Ensuite, la réforme du droit de suffrage a reconnu le droit de vote à un large segment de la classe ouvrière, lui permettant ainsi d'exercer une plus grande influence sur le Parlement (Adams, p. 1-4; A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer et W. B. Rayner, *Collective Bargaining Law in Canada* (2^e éd. 1986), p. 16). En réaction à ces événements, le Parlement britannique a adopté en 1871 la *Trade Union Act* et la *Criminal Law Amendment Act*, destinées à soustraire les syndicats et leurs membres à l'application des lois criminelles interdisant le complot et l'entrave au commerce. Les tribunaux britanniques ont néanmoins continué de considérer comme douteuses les activités collectives : ils ont réprimé les grèves en invoquant la notion de complot criminel et d'autres activités syndicales en recourant aux ressources du droit de la responsabilité pour des délits économiques. Le Parlement britannique toutefois répliquait à l'occasion par un renforcement de la protection législative accordée aux syndicats de la Grande-Bretagne (Deakin et Morris, p. 8-10).

The question of whether the repressive common law doctrines and the *Combination Acts* of 1799 and 1800 were introduced into Canada is subject to controversy. Some scholars are of the opinion that the common law doctrines of conspiracy and restraint of trade were introduced into Canadian law (Adams, at p. 1-5; Beaulieu, at p. 73). Others, however, argue that the Canadian common law and the civil law of Quebec were more ambiguous and less oppressive to trade unions than the British common law (Gagnon, LeBel and Verge, at pp. 620-21; *Perrault v. Gauthier* (1898), 28 S.C.R. 241). It is unnecessary to resolve this debate. It suffices to recognize that, at least until 1872, Canadian laws “cast shadows on the legitimacy of trade unions” (B. D. Palmer, *Working-Class Experience: Rethinking the History of Canadian Labour, 1800-1991* (2nd ed. 1992), at p. 66; E. Tucker, “‘That Indefinite Area of Toleration’: Criminal Conspiracy and Trade Unions in Ontario, 1837-77” (1991), 27 *Labour* 15; see also Carrothers, Palmer and Rayner, at p. 18).

(ii) Tolerance of Workers’ Organizations and Collective Bargaining

A major shift in Canadian labour law took place in the aftermath of the Toronto Typographical Unions’ strike that occurred in 1872. The strike by the Toronto typographers, inspired by the call for a nine-hour work day, led to numerous arrests and charges against the strikers for common law criminal conspiracy. At that time, Canada had not yet adopted legislation immunizing trade union members from criminal charges for conspiracy or restraint of trade. The criminal charges against the Toronto strikers raised public concern and revealed that Canada was behind the times — at least compared to Britain — on the issue of union protection and recognition.

In consequence, Canada adopted its own legislation copied in part from the British *Trade Union Act* of 1871. The Canadian *Trade Unions Act* of

La question de savoir si les principes répressifs de la common law et les *Combination Acts* de 1799 et de 1800 ont été introduits en droit canadien demeure sujette à controverse. Selon certains auteurs, les notions de complot et d’entrave au commerce ont bien été introduites dans le droit canadien (Adams, p. 1-5; Beaulieu, p. 73). D’autres prétendent toutefois que la common law canadienne et le droit civil québécois étaient plus ambigus et moins oppressifs à l’égard des syndicats que la common law britannique (Gagnon, LeBel et Verge, p. 620-621; *Perrault c. Gauthier* (1898), 28 R.C.S. 241). Il n’est pas nécessaire de trancher ce débat : il suffit de reconnaître qu’au moins jusqu’en 1872 les lois canadiennes [TRADUCTION] « jettent une ombre sur la légitimité des syndicats » (B. D. Palmer, *Working-Class Experience : Rethinking the History of Canadian Labour, 1800-1991* (2^e éd. 1992), p. 66; E. Tucker, « “That Indefinite Area of Toleration” : Criminal Conspiracy and Trade Unions in Ontario, 1837-77 » (1991), 27 *Le Travail* 15; voir également Carrothers, Palmer et Rayner, p. 18).

(ii) Tolérance envers les organisations de travailleurs et la négociation collective

Le droit du travail canadien a pris un tournant décisif à la suite de la grève du syndicat des typographes de Toronto survenue en 1872. La grève des typographes de Toronto, motivée par la revendication de la réduction de la journée de travail à neuf heures, s’est soldée par de nombreuses arrestations de grévistes, suivies d’accusations criminelles de complot portées contre eux en vertu de la common law. À cette époque, le Canada n’avait pas encore adopté de lois visant à protéger les syndiqués contre des accusations criminelles de complot et d’entrave au commerce. Les accusations criminelles portées contre les grévistes de Toronto ont inquiété le public et ont révélé que le Canada accusait un retard — du moins par rapport à la Grande-Bretagne — à l’égard de la question de la protection et de la reconnaissance syndicales.

Le Canada a donc adopté sa propre loi, reproduisant en partie la *Trade Union Act* britannique de 1871. La loi canadienne, *Acte des Associations*

1872 “made it clear that no worker could be criminally prosecuted for conspiracy solely on the basis of attempting to influence the rate of wages, hours of labour, or other aspects of the work relation” (Palmer, at p. 111). Through this legislative action, the Canadian Parliament recognized the value for the individual of collective actions in the context of labour relations. As Sir John A. Macdonald mentioned in the House of Commons, the purpose of the *Trade Unions Act* of 1872 was to immunize unions from existing laws considered to be “opposed to the spirit of the liberty of the individual” (*Parliamentary Debates*, vol. III, 5th sess., 1st Parl., May 7, 1872, at p. 392, as cited by M. Chartrand, “The First Canadian Trade Union Legislation: An Historical Perspective” (1984), 16 *Ottawa L. Rev.* 267, at p. 267).

ouvrières, 1872, [TRADUCTION] « ... indiquait clairement que les travailleurs ne pouvaient faire l’objet de poursuites criminelles pour complot au seul motif qu’ils avaient cherché à influencer sur les salaires, les heures de travail ou d’autres aspects des relations du travail » (Palmer, p. 111). Par cette mesure législative, le Parlement canadien a reconnu la valeur des activités collectives pour les individus dans le contexte des relations du travail. Comme l’a déclaré sir John A. Macdonald à la Chambre des communes, l’*Acte des Associations ouvrières, 1872* visait à soustraire les syndicats à l’application des lois en vigueur considérées comme [TRADUCTION] « incompatibles avec l’esprit de liberté individuelle » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 5^e sess., 1^{re} lég., 7 mai 1872, p. 392, passage cité par M. Chartrand, « The First Canadian Trade Union Legislation : An Historical Perspective » (1984), 16 *R.D. Ottawa* 267, p. 267).

53

By the beginning of the 1900s, the main criminal barriers to unionism in Canada had been brought down. Criminal law no longer prohibited employees from combining for the purposes of ameliorating their working conditions (Carrothers, Palmer and Rayner, at p. 30). However, courts continued to apply common law doctrines to restrain union activities (Adams, at p. 1-5; Carrothers, Palmer and Rayner, at p. 19). Moreover, nothing in the law required employers to recognize unions or to bargain collectively with them. Employers could simply ignore union demands and even refuse to hire union members. As J. Fudge and E. Tucker explain:

While workers were also privileged to combine with other workers to advance their common interests, employers were free to contract only with those workers who were not part of a combination. In short, they could refuse to hire union members and could fire those who became union members after taking up employment.

(*Labour Before the Law: The Regulation of Workers’ Collective Action in Canada, 1900-1948* (2001), at p. 2)

Au début des années 1900, les principales mesures pénales qui avaient fait obstacle au syndicalisme canadien n’existaient plus. Le droit criminel n’interdisait plus les mouvements concertés de travailleurs visant de meilleures conditions de travail (Carrothers, Palmer et Rayner, p. 30). Toutefois, les tribunaux ont continué d’appliquer les principes de common law pour restreindre les activités syndicales (Adams, p. 1-5; Carrothers, Palmer et Rayner, p. 19). Par ailleurs les employeurs n’étaient pas tenus par la loi de reconnaître les syndicats ou de négocier collectivement avec eux. Ils pouvaient simplement ignorer les demandes syndicales et même refuser d’engager des travailleurs syndiqués. Comme l’expliquent J. Fudge et E. Tucker :

[TRADUCTION] Les travailleurs avaient également le privilège de se coaliser pour défendre leurs intérêts communs, mais les employeurs étaient libres de former des contrats uniquement avec les travailleurs qui ne se sont pas coalisés. Bref, ils pouvaient refuser d’engager des travailleurs syndiqués et congédier les travailleurs qui adhéraient à un syndicat une fois embauchés.

(*Labour Before the Law: The Regulation of Workers’ Collective Action in Canada, 1900-1948* (2001), p. 2)

54

While employers could refuse to recognize and bargain with unions, workers had recourse to an

Les employeurs pouvaient refuser de reconnaître les syndicats et de négocier avec eux, mais les

economic weapon: the powerful tool of calling a strike to force an employer to recognize a union and bargain collectively with it. The law gave both parties the ability to use economic weapons to attain their ends. Before the adoption of the modern statutory model of labour relations, the majority of strikes were motivated by the workers' desire to have an employer recognize a union and bargain collectively with it (D. Glenday and C. Schrenk, "Trade Unions and the State: An Interpretative Essay on the Historical Development of Class and State Relations in Canada, 1889-1947" (1978), 2 *Alternate Routes* 114, at p. 128; M. Thompson, "Wagnerism in Canada: Compared to What?", in *Proceedings of the XXXIst Conference — Canadian Industrial Relations Association* (1995), 59, at p. 60; C. D. Baggaley, *A Century of Labour Regulation in Canada* (February 1981), Working Paper No. 19, prepared for the Economic Council of Canada, at p. 57). The unprecedented number of strikes, caused in large part by the refusal of employers to recognize unions and to bargain collectively, led to governments adopting the American *Wagner Act* model of legislation, discussed below.

(iii) Recognition of Collective Bargaining

The first few decades of the 20th century saw Parliament's promotion of voluntary collective bargaining. The federal Parliament enacted a series of statutes to promote collective bargaining by conferring on the labour minister the power to impose conciliation on the parties in an attempt to bring them to compromise (*The Conciliation Act, 1900*, S.C. 1900, c. 24; *The Railway Labour Disputes Act, 1903*, S.C. 1903, c. 55; *The Industrial Disputes Investigation Act, 1907*, S.C. 1907, c. 20). This model failed, mainly because employers had no real incentive to participate in the process. (See J. Webber, "Compelling Compromise: Canada chooses Conciliation over Arbitration 1900-1907" (1991), 28 *Labour* 15; Gagnon, LeBel and Verge, at p. 25; Carrothers, Palmer and Rayner, at p. 32; Adams, at p. 1-6.) Moreover, union members did not receive any protection against unfair labour

employés disposaient d'une arme économique puissante : la capacité de déclencher une grève pour forcer un employeur à reconnaître leur syndicat et à négocier collectivement avec lui. La loi permettait ainsi aux deux parties de recourir à des armes économiques pour parvenir à leurs fins. Avant l'adoption du modèle légal contemporain des relations du travail, la majorité des grèves s'expliquaient par le désir des travailleurs d'amener l'employeur à reconnaître le syndicat et à négocier collectivement avec lui (D. Glenday et C. Schrenk, « Trade Unions and the State : An Interpretative Essay on the Historical Development of Class and State Relations in Canada, 1889-1947 » (1978), 2 *Alternate Routes* 114, p. 128; M. Thompson, « Wagnerism in Canada : Compared to What? », dans *Actes du XXXI^e Congrès de l'Association canadienne des relations industrielles* (1995), 59, p. 60; C. D. Baggaley, *A Century of Labour Regulation in Canada* (février 1981), Cahier de recherche n^o 19, préparé pour le Conseil économique du Canada, p. 57). Ce nombre sans précédent de grèves, causées en grande partie par le refus des employeurs de reconnaître les syndicats et de négocier collectivement avec eux, a amené les gouvernements à adopter le modèle légal américain fondé sur la *Loi Wagner*, examiné plus loin.

(iii) Reconnaissance de la négociation collective

Au cours des premières décennies du 20^e siècle, le Parlement a encouragé la négociation collective volontaire. Le Parlement fédéral a adopté une série de lois visant à encourager la négociation collective en conférant au ministre du Travail le pouvoir d'imposer la conciliation aux parties afin de les orienter vers des compromis (*Acte de conciliation, 1900*, S.C. 1900, ch. 24; *Acte d'arbitrage des chemins de fer, 1903*, S.C. 1903, ch. 55; *Loi des enquêtes en matière de différends industriels, 1907*, S.C. 1907, ch. 20). Ce modèle a échoué, essentiellement parce que rien n'incitait les employeurs à participer au processus ainsi établi. (Voir J. Webber, « Compelling Compromise : Canada chooses Conciliation over Arbitration 1900-1907 » (1991), 28 *Le Travail* 15; Gagnon, LeBel et Verge, p. 25; Carrothers, Palmer et Rayner, p. 32; Adams, p. 1-6.) Par ailleurs, les travailleurs syndiqués ne bénéficiaient d'aucune

practices undertaken by employers (Carrothers, Palmer and Rayner, at p. 37). In search of a better model, Canadian governments looked at what was happening in the United States.

56 In the United States, courts also relied heavily on the doctrine of conspiracy under criminal and civil law as well as antitrust law to limit union activities (Gagnon, LeBel and Verge, at pp. 19-20). In 1914, the American Congress immunized unions from the application of antitrust law and adopted a non-interventionist attitude in order to let workers and employers use their respective economic powers to manage their own labour relations. However, the Depression and resulting industrial tension of the 1930s rendered the old laissez-faire model inappropriate. The result was the *Wagner Act*, which explicitly recognized the right of employees to belong to a trade union of their choice, free of employer coercion or interference, and imposed a duty upon employers to bargain in good faith with their employees' unions (Adams, at p. 1-10).

57 K. E. Klare has identified the following main objects of the *Wagner Act*:

1. *Industrial Peace*: By encouraging collective bargaining, the Act aimed to subdue "strikes and other forms of industrial strife or unrest," because industrial warfare interfered with interstate commerce; that is, it was unhealthy in a business economy. Moreover, although this thought was not embodied in the text, industrial warfare clearly promoted other undesirable conditions, such as political turmoil, violence, and general uncertainty.

2. *Collective Bargaining*: The Act sought to enhance collective bargaining for its own sake because of its presumed "mediating" or "therapeutic" impact on industrial conflict.

3. *Bargaining Power*: The Act aimed to promote "actual liberty of contract" by redressing the unequal balance of bargaining power between employers and employees.

protection contre les pratiques déloyales de travail de l'employeur (Carrothers, Palmer et Rayner, p. 37). En quête d'un meilleur modèle, les gouvernements canadiens ont décidé d'examiner la situation aux États-Unis.

Aux États-Unis, les tribunaux se sont également beaucoup appuyés sur la notion de complot en droit criminel et en droit civil, et sur la législation antitrust pour limiter les activités syndicales (Gagnon, LeBel et Verge, p. 19-20). En 1914, le Congrès américain a soustrait les syndicats à l'application des lois antitrust et adopté une attitude non interventionniste afin de permettre aux travailleurs et employeurs d'utiliser leur pouvoir économique respectif pour gérer leurs propres relations du travail. Toutefois, la Dépression et la tension qu'elle a provoquée dans les relations du travail au cours des années 1930 ont eu raison de l'ancien modèle du laissez-faire. Cette évolution a mené à l'adoption de la *Loi Wagner*, qui a expressément reconnu aux employés le droit d'appartenir au syndicat de leur choix, sans coercition ni ingérence de la part de l'employeur, et oblige l'employeur à négocier de bonne foi avec les syndicats de travailleurs (Adams, p. 1-10).

L'auteur K. E. Klare a relevé les principaux objectifs de la *Loi Wagner* :

[TRADUCTION]

1. *Paix industrielle* : En encourageant la négociation collective, la Loi visait à maîtriser « les grèves et autres formes de conflits de travail » parce que les luttes ouvrières nuisaient au commerce entre les États; en d'autres termes, elles déstabilisaient l'économie d'entreprise. En outre, même si cette idée n'était exprimée nulle part dans le texte, les luttes ouvrières entraînaient clairement d'autres conditions indésirables, par exemple des bouleversements politiques, la violence et un climat général d'incertitude.

2. *Négociation collective* : La Loi cherchait à mettre en valeur la négociation collective en soi, en raison des vertus « médiatrices » ou « thérapeutiques » qu'elle aurait sur les conflits de travail.

3. *Pouvoir de négociation* : La Loi visait à favoriser la « liberté réelle de contracter » en rétablissant l'équilibre du pouvoir de négociation entre employeurs et employés.

4. *Free Choice*: The Act was intended to protect the free choice of workers to associate amongst themselves and to select representatives of their own choosing for collective bargaining.

5. *Underconsumption*: The Act was designed to promote economic recovery and to prevent future depressions by increasing the earnings and purchasing power of workers.

6. *Industrial Democracy*: This is the most elusive aspect of the legislative purpose, although most commentators indicate that a concept of industrial democracy is embedded in the statutory scheme, or at the least was one of the articulated goals of the sponsors of the Act. Senator Wagner frequently sounded the industrial democracy theme in ringing notes, and scholars have subsequently seen in collective bargaining “the means of establishing industrial democracy, . . . the means of providing for the workers’ lives in industry the sense of worth, of freedom, and of participation that democratic government promises them as citizens.”

(“Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941” (1978), 62 *Minn. L. Rev.* 265, at pp. 281-84)

By the end of the 1930s, most Canadian provinces had passed legislation incorporating the main objectives of the *Wagner Act* (Carrothers, Palmer and Rayner, at pp. 47-48). However, it is Order in Council P.C. 1003, a regulation adopted by the federal government to rule labour relations in time of war, that firmly implemented the principles of the *Wagner Act* in Canada and triggered further development of provincial labour laws (Carrothers, Palmer and Rayner, at p. 50; J. Fudge and H. Glasbeek, “The Legacy of PC 1003” (1995), 3 *C.L.E.L.J.* 357, at p. 358).

Fudge and Glasbeek emphasize the effects of P.C. 1003 on Canadian labour relations:

For the first time in Canada’s history, the government compelled employers to recognize and to bargain with duly elected representatives and/or trade unions. From the workers’ perspective, this constituted a movement from having a right to state their interest in being represented by a union to having enforceable legal right to have their chosen representative treated as a union by

4. *Libre choix* : La Loi était censée protéger le libre choix des travailleurs de s’associer et de choisir eux-mêmes les représentants qui négocieraient collectivement en leur nom.

5. *Sous-consommation* : La Loi était conçue pour favoriser le redressement de l’économie et prévenir d’autres crises en permettant aux travailleurs d’augmenter leur revenu et leur pouvoir d’achat.

6. *Démocratie industrielle* : C’est là l’aspect le plus insaisissable de l’objectif législatif, quoique selon la plupart des auteurs le concept de démocratie industrielle est ancré dans le régime législatif, ou du moins était l’un des objectifs énoncés par les parrains de la Loi. Le sénateur Wagner a fréquemment abordé le thème de la démocratie industrielle, lui donnant le ton de façon retentissante, et les auteurs ont par la suite considéré que la négociation collective constituait « le moyen d’établir la démocratie industrielle, [. . .] le moyen par lequel la vie professionnelle des travailleurs leur procure un sentiment de valorisation, de liberté et le sentiment qu’ils contribuent à la société, promesse du gouvernement démocratique ».

(« Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941 » (1978), 62 *Minn. L. Rev.* 265, p. 281-284)

À la fin des années 1930, la plupart des provinces canadiennes avaient adopté des dispositions législatives reprenant les principaux objectifs de la *Loi Wagner* (Carrothers, Palmer et Rayner, p. 47-48). Toutefois, c’est le décret C.P. 1003 — règlement adopté par le gouvernement fédéral pour régir les relations du travail en temps de guerre — qui a consolidé la mise en œuvre des principes de la *Loi Wagner* au Canada et provoqué un mouvement d’évolution des lois provinciales en matière de travail (Carrothers, Palmer et Rayner, p. 50; J. Fudge et H. Glasbeek, « The Legacy of PC 1003 » (1995), 3 *C.L.E.L.J.* 357, p. 358).

Fudge et Glasbeek soulignent les effets du décret C.P. 1003 sur les relations du travail au Canada :

[TRADUCTION] Pour la première fois dans l’histoire canadienne, le gouvernement a forcé les employeurs à reconnaître les représentants dûment élus et les syndicats, et à négocier avec eux. Du point de vue des travailleurs, on parlait du droit d’affirmer son désir d’être représenté par un syndicat et on arrivait désormais à un droit ayant force exécutoire qui obligeait l’employeur à

their employer. There was no longer any need to use collective economic muscle — always seriously limited by the common law — to obtain the right to bargain collectively with employers. [p. 359]

60 P.C. 1003 was a compromise adopted to promote peaceful labour relations. On the one hand, it granted major protections to workers to organize without fear of unfair interference from the employers and guaranteed workers the right to bargain collectively in good faith with their employers without having to rely on strikes and other economic weapons. On the other hand, it provided employers with a measure of stability in their relations with their organized workers, without the spectre of intensive state intervention in the economy (Fudge and Glasbeek, at p. 370). These elements of P.C. 1003 continue to guide our system of labour relations to this day (Adams, at pp. 2-98 *et seq.*).

61 In all the provinces except Saskatchewan, legislation inspired by the *Wagner Act* initially applied only to the private sector. Its extension to the public sector came later. Between 1965 and 1973 statutes were passed across the country extending labour protections to public sectors. (Fudge and Glasbeek, at p. 384; see also J. R. Calvert, “Collective Bargaining in the Public Sector in Canada: Teething Troubles or Genuine Crisis?” (1987), 2 *Brit. J. Can. Stud.* 1.) However, the rights conferred to public sector employees were more restricted than in the private sector:

Some employees are not allowed to bargain about certain subjects, some employees are given the alternative of striking or accepting a compulsory arbitrated award, some employees are not given the right to strike at all. Further, governments have retained the right to determine that, even if a public sector bargaining unit is given the right to strike, some of its members should be designated as being essential workers, that is, workers who must continue to deliver a governmental service during a lawful strike by their bargaining unit colleagues. Moreover, a government’s assumed right and need to continue to look after the public’s welfare makes it easy to pass legislation suspending or abrogating a

traiter comme un syndicat les représentants choisis. Il n’était plus nécessaire de recourir à la puissance économique collective — toujours sérieusement limitée par la common law — pour obtenir le droit de négocier collectivement avec les employeurs. [p. 359]

Le décret C.P. 1003 représentait un compromis adopté pour l’harmonie des relations du travail. D’une part, il accordait aux travailleurs d’importantes protections leur permettant de se syndiquer sans crainte d’une intervention injuste de la part des employeurs et leur garantissait le droit de négocier collectivement de bonne foi avec leurs employeurs sans avoir recours à la grève ou d’autres armes économiques. D’autre part, il assurait aux employeurs une certaine stabilité dans leurs relations avec leurs employés syndiqués, tout en dissipant le spectre d’une intervention massive de l’État dans l’économie (Fudge et Glasbeek, p. 370). Ces éléments du décret C.P. 1003 guident encore notre régime des relations du travail (Adams, p. 2-98 et suiv.).

Dans toutes les provinces, à l’exception de la Saskatchewan, la législation s’inspirant de la *Loi Wagner* s’est d’abord appliquée uniquement au secteur privé. Son application ne s’est étendue que plus tard au secteur public. Entre 1965 et 1973, des lois conférant des protections aux travailleurs des secteurs publics ont été adoptées d’un bout à l’autre du pays. (Fudge et Glasbeek, p. 384; voir aussi J. R. Calvert, « Collective Bargaining in the Public Sector in Canada : Teething Troubles or Genuine Crisis? » (1987), 2 *Brit. J. Can. Stud.* 1.) Toutefois, les droits conférés aux employés du secteur public restaient plus limités que ceux des travailleurs du secteur privé :

[TRADUCTION] Certains employés ne sont pas autorisés à négocier certaines questions, pour certains autres, la seule alternative à la grève est une sentence arbitrale obligatoire, d’autres encore n’ont aucun droit de grève. Par ailleurs, les gouvernements se sont réservé le droit de décider, même lorsque l’unité de négociation du secteur public a le droit de grève, que certains de ses membres doivent être désignés comme travailleurs affectés aux services essentiels, c’est-à-dire, des travailleurs qui doivent continuer de fournir des services gouvernementaux pendant que leurs collègues appartenant à la même unité de négociation sont en grève licite. De plus, du fait que le gouvernement se donne le droit et le devoir

trade union's previously granted strike rights. In the same vein, a government can always argue that, whatever collective bargaining rights its workers have, these can justifiably be curtailed to allow the government, not just to continue to deliver services, but also to pursue a major policy, such as the reduction of inflation or the balancing of the budget.

(Fudge and Glasbeek, at p. 385)

Moreover, on many occasions (and with increasing frequency during the 1980s and 1990s), governments used legislation to impose unilaterally upon their own employees specific conditions of employment, in most cases related to wages (J. B. Rose, "Public Sector Bargaining: From Retrenchment to Consolidation" (2004), 59 *IR* 271, at p. 275).

In summary, workers in Canada began forming collectives to bargain over working conditions with their employers as early as the 18th century. However, the common law cast a shadow over the rights of workers to act collectively. When Parliament first began recognizing workers' rights, trade unions had no express statutory right to negotiate collectively with employers. Employers could simply ignore them. However, workers used the powerful economic weapon of strikes to gradually force employers to recognize unions and to bargain collectively with them. By adopting the *Wagner Act* model, governments across Canada recognized the fundamental need for workers to participate in the regulation of their work environment. This legislation confirmed what the labour movement had been fighting for over centuries and what it had access to in the laissez-faire era through the use of strikes — the right to collective bargaining with employers.

(iv) Collective Bargaining in the *Charter* Era

At the time the *Charter* was enacted in 1982, collective bargaining had a long tradition in Canada

de continuer à veiller au bien-être de la population, il devient facile d'adopter des lois qui suspendent ou suppriment l'exercice du droit de grève déjà reconnu aux syndicats. Dans le même ordre d'idée, le gouvernement peut toujours prétendre qu'il est justifié de limiter les droits de ses fonctionnaires à la négociation collective — quels qu'ils soient — non seulement pour lui permettre de continuer à offrir des services, mais également pour appliquer une politique importante, comme la réduction de l'inflation ou l'équilibre budgétaire.

(Fudge et Glasbeek, p. 385)

Par ailleurs, les gouvernements ont à plusieurs reprises (et de plus en plus durant les années 1980 et 1990) pris des mesures législatives pour imposer unilatéralement à leurs propres employés des conditions d'emploi précises, généralement liées au salaire (J. B. Rose, « Public Sector Bargaining : From Retrenchment to Consolidation » (2004), 59 *RI* 271, p. 275).

Bref, dès le 18^e siècle, les travailleurs canadiens ont commencé à se regrouper pour négocier leurs conditions de travail avec leurs employeurs. La common law laisse toutefois les droits des travailleurs d'agir collectivement dans une zone d'ombre. Lorsque le Parlement a commencé à reconnaître les droits des travailleurs, la loi ne conférait pas expressément aux syndicats le droit de négocier collectivement avec les employeurs. Ceux-ci pouvaient simplement les ignorer. Toutefois, les travailleurs ont utilisé une arme économique puissante — la grève — pour forcer graduellement les employeurs à reconnaître les syndicats et à négocier collectivement avec eux. En adoptant un modèle fondé sur la *Loi Wagner*, les gouvernements de l'ensemble du pays ont reconnu le besoin fondamental des travailleurs de participer à la réglementation de leur milieu de travail. Ces dispositions législatives ont confirmé la validité de l'objectif central des luttes syndicales depuis des siècles, que le mouvement syndical a atteint pendant la période de laissez-faire en déclenchant des grèves : le droit de négocier collectivement avec les employeurs.

(iv) Négociation collective à l'ère de la *Charte*

Au moment de l'entrée en vigueur de la *Charte* en 1982, la négociation collective était depuis

62

63

64

and was recognized as part of freedom of association in the labour context. The 1969 Woods Report explained the importance of collective bargaining for our society and the special relationship between collective bargaining and freedom of association:

Freedom to associate and to act collectively are basic to the nature of Canadian society and are root freedoms of the existing collective bargaining system. Together they constitute freedom of trade union activity: to organize employees, to join with the employer in negotiating a collective agreement, and to invoke economic sanctions, including taking a case to the public in the event of an impasse. . . .

In order to encourage and ensure recognition of the social purpose of collective bargaining legislation as an instrument for the advancement of fundamental freedoms in our industrial society, we recommend that the legislation contain a preamble that would replace the neutral tone of the present statute with a positive commitment to the collective bargaining system. [p. 138]

65 The preamble of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, was later modified, in 1972 (S.C. 1972, c. 18), to express the benefits that collective bargaining brings to society:

Whereas there is a long tradition in Canada of labour legislation and policy designed for the promotion of the common well-being through the encouragement of free collective bargaining and the constructive settlement of disputes;

And Whereas Canadian workers, trade unions and employers recognize and support freedom of association and free collective bargaining as the bases of effective industrial relations for the determination of good working conditions and sound labour-management relations;

66 Collective bargaining, despite early discouragement from the common law, has long been recognized in Canada. Indeed, historically, it emerges as the most significant collective activity through which freedom of association is expressed in the labour context. In our opinion, the concept of freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*

longtemps implantée au Canada et reconnue comme une partie de la liberté d'association dans le contexte des relations du travail. Le Rapport Woods de 1969 explique ainsi l'importance de la négociation collective dans notre société et le rapport particulier qu'entretient la négociation collective avec la liberté d'association :

Les libertés d'association et d'action collective sont des valeurs fondamentales de la société canadienne et sont à la base du régime actuel de négociation collective. Leur réunion donne aux syndicats la liberté de grouper les travailleurs en association, de négocier avec l'employeur une convention collective et de recourir à des sanctions économiques, et même d'en appeler à l'opinion publique en cas d'impasse. . . .

Il faut encourager et assurer la reconnaissance du rôle social de la législation en matière de négociation collective comme instrument de progrès des libertés fondamentales de notre société industrielle. Nous recommandons en conséquence, l'insertion, dans la législation, d'un préambule qui, rompant avec l'allure plutôt neutre de la loi actuelle, dénoterait une attitude positive à l'égard de la négociation collective. [p. 152-153]

Le préambule du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, a ensuite été modifié, en 1972 (S.C. 1972, ch. 18), de façon à proclamer les avantages de la négociation collective pour la société :

Considérant qu'il est depuis longtemps dans la tradition canadienne que la législation et la politique du travail soient conçues de façon à favoriser le bien-être de tous par l'encouragement de la pratique des libres négociations collectives et du règlement positif des différends;

Considérant que les travailleurs, syndicats et employeurs du Canada reconnaissent et soutiennent que la liberté syndicale et la pratique des libres négociations collectives sont les fondements de relations industrielles fructueuses permettant d'établir de bonnes conditions de travail et de saines relations du travail;

Malgré les réticences exprimées à l'origine par la common law, la négociation collective est reconnue depuis longtemps au Canada. Son histoire démontre qu'elle représente la plus importante activité collective et que la liberté d'association s'exprime par son intermédiaire dans le contexte des relations du travail. Nous estimons alors que le concept de la

includes this notion of a procedural right to collective bargaining.

This established Canadian right to collective bargaining was recognized in the Parliamentary hearings that took place before the adoption of the *Charter*. The acting Minister of Justice, Mr. Robert Kaplan, explained why he did not find necessary a proposed amendment to have the freedom to organize and bargain collectively expressly included under s. 2(d). These rights, he stated, were already implicitly recognized in the words “freedom of association”:

Our position on the suggestion that there be specific reference to freedom to organize and bargain collectively is that that is already covered in the freedom of association that is provided already in the Declaration or in the Charter; and that by singling out association for bargaining one might tend to diminish all the other forms of association which are contemplated — church associations; associations of fraternal organizations or community organizations.

(Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 43, January 22, 1981, at pp. 69-70)

The protection enshrined in s. 2(d) of the *Charter* may properly be seen as the culmination of a historical movement towards the recognition of a procedural right to collective bargaining.

(b) *International Law Protects Collective Bargaining as Part of Freedom of Association*

Under Canada’s federal system of government, the incorporation of international agreements into domestic law is properly the role of the federal Parliament or the provincial legislatures. However, Canada’s international obligations can assist courts charged with interpreting the *Charter*’s guarantees (see *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 46). Applying

liberté d’association prévue à l’al. 2d) de la *Charte* comprend cette notion d’un droit procédural à la négociation collective.

Ce droit canadien de négociation collective bien établi a été reconnu lors des audiences parlementaires qui se sont déroulées avant l’adoption de la *Charte*. À cette occasion, le ministre suppléant de la Justice, M. Robert Kaplan, a expliqué pourquoi il n’a pas jugé nécessaire un projet d’amendement visant à inclure expressément dans l’al. 2d) la liberté de se syndiquer et de mener des négociations collectives. Ces droits, a-t-il déclaré, étaient déjà implicitement reconnus dans l’expression « liberté d’association » :

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

(*Procès-verbaux et témoignages* du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, fascicule n° 43, 22 janvier 1981, p. 69-70)

On peut à juste titre considérer la protection consacrée à l’al. 2d) de la *Charte* comme l’aboutissement d’un mouvement historique vers la reconnaissance d’un droit procédural de négocier collectivement.

b) *Le droit international protège la négociation collective en tant que partie inhérente à la liberté d’association*

Dans le système fédéral canadien, il revient au Parlement fédéral et aux législatures provinciales d’incorporer les accords internationaux au droit interne. L’examen des obligations internationales du Canada peut toutefois aider les tribunaux chargés d’interpréter les garanties de la *Charte* (voir *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 46). L’application de cet outil d’interprétation

67

68

69

this interpretive tool here supports recognizing a process of collective bargaining as part of the *Charter's* guarantee of freedom of association.

70 Canada's adherence to international documents recognizing a right to collective bargaining supports recognition of the right in s. 2(d) of the *Charter*. As Dickson C.J. observed in the *Alberta Reference*, at p. 349, the *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified.

71 The sources most important to the understanding of s. 2(d) of the *Charter* are the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3 ("ICESCR"), the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 ("ICCPR"), and the International Labour Organization's (ILO's) *Convention (No. 87) concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise*, 68 U.N.T.S. 17 ("Convention No. 87"). Canada has endorsed all three of these documents, acceding to both the ICESCR and the ICCPR, and ratifying *Convention No. 87* in 1972. This means that these documents reflect not only international consensus, but also principles that Canada has committed itself to uphold.

72 The ICESCR, the ICCPR and *Convention No. 87* extend protection to the functioning of trade unions in a manner suggesting that a right to collective bargaining is part of freedom of association. The interpretation of these conventions, in Canada and internationally, not only supports the proposition that there is a right to collective bargaining in international law, but also suggests that such a right should be recognized in the Canadian context under s. 2(d).

73 Article 8, para. 1(c) of the ICESCR guarantees the "right of trade unions to function freely subject to no limitations other than those prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public order or for the protection of the rights and freedoms of

en l'espèce milite en faveur de la reconnaissance du processus de négociation collective comme partie inhérente à la liberté d'association garantie par la *Charte*.

L'adhésion du Canada à des instruments internationaux reconnaissant l'existence du droit de négocier collectivement appuie la thèse que ce droit est protégé à l'al. 2d) de la *Charte*. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 349, il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne.

Pour l'interprétation de l'al. 2d) de la *Charte*, les textes les plus utiles sont le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3 (« PIDESC »), le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (« PIDCP »), et la *Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 68 R.T.N.U. 17 (« Convention n° 87 »), adoptée par l'Organisation internationale du Travail (« OIT »). Le Canada a entériné ces trois documents, en adhérant au PIDESC et au PIDCP, et en ratifiant la *Convention n° 87* en 1972. Cela signifie que ces documents dégagent non seulement le consensus international, mais aussi des principes que le Canada s'est lui-même engagé à respecter.

Le PIDESC, le PIDCP et la *Convention n° 87* accordent une protection aux activités des syndicats d'une manière qui permet de croire que le droit de négociation collective est compris dans la liberté d'association. L'interprétation de ces instruments, au Canada et à l'étranger, permet non seulement de confirmer l'existence d'un droit de négociation collective en droit international, mais tend également à indiquer qu'il y a lieu de reconnaître ce droit dans le contexte canadien en vertu de l'al. 2d).

L'article 8, par. 1c) du PIDESC garantit le « droit qu'ont les syndicats d'exercer librement leur activité, sans limitations autres que celles qui sont prévues par la loi et qui constituent des mesures nécessaires dans une so[c]iété démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou de l'ordre

others”. This Article allows the “free functioning” of trade unions to be regulated, but not legislatively abrogated (*per* Dickson C.J., *Alberta Reference*, at p. 351). Since collective bargaining is a primary function of a trade union, it follows that Article 8 protects a union’s freedom to pursue this function freely.

Similarly, Article 22, para. 1 of the *ICCPR* states that “[e]veryone 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.” Paragraph 2 goes on to say that no restriction may be placed on the exercise of this right, other than those necessary in a free and democratic society for reasons of national security, public safety, public order, public health or the protection of the rights of others. This Article has been interpreted to suggest that it encompasses both the right to form a union and the right to collective bargaining: *Concluding observations of the Human Rights Committee — Canada*, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.105 (1999).

Convention No. 87 has also been understood to protect collective bargaining as part of freedom of association. Part I of the Convention, entitled “Freedom of Association”, sets out the rights of workers to freely form organizations which operate under constitutions and rules set by the workers and which have the ability to affiliate internationally. Dickson C.J., dissenting in the *Alberta Reference*, at p. 355, relied on *Convention No. 87* for the principle that the ability “to form and organize unions, even in the public sector, must include freedom to pursue the essential activities of unions, such as collective bargaining and strikes, subject to reasonable limits”.

Convention No. 87 has been the subject of numerous interpretations by the ILO’s Committee on Freedom of Association, Committee of Experts

public, ou pour protéger les droits et les libertés d’autrui ». Cette disposition permet de réglementer les activités « exercées librement » par les syndicats, et non de les abroger par voie législative (le juge en chef Dickson, *Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 351). La négociation collective étant l’une des principales activités d’un syndicat, il s’ensuit que l’art. 8 protège la liberté reconnue aux syndicats d’exercer sans entrave cette activité.

De même, l’article 22, par. 1 du *PIDCP* prévoit : « Toute personne a le droit de s’associer librement avec d’autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d’y adhérer pour la protection de ses intérêts. » Le deuxième paragraphe du même article mentionne aussi que l’exercice de ce droit ne peut faire l’objet que des seules restrictions qui sont nécessaires dans une société libre et démocratique, pour des raisons de sécurité nationale, de sûreté publique, d’ordre public, de santé publique ou pour protéger les droits d’autrui. L’interprétation donnée à cette disposition tend à indiquer qu’elle englobe tant le droit de former un syndicat que celui de négocier collectivement : *Observations finales du Comité des droits de l’homme — Canada*, N.U. Doc. CCPR/C/79/Add.105 (1999).

La *Convention n° 87* a elle aussi été interprétée comme ayant pour effet de protéger la négociation collective dans le cadre de la liberté d’association. La partie I de la convention, « Liberté syndicale », établit le droit des travailleurs de constituer librement des organisations qui sont régies par des statuts et règlements administratifs élaborés par les travailleurs et qui peuvent s’affilier à des organisations internationales. Dans ses motifs dissidents dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 355, le juge en chef Dickson s’est appuyé sur la *Convention n° 87* pour énoncer le principe que « la liberté de constituer et d’organiser des syndicats doit, même dans le secteur public, comprendre la liberté d’exercer les activités essentielles des syndicats, telles la négociation collective et la grève, sous réserve de limites raisonnables ».

La *Convention n° 87* a été fréquemment interprétée par le Comité de la liberté syndicale, la Commission d’experts et des Commissions

74

75

76

and Commissions of Inquiry. These interpretations have been described as the “cornerstone of the international law on trade union freedom and collective bargaining”: M. Forde, “The European Convention on Human Rights and Labor Law” (1983), 31 *Am. J. Comp. L.* 301, at p. 302. While not binding, they shed light on the scope of s. 2(d) of the *Charter* as it was intended to apply to collective bargaining: *Dunmore*, at paras. 16 and 27, *per* Bastarache J., applying the jurisprudence of the ILO’s Committee of Experts and Committee on Freedom of Association.

77

A recent review by ILO staff summarized a number of principles concerning collective bargaining. Some of the most relevant principles in international law are summarized in the following terms (see B. Gernigon, A. Odero and H. Guido, “ILO principles concerning collective bargaining” (2000), 139 *Int’l Lab. Rev.* 33, at pp. 51-52):

A. The right to collective bargaining is a fundamental right endorsed by the members of the ILO in joining the Organization, which they have an obligation to respect, to promote and to realize, in good faith (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up).

D. The purpose of collective bargaining is the regulation of terms and conditions of employment, in a broad sense, and the relations between the parties.

H. The principle of good faith in collective bargaining implies recognizing representative organizations, endeavouring to reach an agreement, engaging in genuine and constructive negotiations, avoiding unjustified delays in negotiation and mutually respecting the commitments entered into, taking into account the results of negotiations in good faith.

I. In view of the fact that the voluntary nature of collective bargaining is a fundamental aspect of the principles of freedom of association, collective bargaining may not be imposed upon the parties and

d’enquête de l’OIT. Ces interprétations ont été décrites comme constituant la [TRADUCTION] « pierre angulaire du droit international en matière de liberté syndicale et de négociation collective » : M. Forde, « The European Convention on Human Rights and Labor Law » (1983), 31 *Am. J. Comp. L.* 301, p. 302. Bien qu’elles ne soient pas contraignantes, elles clarifient la portée de l’al. 2d) de la *Charte* tel qu’il est censé s’appliquer à la négociation collective : *Dunmore*, par. 16 et 27, où le juge Bastarache a appliqué la jurisprudence de la Commission d’experts et du Comité de la liberté syndicale de l’OIT.

Une étude récente effectuée par des membres du personnel de l’OIT résume plusieurs principes régissant la négociation collective. Certains des principes pertinents du droit international sont exprimés en ces termes (voir B. Gernigon, A. Odero et H. Guido, « Les principes de l’OIT sur la négociation collective » (2000), 139 *Rev. int. trav.* 37, p. 55-57) :

A. Le droit de négociation collective est un droit fondamental accepté par les Membres de l’OIT du seul fait de leur appartenance à l’Organisation, qu’ils ont l’obligation de respecter, promouvoir et réaliser de bonne foi (Déclaration de l’OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi).

D. La négociation collective a pour objet les conditions de travail et d’emploi au sens large et la régulation des relations entre les parties.

H. Le principe de la bonne foi dans la négociation collective implique les points suivants : reconnaître les organisations représentatives, faire des efforts pour parvenir à un accord, procéder à des négociations véritables et constructives, éviter des retards injustifiés dans la négociation et respecter réciproquement les engagements pris et les résultats obtenus grâce à des négociations de bonne foi.

I. Le caractère volontaire de la négociation collective étant un aspect fondamental des principes de la liberté syndicale, la négociation collective ne peut être imposée aux parties et les mécanismes destinés

procedures to support bargaining must, in principle, take into account its voluntary nature; moreover, the level of bargaining must not be imposed unilaterally by law or by the authorities, and it must be possible for bargaining to take place at any level.

J. It is acceptable for conciliation and mediation to be imposed by law in the framework of the process of collective bargaining, provided that reasonable time limits are established. However, the imposition of compulsory arbitration in cases where the parties do not reach agreement is generally contrary to the principle of voluntary collective bargaining and is only admissible: [cases of essential services, administration of the State, clear deadlock, and national crisis].

K. Interventions by the legislative or administrative authorities which have the effect of annulling or modifying the content of freely concluded collective agreements, including wage clauses, are contrary to the principle of voluntary collective bargaining. These interventions include: the suspension or derogation of collective agreements by decree without the agreement of the parties; the interruption of agreements which have already been negotiated; the requirement that freely concluded collective agreements be renegotiated; the annulment of collective agreements; and the forced renegotiation of agreements which are currently in force. Other types of intervention, such as the compulsory extension of the validity of collective agreements by law are only admissible in cases of emergency and for short periods.

L. Restrictions on the content of future collective agreements . . . are admissible only in so far as such restrictions are preceded by consultations with the organizations of workers and employers and fulfil the following conditions: [restrictions are exceptional measures; of limited duration; include protection for workers' standards of living].

(See also, M. Coutu, *Les libertés syndicales dans le secteur public* (1989), at pp. 26-29.)

The fact that a global consensus on the meaning of freedom of association did not crystallize in the *Declaration on fundamental principles and rights at work*, 6 IHRR 285 (1999), until 1998 does not detract from its usefulness in interpreting s. 2(d) of the *Charter*. For one thing, the Declaration was made on the basis of interpretations of international instruments, such as *Convention No. 87*, many of

à faciliter la négociation doivent avoir en principe un caractère volontaire. Cependant, le niveau des négociations ne doit pas être imposé unilatéralement par la législation ou les autorités, car les négociations doivent pouvoir avoir lieu à quelque niveau que ce soit.

J. La conciliation et la médiation imposées par la législation dans le cadre du processus de négociation collective sont admissibles à condition de s'inscrire dans des délais raisonnables. En revanche, l'arbitrage obligatoire au cas où les parties n'arrivent pas à un accord est en règle générale contraire au principe de la négociation collective volontaire et il est uniquement admissible : [lorsqu'il s'agit de services essentiels, de l'administration de l'État, d'une impasse évidente et d'une crise nationale].

K. Sont contraires au principe de la négociation collective volontaire les interventions des autorités législatives ou administratives qui ont pour effet d'annuler ou de modifier le contenu des conventions collectives librement conclues, y compris le contenu des clauses concernant les salaires. Ces interventions peuvent comprendre la suspension ou l'abrogation par voie de décret, sans l'accord des parties, de conventions collectives; l'interruption de conventions préalablement négociées; l'exigence de renégocier des conventions librement convenues; l'annulation de conventions collectives et la renégociation forcée de conventions en vigueur. D'autres types d'intervention, telle que la prolongation obligatoire de la validité des conventions collectives par voie légale, ne sont admissibles que dans des cas d'urgence et pour des périodes brèves.

L. Les limitations au contenu des négociations collectives futures [. . .] sont admissibles dans la mesure où de telles limitations sont précédées de consultations avec les organisations de travailleurs et d'employeurs et remplissent les conditions suivantes : [elles s'appliquent à titre exceptionnel; ont une durée limitée; prévoient des garanties destinées à protéger le niveau de vie des travailleurs].

(Voir également M. Coutu, *Les libertés syndicales dans le secteur public* (1989), p. 26-29.)

Le fait que le consensus obtenu à l'échelle internationale au sujet de la liberté d'association n'ait pas été confirmé dans la *Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, 6 IHRR 285 (1999), avant 1998 n'enlève rien à son utilité pour l'interprétation de l'al. 2d) de la *Charte*. D'une part, la Déclaration a été conçue selon les interprétations d'instruments internationaux, par exemple

which were adopted by the ILO prior to the advent of the *Charter* and were within the contemplation of the framers of the *Charter*. For another, the *Charter*, as a living document, grows with society and speaks to the current situations and needs of Canadians. Thus 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*.

79

In summary, international conventions to which Canada is a party recognize the right of the members of unions to engage in collective bargaining, as part of the protection for freedom of association. It is reasonable to infer that s. 2(d) of the *Charter* should be interpreted as recognizing at least the same level of protection: *Alberta Reference*.

(c) *Charter Values Support Protecting a Process of Collective Bargaining Under Section 2(d)*

80

Protection for a process of collective bargaining within s. 2(d) is consistent with the *Charter's* underlying values. The *Charter*, including s. 2(d) itself, should be interpreted in a way that maintains its underlying values and its internal coherence. As Lamer J. stated in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at pp. 365-66:

Our constitutional *Charter* must be construed as a system where "Every component contributes to the meaning as a whole, and the whole gives meaning to its parts" (P. A. Côté writing about statutory interpretation in *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 236). The courts must interpret each section of the *Charter* in relation to the others (see, for example, *R. v. Carson* (1983), 20 M.V.R. 54 (Ont. C.A.); *R. v. Konechny*, [1984] 2 W.W.R. 481 (B.C.C.A.); *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1 (C.A.); *R. v. Antoine*, *supra*).

(See also *Big M Drug Mart*, at p. 344, and *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83, at para. 63.)

la *Convention n° 87*, dont bon nombre ont été adoptés par l'OIT avant l'avènement de la *Charte* et pris en considération par ses rédacteurs. D'autre part, la *Charte*, en tant qu'instrument vivant, évolue avec la société et s'adresse aux situations et besoins actuels des Canadiens. Ainsi les engagements *actuels* du Canada en vertu du droit international et l'opinion internationale qui prévaut actuellement en matière de droits de la personne constituent une source persuasive pour l'interprétation de la portée de la *Charte*.

En bref, les accords internationaux auxquels le Canada est partie reconnaissent que le droit des syndiqués de participer à des négociations collectives bénéficie de la protection accordée à la liberté d'association. Il est donc raisonnable d'inférer que l'al. 2d) de la *Charte* confère au moins le même degré de protection à ce droit : le *Renvoi relatif à l'Alberta*.

c) *Les valeurs exprimées dans la Charte confirment la protection du processus de négociation collective dans le cadre de l'al. 2d)*

La protection du processus de négociation collective dans le cadre de l'al. 2d) est compatible avec les valeurs fondamentales de la *Charte*. Il faut interpréter la *Charte*, y compris l'al. 2d) lui-même, d'une manière qui préserve ses valeurs sous-jacentes et sa cohérence interne. Comme l'a écrit le juge Lamer dans *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, p. 365-366 :

Notre *Charte* constitutionnelle doit s'interpréter comme un système où « chaque élément contribue au sens de l'ensemble et l'ensemble au sens de chacun des éléments » (comme l'écrit P. A. Côté dans *Interprétation des lois* (1982), à la p. 257). Les tribunaux doivent interpréter chaque article de la *Charte* en fonction des autres articles (voir, par exemple, *R. c. Carson* (1983), 20 M.V.R. 54 (C.A. Ont.); *R. c. Konechny*, [1984] 2 W.W.R. 481 (C.A.C.-B.); *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 O.R. (2d) 1 (C.A.); *R. v. Antoine*, précité).

(Voir également *Big M Drug Mart*, p. 344, et *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83, par. 63.)

Human dignity, equality, liberty, respect for the autonomy of the person and the enhancement of democracy are among the values that underlie the *Charter*: *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 100; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. All of these values are complemented and indeed, promoted, by the protection of collective bargaining in s. 2(d) of the *Charter*.

The right to bargain collectively with an employer enhances the human dignity, liberty and autonomy of workers by giving them the opportunity to influence the establishment of workplace rules and thereby gain some control over a major aspect of their lives, namely their work (see *Alberta Reference*, at p. 368, and *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 93). As explained by P. C. Weiler in *Reconcilable Differences* (1980):

Collective bargaining is not simply an instrument for pursuing external ends, whether these be mundane monetary gains or the erection of a private rule of law to protect the dignity of the worker in the face of managerial authority. Rather, collective bargaining is intrinsically valuable as an experience in self-government. It is the mode in which employees participate in setting the terms and conditions of employment, rather than simply accepting what their employer chooses to give them . . . [p. 33]

In *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8, we underlined the importance of protecting workers' autonomy:

Personal issues at stake in labour disputes often go beyond the obvious issues of work availability and wages. Working conditions, like the duration and location of work, parental leave, health benefits, severance and retirement schemes, may impact on the personal lives of workers even outside their working hours. Expression on these issues contributes to self-understanding, as well as to the ability to influence one's working and non-working life. [para. 34]

La dignité humaine, l'égalité, la liberté, le respect de l'autonomie de la personne et la mise en valeur de la démocratie font partie des valeurs inhérentes à la *Charte* : *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 100; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Assurer la protection de la négociation collective au moyen de l'al. 2d) de la *Charte* permet de compléter, même de promouvoir, toutes ces valeurs.

Le droit de négocier collectivement avec l'employeur favorise la dignité humaine, la liberté et l'autonomie des travailleurs en leur donnant l'occasion d'exercer une influence sur l'adoption des règles régissant leur milieu de travail et, de ce fait, d'exercer un certain contrôle sur un aspect d'importance majeure de leur vie, à savoir leur travail (voir le *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 368, et *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 93). Le professeur P. C. Weiler a commenté cet aspect du droit à la négociation collective dans son ouvrage *Reconcilable Differences* (1980) :

[TRADUCTION] La négociation collective ne constitue pas simplement un moyen de poursuivre des fins extrinsèques, qu'il s'agisse des avantages pécuniaires habituels ou de règles de droit privées établies pour protéger la dignité du travailleur face au pouvoir de gestion. Elle est plutôt intrinsèquement valable comme expérience en matière d'autonomie. Elle constitue le mode par lequel les employés jouent un rôle dans l'établissement des conditions de travail au lieu de simplement accepter celles que l'employeur décide d'offrir . . . [p. 33]

Dans *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8, nous avons souligné l'importance de protéger l'autonomie des travailleurs :

Les questions personnelles en jeu dans les conflits de travail transcendent souvent les problèmes usuels de possibilités d'emploi et de détermination des salaires. Les conditions de travail comme la durée et le lieu du travail, les congés parentaux, les prestations de maladie, les caisses de départ et les régimes de retraite peuvent avoir une incidence sur la vie personnelle des travailleurs, même en dehors de leurs heures de travail. L'expression d'opinion sur ces questions contribue à la compréhension de soi ainsi qu'à la capacité d'influencer sa vie au travail et sa vie en dehors du travail. [par. 34]

81

82

83

84

Collective bargaining also enhances the *Charter* value of equality. One of the fundamental achievements of collective bargaining is to palliate the historical inequality between employers and employees: see *Wallace, per Iacobucci J.* In 1889, the Royal Commission on Capital and Labour appointed by the Macdonald government to make inquiries into the subject of labour and its relation to capital, stated that “Labour organizations are necessary to enable working men to deal on equal terms with their employers” (quoted in Glenday and Schrenk, at p. 121; see also G. Kealey, ed., *Canada investigates industrialism: The Royal Commission on the Relations of Labor and Capital, 1889 (abridged)* (1973), at p. 11). Similarly, Dickson C.J. rightly emphasized this concern about equality in the *Alberta Reference*:

Freedom of association is the cornerstone of modern labour relations. Historically, workers have combined to overcome the inherent inequalities of bargaining power in the employment relationship and to protect themselves from unfair, unsafe, or exploitative working conditions. As the United States Supreme Court stated in *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), at p. 33:

Long ago we stated the reason for labor organizations. We said that they were organized out of the necessities of the situation; that a single employee was helpless in dealing with an employer; that he was dependent ordinarily on his daily wage for the maintenance of himself and family; that if the employer refused to pay him the wages that he thought fair, he was nevertheless unable to leave the employ and resist arbitrary and unfair treatment; . . .

The “necessities of the situation” go beyond, of course, the fairness of wages and remunerative concerns, and extend to matters such as health and safety in the work place, hours of work, sexual equality, and other aspects of work fundamental to the dignity and personal liberty of employees. [pp. 334-35]

La négociation collective favorise également la réalisation de la valeur d'égalité consacrée par la *Charte*. L'un des succès fondamentaux résultant de la négociation collective est de pallier l'inégalité qui a toujours existé entre employeur et employés : voir *Wallace*, le juge Iacobucci. En 1889, la Commission royale sur les relations entre le capital et le travail, nommée par le gouvernement Macdonald pour faire une enquête sur la question du travail et ses relations avec le capital, a déclaré que « [l]es associations ouvrières sont nécessaires afin de permettre aux ouvriers de traiter avec leurs patrons sur un pied d'égalité » (*Rapport de la Commission royale sur les relations du travail avec le capital du Canada* (1889), p. 9 (cité dans Glenday et Schrenk, p. 121)). De même, le juge en chef Dickson a souligné à juste titre cette préoccupation en matière d'égalité dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* :

La liberté d'association constitue la pierre angulaire des relations de travail modernes. Historiquement, les travailleurs se sont unis pour aplanir les inégalités de puissance de négociation inhérentes aux relations employeur-employé et se prémunir contre des conditions de travail injustes, dangereuses ou favorisant l'exploitation. Comme l'a dit la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), à la p. 33 :

[TRADUCTION] Il y a longtemps nous avons exposé la raison d'être des organisations ouvrières. Nous avons dit qu'elles se sont formées pour répondre à l'urgence de la situation; qu'un simple employé était démuni quand il traitait avec un employeur et qu'il était habituellement tributaire de son salaire quotidien pour ce qui est de son entretien et de celui de sa famille; que si l'employeur refusait de lui payer le salaire qu'il estimait juste, il était néanmoins incapable de quitter son emploi et de résister à un traitement arbitraire et injuste; . . .

Il va sans dire que l'« urgence de la situation » signifie plus que des salaires justes et des préoccupations d'ordre pécuniaire et qu'elle vise également des sujets comme la santé et la sécurité au travail, les heures de travail, l'égalité des sexes et d'autres aspects des tâches qui sont fondamentaux pour la dignité et la liberté personnelle des employés. [p. 334-335]

Finally, a constitutional right to collective bargaining is supported by the *Charter* value of enhancing democracy. Collective bargaining permits workers to achieve a form of workplace democracy and to ensure the rule of law in the workplace. Workers gain a voice to influence the establishment of rules that control a major aspect of their lives (*Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at pp. 260-61, per Wilson J.; *Alberta Reference*, at p. 369; *Dunmore*, at paras. 12 and 46; Weiler, at pp. 31-32). The 1969 Woods Report explained:

One of the most cherished hopes of those who originally championed the concept of collective bargaining was that it would introduce into the work place some of the basic features of the political democracy that was becoming the hallmark of most of the western world. Traditionally referred to as industrial democracy, it can be described as the substitution of the rule of law for the rule of men in the work place. [p. 96]

(See also Klare (quoted at para. 57 above).)

We conclude that the protection of collective bargaining under s. 2(d) of the *Charter* is consistent with and supportive of the values underlying the *Charter* and the purposes of the *Charter* as a whole. Recognizing that workers have the right to bargain collectively as part of their freedom to associate reaffirms the values of dignity, personal autonomy, equality and democracy that are inherent in the *Charter*.

(3) Section 2(d) of the *Charter* and the Right to Collective Bargaining

The preceding discussion leads to the conclusion that s. 2(d) should be understood as protecting the right of employees to associate for the purpose of advancing workplace goals through a process of collective bargaining. The next question is what this right entails for employees, for government employers subject to the *Charter* under s. 32, and for Parliament and provincial legislatures which adopt labour laws.

Enfin, la valeur qu'attache la *Charte* au renforcement de la démocratie appuie la thèse de l'existence d'un droit constitutionnel de négocier collectivement. En effet, la négociation collective permet aux travailleurs de parvenir à une forme de démocratie et de veiller à la primauté du droit en milieu de travail. Ils acquièrent voix au chapitre pour l'établissement des règles qui régissent un aspect majeur de leur vie (*Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 260-261 (motifs de la juge Wilson); *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 369; *Dunmore*, par. 12 et 46; Weiler, p. 31-32). Le Rapport Woods de 1969 explique :

L'un des grands espoirs des pionniers de la négociation collective était qu'elle fit passer dans les lieux de travail quelques-uns des aspects fondamentaux de cette démocratie politique qui était en train de devenir le cachet du monde occidental. C'est ce que, traditionnellement, on a appelé la démocratie économique, et on peut la décrire comme étant la substitution de la raison juridique aux passions humaines sur le lieu de travail. [p. 107]

(Voir aussi Klare (cité au par. 57 ci-dessus).)

Nous concluons que la protection de la négociation collective garantie par l'al. 2d) de la *Charte* est compatible avec les valeurs reconnues par la *Charte* et avec l'ensemble de ses objectifs, et qu'elle confirme ces valeurs. Reconnaître que le droit des travailleurs de négocier collectivement est inhérent à leur liberté d'association réaffirme les valeurs de dignité, d'autonomie de la personne, d'égalité et de démocratie, intrinsèques à la *Charte*.

(3) L'alinéa 2d) de la *Charte* et le droit de négocier collectivement

L'analyse qui précède mène à la conclusion que l'al. 2d) devrait être interprété comme ayant pour effet de protéger le droit d'employés de s'associer en vue d'atteindre des objectifs relatifs au milieu de travail par un processus de négociation collective. Il s'agit ensuite de déterminer la signification de ce droit pour les employés, les employeurs du secteur public assujettis à la *Charte* en raison de l'art. 32 ainsi que pour le Parlement et les législatures provinciales qui adoptent des lois en matière de relations du travail.

88

Before going further, it may be useful to clarify who the s. 2(d) protection of collective bargaining affects, and how. The *Charter* applies only to state action. One form of state action is the passage of legislation. In this case, the legislature of British Columbia has passed legislation applying to relations between health care sector employers and the unions accredited to those employers. That legislation must conform to s. 2(d) of the *Charter*, and is void under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* if it does not (in the absence of justification under s. 1 of the *Charter*). A second form of state action is the situation where the government is an employer. While a private employer is not bound by s. 2(d), the government as employer must abide by the *Charter*, under s. 32, which provides: “This Charter applies . . . (b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.” This case is concerned with an attack on government legislation; there is no allegation that the government of British Columbia, *qua* employer, violated s. 2(d) of the *Charter*.

Il peut être utile, avant d’aller plus loin, de préciser qui est touché par la protection de la négociation collective garantie par l’al. 2d) et de quelle manière elle l’affecte. La *Charte* s’applique seulement à l’acte de l’État. Une forme d’acte de l’État est l’adoption de textes législatifs. En l’espèce, la législature de la Colombie-Britannique a adopté une loi régissant les relations entre les employeurs du secteur de la santé et les syndicats accrédités auprès d’eux. Cette loi doit être compatible avec l’al. 2d) de la *Charte*, sinon elle est inopérante en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (en l’absence de justification selon l’article premier de la *Charte*). Une deuxième forme d’acte de l’État concerne le cas où le gouvernement est l’employeur. Un employeur du secteur privé n’est pas lié par l’al. 2d) alors que le gouvernement en tant qu’employeur doit se conformer à la *Charte* en vertu de l’art. 32, qui prévoit : « La présente charte s’applique [. . .] b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature. » Il s’agit en l’espèce de la contestation d’une loi gouvernementale; il n’est pas allégué que le gouvernement de la Colombie-Britannique, en tant qu’employeur, a violé l’al. 2d) de la *Charte*.

89

The scope of the right to bargain collectively ought to be defined bearing in mind the pronouncements of *Dunmore*, which stressed that s. 2(d) does not apply solely to individual action carried out in common, but also to associational activities themselves. The scope of the right properly reflects the history of collective bargaining and the international covenants entered into by Canada. Based on the principles developed in *Dunmore* and in this historical and international perspective, the constitutional right to collective bargaining concerns the protection of the ability of workers to engage in associational activities, and their capacity to act in common to reach shared goals related to workplace issues and terms of employment. In brief, the protected activity might be described as employees banding together to achieve particular work-related objectives. Section 2(d) does not guarantee the particular objectives sought through this associational activity. However, it guarantees the process through which those goals are pursued. It means that employees have the right to unite, to present

La portée du droit de négociation collective doit être définie compte tenu de *Dunmore*, où la Cour a souligné que l’al. 2d) vise non seulement les activités individuelles exercées collectivement, mais aussi les activités associatives elles-mêmes. Elle reflète à juste titre l’histoire de la négociation collective et les pactes internationaux auxquels le Canada est partie. Selon les principes élaborés dans *Dunmore* et dans cette perspective historique et internationale, le droit constitutionnel de négocier collectivement vise à protéger la capacité des travailleurs de participer à des activités associatives et leur capacité d’agir collectivement pour réaliser des objectifs communs concernant des questions liées au milieu de travail et leurs conditions de travail. En bref, on pourrait décrire l’activité protégée comme l’union des efforts des employés pour réaliser des objectifs particuliers liés au travail. L’alinéa 2d) ne protège pas les objectifs particuliers que les employés cherchent à atteindre par cette activité associative. Il protège toutefois le processus de réalisation de ces objectifs. Cela signifie que les employés ont

demands to health sector employers collectively and to engage in discussions in an attempt to achieve workplace-related goals. Section 2(d) imposes corresponding duties on government employers to agree to meet and discuss with them. It also puts constraints on the exercise of legislative powers in respect of the right to collective bargaining, which we shall discuss below.

Section 2(d) of the *Charter* does not protect all aspects of the associational activity of collective bargaining. It protects only against “substantial interference” with associational activity, in accordance with a test crafted in *Dunmore* by Bastarache J., which asked whether “excluding agricultural workers from a statutory labour relations regime, without expressly or intentionally prohibiting association, [can] constitute a substantial interference with freedom of association” (para. 23). Or to put it another way, does the state action target or affect the associational activity, “thereby discouraging the collective pursuit of common goals”? (*Dunmore*, at para. 16). Nevertheless, intent to interfere with the associational right of collective bargaining is not essential to establish breach of s. 2(d) of the *Charter*. It is enough if the *effect* of the state law or action is to *substantially interfere* with the activity of collective bargaining, thereby discouraging the collective pursuit of common goals. It follows that the state must not substantially interfere with the ability of a union to exert meaningful influence over working conditions through a process of collective bargaining conducted in accordance with the duty to bargain in good faith. Thus the employees’ right to collective bargaining imposes corresponding duties on the employer. It requires both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation.

The right to collective bargaining thus conceived is a limited right. First, as the right is to a process, it does not guarantee a certain substantive or economic outcome. Moreover, the right is to a general

le droit de s’unir, de présenter collectivement des demandes à leurs employeurs du secteur de la santé et de participer à des discussions en vue d’atteindre des objectifs liés au milieu de travail. L’alinéa 2d) impose aux employeurs du secteur public des obligations correspondantes d’accepter de rencontrer les employés pour discuter avec eux. Il restreint aussi le pouvoir de légiférer en matière de négociation collective, question que nous examinerons plus loin.

L’alinéa 2d) de la *Charte* ne protège pas tous les aspects de l’activité associative liée à la négociation collective. Il protège uniquement contre les « entraves substantielles » à l’activité associative, selon le critère élaboré dans *Dunmore* par le juge Bastarache, qui soulevait la question suivante : « l’exclusion des travailleurs agricoles d’un régime légal des relations de travail, sans interdiction expresse ou intentionnelle de l’association, peut-elle constituer une atteinte substantielle à la liberté d’association? » (par. 23). En d’autres termes, il s’agit de déterminer si l’acte de l’État vise ou touche l’activité associative, « décourageant ainsi la poursuite collective d’objectifs communs » (*Dunmore*, par. 16). Il n’est cependant pas nécessaire de démontrer l’intention de porter atteinte au droit d’association lié à la négociation collective pour établir la violation de l’al. 2d) de la *Charte*. Il suffit que la loi ou l’acte de l’État ait pour *effet d’entraver de façon substantielle* l’activité de négociation collective, décourageant ainsi la poursuite collective d’objectifs communs. En conséquence, l’État doit s’abstenir d’empêcher un syndicat d’exercer une véritable influence sur les conditions de travail par l’entremise d’un processus de négociation collective menée de bonne foi. Le droit des employés de négocier collectivement impose donc à l’employeur des obligations correspondantes. Il implique que l’employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d’accommodement par des moyens pacifiques et productifs.

Ainsi défini, le droit de négociation collective demeure un droit à portée restreinte. Premièrement, parce qu’il concerne un processus, il ne garantit pas l’atteinte de résultats quant au fond de la

process of collective bargaining, not to a particular model of labour relations, nor to a specific bargaining method. As P. A. Gall notes, it is impossible to predict with certainty that the present model of labour relations will necessarily prevail in 50 or even 20 years (“Freedom of Association and Trade Unions: A Double-Edged Constitutional Sword”, in J. M. Weiler and R. M. Elliot, eds., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), 245, at p. 248). Finally, and most importantly, the interference, as *Dunmore* instructs, must be substantial — so substantial that it interferes not only with the attainment of the union members’ objectives (which is not protected), but with the very process that enables them to pursue these objectives by engaging in meaningful negotiations with the employer.

négociation ou à ses effets économiques. Deuxièmement, il confère le droit de participer à un processus général de négociation collective et non le droit de revendiquer un modèle particulier de relations du travail ou une méthode particulière de négociation. Comme le fait remarquer P. A. Gall, on ne saurait prédire avec certitude si le modèle actuel des relations du travail sera celui qui s’imposera dans 50 ou même 20 ans (« Freedom of Association and Trade Unions : A Double-Edged Constitutional Sword », dans J. M. Weiler and R. M. Elliot, dir., *Litigating the Values of a Nation : The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), 245, p. 248). Enfin, et plus important encore, comme nous l’enseigne l’arrêt *Dunmore*, l’atteinte au droit doit être substantielle, au point de constituer une entrave non seulement à la réalisation des objectifs des syndiqués (laquelle n’est pas protégée), mais aussi au processus même qui leur permet de poursuivre ces objectifs en s’engageant dans de véritables négociations avec l’employeur.

92

To constitute *substantial interference* with freedom of association, the intent or effect must seriously undercut or undermine the activity of workers joining together to pursue the common goals of negotiating workplace conditions and terms of employment with their employer that we call collective bargaining. Laws or actions that can be characterized as “union breaking” clearly meet this requirement. But less dramatic interference with the collective process may also suffice. In *Dunmore*, denying the union access to the labour laws of Ontario designed to support and give a voice to unions was enough. Acts of bad faith, or unilateral nullification of negotiated terms, without any process of meaningful discussion and consultation may also significantly undermine the process of collective bargaining. The inquiry in every case is contextual and fact-specific. The question in every case is whether the process of voluntary, good faith collective bargaining between employees and the employer has been, or is likely to be, significantly and adversely impacted.

Pour qu’il s’agisse d’une *atteinte substantielle* à la liberté d’association, l’intention ou l’effet doit sérieusement compromettre l’activité des travailleurs qui consiste à se regrouper en vue de réaliser des objectifs communs, c’est-à-dire négocier des conditions de travail et des modalités d’emploi avec leur employeur, une activité qualifiée de négociation collective. Certes, les lois ou les actions pouvant être considérées comme des tactiques destinées à « briser les syndicats » satisfont à cette exigence, mais les entraves moins graves au processus collectif peuvent également suffire pour rendre applicable la garantie du droit d’association. Dans *Dunmore*, empêcher le syndicat de recourir aux lois ontariennes sur les relations du travail visant à appuyer les syndicats et à leur permettre de se faire entendre a suffi. Agir de mauvaise foi ou annuler de façon unilatérale des modalités négociées, sans véritables discussions et consultations, peut aussi grandement saper le processus de négociation collective. Dans tous les cas, une analyse contextuelle et factuelle s’impose et il faut se demander s’il y a eu ou s’il surviendra vraisemblablement des effets négatifs importants sur le processus de négociation collective volontaire menée de bonne foi entre les employés et l’employeur.

Generally speaking, determining whether a government measure affecting the protected process of collective bargaining amounts to substantial interference involves two inquiries. The first inquiry is into the importance of the matter affected to the process of collective bargaining, and more specifically, to the capacity of the union members to come together and pursue collective goals in concert. The second inquiry is into the manner in which the measure impacts on the collective right to good faith negotiation and consultation.

Both inquiries are necessary. If the matters affected do not substantially impact on the process of collective bargaining, the measure does not violate s. 2(d) and, indeed, the employer may be under no duty to discuss and consult. There will be no need to consider process issues. If, on the other hand, the changes substantially touch on collective bargaining, they will still not violate s. 2(d) if they preserve a process of consultation and good faith negotiation.

Turning to the first inquiry, the essential question is whether the subject matter of a particular instance of collective bargaining is such that interfering with bargaining over that issue will affect the ability of unions to pursue common goals collectively. It may help to clarify why the importance of the subject matter of bargaining is relevant to the s. 2(d) inquiry. As we have stated, one requirement for finding a breach of s. 2(d) is that the state has “precluded activity because of its associational nature, thereby discouraging the collective pursuit of common goals” (*Dunmore*, at para. 16 (emphasis deleted)). Interference with collective bargaining over matters of lesser importance to the union and its capacity to pursue collective goals in concert may be of some significance to workers. However, interference with collective bargaining over these less important matters is more likely to fall short of discouraging the capacity of union members to come together and pursue common goals in

De façon générale, pour déterminer si une mesure gouvernementale ayant des répercussions sur le processus de négociation collective protégé par la *Charte* constitue une atteinte substantielle, il faut examiner successivement deux questions. D’abord, il faut déterminer l’importance que les aspects touchés revêtent pour le processus de négociation collective et, plus particulièrement, la mesure dans laquelle la capacité des syndiqués d’agir d’une seule voix en vue de réaliser des objectifs communs est compromise. Puis, on doit étudier l’impact de la mesure sur le droit collectif à une consultation et à une négociation menée de bonne foi.

Les deux examens s’imposent. Si les aspects touchés n’ont pas de répercussions importantes sur le processus de négociation collective, la mesure n’enfreint pas l’al. 2d) et il se peut effectivement que l’employeur n’ait pas l’obligation de tenir des discussions et des consultations. Il ne sera alors pas nécessaire d’examiner les questions relatives au processus. Par ailleurs, les modifications qui ont une profonde incidence sur la négociation collective ne contreviendront pas non plus à l’al. 2d) si elles préservent le processus de consultation et de négociation menée de bonne foi.

Dans le cadre du premier examen, il convient essentiellement de déterminer si l’objet d’une négociation collective particulière est d’importance telle que l’ingérence dans la négociation de cette question nuirait à la capacité des syndicats de poursuivre collectivement des objectifs communs. Il peut être utile de préciser pourquoi l’importance de la question faisant l’objet de la négociation doit être prise en compte lors de cette vérification. Comme nous l’avons déjà dit, pour conclure à une violation de l’al. 2d) il faut notamment que l’État ait « empêché l’activité en raison de sa nature associative, décourageant ainsi la poursuite collective d’objectifs communs » (*Dunmore*, par. 16 (soulignement omis)). L’ingérence dans la négociation collective des sujets de moindre importance pour le syndicat et pour le maintien de sa capacité de poursuivre collectivement des objectifs communs peut avoir un certain degré d’importance pour les travailleurs. Toutefois, il reste plus probable que

concert. Therefore, if the subject matter is of lesser importance to the union, then it is less likely that the s. 2(d) right to bargain collectively is infringed. The importance of an issue to the union and its members is not itself determinative, but will bear on the “single inquiry” prescribed in *Dunmore* as it applies in the particular context of collective bargaining: does interference with collective bargaining over certain subject matter affect the ability of the union members to come together and pursue common goals? The more important the matter, the more likely that there is substantial interference with the s. 2(d) right. Conversely, the less important the matter to the capacity of union members to pursue collective goals, the less likely that there is substantial interference with the s. 2(d) right to collective bargaining.

l’interférence dans la négociation collective de ces sujets de moindre importance ne découragerait pas véritablement les syndiqués d’unir leurs efforts et de poursuivre collectivement des objectifs communs. Par conséquent, lorsque le sujet de la négociation porte moins à conséquence pour le syndicat, l’atteinte au droit à un processus de négociation collective prévu par l’al. 2d) devient moins probable. L’importance qu’un sujet revêt pour le syndicat et ses membres ne possède pas de caractère déterminant en soi, mais elle influera sur la réponse que recevra la « seule question » à laquelle il faut répondre selon *Dunmore*, dans le contexte particulier de la négociation collective : l’ingérence dans la négociation collective d’un certain sujet nuit-elle à la capacité des syndiqués d’unir leurs efforts et de poursuivre des objectifs communs? Plus le sujet de la négociation importe, plus probable deviendra l’existence d’une atteinte substantielle au droit garanti par l’al. 2d). Par contre, moins une question a d’incidences sur la capacité des syndiqués de poursuivre des objectifs communs, moins vraisemblable devient la présence d’une atteinte substantielle au droit de négociation collective prévu par l’al. 2d).

96

While it is impossible to determine in advance exactly what sorts of matters are important to the ability of union members to pursue shared goals in concert, some general guidance may be apposite. Laws or state actions that prevent or deny meaningful discussion and consultation about working conditions between employees and their employer may substantially interfere with the activity of collective bargaining, as may laws that unilaterally nullify significant negotiated terms in existing collective agreements. By contrast, measures affecting less important matters such as the design of uniform, the lay out and organization of cafeterias, or the location or availability of parking lots, may be far less likely to constitute significant interference with the s. 2(d) right of freedom of association. This is because it is difficult to see how interfering with collective bargaining over these matters undermines the capacity of union members to pursue shared goals in concert. Thus, an interference with collective bargaining over these

Bien que la détermination à l’avance des sujets qui influenceront sur la capacité des syndiqués de poursuivre collectivement des objectifs communs reste impossible, il peut s’avérer utile de donner des orientations sur cette question. Les lois ou les actes de l’État qui empêchent ou interdisent la tenue de véritables discussions et consultations entre employés et employeur au sujet des conditions de travail risquent d’interférer de manière substantielle dans l’activité de négociation collective, tout comme les lois qui invalident unilatéralement des stipulations d’importance significative que prévoient des conventions collectives en vigueur. Par contre, les mesures relatives à des sujets moins importants comme la conception des uniformes, l’aménagement et l’organisation des cafétérias ou bien l’emplacement ou la quantité des espaces de stationnement offerts demeurent beaucoup moins susceptibles de constituer une atteinte substantielle au droit à la liberté d’association garanti par l’al. 2d). En effet, on concevrait difficilement qu’une

issues is less likely to meet the requirements set out in *Dunmore* for a breach of s. 2(d).

Where it is established that the measure impacts on subject matter important to collective bargaining and the capacity of the union members to come together and pursue common goals, the need for the second inquiry arises: does the legislative measure or government conduct in issue respect the fundamental precept of collective bargaining — the duty to consult and negotiate in good faith? If it does, there will be no violation of s. 2(d), even if the content of the measures might be seen as being of substantial importance to collective bargaining concerns, since the process confirms the associational right of collective bargaining.

Consideration of the duty to negotiate in good faith which lies at the heart of collective bargaining may shed light on what constitutes improper interference with collective bargaining rights. It is worth referring again to principle H of the ILO principles concerning collective bargaining, which emphasizes the need for good faith in upholding the right to collective bargaining and in the course of collective bargaining. Principle H thus states:

The principle of good faith in collective bargaining implies recognizing representative organizations, endeavouring to reach an agreement, engaging in genuine and constructive negotiations, avoiding unjustified delays in negotiation and mutually respecting the commitments entered into, taking into account the results of negotiations in good faith.

Consistent with this, the *Canada Labour Code* and legislation from all provinces impose on employers and unions the right and duty to bargain in good faith (see generally Adams, at pp. 10-91 and 10-92). The duty to bargain in good faith under

ingérence dans la négociation collective de telles questions pourrait empêcher les syndiqués de poursuivre collectivement des objectifs communs. Ainsi, il devient moins probable, selon le critère énoncé dans *Dunmore*, qu'une interférence dans la négociation collective de ces questions constitue une atteinte à l'al. 2d).

S'il est établi que la mesure a des incidences sur un sujet d'importance pour le droit à un processus de négociation collective et pour la capacité des syndiqués d'unir leurs efforts et de poursuivre des objectifs communs, on doit alors passer au second examen, pour déterminer si la mesure législative ou la conduite de l'État en cause respectent le précepte fondamental de la négociation collective — l'obligation de consulter et de négocier de bonne foi. Dans l'affirmative, on ne conclura pas à une violation de l'al. 2d), même si la mesure, en elle-même, peut sembler de grande importance pour le processus de négociation collective, car le processus confirme le droit associatif des employés à un processus de négociation collective.

L'examen de l'obligation de négocier de bonne foi, qui se trouve au cœur de la négociation collective, permet de mieux cerner la notion d'ingérence indue dans le droit de négociation collective. Il vaut la peine de se référer de nouveau au principe H de l'OIT sur la négociation collective, qui souligne la nécessité de la bonne foi pour faire respecter le droit de négociation collective et son importance dans le déroulement des négociations collectives. Ce principe H est ainsi formulé :

Le principe de la bonne foi dans la négociation collective implique les points suivants : reconnaître les organisations représentatives, faire des efforts pour parvenir à un accord, procéder à des négociations véritables et constructives, éviter des retards injustifiés dans la négociation et respecter réciproquement les engagements pris et les résultats obtenus grâce à des négociations de bonne foi.

Conformément à ce principe, le *Code canadien du travail* et les lois de chaque province confèrent le droit et imposent l'obligation aux employeurs et aux syndicats de négocier de bonne foi (voir, en général, Adams, p. 10-91 et 10-92). L'obligation de négocier

97

98

99

labour codes is essentially procedural and does not dictate the content of any particular agreement achieved through collective bargaining. The duty to bargain is aimed at bringing the parties together to meet and discuss, but as illustrated by Senator Walsh, chairman of the Senate committee hearing on the *Wagner Act*, the general rule is that: “The bill does not go beyond the office door.” (Remarks of Senator Walsh, 79 Cong. Rec. 7659; see F. Morin, J.-Y. Brière and D. Roux, *Le droit de l’emploi au Québec* (3rd ed. 2006), at pp. 1026-27.)

100 A basic element of the duty to bargain in good faith is the obligation to actually meet and to commit time to the process (Carter et al., at p. 301). As explained by Adams:

The failure to meet at all is, of course, a breach of the duty. . . . A refusal to meet unless certain procedural preconditions are met is also a breach of the duty.

. . . .

A failure to make the commitment of time and preparation required to attempt to conclude an agreement is a failure to make reasonable efforts. [pp. 10-101 and 10-106]

101 The parties have a duty to engage in meaningful dialogue and they must be willing to exchange and explain their positions. They must make a reasonable effort to arrive at an acceptable contract (Adams, at p. 10-107; Carrothers, Palmer and Rayner, at p. 453). As Cory J. said in *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369:

In the context of the duty to bargain in good faith a commitment is required from each side to honestly strive to find a middle ground between their opposing interests. Both parties must approach the bargaining table with good intentions. [para. 41]

102 Nevertheless, the efforts that must be invested to attain an agreement are not boundless. “[T]he

de bonne foi prévue dans les codes du travail possède une nature essentiellement procédurale et ne dicte pas le contenu des ententes susceptibles d’être conclues à l’issue d’une négociation collective. Elle vise à réunir les parties autour de la table pour discuter mais, comme l’illustrent ces remarques du sénateur Walsh, président du comité sénatorial sur la *Loi Wagner*, selon la règle générale : [TRADUCTION] « La loi ne fait que conduire les représentants syndicaux à la porte de l’employeur. » (Remarques du sénateur Walsh, 79 Cong. Rec. 7659; voir F. Morin, J.-Y. Brière et D. Roux, *Le droit de l’emploi au Québec* (3^e éd. 2006), p. 1026-1027.)

L’un des éléments fondamentaux de l’obligation de négocier de bonne foi consiste en l’obligation de tenir des rencontres et de consacrer du temps au processus (Carter et autres, p. 301). Comme l’explique Adams :

[TRADUCTION] L’absence de toute rencontre constitue, évidemment, un manquement à l’obligation [. . .] Sauf dans les cas où certaines conditions préalables sont remplies, le refus d’assister à une rencontre constitue également un manquement à l’obligation.

. . . .

Ne pas s’engager à consacrer le temps et la préparation nécessaires pour tenter de conclure une entente équivaut à ne pas fournir des efforts raisonnables. [p. 10-101 et 10-106]

Les parties ont l’obligation d’établir un véritable dialogue : elles doivent être disposées à échanger et expliquer leurs positions. Elles doivent faire un effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable (Adams, p. 10-107; Carrothers, Palmer et Rayner, p. 453). Comme l’a indiqué le juge Cory dans *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369 :

Dans le contexte du devoir de négocier de bonne foi, chaque partie doit s’engager à chercher honnêtement à trouver un compromis. Les deux parties doivent se présenter à la table des négociations avec de bonnes intentions. [par. 41]

Néanmoins, les parties ne sont pas tenues à des efforts illimités pour parvenir à une entente.

parties may reach a point in the bargaining process where further discussions are no longer fruitful. Once such a point is reached, a breaking off of negotiations or the adoption of a ‘take it or leave it’ position is not likely to be regarded as a failure to bargain in good faith” (Carter et al., at p. 302).

The duty to bargain in good faith does not impose on the parties an obligation to conclude a collective agreement, nor does it include a duty to accept any particular contractual provisions (Gagnon, LeBel and Verge, at pp. 499-500). Nor does the duty to bargain in good faith preclude hard bargaining. The parties are free to adopt a “tough position in the hope and expectation of being able to force the other side to agree to one’s terms” (*Canadian Union of Public Employees v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1983] 2 S.C.R. 311, at p. 341).

In principle, the duty to bargain in good faith does not inquire into the nature of the proposals made in the course of collective bargaining; the content is left to the bargaining forces of the parties (Carter et al., at p. 300). However, when the examination of the content of the bargaining shows hostility from one party toward the collective bargaining process, this will constitute a breach of the duty to bargain in good faith. In some circumstances, even though a party is participating in the bargaining, that party’s proposals and positions may be “inflexible and intransigent to the point of endangering the very existence of collective bargaining” (*Royal Oak Mines*, at para. 46). This inflexible approach is often referred to as “surface bargaining”. This Court has explained the distinction between hard bargaining, which is legal, and surface bargaining, which is a breach of the duty to bargain in good faith:

It is often difficult to determine whether a breach of the duty to bargain in good faith has been committed. Parties to collective bargaining rarely proclaim that their aim is to avoid reaching a collective agreement. The jurisprudence recognizes a crucial distinction between “hard bargaining” and “surface bargaining” Hard bargaining is not a violation of the duty to

[TRANSLATION] « Les parties engagées dans la négociation peuvent en arriver à un point où la poursuite des discussions serait vaine. Dans ce cas, la décision de rompre les négociations ou d’adopter l’attitude “à prendre ou à laisser” ne serait probablement pas considérée comme allant à l’encontre des négociations de bonne foi » (Carter et autres, p. 302).

L’obligation de négocier de bonne foi n’impose pas la conclusion d’une convention collective ni l’acceptation de clauses contractuelles particulières (Gagnon, LeBel et Verge, p. 499-500). Elle n’empêche pas non plus la négociation serrée. Les parties restent libres d’adopter une « ligne dure dans l’espoir de pouvoir forcer l’autre partie à accepter les conditions qui lui sont offertes » (*Syndicat canadien de la Fonction publique c. Conseil des relations du travail (Nouvelle-Écosse)*, [1983] 2 R.C.S. 311, p. 341).

En principe, la vérification de l’exécution de l’obligation de négocier de bonne foi ne s’étend pas au contrôle du contenu des propositions présentées dans le cadre de la négociation collective; leur contenu demeure fonction du rapport de force entre les parties (Carter et autres, p. 300). Toutefois, lorsque l’examen du contenu démontre qu’une partie manifeste de l’hostilité envers le processus de négociation collective, l’existence de cette hostilité constitue un manquement à l’obligation de négocier de bonne foi. Dans certaines circonstances, même si une partie participe à la négociation, les propositions et positions qu’elle présente peuvent être « inflexible[s] et intransigente[s] au point de mettre en péril l’existence même de la négociation collective » (*Royal Oak Mines*, par. 46). Cette attitude d’inflexibilité est souvent décrite sous le vocable de « négociation de façade ». La Cour a expliqué la distinction entre la négociation serrée, qui est légale, et la négociation de façade, qui contrevient à l’obligation de négocier de bonne foi :

Il est souvent difficile de déterminer s’il y a eu violation de l’obligation de négocier de bonne foi. Les parties à des négociations collectives reconnaissent rarement vouloir éviter de conclure une convention collective. La jurisprudence reconnaît une différence importante entre la « négociation serrée » et la « négociation de façade » [. . .] La négociation serrée ne constitue pas

103

104

bargain in good faith. It is the adoption of a tough position in the hope and expectation of being able to force the other side to agree to one's terms. Hard bargaining is not a violation of the duty because there is a genuine intention to continue collective bargaining and to reach agreement. On the other hand, one is said to engage in "surface bargaining" when one pretends to want to reach agreement, but in reality has no intention of signing a collective agreement and hopes to destroy the collective bargaining relationship. It is the improper objectives which make surface bargaining a violation of the Act. The dividing line between hard bargaining and surface bargaining can be a fine one.

(*Canadian Union of Public Employees*, at p. 341; see also *Royal Oak Mines*, at para. 46.)

105 Even though the employer participates in all steps of the bargaining process, if the nature of its proposals and positions is aimed at avoiding the conclusion of a collective agreement or at destroying the collective bargaining relationship, the duty to bargain in good faith will be breached: see *Royal Oak Mines*. To the words of Senator Walsh, that collective bargaining does not go beyond the office door, we would add that, on occasion, courts are nevertheless allowed to look into what is going on in the room, to ensure that parties are bargaining in good faith.

106 In Canada, unlike in the United States, the duty to bargain in good faith applies regardless of the subject matter of collective bargaining. Under Canadian labour law, all conditions of employment attract an obligation to bargain in good faith unless the subject matter is otherwise contrary to the law and could not legally be included in a collective agreement (Adams, at pp. 10-96 and 10-97; J.-P. Villaggi, "La convention collective et l'obligation de négocier de bonne foi: les leçons du droit du travail" (1996), 26 *R.D.U.S.* 355, at pp. 360-61). However, the refusal to discuss an issue merely on the periphery of the negotiations does not necessarily breach the duty to bargain in good faith (Carter et al., at p. 302).

107 In considering whether the legislative provisions impinge on the collective right to good faith

une violation de l'obligation de négocier de bonne foi. C'est l'adoption d'une ligne dure dans l'espoir de pouvoir forcer l'autre partie à accepter les conditions qui lui sont offertes. La négociation serrée n'est pas une violation de l'obligation parce qu'elle comporte une intention véritable de poursuivre les négociations collectives et de conclure une convention. Par contre, on dit qu'une partie pratique la « négociation de façade » lorsqu'elle feint de vouloir conclure une convention alors qu'en réalité elle n'a pas l'intention de signer une convention collective et elle souhaite détruire les rapports de négociation collective. La négociation de façade est une infraction à la Loi à cause de ses objectifs irréguliers. La ligne de démarcation entre la négociation serrée et la négociation de façade peut être ténue.

(*Syndicat canadien de la Fonction publique*, p. 341; voir également *Royal Oak Mines*, par. 46.)

Même s'il participe à toutes les étapes du processus de négociation, lorsque ses propositions et positions visent à éviter de conclure une convention collective ou à détruire les rapports de négociation collective, l'employeur manque à son obligation de négocier de bonne foi : voir *Royal Oak Mines*. Aux propos du sénateur Walsh, selon lesquels la loi ne fait que conduire les représentants syndicaux à la porte de l'employeur, nous ajoutons que parfois les tribunaux peuvent néanmoins vérifier ce qui se passe derrière cette porte pour s'assurer que les parties négocient de bonne foi.

Au Canada, contrairement aux États-Unis, l'obligation de négocier de bonne foi s'applique sans égard à l'objet de la négociation collective. Selon le droit canadien du travail, l'obligation de négocier de bonne foi porte sur toutes les conditions de travail à moins que leur objet soit contraire à la loi et que leur inclusion dans une convention collective soit prohibée (Adams, p. 10-96 et 10-97; J.-P. Villaggi, « La convention collective et l'obligation de négocier de bonne foi : les leçons du droit du travail » (1996), 26 *R.D.U.S.* 355, p. 360-361). Toutefois, le refus de traiter d'une question se trouvant seulement à la périphérie des négociations ne constitue pas nécessairement un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi (Carter et autres, p. 302).

Pour déterminer si des dispositions législatives empiètent sur le droit collectif à une consultation et

negotiations and consultation, regard must be had for the circumstances surrounding their adoption. Situations of exigency and urgency may affect the content and the modalities of the duty to bargain in good faith. Different situations may demand different processes and timelines. Moreover, failure to comply with the duty to consult and bargain in good faith should not be lightly found, and should be clearly supported on the record. Nevertheless, there subsists a requirement that the provisions of the Act preserve the process of good faith consultation fundamental to collective bargaining. That is the bottom line.

Even where a s. 2(d) violation is established, that is not the end of the matter; limitations of s. 2(d) may be justified under s. 1 of the *Charter*, as reasonable limits demonstrably justified in a free and democratic society. This may permit interference with the collective bargaining process on an exceptional and typically temporary basis, in situations, for example, involving essential services, vital state administration, clear deadlocks and national crisis.

In summary, s. 2(d) may be breached by government legislation or conduct that substantially interferes with the collective bargaining process. Substantial interference must be determined contextually, on the facts of the case, having regard to the importance of the matter affected to the collective activity, and to the manner in which the government measure is accomplished. Important changes effected through a process of good faith negotiation may not violate s. 2(d). Conversely, less central matters may be changed more summarily, without violating s. 2(d). Only where the matter is both important to the process of collective bargaining, and has been imposed in violation of the duty of good faith negotiation, will s. 2(d) be breached.

à une négociation menées de bonne foi, il faut tenir compte des circonstances de leur adoption. Une situation d'urgence est susceptible d'influer sur le contenu et les modalités de l'obligation de négocier de bonne foi. Différentes situations peuvent commander différents processus et échéanciers. De plus, on se gardera de tirer à la légère, en l'absence d'un dossier bien étayé, une conclusion d'atteinte à l'obligation de consulter et de négocier de bonne foi. Néanmoins, il reste que les dispositions de la Loi doivent préserver le processus de consultation menée de bonne foi, qui est fondamental en matière de négociation collective. C'est ce qui importe.

Même lorsqu'une atteinte à l'al. 2d) est établie, l'examen de la question ne s'arrête pas là : il demeure possible que les restrictions imposées au droit garanti par l'al. 2d) constituent, en vertu de l'article premier de la *Charte*, des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Exceptionnellement et généralement de façon temporaire, une interférence dans le processus de négociation collective reste donc permise, par exemple dans des situations mettant en cause des services essentiels ou des aspects vitaux de l'administration des affaires de l'État, ou dans le cas d'une impasse manifeste ou d'une crise nationale.

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

(4) Application of the Law to the Facts at Bar

110

Having established that there is a right to bargain collectively under the protection of freedom of association in s. 2(d) of the *Charter*, and identified its scope, we must now apply it to the facts of this case. Ultimately, we conclude that ss. 6(2), 6(4) and 9 of the Act are unconstitutional because they infringe the right to collective bargaining protected under s. 2(d) and cannot be saved under s. 1. The remainder of Part 2 of the Act (consisting of ss. 3, 4, 5, 7, 8 and 10) does not violate the right to collective bargaining and withstands constitutional scrutiny under s. 2(d).

(a) *Does the Act Infringe the Right to Bargain Collectively Under Section 2(d) of the Charter?*

111

The question before us is whether particular provisions of the Act violate the procedural right to collective bargaining by significantly interfering with meaningful collective bargaining. In this context, examples of acts that may have such an impact are: failure to consult, refusal to bargain in good faith, taking important matters off the table and unilaterally nullifying negotiated terms.

112

On the analysis proposed above, two questions suggest themselves. First, does the measure interfere with collective bargaining, in purpose or effect? Secondly, if the measure interferes with collective bargaining, is the impact, evaluated in terms of the matters affected and the process by which the measure was implemented, significant enough to substantially interfere with the associational right of collective bargaining, so as to breach the s. 2(d) right of freedom of association?

(i) Does the Act Interfere with Collective Bargaining?

113

Sections 4 to 10 of the Act have the potential to interfere with collective bargaining in two ways:

(4) Application du droit aux faits de l'espèce

Ayant établi qu'existe un droit à un processus de négociation collective protégé par la liberté d'association garantie à l'al. 2d) de la *Charte* et défini sa portée, nous devons maintenant l'appliquer aux faits de l'espèce. En dernière analyse, nous concluons que les par. 6(2) et (4) ainsi que l'art. 9 de la loi sont inconstitutionnels parce qu'ils portent atteinte au droit à un processus de négociation collective protégé par l'al. 2d) et ne sauraient se justifier en vertu de l'article premier. Les autres dispositions de la partie 2 de la Loi (à savoir les art. 3, 4, 5, 7, 8 et 10) ne portent pas atteinte au droit de négociation collective et passent avec succès l'épreuve d'une contestation constitutionnelle fondée sur l'al. 2d).

a) *La Loi porte-t-elle atteinte au droit à un processus de négociation collective visé par l'al. 2d) de la Charte?*

Il s'agit de décider si certaines dispositions de la Loi violent le droit procédural de négociation collective en entravant de manière significative la tenue de véritables négociations collectives. Dans ce contexte, on retiendra comme exemples d'actions susceptibles d'avoir cet effet des gestes comme les suivants : l'omission de consulter, le refus de négocier de bonne foi, le retrait d'importants sujets de négociation et l'annulation unilatérale de conditions négociées.

L'analyse proposée ci-dessus commande l'examen de deux questions. Premièrement, la mesure entrave-t-elle — par son effet ou par son objet — l'exercice du droit à un processus de négociation collective? Deuxièmement, dans l'affirmative, compte tenu de l'importance de ses répercussions, évaluées en fonction des sujets visés et de son application, l'atteinte au droit d'association lié à la négociation collective est-elle substantielle et constitue-t-elle donc une atteinte au droit à la liberté d'association garantie par l'al. 2d)?

(i) La Loi constitue-t-elle une ingérence dans la négociation collective?

Les articles 4 à 10 de la Loi sont susceptibles d'entraver l'exercice du droit à un processus de

first, by invalidating existing collective agreements and consequently undermining the past bargaining processes that formed the basis for these agreements; and second, by prohibiting provisions dealing with specified matters in future collective agreements and thereby undermining future collective bargaining over those matters. Future restrictions on the content of collective agreements constitute an interference with collective bargaining because there can be no real dialogue over terms and conditions that can never be enacted as part of the collective agreement.

We pause to reiterate briefly that the right to bargain collectively protects not just the act of making representations, but also the right of employees to have their views heard in the context of a meaningful process of consultation and discussion. This rebuts arguments made by the respondent that the Act does not interfere with collective bargaining because it does not explicitly prohibit health care employees from making collective representations. While the language of the Act does not technically prohibit collective representations to an employer, the right to collective bargaining cannot be reduced to a mere right to make representations. The necessary implication of the Act is that prohibited matters cannot be adopted into a valid collective agreement, with the result that the process of collective bargaining becomes meaningless with respect to them. This constitutes interference with collective bargaining.

A more detailed examination of Part 2 of the Act suggests that some of the provisions substantially interfere with the process of collective bargaining. They affect matters of substantial importance to employees, and they fail to safeguard the basic processes of collective bargaining. In proceeding through this analysis, it is critical to bear in mind the relationship between ss. 4 to 9 and s. 10 of the Act, which has the effect of voiding provisions of any collective agreement to the extent that these provisions are inconsistent with Part 2 of the Act.

négociation collective de deux manières. D'abord, ils invalident les conventions collectives existantes et, par conséquent, ébranlent la validité des processus de négociation antérieurs qui ont servi de fondement à la conclusion de ces conventions. Ensuite, ils interdisent dans des prochaines conventions collectives la conclusion de clauses qui portent sur des questions précisées dans la Loi, ce qui compromet les prochaines négociations collectives sur ces questions. Les restrictions futures au contenu des conventions collectives constituent une ingérence dans la négociation collective parce qu'il ne saurait se créer de véritable dialogue sur des conditions d'emploi qui ne peuvent être intégrées dans une convention collective.

En passant, nous rappelons brièvement que le droit à un processus de négociation collective protège non seulement la présentation de revendications collectives, mais aussi le droit des employés de se faire entendre par le canal de consultations et discussions véritables. Ce constat permet d'écarter les arguments de l'intimée selon lesquels la Loi n'entrave pas la négociation collective parce qu'elle n'interdit pas expressément aux employés du secteur de la santé de présenter des revendications collectives. Bien qu'en principe le texte de la Loi n'interdise pas les revendications collectives auprès de l'employeur, le droit de négociation collective ne saurait se limiter à la simple possibilité de présenter des revendications. La Loi prévoit, par implication nécessaire, que certains sujets ne peuvent faire partie du contenu d'une convention collective valide; le processus de négociation collective perd donc tout son sens à leur égard. Il s'agit là d'une atteinte au droit à un processus de négociation collective.

Un examen plus poussé de la partie 2 de la Loi fait ressortir que certaines dispositions entravent de façon substantielle le processus de négociation collective. Elles touchent des sujets d'une grande importance pour les employés et ne préservent pas les aspects fondamentaux du processus de négociation collective. Dans cette analyse, il est essentiel de retenir l'impact de l'interaction entre les art. 4 à 9 et l'art. 10 de la Loi, qui entraîne l'annulation de clauses de conventions collectives dans la mesure de leur incompatibilité avec la partie 2 de la Loi.

114

115

1. *Sections 4 and 5*

116 Sections 4 and 5 deal with transfer and reassignment of employees. Their effect was summarized by Garson J. at trial:

Sections 4 and 5 of [the Act] give health sector employers the right to reorganize the delivery of their services. Pursuant to these sections, employers have the right to transfer functions, services and employees to another health sector employer or within a worksite. The Regulation sets out employee transfer rights and obligations. For example employees must not be transferred outside of their geographic location without their consent. Employees who decline transfers in such circumstances are entitled to lay-off notice and the limited bumping rights available under the Act. Employees who decline transfers within their geographic region, however, will be deemed to have resigned 30 days after the refusal. [para. 38]

117 Sections 4 and 5 altered the provisions for transfer and reassignment, as they existed in some collective agreements prior to the Act. Specific rights in existing collective agreements that employees lost when ss. 4 and 5 were enacted included: a requirement that the employer consider enumerated criteria in making hiring decisions, a guarantee that temporary assignments would not exceed four months, some protections for seniority, and the right to refuse a transfer if the employee has other employment options with the original employer under the collective agreement.

118 However, through the *Health Sector Labour Adjustment Regulation*, B.C. Reg. 39/2002, referred to in s. 4, protections similar in part to what the employees had under existing collective agreements were preserved. Notably, the regulation provided employees with a right to refuse being transferred outside of their geographic location without their consent, and a right to reasonable relocation expenses (see s. 2(1)(a) and (b)). These were substantially similar to entitlements that some employees

1. *Articles 4 et 5*

Les articles 4 et 5 traitent des transferts et des nouvelles affectations imposés aux employés. Au procès, la juge Garson a résumé leur effet en ces termes :

[TRADUCTION] Les articles 4 et 5 de la Loi donnent aux employeurs du secteur de la santé le droit de réorganiser la prestation de leurs services. En vertu de ces dispositions, les employeurs ont le droit de transférer des fonctions, des services et des employés à un autre employeur du secteur de la santé ou dans un même lieu de travail. Le Règlement prévoit les droits et obligations des employés dans le cadre d'un transfert. Par exemple, les employés ne peuvent pas être transférés à l'extérieur de leur territoire géographique sans leur consentement. Les employés qui refusent d'être transférés dans de telles circonstances ont droit à un avis de mise en disponibilité et aux droits de supplantation restreints que leur accorde la Loi. Les employés qui refusent toutefois d'être transférés à l'intérieur de leur territoire géographique sont réputés avoir démissionné trente (30) jours après la notification de leur refus. [par. 38]

Les articles 4 et 5 ont modifié les dispositions relatives aux transferts et nouvelles affectations qui figuraient dans certaines conventions collectives avant l'adoption de la Loi. Une fois les art. 4 et 5 en vigueur, les employés ont perdu des droits que leur garantissaient les conventions collectives existantes, notamment : l'exigence qu'au moment de la prise des décisions d'embauche l'employeur tienne compte de certains critères énumérés, la garantie que les affectations temporaires n'excéderaient pas quatre mois, une protection partielle de l'ancienneté et le droit de l'employé de refuser d'être transféré s'il conserve d'autres possibilités d'emploi chez l'employeur initial en vertu de la convention collective.

Cependant, le *Health Sector Labour Adjustment Regulation*, B.C. Reg. 39/2002, mentionné à l'art. 4 a permis de maintenir des protections analogues en partie à celles dont bénéficiaient les employés selon les conventions collectives existantes. En particulier, ce règlement leur accordait le droit de refuser d'être transférés hors de leur lieu géographique, sans leur consentement, et le droit à des dépenses de réinstallation raisonnables (voir les al. 2(1)a) et b)). Ces droits étaient essentiellement analogues à ceux

previously had under their collective agreements. Thus although ss. 4 and 5 of the Act (together with s. 10) nullified some of the employee's entitlements under existing collective agreements, they appear to have preserved the substance of the central aspects of the provisions of existing collective agreements that dealt with those questions. We therefore conclude that ss. 4 and 5 may have had some impact on prior collective agreements, although the impact was not great.

Nevertheless, the effect of ss. 4 and 5, in conjunction with s. 10, is to render *future* collective bargaining over transfers and reassignments largely meaningless, since collective bargaining cannot alter the employer's right to make transfers and reassignments. Section 10 of the Act would render void any terms inconsistent with ss. 4 and 5. Because it is meaningless to bargain over an issue which cannot ever be included in a collective agreement, ss. 4 and 5, considered together with s. 10, interfere with future collective bargaining.

2. Section 6

Section 6(2) gives the employer increased power to contract out non-clinical services. Prior to the enactment of the Act, all collective agreements in the health care sector contained provisions restricting the right of management to contract out work. These provisions were inconsistent with s. 6(2) when that section was passed. The effect of s. 6(2), together with s. 10, is to invalidate these provisions in prior collective agreements. Further, s. 6(4), in conjunction with s. 10, invalidates any provision of a collective agreement that requires an employer to consult with a trade union prior to contracting outside the bargaining unit. For example, s. 17.12 of the Facilities Subsector Collective Agreement, which limits the ways in which the employer can contract out, is made void by ss. 6(4) and 10.

dont jouissaient déjà certains employés en vertu de leur convention collective. Ainsi, même si les art. 4 et 5 de la Loi (combinés avec l'art. 10) annulent des droits reconnus aux employés par les conventions existantes, ils semblent avoir maintenu, pour l'essentiel, les aspects cruciaux des clauses des conventions collectives existantes qui traitaient de ces questions. Nous concluons donc que les art. 4 et 5 peuvent avoir eu un certain effet, si faible fût-il, sur les conventions collectives antérieures.

Toutefois, les art. 4 et 5, appliqués conjointement avec l'art. 10, videraient de sens, pour l'essentiel, les *futures* négociations collectives sur les transferts et les nouvelles affectations, car la négociation collective ne peut modifier le droit de l'employeur de procéder à des transferts et de nouvelles affectations. En effet, l'art. 10 de la Loi rendrait nulle toute stipulation incompatible avec les art. 4 et 5. Comme il ne sert à rien de négocier une question qui ne pourrait jamais être intégrée dans une convention collective, les art. 4 et 5, pris en considération avec l'art. 10, entravent les prochaines négociations collectives.

2. Article 6

Le paragraphe 6(2) accorde à l'employeur un pouvoir plus étendu pour sous-traiter des services non cliniques. Avant l'adoption de la Loi, les conventions collectives du secteur de la santé comportaient toutes des clauses limitant le droit de la direction de recourir à la sous-traitance. Ces dernières sont devenues incompatibles avec le par. 6(2) après son entrée en vigueur. Cette disposition, conjuguée avec l'art. 10, entraîne la nullité des stipulations des conventions collectives antérieures sur ces questions. Par ailleurs, le par. 6(4), conjointement avec l'art. 10, invalide les clauses de conventions collectives qui obligent l'employeur à consulter le syndicat avant de procéder à des activités de sous-traitance à l'extérieur de l'unité de négociation. Par exemple, la clause 17.12 de la convention collective du sous-secteur des installations, qui prévoit les circonstances précises permettant à l'employeur de recourir à la sous-traitance, devient nulle par le jeu du par. 6(4) et de l'art. 10.

119

120

- 121 The combined effect of ss. 6(2), 6(4) and 10 is to forbid the incorporation into future collective agreements of provisions protecting employees from contracting out, or the inclusion of a provision requiring the employer to consult with the union. The prohibition on including certain provisions in a collective agreement related to contracting out is reflected in explicit language in s. 6(2), that “[a] collective agreement . . . must not contain a provision” dealing with certain aspects of contracting out. The prohibition both repudiates past collective bargaining relating to the issue of contracting out and makes future collective bargaining over this issue meaningless. It follows that ss. 6(2) and 6(4) have the effect of interfering with collective bargaining.
- 122 Sections 6(3), 6(5) and 6(6) deal with a different but related issue, namely, the status of employees and the recognition of successorship rights where business is contracted out by the original employer. Section 6(3) sets out a more onerous definition of the employer-employee relationship under the *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, making it less likely that a health sector employer will still be considered the “true” employer owing duties to the union and its members if work is contracted out. Sections 6(5) and 6(6) prevent employees from retaining their collective bargaining rights with the subcontractor, as they would otherwise have done under ss. 35 and 38 of the *Labour Relations Code* if work was contracted out.
- 123 Although some might see ss. 6(3), 6(5) and 6(6) as harsh provisions aimed solely at employees of the health care sector, these sections simply modify the protections available under the *Labour Relations Code* and do not deal with entitlements of employees based on collective bargaining. Consequently, ss. 6(3), 6(5) and 6(6) do not interfere with collective bargaining and do not infringe the protection over collective bargaining offered by s. 2(d).
- L’application combinée des par. 6(2) et (4) et de l’art. 10 interdit l’intégration dans les futures conventions collectives de clauses protégeant les employés contre la sous-traitance ou obligeant l’employeur à consulter les syndicats avant de procéder à celle-ci. L’interdiction des stipulations relatives à la sous-traitance est expressément prévue au par. 6(2), selon lequel [TRADUCTION] « les conventions collectives [. . .] ne doivent prévoir aucune clause » relative à certains aspects de la sous-traitance. L’interdiction met de côté le résultat des négociations collectives antérieures sur la sous-traitance et prive de sens les négociations collectives à venir sur ces questions. Les paragraphes 6(2) et (4) interfèrent donc avec le droit à un processus de négociation collective.
- Les paragraphes 6(3), (5) et (6) traitent d’une question différente mais connexe, soit le statut des employés et la reconnaissance d’un droit de transmission au nouvel employeur, dans le cas où l’employeur initial recourt à la sous-traitance. Le paragraphe 6(3) adopte une définition plus stricte de la relation employeur-employés que le *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 244. Ce changement rend moins probable que l’employeur du secteur de la santé reste considéré comme le « véritable » employeur débiteur des obligations envers le syndicat et ses membres en cas de sous-traitance. Par ailleurs, selon les par. 6(5) et (6), les employés perdent leur droit de négocier collectivement avec le sous-entrepreneur, droit qui leur aurait été autrement reconnu en vertu des art. 35 et 38 du *Labour Relations Code* en cas de sous-traitance.
- Il se peut que certains considèrent les par. 6(3), (5) et (6) comme des dispositions sévères visant uniquement les employés du secteur de la santé, mais il s’agit simplement de modifications aux protections prévues au *Labour Relations Code* qui ne touchent pas aux droits issus de négociations collectives reconnus aux employés. C’est pourquoi ces dispositions ne constituent pas une ingérence dans la négociation collective ni une atteinte à la protection que confère l’al. 2d) à la négociation collective.

3. Sections 7 and 8 — Job Security Programs

Sections 7 and 8 deal with job security programs. Section 7 abolishes the Employment Security and Labour Force Adjustment Agreement (“ESLA”), a program giving employees of the health sector one year of training, assistance and financial support. This program was administered by the Healthcare Labour Adjustment Society (“HLAA”), which is also abolished under the Act.

The ESLA did not arise out of collective bargaining but, rather, was imposed by the government on health sector employers pursuant to the recommendations of an inquiry committee. Since neither the ESLA nor the HLAA was the outcome of a collective bargaining process, modifying them cannot constitute an interference with past bargaining processes. Further, since the ESLA and HLAA rely heavily on the authority of the government for their existence, and are outside of the power of health sector employees and employers, there is no potential for future collective bargaining over matters relating to either the ESLA and HLAA. Since there can be no future collective bargaining relating to the ESLA or the HLAA, there can be no interference with future collective bargaining over these matters either. It follows that neither s. 7 nor s. 8 has the purpose or effect of interfering with collective bargaining, past or future.

4. Section 9 — Layoff and Bumping

Section 9, which applies only to collective agreements up until December 31, 2005, deals with layoff and bumping. During the currency of this section, collective agreements could not contain provisions dealing with certain aspects of layoff and bumping. With respect to layoff, no collective agreement could restrict the right of health care employers to lay off employees (s. 9(a)), nor require them to meet conditions before giving layoff notice (s. 9(b)), nor provide notice beyond the 60 days guaranteed under

3. Articles 7 et 8 — Programmes de sécurité d’emploi

Les articles 7 et 8 traitent des programmes de sécurité d’emploi. L’article 7 abolit l’Employment Security and Labour Force Adjustment Agreement (« ESLA »), programme qui permet aux employés du secteur de la santé de bénéficier d’une année de formation, d’aide pour obtenir un nouvel emploi et de soutien financier. La Healthcare Labour Adjustment Society (« HLAA »), également abolie par la Loi, administrait ce programme.

L’ESLA n’était pas une création du régime de négociation collective, mais a plutôt été imposée par le gouvernement aux employeurs du secteur de la santé par suite des recommandations d’une commission d’enquête. Puisque ni l’ESLA ni la HLAA ne résultent d’une négociation collective, leur modification ne saurait constituer une ingérence dans les processus de négociation antérieurs. En outre, puisque l’ESLA et la HLAA doivent essentiellement leur existence à des décisions gouvernementales et qu’elles ne relèvent pas des pouvoirs des employés et employeurs du secteur de la santé, les questions les concernant ne risquent pas de faire l’objet de prochaines négociations collectives. Comme l’ESLA ou la HLAA ne peuvent pas faire l’objet de négociations collectives à l’avenir, on ne se retrouve pas devant une situation d’ingérence dans le processus de négociation collective au sujet de ces questions. Ni l’article 7 ni l’art. 8 n’ont pour objet ou effet de permettre une ingérence dans les négociations collectives, antérieures ou à venir.

4. Article 9 — Mise en disponibilité et supplantation

L’article 9, qui s’applique seulement aux conventions collectives jusqu’au 31 décembre 2005, traite de la mise en disponibilité et de la supplantation. Pendant la durée d’application de cette disposition, les conventions collectives ne pouvaient comporter de clauses sur certains aspects de la mise en disponibilité et de la supplantation. Pour ce qui est de la mise en disponibilité, les conventions collectives ne pouvaient pas restreindre le pouvoir des employeurs du secteur de la santé de mettre en disponibilité un

124

125

126

the *Labour Relations Code* (s. 9(c)). With respect to bumping, no collective agreement could contain a provision providing an employee with bumping options other than those set out in regulations pursuant to the Act (s. 9(d)).

127 Section 9 made collective bargaining over specified aspects of layoff and bumping meaningless and also invalidated parts of collective agreements dealing with these issues, up to December 31, 2005. This constituted interference with both past and future collective bargaining, albeit an interference limited to the period between the enactment of the Act and December 31, 2005.

128 We conclude that ss. 4, 5, 6(2), 6(4) and 9, in conjunction with s. 10, interfere with the process of collective bargaining, either by disregarding past processes of collective bargaining, by preemptively **undermining future processes of collective bargaining**, or both. This requires us to determine whether these changes substantially interfere with the associational right of the employees to engage in collective bargaining on workplace matters and terms of employment.

(ii) Was the Interference Substantial, so as to Constitute a Breach of Freedom of Association?

129 To amount to a breach of the s. 2(d) freedom of association, the interference with collective bargaining must compromise the essential integrity of the process of collective bargaining protected by s. 2(d). Two inquiries are relevant here. First, substantial interference is more likely to be found in measures impacting matters central to the freedom of association of workers, and to the capacity of their associations (the unions) to achieve common goals

employé (al. 9a)), ni les obliger à satisfaire à certaines exigences avant de donner un préavis de mise en disponibilité (al. 9b)), ou à donner un préavis d'un délai supérieur à celui de 60 jours garanti par le *Labour Relations Code* (al. 9c)). Quant à la supplantation, les conventions collectives ne pouvaient prévoir de clause offrant à l'employé, en cas de supplantation, des choix autres que ceux prescrits par règlement (al. 9d)).

L'article 9 vidait ainsi de sens la négociation collective de certains aspects de la mise en disponibilité et de la supplantation et invalidait certaines parties de conventions collectives portant sur ces questions, jusqu'au 31 décembre 2005. Cette disposition constitue alors une ingérence dans les processus de négociation collective, antérieurs et à venir, quoique cette ingérence se limite à la période allant de l'adoption de la Loi jusqu'au 31 décembre 2005.

Nous concluons donc que les art. 4, 5 et 9 et les par. 6(2) et (4), appliqués conjointement avec l'art. 10, constituent une ingérence dans le processus de négociation collective, soit en mettant de côté les processus de négociation collective antérieurs, soit en compromettant à l'avance l'intégrité des futurs processus de négociation collective sur ce sujet, ou les deux à la fois. Il nous faut déterminer si ces modifications entravent de façon substantielle l'exercice du droit associatif des employés de participer à un processus de négociation collective des questions concernant le milieu de travail et les conditions de travail.

(ii) L'ingérence est-elle substantielle, au point de constituer une atteinte à la liberté d'association?

Pour constituer une atteinte à la liberté d'association garantie par l'al. 2d), l'ingérence dans la négociation collective doit compromettre l'intégrité fondamentale du processus de négociation collective protégé par l'al. 2d). Deux vérifications s'imposent en l'espèce. Premièrement, on se trouve plus vraisemblablement devant une situation d'ingérence substantielle dans le cas de mesures affectant des sujets d'une importance capitale pour la

by working in concert. This suggests an inquiry into the nature of the affected right. Second, the manner in which the right is curtailed may affect its impact on the process of collective bargaining and ultimately freedom of association. To this end, we must inquire into the process by which the changes were made and how they impact on the voluntary good faith underpinning of collective bargaining. Even where a matter is of central importance to the associational right, if the change has been made through a process of good faith consultation it is unlikely to have adversely affected the employees' right to collective bargaining. Both inquiries, as discussed earlier, are essential.

1. *The Importance of the Provisions*

The provisions dealing with contracting out (ss. 6(2) and 6(4)), layoffs (ss. 9(a), 9(b) and 9(c)) and bumping (s. 9(d)) deal with matters central to the freedom of association. Restrictions in collective agreements limiting the employer's discretion to lay off employees affect the employees' capacity to retain secure employment, one of the most essential protections provided to workers by their union. Similarly, limits in collective agreements on the management rights of employers to contract out allow workers to gain employment security. Finally, bumping rights are an integral part of the seniority system usually established under collective agreements, which is a protection of significant importance to the union. "Seniority is one of the most important and far-reaching benefits which the trade union movement has been able to secure for its members by virtue of the collective bargaining process." (*Re United Electrical Workers, Local 512, and Tung-Sol of Canada Ltd.* (1964), 15 L.A.C. 161, at p. 162; see D. J. M. Brown and D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4th ed. (loose-leaf), vol. 2, para. 6:0000, at p. H6-1.) Viewing the Act's interference with these essential rights in the context of the case as a whole, we conclude that its interference with collective bargaining over matters pertaining to contracting out, layoff conditions

liberté d'association des travailleurs et la capacité de leurs associations (les syndicats) de réaliser des objectifs communs en travaillant de concert. Cela suppose alors une analyse de la nature du droit touché par la mesure. Deuxièmement, la manière dont le droit est restreint peut avoir une incidence sur le processus de négociation collective et ultimement sur la liberté d'association. À cette fin, il faut examiner le processus de réalisation des changements et leurs effets sur le caractère volontaire et de bonne foi du processus de négociation collective. Même si le sujet revêt une importance primordiale pour le droit d'association, il est peu probable que la modification, si elle est apportée dans le cadre d'une consultation menée de bonne foi, porte atteinte au droit des employés de négocier collectivement. Comme nous l'avons déjà expliqué, les deux vérifications sont essentielles.

1. *L'importance des dispositions*

Les dispositions concernant la sous-traitance (par. 6(2) et (4)), la mise en disponibilité (al. 9a, b) et c)) et la supplantation (al. 9d)) portent sur des questions d'une importance capitale pour la liberté d'association. Les restrictions aux conventions collectives qui limitent le pouvoir discrétionnaire de l'employeur de mettre en disponibilité affectent la capacité des employés de conserver un emploi stable, l'une des protections les plus essentielles qu'un syndicat obtient pour les employés. De même, les clauses de conventions collectives restreignant le droit de la direction de recourir à la sous-traitance permettent aux travailleurs de bénéficier de la sécurité d'emploi. Enfin, les droits de supplantation font partie intégrante du régime d'ancienneté normalement prévu dans les conventions collectives et, à ce titre, représentent une protection d'une importance considérable pour les syndicats. [TRADUCTION] « L'ancienneté constitue l'un des avantages les plus importants et de la plus vaste envergure que le mouvement syndical ait réussi à obtenir pour ses membres par la négociation collective. » (*Re United Electrical Workers, Local 512, and Tung-Sol of Canada Ltd.* (1964), 15 L.A.C. 161, p. 162; voir D. J. M. Brown et D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, par. 6:0000, p. H6-1.) En évaluant dans

and bumping constitutes substantial interference with the s. 2(d) right of freedom of association.

une perspective globale à quel point la loi entrave l'exercice de ces droits essentiels, nous concluons que son ingérence dans la négociation collective au sujet de la sous-traitance ainsi que des conditions de mise en disponibilité et de la supplantation constitue une atteinte substantielle au droit à la liberté d'association garanti par l'al. 2d).

131 The same cannot be said of the transfers and reassignments covered under ss. 4 and 5 of the Act. These provisions, as discussed above, are concerned with relatively minor modifications to in-place schemes for transferring and reassigning employees. Significant protections remained in place. It is true that the Act took these issues off the collective bargaining table for the future. However, on balance ss. 4 and 5 cannot be said to amount to a substantial interference with the union's ability to engage in collective bargaining so as to attract the protection under s. 2(d) of the *Charter*.

On ne saurait tirer une conclusion identique à propos des transferts et des nouvelles affectations que visent les art. 4 et 5 de la Loi. Comme nous l'avons vu, ces dispositions apportent des modifications relativement mineures aux régimes existants de transfert et de nouvelle affectation des employés. D'importantes protections subsistaient. Il est vrai que la Loi retirait désormais ces questions de la table des négociations collectives. Cependant, tout bien considéré, on ne peut pas affirmer que les art. 4 et 5 entravent de façon substantielle la capacité du syndicat d'engager des négociations collectives et qu'il s'agisse d'un cas donnant droit à la protection prévue à l'al. 2d) de la *Charte*.

2. *The Process of Interference with Collective Bargaining Rights*

2. *L'ingérence dans les droits de négociation collective*

132 Having concluded that the subject matter of ss. 6(2), 6(4) and 9 of the Act is of central importance to the unions and their ability to carry on collective bargaining, we must now consider whether those provisions preserve the processes of collective bargaining. Together, these two inquiries will permit us to assess whether the law at issue here constitutes significant interference with the collective aspect of freedom of association, which *Dunmore* recognized.

Ayant conclu que les sujets visés par les par. 6(2) et (4) et l'art. 9 de la Loi revêtent une importance capitale pour les syndicats et à l'égard de leur capacité de négocier collectivement, nous devons maintenant décider si ces dispositions respectent le droit à un processus de négociation collective. Considérées conjointement, ces deux vérifications nous permettront de déterminer si la loi en cause constitue une ingérence substantielle dans l'aspect collectif du droit d'association, reconnu par *Dunmore*.

133 This inquiry refocuses our attention squarely and exclusively on how the provisions affect the process of good faith bargaining and consultation. In this case, we are satisfied that ss. 6(2), 6(4) and 9 interfere significantly with the ability of those bound by them to engage in the associational activity of collective bargaining.

Cet examen ramène notre attention directement et exclusivement sur la façon dont les dispositions influent sur le processus de consultation et de négociation menée de bonne foi. En l'espèce, nous sommes convaincus que les par. 6(2) et (4) et l'art. 9 entravent de façon substantielle la capacité des employés visés par ces dispositions d'exercer l'activité associative liée à la négociation collective.

134 It is true that the government was facing a situation of exigency. It was determined to come to grips

Il est vrai que le gouvernement se trouvait dans une situation d'urgence. Il était déterminé à

with the spiralling cost of health care in British Columbia. This determination was fuelled by the laudable desire to provide quality health services to the people of British Columbia. Concerns such as these must be taken into account in assessing whether the measures adopted disregard the fundamental s. 2(d) obligation to preserve the processes of good faith negotiation and consultation with unions.

The difficulty, however, is that the measures adopted by the government constitute a virtual denial of the s. 2(d) right to a process of good faith bargaining and consultation. The absolute prohibition on contracting out in s. 6(2), as discussed, eliminates any possibility of consultation. Section 6(4) puts the nail in the coffin of consultation by making void any provisions in a collective agreement imposing a requirement to consult before contracting out. Section 9, in like fashion, effectively precludes consultation with the union prior to laying off or bumping.

We conclude that ss. 6(2), 6(4) and 9 of the legislation constitute a significant interference with the right to bargain collectively and hence violate s. 2(d) of the *Charter*. The remaining issue is whether these infringements can be saved under s. 1 of the *Charter*, as limits that are reasonable and justifiable in a free and democratic society.

(b) *Are the Violations of Section 2(d) Justified Under Section 1?*

Section 1 provides:

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.

The analysis for assessing whether or not a law violating the *Charter* can be saved as a reasonable

s'attaquer à la montée en flèche du coût des soins de santé en Colombie-Britannique. Cette volonté se fondait sur le désir louable de fournir des services de santé de qualité à la population de la Colombie-Britannique. Il faut tenir compte des préoccupations de cet ordre pour déterminer si les mesures adoptées vont à l'encontre de l'obligation fondamentale qu'impose l'al. 2d) de respecter un processus de consultation et de négociation menée de bonne foi avec les syndicats.

Le problème se situe toutefois dans le fait que les mesures adoptées par le gouvernement constituent pratiquement une négation du droit garanti par l'al. 2d) à un processus de consultation et de négociation menée de bonne foi. Comme nous l'avons noté, l'interdiction absolue de recourir à la sous-traitance, prévue au par. 6(2), écarte toute possibilité de consultation. Le paragraphe 6(4) met fin à toute consultation en rendant inopérante toute clause de convention collective qui oblige à consulter avant une opération de sous-traitance. De même, l'art. 9 interdit effectivement de consulter un syndicat avant une mise en disponibilité ou une supplantation.

Nous concluons que les par. 6(2) et (4) et l'art. 9 de la Loi constituent des atteintes substantielles au droit à un processus de négociation collective et portent donc atteinte à l'al. 2d) de la *Charte*. Il reste à déterminer si ces atteintes peuvent se justifier au sens de l'article premier de la *Charte* du fait qu'elles constituent des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

b) *Les atteintes à l'al. 2d) sont-elles justifiées au sens de l'article premier?*

L'article premier dispose :

La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

L'arrêt *Oakes* a établi la méthode d'analyse qui permet de déterminer si une loi contraire à la

135

136

137

138

limit under s. 1 is set out in *Oakes*. A limit on *Charter* rights must be prescribed by law to be saved under s. 1. Once it is determined that the limit is prescribed by law, then there are four components to the *Oakes* test for establishing that the limit is reasonably justifiable in a free and democratic society (*Oakes*, at pp. 138-40). First, the objective of the law must be pressing and substantial. Second, there must be a rational connection between the pressing and substantial objective and the means chosen by the law to achieve the objective. Third, the impugned law must be minimally impairing. Finally, there must be proportionality between the objective and the measures adopted by the law, and more specifically, between the salutary and deleterious effects of the law (*Oakes*, at p. 140; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 889).

Charte peut se justifier comme limite raisonnable au sens de l'article premier. La restriction des droits garantis par la *Charte* doit être imposée par une règle de droit pour être justifiée au sens de l'article premier. Si tel est le cas, il faut alors vérifier la présence des quatre éléments que comporte la méthode d'analyse de l'arrêt *Oakes* pour établir qu'elle constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique (*Oakes*, p. 138-140). En premier lieu, l'objectif de la loi doit être urgent et réel. Ensuite, il doit exister un lien rationnel entre l'objectif urgent et réel et les moyens choisis par le législateur pour atteindre cet objectif. Puis, la loi contestée ne doit porter qu'une atteinte minimale au droit garanti. Enfin, il doit y avoir proportionnalité entre l'objectif et les mesures adoptées dans la loi et, plus particulièrement, entre les effets bénéfiques de la loi et ses effets préjudiciables (*Oakes*, p. 140; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 889).

139 The s. 1 analysis focuses on the particular context of the law at issue. Contextual factors to be considered include the nature of the harm addressed, the vulnerability of the group protected, ameliorative measures considered to address the harm, and the nature and importance of the infringed activity: *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, and *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33. This said, the basic template of *Oakes* remains applicable, and each of the elements required by that test must be satisfied. The government bears the onus of establishing each of the elements of the *Oakes* test and hence of showing that a law is a reasonable limit on *Charter* rights on a balance of probabilities (see *Oakes*, at pp. 136-37).

L'analyse fondée sur l'article premier est axée sur le contexte de la règle de droit en cause. Parmi les facteurs contextuels à considérer figurent la nature du préjudice visé, la vulnérabilité du groupe protégé, les mesures d'amélioration envisagées pour remédier au préjudice, ainsi que la nature et l'importance de l'activité protégée : *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, et *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33. Cela dit, le modèle de base de *Oakes* demeure applicable, et il faut satisfaire à chacune des exigences de cette méthode d'analyse. Le gouvernement a le fardeau d'établir chacun des éléments que prévoit l'arrêt *Oakes* pour réussir à démontrer qu'une règle de droit constitue, selon la prépondérance des probabilités, une restriction raisonnable des droits garantis par la *Charte* (voir *Oakes*, p. 136-137).

140 In this case, the infringement of the appellants' right to bargain collectively is unquestionably prescribed by law, since the interference with collective bargaining is set out in legislation. The question is whether the remaining elements of the *Oakes* test are made out, such that the law is a reasonable

En l'espèce, il est incontestable que l'atteinte au droit des appelants de négocier collectivement découle d'une mesure législative, car l'ingérence dans la négociation collective est prévue dans la Loi. Il faut alors se demander si les autres éléments du critère *Oakes* sont établis, de sorte

limit on the appellants' right to collective bargaining under s. 2(d).

We find that the intrusions on collective bargaining represented by ss. 6(2), 6(4) and 9 are not minimally impairing, and therefore cannot be saved as a reasonable and justifiable limit in a free and democratic society. We turn now to the *Oakes* test to explain this conclusion.

(i) Does the Act Pursue a Pressing and Substantial Objective?

The first step of the *Oakes* test requires the government to establish that the limit on *Charter* rights was undertaken in pursuit of an objective "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (*Big M Drug Mart*, at p. 352). At minimum, the objective must relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society.

The government set out its objectives for enacting the Act as follows:

The objective of the *Act* is to improve the delivery of health care services by enabling health authorities to focus resources on the delivery of clinical services, by enhancing the ability of health employers and authorities to respond quickly and effectively to changing circumstances, and by enhancing the accountability of decision-makers in public health care.

(Respondent's Factum, at para. 144)

These are pressing and substantial objectives. We agree with the respondent that the health care crisis in British Columbia is an important contextual factor in support of the conclusion that these objectives are pressing and substantial (*ibid.*). We also agree with the respondent that this Court's recent ruling in *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35, that governments are constitutionally obliged to provide

que la loi constitue une restriction raisonnable du droit de négociation collective des appelants selon l'al. 2d).

Nous concluons que les ingérences dans la négociation collective représentées par les par. 6(2) et (4) et l'art. 9 ne constituent pas des atteintes minimales au droit protégé par la *Charte* et qu'elles ne sauraient donc se justifier en tant que limites raisonnables dont le bien-fondé peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Nous allons maintenant expliquer cette conclusion en appliquant la méthode d'analyse de l'arrêt *Oakes*.

(i) La Loi poursuit-elle un objectif urgent et réel?

La première étape de la méthode d'analyse *Oakes* oblige le gouvernement à établir que la limite imposée aux droits garantis par la *Charte* s'inscrit dans la poursuite d'un objectif « suffisamment important[t] pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution » (*Big M Drug Mart*, p. 352). L'objectif doit au moins se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique.

Le gouvernement a formulé en ces termes les objectifs sur lesquels repose l'adoption de la Loi :

[TRADUCTION] La *Loi* vise à améliorer la prestation des services de santé en permettant aux autorités sanitaires de concentrer les ressources sur la prestation des services cliniques, en rendant les employeurs du secteur de la santé et les autorités sanitaires plus aptes à réagir rapidement et efficacement aux changements de circonstances, et en accroissant l'obligation de rendre compte des décideurs dans le système de santé public.

(Mémoire de l'intimée, par. 144)

Il s'agit là d'objectifs urgents et réels. Nous convenons avec l'intimée que la crise dans le secteur de la santé en Colombie-Britannique constitue un facteur contextuel important à l'appui de la conclusion que ce sont des objectifs urgents et réels (*ibid.*). Nous reconnaissons également avec elle que la décision rendue récemment par la Cour dans *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, 2005 CSC 35, selon laquelle

141

142

143

144

public health care of a reasonable standard within a reasonable time, at least in some circumstances, reinforces the importance of the objectives, particularly of the main objective of delivering improved health care services (Respondent's Factum, at para. 141).

145 The appellants argue that the objectives behind the legislation are not pressing and substantial on two bases. First, they contend that the objective is framed too broadly and is not linked to the specific harm that the legislation is aimed at addressing. Second, they argue that the evidence suggests that the true objective behind the Act is to increase the rights of management, and to save costs, which constitute a suspect basis for finding a pressing and substantial objective. (See *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, [2004] 3 S.C.R. 381, 2004 SCC 66, at para. 72, and *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, at para. 109.)

146 We reject the argument that the government's objective is stated too broadly. The government states its objective in terms of one main objective (improving health care delivery), pursued by way of several sub-objectives (enabling health authorities to focus resources on clinical services, enhancing the ability of health employers and authorities to respond quickly to changing circumstances, and enhancing the accountability of decision-makers in public health care). Even if it is accepted that the main objective is somewhat broad, the more precise aims of the government are made clear in the sub-objectives. Therefore, the objective is not stated too broadly.

147 The appellants' contention that cutting costs and increasing the power of management are also objectives of the legislation has merit. The record indicates that at least part of the government's intention in enacting the Act was to cut costs and increase the rights of management (Appellants' Factum

les gouvernements ont l'obligation constitutionnelle de fournir des soins de santé publics de qualité raisonnable dans un délai raisonnable, du moins dans certaines circonstances, renforce l'importance des objectifs, surtout de l'objectif principal, soit l'amélioration de la prestation des services de santé (mémoire de l'intimée, par. 141).

Les appelants contestent que les objectifs visés par la loi ne sont ni urgents ni réels et ce, pour deux raisons. Premièrement, l'objectif est formulé en termes trop généraux et n'a aucun lien avec le préjudice que la loi vise précisément à corriger. Deuxièmement, la preuve tend à indiquer que l'objectif véritable de la Loi est d'accroître les droits de la direction et non de réduire les coûts du système de santé, ce qui met en doute la réalité du fondement nécessaire pour conclure à un objectif urgent et réel. (Voir *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381, 2004 CSC 66, par. 72, et *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, par. 109.)

Nous rejetons l'argument que l'objectif du gouvernement est formulé en termes trop généraux. Le gouvernement définit son objectif comme étant un objectif principal unique (améliorer la prestation de services de santé), poursuivi au moyen de plusieurs sous-objectifs (permettre aux autorités sanitaires de concentrer les ressources sur la prestation des services cliniques, rendre les employeurs du secteur de la santé et les autorités sanitaires plus aptes à réagir rapidement aux changements de circonstances, et accroître l'obligation de rendre compte des décideurs dans le système de santé public). Même en admettant que l'objectif principal soit formulé en termes plutôt généraux, les objectifs précis du gouvernement paraissent clairement énoncés dans les sous-objectifs. L'objectif n'est donc pas exprimé d'une manière trop générale.

La prétention des appelants selon laquelle la loi vise également à réduire les coûts et à accroître le pouvoir de la direction est fondée. Il ressort du dossier qu'en adoptant la Loi, le gouvernement visait, du moins en partie, à la fois à réduire les coûts et à accroître les droits de la direction (mémoire des

(Reply), at paras. 8 and 14). To the extent that the objective of the law was to cut costs, that objective is suspect as a pressing and substantial objective under the authority in *N.A.P.E.* and *Martin*, indicating that “courts will continue to look with strong scepticism at attempts to justify infringements of *Charter* rights on the basis of budgetary constraints” (*N.A.P.E.*, at para. 72; see also *Martin*). Nor, on the facts of this case, is it clear that increasing management power is an objective that is “pressing and substantial in a free and democratic society”. However, this does not detract from the fact that the government has established other pressing and substantial objectives.

(ii) Is There a Rational Connection Between the Means Adopted by the Act and the Pressing and Substantial Objectives?

The second stage of the *Oakes* analysis requires the government to establish that there is a rational connection between the pressing and substantial objective and the means chosen by the government to achieve the objective. In other words, the government must establish, on the balance of probabilities, that the means adopted in the Act are rationally connected to achieving its pressing and substantial objectives. This element of the *Oakes* test has been described in this Court as “not particularly onerous” (see *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, at para. 228, cited in *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 835, 2003 SCC 34, at para. 34).

Broadly speaking, the means adopted by the Act include: modifying the scheme of bumping rights, winding up the HLAA and ESLA, and loosening restrictions on the employer’s capacity to contract out non-clinical services, transfer and reassign employees, and lay off employees. Although the evidence does not conclusively establish that the means adopted by the Act achieve the government’s objectives, it is at least logical and reasonable to conclude so. We therefore move to the determinative inquiry of minimal impairment.

appelants (réplique), par. 8 et 14). Dans la mesure où l’objectif de la loi est de réduire les coûts, cet objectif demeure sujet à caution en tant qu’objectif urgent et réel selon *N.A.P.E.* et *Martin*, d’après lesquels « les tribunaux continueront de faire montre d’un grand scepticisme à l’égard des tentatives de justifier, par des restrictions budgétaires, des atteintes à des droits garantis par la *Charte* » (*N.A.P.E.*, par. 72; voir aussi *Martin*). Par ailleurs, d’après les faits de l’espèce, il ne ressort pas clairement que l’accroissement du pouvoir de la direction constitue un objectif « urgent et réel dans une société libre et démocratique ». Cela étant, il demeure que le gouvernement a établi d’autres objectifs urgents et réels, comme nous l’avons vu.

(ii) Existe-t-il un lien rationnel entre les moyens adoptés dans la Loi et les objectifs urgents et réels?

La deuxième étape de la méthode d’analyse *Oakes* exige du gouvernement qu’il établisse l’existence d’un lien rationnel entre l’objectif urgent et réel et les moyens qu’il choisit pour atteindre cet objectif. En d’autres termes, il doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les moyens choisis dans la Loi conservent un lien rationnel avec la réalisation des objectifs urgents et réels qu’elle poursuit. La Cour a affirmé que cet élément du critère *Oakes* n’était « pas particulièrement exigeant » (voir *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 228, cité dans *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 835, 2003 CSC 34, par. 34).

En général, parmi les moyens adoptés dans la Loi figurent la modification du régime concernant les droits de supplantation, la liquidation de la HLAA et de l’ESLA, et l’assouplissement des restrictions à la capacité de l’employeur de sous-traiter des services non cliniques, de procéder à des transferts et à de nouvelles affectations, et de mettre des employés en disponibilité. Bien que la preuve n’établisse pas de façon concluante que les moyens adoptés dans la Loi permettent la réalisation des objectifs du gouvernement, une telle conclusion est au moins logique et raisonnable. Nous passons donc à l’examen déterminant de l’atteinte minimale.

148

149

(iii) Does the Act Minimally Impair the Charter Rights of the Appellants?(iii) La Loi porte-t-elle atteinte de façon minimale aux droits garantis aux appelants par la Charte?

150 At the third stage of the *Oakes* test, the court is directed to inquire whether the impugned law minimally impairs the *Charter* right (*Oakes*, at p. 139, citing *Big M Drug Mart*, at p. 352). The government need not pursue the least drastic means of achieving its objective. Rather, a law will meet the requirements of the third stage of the *Oakes* test so long as the legislation “falls within a range of reasonable alternatives” which could be used to pursue the pressing and substantial objective (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160).

À la troisième étape de la méthode d’analyse *Oakes*, le tribunal est tenu de vérifier si la loi contestée constitue une atteinte minimale au droit garanti par la *Charte* (*Oakes*, p. 139, citant *Big M Drug Mart*, p. 352). Le gouvernement n’a pas besoin de recourir aux moyens les moins radicaux pour parvenir à son objectif. La loi satisfait plutôt aux exigences de la troisième étape si elle « se situe à l’intérieur d’une gamme de mesures raisonnables » pouvant servir à la réalisation de l’objectif urgent et réel (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160).

151 We conclude that the requirement of minimal impairment is not made out in this case. The government provides no evidence to support a conclusion that the impairment was minimal. It contents itself with an assertion of its legislative goal — “to enhance management flexibility and accountability in order to make the health care system sustainable over the long term”, — adding that “the *Act* is a measured, reasonable, and effective response to this challenge, and . . . satisfies the minimal impairment requirement” (Respondent’s Factum, at para. 147). In the absence of supportive evidence, we are unable to conclude that the requirement of minimal impairment is made out in this case.

Nous concluons qu’il n’a pas été satisfait à l’exigence de l’atteinte minimale en l’espèce. Le gouvernement n’a présenté aucune preuve à l’appui de la conclusion que l’atteinte restait minimale. Il se contente d’invoquer son objectif législatif — [TRADUCTION] « donner à la direction plus de latitude et accroître son obligation de rendre compte afin d’assurer à long terme la viabilité du système de santé », — ajoutant que [TRADUCTION] « la *Loi* constitue un moyen modéré, raisonnable et efficace de surmonter cette difficulté et [. . .] satisfait à l’exigence de l’atteinte minimale » (mémoire de l’intimée, par. 147). Faute de preuve nécessaire, nous ne pouvons conclure qu’il a été satisfait à l’exigence de l’atteinte minimale en l’espèce.

152 The provisions at issue bear little evidence of a search for a minimally impairing solution to the problem the government sought to address.

La teneur des dispositions en cause ne laisse pas facilement croire qu’on ait cherché la solution la moins attentatoire possible au problème que le gouvernement voulait régler.

153 Section 6(2) forbids any provision “that in any manner restricts, limits or regulates the right of a health sector employer to contract outside of the collective agreement”. It gives the employers absolute power to contract out of collective agreements. There is no need or incentive to consult with the union or the employees before sending the work they normally perform to an outside contractor. To forbid any contracting out clause completely and unconditionally strikes us as not minimally

Ainsi le par. 6(2) interdit toute clause [TRADUCTION] « qui, de quelque manière que ce soit, restreint, limite ou réglemente le droit d’un employeur du secteur de la santé de sous-traiter [. . .] hors du cadre défini par la convention collective ». Il donne à l’employeur le pouvoir absolu de sous-traiter hors du cadre défini par la convention collective. L’employeur n’est pas tenu de consulter le syndicat ou les employés avant de sous-traiter le travail que ces derniers exécutent normalement, et

impairing. A more refined provision, for example, permitting contracting out after meaningful consultation with the union, might be envisaged.

Section 6(4) makes void a provision in a collective agreement to consult before contracting out. The bite of s. 6(4) is arguably small; given the employer's absolute power to contract out under s. 6(2), there would appear to be no reason for an employer to agree to such a clause in any event. However, insofar as it hammers home the policy of no consultation under any circumstances, it can scarcely be described as suggesting a search for a solution that preserves collective bargaining rights as much as possible, given the legislature's goal.

Section 9 evinces a similar disregard for the duty to consult the union, in this case before making changes to the collective agreement's layoff and bumping rules. It is true that s. 9 was temporally limited, being in force only to December 31, 2005. However, this is scant comfort to employees who may have been laid off or bumped before this date, without the benefit of a union to represent them on the issue.

An examination of the record as to alternatives considered by the government reinforces the conclusion that the impairment in this case did not fall within the range of reasonable alternatives available to the government in achieving its pressing and substantial objective of improving health care delivery. The record discloses no consideration by the government of whether it could reach its goal by less intrusive measures, and virtually no consultation with unions on the matter.

Legislators are not bound to consult with affected parties before passing legislation. On the other

il n'est pas incité à le faire non plus. L'interdiction complète et inconditionnelle de toute stipulation régissant la sous-traitance ne nous paraît pas constituer une atteinte minimale. On pourrait envisager, à titre d'exemple, une clause plus nuancée qui permettrait de recourir à la sous-traitance après une véritable consultation du syndicat.

De son côté, le par. 6(4) rend inopérante toute clause de convention collective qui oblige à consulter avant de recourir à la sous-traitance. On peut soutenir que le par. 6(4) a peu d'effets; en raison du pouvoir absolu de recourir à la sous-traitance que le par. 6(2) confère à l'employeur, il semble que celui-ci n'ait aucune raison de souscrire à une telle clause de toute façon. Toutefois, dans la mesure où cette disposition met fortement l'accent sur la politique de non-consultation en toute circonstance, on ne saurait guère affirmer qu'il tend à indiquer qu'on a cherché une solution qui protège dans la mesure du possible le droit à la négociation collective, compte tenu de l'objectif du législateur.

Par ailleurs, l'art. 9 traduit une volonté de rejet analogue de toute obligation de consulter le syndicat, en l'espèce avant de modifier les règles de la convention collective applicables à la mise en disponibilité et à la supplantation. Il est vrai que l'art. 9 était limité dans le temps, s'appliquant seulement jusqu'au 31 décembre 2005. Toutefois, cette limitation n'apporte aucun réconfort aux employés mis en disponibilité ou supplantés avant cette date, sans qu'un syndicat ait pu les représenter à ce sujet.

L'examen du dossier quant aux solutions envisagées par le gouvernement renforce la conclusion que l'atteinte portée au droit constitutionnel en l'espèce n'entre pas dans la catégorie des mesures raisonnables dont disposait le gouvernement pour atteindre son objectif urgent et réel d'améliorer la prestation des services de santé. Selon le dossier, le gouvernement ne s'est pas demandé s'il pourrait atteindre son objectif par des mesures moins attentatoires et il n'a guère consulté les syndicats à ce sujet.

Le législateur n'est pas tenu de consulter les parties visées avant d'adopter une mesure législative.

154

155

156

157

hand, it may be useful to consider, in the course of the s. 1 justification analysis, whether the government considered other options or engaged consultation with the affected parties, in choosing to adopt its preferred approach. The Court has looked at pre-legislative considerations in the past in the context of minimal impairment. This is simply evidence going to whether other options, in a range of possible options, were explored.

158 In this case, the only evidence presented by the government, including the sealed evidence, confirmed that a range of options were on the table. One was chosen. The government presented no evidence as to why this particular solution was chosen and why there was no consultation with the unions about the range of options open to it.

159 The evidence establishes that there was no meaningful consultation prior to passing the Act on the part of either the government or the HEABC (as employer). The HEABC neither attempted to renegotiate provisions of the collective agreements in force prior to the adoption of Bill 29, nor considered any other way to address the concerns noted by the government relating to labour costs and the lack of flexibility in administering the health care sector. The government also failed to engage in meaningful bargaining or consultation prior to the adoption of Bill 29 or to provide the unions with any other means of exerting meaningful influence over the outcome of the process (for example, a satisfactory system of labour conciliation or arbitration). Union representatives had repeatedly expressed a desire to consult with government regarding specific aspects of the Act, and had conveyed to the government that the matters to be dealt with under the Act were of particular significance to them. Indeed, the government had indicated willingness to consult on prior occasions. Yet, in this case, consultation never took place. The only evidence of consultation is a brief telephone conversation between a member of the government and a union representative within

Par contre, il peut être utile de se demander, dans le cadre de l'analyse de la justification fondée sur l'article premier, si le gouvernement a envisagé d'autres solutions ou consulté les parties visées, en choisissant d'adopter la méthode qu'il privilégiait. Par le passé, la Cour a déjà examiné ce genre de facteurs prélegislatifs dans le contexte de l'étude de l'atteinte minimale. Ce type de preuve permet tout simplement d'étudier quelles options à l'intérieur d'une gamme de choix possibles ont été prises en considération.

En l'espèce, les seuls éléments de preuve présentés par le gouvernement, y compris ceux qu'on retrouve dans la preuve produite sous scellés, confirmaient qu'une gamme de solutions ont été présentées. L'une d'entre elles a été choisie. Le gouvernement n'a offert aucune preuve expliquant pourquoi il a retenu la solution particulière en discussion dans ce dossier ni pourquoi il n'a pas consulté les syndicats au sujet de la gamme de solutions qui s'offraient à lui.

La preuve établit l'absence de véritable consultation avant l'adoption de la Loi par le gouvernement et par la HEABC (en tant qu'employeur). La HEABC n'a pas tenté de renégocier les clauses de conventions collectives en vigueur avant l'adoption du projet de loi 29 et ni envisagé d'autres façons de dissiper les préoccupations exprimées par le gouvernement au sujet des coûts de main-d'œuvre et du manque de souplesse dans l'administration du secteur de la santé. Par ailleurs, le gouvernement n'a pas procédé à de véritables négociations ou consultations avant l'adoption du projet de loi 29 et ni offert aux syndicats d'autres moyens d'influer utilement sur l'issue du processus (par exemple, un système satisfaisant de conciliation ou d'arbitrage). Les représentants syndicaux ont indiqué à maintes reprises qu'ils voulaient discuter avec le gouvernement de certains aspects de la Loi et ils l'ont informé que les questions à traiter sous le régime de la Loi revêtaient une importance particulière pour eux. En fait, le gouvernement avait déjà indiqué qu'il était disposé à procéder à des consultations. Cependant les consultations n'ont jamais eu lieu en l'espèce. La seule preuve de consultation consiste en une brève conversation téléphonique entre un

the half hour before the Act (then Bill 29) went to the legislature floor and limited to informing the union of the actions that the government intended to take.

This was an important and significant piece of labour legislation. It had the potential to affect the rights of employees dramatically and unusually. Yet it was adopted with full knowledge that the unions were strongly opposed to many of the provisions, and without consideration of alternative ways to achieve the government objective, and without explanation of the government's choices.

We conclude that the government has not shown that the Act minimally impaired the employees' s. 2(d) right of collective bargaining. It is unnecessary to consider the proportionality between the pressing and substantial government objectives and the means adopted by the law to achieve these objectives. We find that the offending provisions of the Act (ss. 6(2), 6(4) and 9) cannot be justified as reasonable limits under s. 1 of the *Charter* and are therefore unconstitutional.

B. *Does the Act Violate Section 15 Equality Rights?*

Having established that ss. 6(2), 6(4) and 9 are unconstitutional on the basis that they infringe the right to bargain collectively in s. 2(d), we must consider whether the remainder of Part 2 of the Act violates the guarantee of equality under s. 15 of the *Charter*.

Section 15(1) of the *Charter* provides:

15. (1) 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.

membre du gouvernement et un représentant syndical dans la demi-heure précédant le dépôt de la Loi (alors projet de loi 29) devant la législature et qui s'est limitée à informer le syndicat des mesures que le gouvernement entendait prendre.

Ce projet de loi représentait une importante mesure législative dans le domaine du travail. Il était susceptible d'avoir un effet dramatique et exceptionnel sur les droits des employés. Pourtant le gouvernement l'a adopté en sachant parfaitement que les syndicats s'opposaient fortement à de nombreuses dispositions de ce projet, sans envisager d'autres moyens qui lui auraient permis d'atteindre son objectif et sans expliquer ses choix.

Nous concluons que le gouvernement n'a pas établi que la Loi ne portait qu'une atteinte minimale au droit de négociation collective reconnu aux employés par l'al. 2d). Il est inutile alors de s'interroger sur la proportionnalité entre les objectifs urgents et réels du gouvernement et les moyens adoptés par la loi pour réaliser ces objectifs. Nous estimons que les dispositions attentatoires de la Loi (par. 6(2) et (4) et art. 9) ne peuvent se justifier en tant que limites raisonnables au sens de l'article premier de la *Charte* et que, de ce fait, elles sont inconstitutionnelles.

B. *La Loi viole-t-elle les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte?*

Après avoir établi que les par. 6(2) et (4) et l'art. 9 sont inconstitutionnels parce qu'ils portent atteinte à un processus de négociation collective garanti à l'al. 2d), nous devons maintenant déterminer si les autres dispositions de la partie 2 de la Loi portent aussi atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*.

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* dispose :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

160

161

162

163

164 At issue is whether the Act violates s. 15 of the *Charter*, and more specifically, that the Act discriminates against health care workers based on a number of interrelated enumerated and analogous grounds including: sex, employment in the health care sector, and status as non-clinical workers.

165 The courts below found no discrimination contrary to s. 15 of the *Charter*. We would not disturb these findings. Like the courts below, we conclude that the distinctions made by the Act relate essentially to segregating different sectors of employment, in accordance with the long-standing practice in labour regulation of creating legislation specific to particular segments of the labour force, and do not amount to discrimination under s. 15 of the *Charter*. The differential and adverse effects of the legislation on some groups of workers relate essentially to the type of work they do, and not to the persons they are. Nor does the evidence disclose that the Act reflects the stereotypical application of group or personal characteristics. Without minimizing the importance of the distinctions made by the Act to the lives and work of affected health care employees, the differential treatment based on personal characteristics required to get a discrimination analysis off the ground is absent here.

166 Accordingly, we see no reason to depart from the view of the trial judge that these effects on health care workers, however painful, do not, on the evidence adduced in this case, constitute discrimination under s. 15 of the *Charter*.

167 In summary, we find that the impugned Act does not violate s. 15 of the *Charter*. Therefore, there is no need to consider potential reasonable justification under s. 1.

Il faut alors déterminer si la Loi porte atteinte à l'art. 15 de la *Charte* et, plus particulièrement, si elle établit contre les travailleurs du secteur de la santé une discrimination fondée sur plusieurs motifs énumérés ou analogues interreliés, notamment le sexe, l'occupation d'un emploi dans le secteur de la santé et le statut des travailleurs du secteur des services non cliniques.

Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu à l'absence de discrimination interdite par l'art. 15 de la *Charte*. Nous sommes d'avis de ne pas modifier ces conclusions. Comme les tribunaux d'instance inférieure, nous concluons que les distinctions créées par la Loi tiennent essentiellement aux différences qui existent entre les secteurs d'emploi, en raison des pratiques suivies de longue date selon lesquelles la réglementation en matière de travail est établie par des mesures législatives propres à chaque secteur du marché du travail, et qu'elles ne constituent pas de la discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte*. La différenciation et les effets préjudiciables de la loi envers certains groupes de travailleurs tiennent essentiellement au genre de travail qu'ils exécutent et non à leur personne. La preuve ne révèle pas non plus que la Loi reflète une application stéréotypée de caractéristiques personnelles ou de groupe. Sans minimiser l'importance des distinctions de la Loi qui marquent la vie et le travail des employés visés du secteur de la santé, en l'espèce il ne s'agit pas de traitements différents fondés sur des caractéristiques personnelles justifiant qu'on amorce l'analyse de la question de la discrimination.

Par conséquent, rien ne justifie que la Cour s'écarte du point de vue de la juge de première instance, selon qui les effets de la législation sur les travailleurs du secteur des services de santé, si pénibles qu'ils risquent de s'avérer pour eux, ne constituent pas, au vu de la preuve soumise en l'espèce, de la discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte*.

En résumé, nous estimons que la Loi contestée ne va pas à l'encontre de l'art. 15 de la *Charte*. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner si des limites raisonnables pourraient être justifiées en vertu de l'article premier.

IV. Conclusions and Disposition

For the above reasons, we allow the appeal in part, with costs. We conclude that ss. 6(2), 6(4) and 9 of the Act are unconstitutional. However, we suspend this declaration for a period of 12 months to allow the government to address the repercussions of this decision. We would answer the constitutional questions as follows:

1. Does Part 2 of the *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, c. 2, in whole or in part, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, in part. Sections 6(2), 6(4) and 9 infringe s. 2(d).

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. Does Part 2 of the *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, c. 2, in whole or in part, infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

The following are the reasons delivered by

DESCHAMPS J. (dissenting in part) — The future of our health care system is a matter of serious concern across the country. Sharply escalating health care costs combined with an aging population have

IV. Conclusions et dispositif

Pour les motifs exposés précédemment, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, avec dépens. Nous concluons que les par. 6(2) et (4) et l'art. 9 de la Loi sont inconstitutionnels. Toutefois, nous suspendons la prise d'effet de cette déclaration pour 12 mois afin de permettre au gouvernement d'examiner les répercussions de la présente décision. Nous sommes d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante :

1. La partie 2 de la *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, ch. 2, en tout ou en partie, viole-t-elle l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui, en partie. Les paragraphes 6(2) et (4) et l'art. 9 enfreignent l'al. 2d).

2. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable qui est prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

3. La partie 2 de la *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, ch. 2, en tout ou en partie, viole-t-elle l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

4. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable qui est prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente en partie) — L'avenir de notre système de santé préoccupe beaucoup les Canadiens. La croissance vertigineuse des coûts des soins de santé combinée au vieillissement

spurred governments to attempt to find new ways to ensure that health care services will be available to those who need them. When, in doing so, a government makes a policy decision that infringes a *Charter* right, it is required to justify its choice as a reasonable limit on the protected right.

170 I am in general agreement with the Chief Justice and LeBel J. concerning the scope of freedom of association under s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the collective bargaining context. I also agree that no claim of discrimination contrary to s. 15 of the *Charter* has been established. However, I part company with my colleagues over their analysis relating to both the infringement of s. 2(d) and the justification of the infringement under s. 1 of the *Charter*.

171 The interpretation that the Court is now giving to s. 2(d) of the *Charter* is a major step forward in the recognition of collective activities. However, the importance of this advance should not overshadow the justification analysis under s. 1 of the *Charter*. Throughout the litigation, the government of British Columbia has maintained that in the event that Part 2 of the *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, c. 2 (“Act”), is found to have infringed the *Charter*, the infringement will be justified under s. 1. I find that ss. 4, 5, 6(2), 6(4) and 9 of the Act infringe s. 2(d) of the *Charter*, but in my view only s. 6(4) of the Act is not demonstrably justified in a free and democratic society.

I. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

172 It will be helpful to recall the constitutional and statutory provisions that are at issue:

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject

de la population a incité les gouvernements à trouver de nouvelles façons de s’assurer que les personnes qui ont besoin des services de santé y ont accès. Lorsque, dans la poursuite d’un tel objectif, un gouvernement prend une décision de politique générale qui a pour effet de porter atteinte à un droit garanti par la *Charte*, il doit justifier son choix en démontrant que la mesure constitue une limite raisonnable au droit protégé.

Je souscris de manière générale aux motifs de la Juge en chef et du juge LeBel au sujet de l’étendue de la liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en matière de négociation collective. Je conviens aussi que rien ne permet de conclure qu’il y a en l’espèce discrimination au sens de l’art. 15 de la *Charte*. Toutefois, je ne souscris pas à l’analyse de mes collègues quant à l’atteinte à l’al. 2d) et quant à la justification de l’atteinte selon l’article premier de la *Charte*.

L’interprétation que la Cour donne en l’espèce à l’al. 2d) de la *Charte* constitue une étape importante dans la reconnaissance des activités collectives. L’importance de cette avancée ne devrait pas toutefois éclipser l’analyse de la justification selon l’article premier de la *Charte*. Tout au long du litige, le gouvernement de la Colombie-Britannique a maintenu que, si la partie 2 de la *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, ch. 2 (« Loi »), enfreint la *Charte*, cette atteinte est justifiée au sens de l’article premier. Je conclus que les art. 4 et 5, les par. 6(2) et (4) ainsi que l’art. 9 de la Loi contreviennent à l’al. 2d) de la *Charte*, mais j’estime que seul le par. 6(4) de la Loi comporte une limite dont la justification ne peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

I. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Il est utile de reproduire les dispositions constitutionnelles et législatives en cause :

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne

only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . . .

(d) freedom of association.

Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2

Right to reorganize service delivery

- 4 (1) A health sector employer has the right to reorganize the delivery of its services by transferring functions or services within a worksite or to another worksite within the region or to another health sector employer, including, but not limited to, partnerships or joint ventures with other health sector employers or subsidiaries.
- (2) A health sector employer has the right to transfer
- (a) functions or services that are to be performed or provided by another health sector employer under subsection (1) to that other health sector employer, and
 - (b) functions or services that are to be performed or provided at another worksite in the region to that other worksite.
- (3) If a function or service is transferred to another health sector employer or within or to a worksite under this section, an employee who performs that function or service may be transferred to that employer or within or to that worksite in accordance with the regulations.

Multi-worksite assignment rights

5 A health sector employer

- (a) has a right to assign an employee within or to any worksite of that employer or to a

peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . . .

d) liberté d'association.

Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, ch. 2

[TRANSDUCTION]

Droit de réorganiser la prestation des services

- 4 (1) L'employeur du secteur de la santé a le droit de réorganiser la prestation de ses services en transférant des fonctions ou services soit dans le même lieu de travail soit dans un autre lieu de travail de la même région soit à un autre employeur du secteur de la santé, notamment une société de personnes ou une coentreprise formée avec d'autres employeurs du secteur de la santé, ou une filiale.
- (2) L'employeur du secteur de la santé a le droit de transférer :
- a) les fonctions ou services qui doivent être exécutés ou fournis par un autre employeur du secteur de la santé visé au paragraphe (1) à cet autre employeur;
 - b) les fonctions ou services qui doivent être exécutés ou fournis par un autre lieu de travail de la même région à cet autre lieu de travail.
- (3) Dans le cas où une fonction ou un service est transféré à un autre employeur du secteur de la santé, dans le même lieu de travail ou dans un lieu de travail de la même région conformément au présent article, l'employé qui exécute cette fonction ou ce service peut être transféré à cet employeur, à ce même lieu de travail ou à un lieu de travail de la même région de la manière prévue aux règlements.

Droits liés aux affectations dans différents lieux de travail

5 L'employeur du secteur de la santé :

- a) a le droit d'affecter un employé dans le même lieu de travail ou dans un autre lieu

worksite operated by another health sector employer for a period not exceeding that set out in the regulations and under conditions specified in the regulations, and

- (b) must post any position pursuant to the collective agreement if the employer requires the successful candidate for that position to work on a regular ongoing basis at more than one worksite of that employer as a condition of employment in that position.

Contracting outside of the collective agreement for services

- 6 (1) In this section:

“**acute care hospital**” means a hospital or part of a hospital designated by regulation;

“**designated health services professional**” means

- (a) a nurse licensed under the *Nurses (Registered) Act*,
- (b) a person who is a member of a health profession designated under the *Health Professions Act* on the date on which this section comes into force, or
- (c) a person in an occupation or job classification designated by regulation;

“**non-clinical services**” means services other than medical, diagnostic or therapeutic services provided by a designated health services professional to a person who is currently admitted to a bed in an inpatient unit in an acute care hospital, and includes any other services designated by regulation.

- (2) A collective agreement between HEABC and a trade union representing employees in the health sector must not contain a provision that in any manner restricts, limits or regulates the right of a health sector employer to contract outside of the collective agreement for the provision of non-clinical services.
- (3) The labour relations board or an arbitrator appointed under the Code or under a

de travail relevant de son autorité ou dans un lieu de travail relevant de l'autorité d'un autre employeur du secteur de la santé pour une durée ne dépassant pas celle prévue par règlement et aux conditions qui y sont fixées;

- b) doit afficher les postes conformément à la convention collective si le poste visé requiert comme condition d'emploi que le candidat retenu travaille sur une base régulière pour une durée indéfinie à plus d'un lieu de travail relevant de son autorité.

Sous-traitance

- 6 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article :

« **hôpital de soins actifs** » L'hôpital ou la partie d'hôpital désigné par règlement;

« **professionnel de la santé désigné** » Selon le cas :

- a) infirmier autorisé en vertu de la *Nurses (Registered) Act*;
- b) membre d'une profession de la santé désignée dans le cadre de la *Health Professions Act* à la date d'entrée en vigueur du présent article;
- c) personne dont la classification professionnelle ou la classification de poste est désignée par règlement;

« **services non cliniques** » Services autres que les services médicaux, thérapeutiques, ou de diagnostic dispensés par un professionnel de la santé désigné au patient hospitalisé dans un hôpital de soins actifs. Sont compris dans ces services les autres services désignés par règlement.

- (2) Les conventions collectives entre la HEABC et les syndicats représentant les employés du secteur de la santé ne peuvent prévoir aucune clause qui, de quelque manière que ce soit, restreint, limite ou réglemente le droit de l'employeur du secteur de la santé de sous-traiter des services non cliniques hors du cadre défini par la convention collective.
- (3) À moins que les personnes visées aux alinéas a) et b) ne fassent entièrement partie de

collective agreement must not declare a person who

- (a) provides services under a contract between a health sector employer and an employer that is not a health sector employer, and
- (b) is an employee of the employer that is not a health sector employer

to be an employee of the health sector employer unless the employee is fully integrated with the operations and under the direct control of the health sector employer.

- (4) A provision in a collective agreement requiring an employer to consult with a trade union prior to contracting outside of the collective agreement for the provision of non-clinical services is void.
- (5) A collective agreement does not bind, and section 35 of the Code does not apply to, a person who contracts with a health sector employer.
- (6) A health sector employer must not be treated under section 38 of the Code as one employer with any other health sector employer or a contractor.

Employment Security and Labour Force Adjustment Agreement

- 7 (1) A party to ESLA is not required to carry out a term of ESLA on or after the coming into force of this section.
- (2) A party to a collective agreement is not required to carry out any part of a provision that is based on or derived from ESLA in the collective agreement.
- (3) ESLA does not apply for the purposes of the interpretation or application of the collective agreement.

Healthcare Labour Adjustment Society

- 8 (1) In this section, “HLAA” means The Healthcare Labour Adjustment Society of

l’organisation et ne relèvent directement de l’employeur du secteur de la santé, elles ne sont pas reconnues comme employés du secteur de la santé par la commission des relations du travail ou un arbitre nommé en vertu du Code ou d’une convention collective :

- a) les personnes qui dispensent des services dans le cadre d’un contrat entre un employeur du secteur de la santé et un employeur ne relevant pas de ce secteur;
- b) l’employé qui travaille pour une personne autre qu’un employeur du secteur de la santé.

- (4) Sont nulles les clauses de conventions collectives qui obligent l’employeur à consulter le syndicat avant de sous-traiter des services non cliniques hors du cadre défini par la convention collective.
- (5) La personne qui conclut un contrat avec un employeur du secteur de la santé n’est pas liée par les conventions collectives et n’est pas visée par l’article 35 du Code.
- (6) La désignation d’employeur commun prévue à l’article 38 du Code ne peut s’appliquer à l’employeur du secteur de la santé qui assure une activité avec un autre employeur du secteur de la santé ou un entrepreneur.

Employment Security and Labour Force Adjustment Agreement

- 7 (1) Les parties à l’ESLA ne sont pas tenues d’appliquer l’ESLA à compter de l’entrée en vigueur du présent article.
- (2) Les parties à une convention collective ne sont pas tenues d’appliquer les clauses, ou parties de clauses de la convention collective qui relèvent ou proviennent de l’ESLA.
- (3) L’ESLA ne s’applique pas pour l’interprétation ou l’application de la convention collective.

Healthcare Labour Adjustment Society

- 8 (1) Pour l’application du présent article, « HLAA » s’entend de la Healthcare Labour Adjustment

British Columbia incorporated under the *Society Act*.

- (2) The minister may appoint an administrator for HLAA.
- (3) The administrator appointed under subsection (2) replaces the directors of HLAA and may exercise all the rights and duties of directors under the *Society Act*.
- (4) The administrator must ensure that HLAA's programs and activities operate only to the extent necessary to honour obligations to employees of health sector employers who were laid off under ESLA and to honour existing financial commitments made to health sector or other employers for reimbursement under one of HLAA's programs.
- (5) The minister may direct the administrator to offer programs and activities beyond those in subsection (4).
- (6) The administrator is responsible for winding up HLAA in accordance with the *Society Act*.
- (7) The administrator may wind up HLAA when its obligations under subsections (4) and (5) are complete.
- (8) The administrator must complete his or her duties under this section within one year from the date on which he or she is appointed.
- (9) Any money remaining in HLAA at the time it is wound up must be paid into the Health Special Account referred to in the *Health Special Account Act*.

Layoff and bumping

- 9 For the period ending December 31, 2005, a collective agreement must not contain a provision that
 - (a) restricts or limits a health sector employer from laying off an employee,
 - (b) subject to paragraph (c), requires a health sector employer to meet conditions before giving layoff notice,

Society of British Columbia, société constituée en vertu de la *Society Act*.

- (2) Le ministre peut nommer un administrateur à la HLAA.
- (3) L'administrateur visé au paragraphe (2) remplace les directeurs de la HLAA et peut exercer toutes les attributions que la *Society Act* confère aux directeurs.
- (4) L'administrateur doit s'assurer que les programmes et activités de la HLAA sont utilisés uniquement dans la mesure nécessaire pour lui permettre de s'acquitter de ses obligations envers les employés du secteur de la santé mis à pied aux termes de l'ESLA et pour lui permettre de respecter les engagements financiers qu'il a pris envers les employeurs du secteur de la santé ou d'autres employeurs pour effectuer les remboursements prévus à l'un des programmes de la HLAA.
- (5) Le ministre peut enjoindre à l'administrateur d'offrir des programmes et activités autres que ceux mentionnés au paragraphe (4).
- (6) L'administrateur est tenu de liquider la HLAA conformément aux dispositions de la *Society Act*.
- (7) L'administrateur peut liquider la HLAA une fois que toutes les obligations prévues aux paragraphes (4) et (5) auront été remplies.
- (8) L'administrateur doit s'acquitter des obligations qui lui sont confiées en application du présent article dans l'année qui suit la date de sa nomination.
- (9) Tout solde appartenant à la HLAA au moment de sa liquidation est versé dans le Health Special Account mentionné dans la *Health Special Account Act*.

Mise en disponibilité et supplantation

- 9 Pour la période se terminant le 31 décembre 2005, les conventions collectives ne peuvent prévoir aucune clause qui, selon le cas :
 - a) restreint ou limite le pouvoir de l'employeur du secteur de la santé de mettre en disponibilité;
 - b) sous réserve de l'alinéa c), oblige l'employeur du secteur de la santé à répondre à certaines conditions avant de donner un préavis de mise en disponibilité;

- (c) requires a health sector employer to provide more than 60 days' notice of layoff to an employee directly or indirectly affected and to the trade union representing the employee, or
- (d) provides an employee with bumping options other than the bumping options set out in the regulations.

Part prevails over collective agreements

10 (1) A collective agreement that conflicts or is inconsistent with this Part is void to the extent of the conflict or inconsistency.

(2) A provision of a collective agreement that

- (a) requires a health sector employer to negotiate with a trade union to replace provisions of the agreement that are void as a result of subsection (1), or
- (b) authorizes or requires the labour relations board, an arbitrator or any person to replace, amend or modify provisions of the agreement that are void as a result of subsection (1),

is void to the extent that the provision relates to a matter prohibited under this Part.

II. Analysis

I will begin by discussing s. 2(d) of the *Charter* in the context of legislation that interferes with collective bargaining where the government is not acting as a party to a collective bargaining process but is, as in this case, performing its legislative function. I will then examine the alleged infringement of s. 2(d) in the case at bar. Next, turning to s. 1 of the *Charter*, I will review the contextual approach, after which I will assess the impugned legislative measures.

A. *Freedom of Association and Collective Bargaining Under the Charter*

I am in agreement with the following key propositions stated by the majority concerning the scope of s. 2(d) of the *Charter*:

- c) oblige l'employeur du secteur de la santé à donner un préavis de mise en disponibilité de plus de 60 jours à l'employé directement ou indirectement visé et au syndicat qui le représente;
- d) offre à l'employé des choix quant à la supplantation autres que ceux prescrits par règlement.

La présente partie l'emporte sur les conventions collectives

10 (1) Sont inopérantes les clauses de conventions collectives qui entrent en conflit ou sont incompatibles avec la présente partie.

(2) Sont inopérantes, dans la mesure où elles portent sur l'une des interdictions prévues à la présente partie les clauses de conventions collectives qui :

- a) soit obligent l'employeur du secteur de la santé à négocier avec le syndicat en vue du remplacement d'une clause rendue inopérante par application du paragraphe (1);
- b) soit autorisent la commission des relations du travail, l'arbitre ou toute autre personne à remplacer ou modifier une clause rendue inopérante par application du paragraphe (1), ou lui imposent cette obligation.

II. Analyse

J'examinerai d'abord l'al. 2d) de la *Charte* dans le contexte d'une loi qui entrave une négociation collective où le gouvernement agit non en tant que partie au processus de négociation collective, mais, comme c'est le cas en l'espèce, en tant que législateur. J'aborderai ensuite l'atteinte alléguée à l'al. 2d) en l'espèce, après quoi, en ce qui concerne l'article premier de la *Charte*, je procéderai à l'analyse contextuelle. Je terminerai en évaluant les dispositions contestées.

A. *Liberté d'association et négociation collective sous le régime de la Charte*

Je souscris aux grands principes suivants que la majorité a formulés au sujet de la portée de l'al. 2d) de la *Charte* :

173

174

- | | |
|---|---|
| <p>(1) the constitutional right to collective bargaining concerns the protection of the ability of workers to engage in associational activities, and their capacity to act in common to reach shared goals related to workplace issues and terms of employment;</p> <p>(2) the right is to a process of collective bargaining — it does not guarantee a certain substantive or economic outcome or access to any particular statutory regime; and</p> <p>(3) the right places constraints on the exercise of legislative powers in respect of the collective bargaining process.</p> | <p>(1) Le droit constitutionnel de négocier collectivement vise à protéger la capacité des travailleurs de participer à des activités associatives et leur capacité d’agir collectivement pour réaliser des objectifs communs concernant des questions liées au milieu de travail et leurs conditions de travail.</p> <p>(2) Il s’agit d’un droit à un processus de négociation collective — il ne garantit pas l’atteinte de résultats quant au fond de la négociation ou à ses effets économiques ni l’accès à un régime légal précis.</p> <p>(3) Le droit en cause restreint le pouvoir de légiférer en matière de négociation collective.</p> |
|---|---|

175

However, I have concerns with the majority’s test for determining whether a government measure amounts to an infringement of s. 2(d). According to my colleagues, the test involves two inquiries, the first into the importance of the matter for the union and the employees, and the second into the impact of the measure on the collective right to good faith negotiation and consultation. They summarize it as follows (at para. 93):

Generally speaking, determining whether a government measure affecting the protected process of collective bargaining amounts to substantial interference involves two inquiries. The first inquiry is into the importance of the matter affected to the process of collective bargaining, and more specifically, to the capacity of the union members to come together and pursue collective goals in concert. The second inquiry is into the manner in which the measure impacts on the collective right to good faith negotiation and consultation.

176

The majority focus on “substantial” interference with a collective bargaining process and purport to do so on the basis of this Court’s decision in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, 2001 SCC 94 (majority reasons at paras. 19, 35 and 90). However, the “substantial interference” standard cannot be adopted in this case simply because it was mentioned in *Dunmore*.

Je suis toutefois préoccupée par la grille d’analyse que la majorité suggère pour déterminer si une mesure gouvernementale enfreint l’al. 2d). Selon mes collègues, l’analyse implique deux temps : le premier porte sur l’importance que revêt la question pour le syndicat et les employés et le second concerne l’impact de la mesure sur le droit collectif à une consultation et à une négociation menée de bonne foi. Voici comment ils résument la grille d’analyse (par. 93) :

De façon générale, pour déterminer si une mesure gouvernementale ayant des répercussions sur le processus de négociation collective protégé par la *Charte* constitue une atteinte substantielle, il faut examiner successivement deux questions. D’abord, il faut déterminer l’importance que les aspects touchés revêtent pour le processus de négociation collective et, plus particulièrement, la mesure dans laquelle la capacité des syndiqués d’agir d’une seule voix en vue de réaliser des objectifs communs est compromise. Puis, on doit étudier l’impact de la mesure sur le droit collectif à une consultation et à une négociation menée de bonne foi.

La majorité met l’accent sur les entraves « substantielles » au processus de négociation collective, disant se fonder sur *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, 2001 CSC 94 (motifs de la majorité, par. 19, 35 et 90). Cependant, la norme de l’« entrave substantielle » ne peut être adoptée en l’espèce du simple fait qu’elle est mentionnée dans *Dunmore*. Il est

It is necessary to look closely at the principles applied in that case. The concept of “substantial interference” was introduced by Bastarache J. in *Dunmore* because that case dealt with whether the government had a positive obligation to extend to a claimant the benefits of a particular statutory regime from which he or she was excluded. Requiring “substantial interference” was presented as one of the considerations circumscribing “the possibility of challenging underinclusion under s. 2 of the *Charter*” (para. 24). The term referred to the heavier burden on a claimant attempting to make a case of underinclusion that had been established by the Court in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, *Native Women’s Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627, and *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989. The use of the “substantial interference” criterion is explained in para. 25 of *Dunmore*. The following excerpt captures its essence:

In my view, the evidentiary burden in these cases is to demonstrate that exclusion from a statutory regime permits a substantial interference with the exercise of protected s. 2(d) activity. [Emphasis deleted.]

Since the present appeal does not involve a claim of underinclusive legislation, but an obligation that the state not interfere in a collective bargaining process, I cannot agree with imposing a “substantial interference” standard.

Moreover, the first inquiry of the majority’s test (“the importance of the matter affected to the process of collective bargaining” (para. 93)) is focused on the substance of the workplace issue rather than on interference with the collective bargaining process, which is what the constitutionally guaranteed right protects against. Since there is no constitutional protection for the substantive outcome of a collective bargaining process, I consider that the matter affected is not the threshold issue when a claim is being evaluated under s. 2(d) of the *Charter*. Rather, the primary focus of the inquiry should be whether the legislative measures infringe the ability of workers to act in common in relation to workplace issues. However, I recognize that the significance of the matter may be relevant. In some cases,

nécessaire d’examiner de près les principes appliqués dans cet arrêt. Le juge Bastarache a introduit dans *Dunmore* la notion d’« entrave substantielle » parce qu’il s’agissait dans cette affaire de décider si le gouvernement avait l’obligation positive d’accorder à un demandeur le bénéfice des avantages prévus par un régime légal précis dont il était exclu. L’exigence d’« entrave substantielle » a été présentée comme étant l’une des considérations qui délimitent « la possibilité de contester la non-inclusion sur le fondement de l’art. 2 de la *Charte* » (par. 24). Cette expression est utilisée pour décrire le fardeau additionnel dont le demandeur doit s’acquitter pour prouver la non-inclusion conformément aux arrêts *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, et *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989. L’emploi du critère de l’« entrave substantielle » est expliqué au par. 25 de *Dunmore*. Il est bien illustré dans l’extrait suivant :

La charge de preuve consiste à mon avis à démontrer que l’exclusion du régime légal permet une entrave substantielle à l’exercice de l’activité protégée par l’al. 2d). [Soulignement omis.]

Étant donné que le litige, en l’espèce, porte non pas sur la portée trop limitative de la loi, mais sur l’obligation de l’État de ne pas entraver un processus de négociation collective, je ne peux être d’accord pour qu’on applique la norme de l’« entrave substantielle ».

De plus, le premier critère que comporte l’analyse de la majorité (« l’importance que les aspects touchés revêtent pour le processus de négociation collective » (par. 93)) est axé sur la substance de la question liée au milieu de travail plutôt que sur l’entrave au processus de négociation collective, qui seul fait l’objet de la garantie constitutionnelle. Étant donné que le résultat concret obtenu à l’issue d’un processus de négociation collective ne bénéficie d’aucune protection constitutionnelle, je considère que la substance du droit n’est pas la première question qu’il faut se poser pour l’évaluation de la demande selon l’al. 2d) de la *Charte*. Il faudrait plutôt vérifier en premier lieu si les mesures législatives entravent la capacité des travailleurs d’agir de concert pour ce qui est des questions liées au

177

178

it may be helpful to consider whether the matter affected is of so little significance that the right to a collective bargaining process is not infringed and, accordingly, the purpose of freedom of association is not engaged. Nevertheless, I remain unconvinced that the importance of the workplace issue should “play a key role” in the infringement analysis.

179

With respect to the second inquiry (“the manner in which the measure impacts on the collective right to good faith negotiation and consultation” (para. 93)), I am concerned with the way this test is restated and applied in the majority’s reasons. For example, rather than focussing on the impact on the right, the majority refer to “the manner in which the government measure is accomplished” (para. 109), “the process by which the measure was implemented” (para. 112) and “the process by which the changes were made” (para. 129). With respect, these formulations imply a duty to consult that is inconsistent with the proposition that “[l]egislators are not bound to consult with affected parties before passing legislation” (para. 157), one with which I fully agree. Another concern is that the majority consider the “circumstances” surrounding the adoption of the legislative provisions, such as the spiralling health care costs faced by the government, at the stage of determining whether s. 2(d) is infringed. In my view, those considerations are entirely relevant to the s. 1 justification analysis, but are irrelevant where the issue is whether freedom of association is infringed.

180

Given these concerns, I find it more appropriate to rely on a somewhat different test than the one suggested by the majority, although the test I propose is built on the same foundation as theirs (see majority’s reasons, at para. 96). I am adjusting their test to take into consideration the fact that what is in issue is a positive infringement, not underinclusiveness, and that what is under scrutiny is legislation, not government action. My test can be stated as follows:

milieu de travail. Je reconnais que l’importance de la question en jeu peut être un facteur pertinent. Ainsi, dans certains cas, il peut être utile d’examiner si le peu d’importance qu’elle revêt fait en sorte qu’il n’y a pas atteinte au droit à un processus de négociation collective et que l’objet de la liberté d’association ne trouve donc pas application. Quoiqu’il en soit, je ne suis pas convaincue que l’importance de l’intérêt en jeu doive jouer un rôle primordial dans l’analyse de l’atteinte.

Pour ce qui est du second critère (« l’impact de la mesure sur le droit collectif à une consultation et à une négociation menée de bonne foi » (par. 93)), je suis préoccupée par la façon dont il est réitéré et appliqué dans les motifs de la majorité. Par exemple, au lieu de se concentrer sur l’impact que la mesure peut avoir sur le droit, la majorité mentionne qu’il faut examiner « la manière dont la mesure a été mise en œuvre » (par. 109), « son application » (par. 112) et « le processus de réalisation des changements » (par. 129). Soit dit en tout respect, ces énoncés impliquent une obligation de consultation qui va à l’encontre de la thèse que « [l]e législateur n’est pas tenu de consulter les parties visées avant d’adopter une mesure législative » (par. 157), thèse à laquelle je souscris. Autre sujet de préoccupation : la majorité considère les « circonstances » de l’adoption des mesures législatives, par exemple la montée en flèche des coûts des soins de santé à laquelle le gouvernement doit faire face, à l’étape où il doit déterminer s’il y a eu atteinte à l’al. 2d). À mon avis, ces considérations sont directement pertinentes pour l’analyse de la justification au sens de l’article premier, mais ne permettent pas de déterminer s’il y a atteinte ou non à la liberté d’association.

Vu ces préoccupations, je crois plus approprié de me fonder sur une grille d’analyse quelque peu différente, tout en m’inspirant de la formulation de la majorité (voir les motifs de la majorité, par. 96). J’adapte l’analyse pour tenir compte du fait qu’il s’agit d’évaluer une ingérence positive, non la portée limitative, et un texte législatif, non une action gouvernementale. La grille d’analyse que je propose peut être ainsi libellée :

Laws or state actions that prevent or deny meaningful discussion and consultation about significant workplace issues between employees and their employer may interfere with the activity of collective bargaining, as may laws that unilaterally nullify negotiated terms on significant workplace issues in existing collective agreements.

This test still involves two inquiries. The first is into whether the process of negotiation between employers and employees or their representatives is interfered with in any way, and the second into whether the interference concerns a significant issue in the labour relations context. An approach under which interference with the process is considered first has the merit of focussing attention on the constitutionally protected right itself, rather than having the court indirectly protect the substance of clauses in collective agreements. Only if the court determines that there has been interference with a process of negotiation should it turn to the second inquiry and consider whether the issues involved are significant, in order to ensure that the scope of s. 2(d) is not interpreted so as to exceed its purpose. In this way, not all workplace issues, but only significant ones, are relevant to s. 2(d). I agree with the majority that the “protection does not cover all aspects of ‘collective bargaining’, as that term is understood in the statutory labour relations regimes that are in place across the country” (para. 19). There may be matters covered by collective agreements that do not warrant constitutional protection — it is not every workplace issue that triggers s. 2(d) protection, but only those of significance.

Thus, legislation that alters terms of a collective agreement bearing on significant workplace issues, or that precludes negotiations on significant workplace issues that would normally be negotiable, will interfere with the collective bargaining process. Such legislative measures nullify negotiations that

Les lois ou les actes de l'État qui empêchent ou interdisent la tenue de véritables discussions et consultations entre employés et employeur au sujet d'importantes questions liées au milieu de travail peuvent interférer dans l'activité de négociation collective, tout comme les lois qui invalident unilatéralement des stipulations négociées à propos d'importantes questions liées au milieu de travail que prévoient des conventions collectives en vigueur.

Cette grille d'analyse comporte aussi deux temps. Premièrement, il faut déterminer s'il y a eu entrave de quelque façon que ce soit au processus de négociation entre employeur et employés ou leurs représentants. Deuxièmement, il faut déterminer si l'entrave concerne une question importante dans le contexte des relations du travail. Le fait d'examiner d'abord l'entrave au processus a le mérite de permettre de concentrer toute l'attention sur le droit protégé par la Constitution, au lieu de protéger indirectement la substance des clauses de conventions collectives. C'est seulement lorsque le tribunal conclut qu'il y a entrave au processus de négociation qu'il peut procéder à la seconde étape et vérifier si les questions en cause sont importantes, afin de s'assurer que l'al. 2d) n'est pas interprété de manière à ce que sa portée dépasse son objet. Ainsi, sont pertinentes pour l'analyse fondée sur l'al. 2d) non pas toutes les questions liées au milieu de travail, mais seulement celles qui sont importantes. Je conviens avec la majorité que la « protection ne couvre pas tous les aspects de la “négociation collective” au sens où ce terme est employé dans les régimes légaux des relations du travail applicables dans tout le pays » (par. 19). Bon nombre de sujets qui peuvent faire l'objet de conventions collectives ne justifient pas la protection de la Constitution. Toutes les questions liées au milieu de travail ne déclenchent pas la mise en œuvre de la protection de l'al. 2d); seules celles qui sont importantes ont cet effet.

Ainsi, une loi qui a pour effet de modifier une convention collective portant sur d'importantes questions liées au milieu de travail ou qui exclut de la négociation d'importantes questions liées au milieu de travail qui seraient normalement négociables constitue une ingérence dans le processus

have already taken place or prevent future negotiations on the topics they cover.

183 Even though I disagree with significant aspects of the majority's test for determining whether an infringement has occurred, I agree, for the reasons set out below, that certain provisions of the Act infringe s. 2(d) of the *Charter*.

B. *Infringement of Section 2(d) of the Charter*

184 This case concerns a claim that legislation enacted by the government of British Columbia interferes with the collective bargaining process, both because it unilaterally nullifies significant terms in existing collective agreements and because it precludes future collective bargaining on certain issues. The relevant collective bargaining process in this case involves, on the one hand, the Health Employers Association of British Columbia ("HEABC"), whose members are both public and private sector employers, and, on the other hand, health care unions. I will deal first with the provisions that do not infringe s. 2(d) of the *Charter*, before turning to those that do.

185 Sections 3 and 6(1) of the Act, which are definition provisions, and s. 10, which is an interpretative clause that operates only in conjunction with other provisions, do not need to be reviewed independently. Moreover, I agree with the majority that ss. 6(3), 6(5) and 6(6) of the Act do not infringe s. 2(d) of the *Charter*. They do not interfere with the collective bargaining process, but merely modify entitlements under a statutory scheme, which is within the legislature's authority. Similarly, for the reasons given by the majority, I agree that ss. 7 and 8 of the Act, which deal with statutory job security programs, do not infringe s. 2(d) of the *Charter*. They do not relate to a collective bargaining process, past or future.

de négociation collective. Des mesures législatives de cette nature rendent sans effet les négociations ayant déjà eu lieu ou excluent, pour l'avenir, la tenue de négociations sur les sujets qu'elles visent.

Bien que je sois en désaccord avec d'importants aspects de la grille d'analyse que la majorité élabore pour déterminer s'il y a entrave, je conviens, pour les motifs énoncés ci-dessous, que certaines dispositions de la Loi enfreignent l'al. 2d) de la *Charte*.

B. *Infraction à l'al. 2d) de la Charte*

En l'espèce, les appelants soutiennent qu'une loi adoptée par le gouvernement de la Colombie-Britannique constitue une ingérence dans le processus de négociation collective parce qu'elle annule de façon unilatérale d'importantes conditions prévues dans des conventions collectives existantes et qu'elle exclut, pour l'avenir, la négociation collective de certaines questions. Le processus de négociation collective en cause concerne, d'une part, la Health Employers Association of British Columbia (« HEABC »), composée d'employeurs des secteurs public et privé, et, d'autre part, des syndicats du secteur de la santé. Je vais d'abord traiter des dispositions qui ne contreviennent pas à l'al. 2d) de la *Charte*, puis de celles qui l'enfreignent.

Il n'y a pas lieu d'examiner de façon indépendante l'art. 3 et le par. 6(1) de la Loi, qui sont des dispositions définitives, ni l'art. 10, qui est une disposition interprétative s'appliquant uniquement conjointement avec d'autres dispositions. De plus, comme la majorité, j'estime que les par. 6(3), (5) et (6) de la Loi ne contreviennent pas à l'al. 2d) de la *Charte*. Ils ne constituent pas une ingérence dans le processus de négociation collective; ils ne font que modifier des droits conférés dans le cadre d'un régime légal, ce qui est du ressort de l'assemblée législative. De même, pour les motifs exposés par la majorité, je conviens que les art. 7 et 8 de la Loi, qui concernent des programmes de sécurité d'emploi, n'enfreignent pas l'al. 2d) de la *Charte*. Ils ne visent pas un processus de négociation collective, passé ou futur.

Sections 4 and 5 of the Act deal with the transfer and assignment of employees. Certain existing collective agreement provisions establish when an employee may refuse a transfer and how assignments are to take place. Similarly, existing collective agreements contain provisions relating to contracting out, which is dealt with in ss. 6(2) and 6(4) of the Act, and to layoffs and bumping, which are dealt with in s. 9 of the Act.

Therefore, ss. 4 and 5 of the Act (in conjunction with s. 10) nullify some existing terms of collective agreements and limit the scope of future negotiations; they prevent workers from engaging in associational activities on transfers and assignments. The majority appear to consider such provisions as importing “relatively innocuous administrative changes” (para. 12). However, I have some difficulty with discounting the importance of these working conditions by regarding them as insignificant. I prefer to consider the impact of the *Health Sector Labour Adjustment Regulation*, B.C. Reg. 39/2002 (“Regulation”), at the justification stage. Accordingly, I find that these provisions infringe s. 2(d) of the *Charter*.

I agree with the majority that ss. 6(2) and 6(4) of the Act (in conjunction with s. 10) explicitly “repudiat[e] past collective bargaining relating to the issue of contracting out and mak[e] future collective bargaining over this issue meaningless” (para. 121). These provisions nullify past collective bargaining relating to contracting out, thereby rendering the process nugatory, and preclude future collective bargaining on the issue. They concern a significant issue of employment security, and negotiating such issues is one of the purposes of associational activities in the workplace. I also agree with the majority that s. 9 of the Act (in conjunction with s. 10) interferes with collective bargaining in that it makes “collective bargaining over specified aspects of layoff and bumping meaningless and also invalidate[s] parts of collective agreements dealing with these issues” (para. 127). Section 9 deals with significant workplace issues related to the purpose of s. 2(d): layoff provisions give union members a degree of support at times when their

Les articles 4 et 5 de la Loi traitent des transferts et affectations des employés. Certaines clauses de conventions collectives existantes déterminent quand l’employé peut refuser un transfert et comment se font les affectations. De même, des conventions collectives en vigueur comportent des clauses traitant de la sous-traitance (par. 6(2) et (4) de la Loi), et de la mise en disponibilité et la supplantation (art. 9 de la Loi).

Par conséquent, les art. 4 et 5 de la Loi (appliqués conjointement avec l’art. 10) annulent des stipulations de conventions collectives existantes et limitent la portée des négociations futures; ils empêchent les travailleurs de se livrer à des activités associatives concernant les transferts et les affectations. La majorité semble considérer que ces dispositions entraînent des « changements administratifs relativement inoffensifs » (par. 12). Pour ma part, j’ai de la difficulté à minimiser l’importance des conditions de travail en question. Je préfère conserver pour l’étape de la justification l’évaluation de la portée du *Health Sector Labour Adjustment Regulation*, B.C. Reg. 39/2002 (« Règlement »). J’estime donc que ces dispositions contreviennent à l’al. 2d) de la *Charte*.

Je conviens toutefois avec la majorité que les par. 6(2) et (4) de la Loi (appliqués conjointement avec l’art. 10) « met[tent] de côté le résultat des négociations collectives antérieures sur la sous-traitance et prive[nt] de sens les négociations collectives à venir sur ces questions » (par. 121). Ces dispositions rendent nulles les négociations collectives antérieures sur la sous-traitance et du même coup en rendent le processus inopérant; elles excluent aussi, pour l’avenir, la négociation collective de cette question. Elles traitent d’une importante question touchant la sécurité d’emploi, et la négociation des questions de cette nature est l’un des objets des activités associatives en milieu de travail. Je conviens également avec la majorité que l’art. 9 de la Loi (appliqué conjointement avec l’art. 10) entrave la négociation collective du fait qu’il « vid[e] [. . .] de sens la négociation collective de certains aspects de la mise en disponibilité et de la supplantation et invalid[e] certaines parties de conventions collectives portant sur ces questions » (par. 127). L’article

186

187

188

livelihoods may be in jeopardy; bumping rights implicate seniority rights, and seniority is a cornerstone of employees' rights in most collective agreements. Therefore, I find that ss. 6(2), 6(4) and 9 also infringe s. 2(d) of the *Charter*.

9 concerne d'importantes questions liées au milieu de travail qui touchent à l'objet de l'al. 2d) : les dispositions sur la mise en disponibilité assurent aux syndiqués un certain soutien à un moment où leur gagne-pain peut être compromis; le droit de supplantation implique des droits d'ancienneté, et l'ancienneté est une pierre d'assise des droits des employés dans la plupart des conventions collectives. Par conséquent, j'estime que les par. 6(2) et (4) et l'art. 9 enfreignent aussi l'al. 2d) de la *Charte*.

189 Having stated my view regarding the infringement of s. 2(d) of the *Charter* in this case, I will now discuss the applicable legal framework for the s. 1 analysis.

Ayant décrit comment, à mon sens, il y a eu atteinte à l'al. 2d) de la *Charte* en l'espèce, j'aborde maintenant le cadre juridique de l'analyse fondée sur l'article premier.

C. *Contextual Approach Required in the Section 1 Analysis*

C. *Approche contextuelle dans l'analyse fondée sur l'article premier*

190 Over the past decade, my colleague Bastarache J. has been at the forefront of articulating the basis for and operation of the contextual approach to s. 1 in a trilogy of judgments of this Court that have garnered majority support. This jurisprudence is a major contribution towards a full and proper understanding of the s. 1 analysis. Several considerations are important to highlight in reviewing this case law.

Au cours de la dernière décennie, mon collègue le juge Bastarache s'est employé, dans une trilogie d'arrêts qui ont reçu l'appui de la majorité de la Cour, à définir aussi bien les fondements de l'approche contextuelle de l'article premier que son application. Cette jurisprudence constitue une contribution importante à une compréhension complète et équilibrée de l'analyse fondée sur l'article premier. Il ressort de son examen plusieurs points qui méritent d'être relevés.

191 First, in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at paras. 87-88, Bastarache J. described the importance of considering contextual factors:

Premièrement, dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 87-88, le juge Bastarache souligne l'importance de tenir compte des facteurs contextuels :

The analysis under s. 1 of the *Charter* must be undertaken with a close attention to context. This is inevitable as the test devised in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem which it addresses. Similarly, the proportionality of the means used to fulfil the pressing and substantial objective can only be evaluated through a close attention to detail and factual setting. In essence, context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right.

L'analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable car le critère élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause. De même, la proportionnalité des moyens utilisés pour réaliser l'objectif urgent et réel visé ne peut être évaluée qu'en s'attachant étroitement au détail et au contexte factuel. Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*.

Characterizing the context of the impugned provision is also important in order to determine the type of proof which a court can demand of the legislator to justify its measures under s. 1. . . .

Second, Bastarache J. recently summarized the relevant contextual factors discussed in *Thomson Newspapers, Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33, and *R. v. Bryan*, [2007] 1 S.C.R. 527, 2007 SCC 12, as follows: “(i) the nature of the harm and the inability to measure it, (ii) the vulnerability of the group protected, (iii) subjective fears and apprehension of harm, and (iv) the nature of the infringed activity”: *Bryan*, at para. 10. He had noted in *Thomson Newspapers* (at para. 90) that these factors “do not represent categories of standard of proof which the government must satisfy, but are rather factors which go to the question of whether there has been a demonstrable justification”. It is not surprising that the factors considered in this trilogy of cases were so similar, since all the cases in the trilogy concerned alleged infringements of freedom of expression in the law relating to federal elections. I am of the view that, in cases on topics other than freedom of expression, a contextual approach necessarily implies that the factors may be adjusted to take into consideration differences between claims of justification under s. 1 of the *Charter*.

Third, in this Court’s recent decision in *Bryan*, Bastarache J., again writing for the majority, explained that “only once the objectives of the impugned provision are stated can we turn to an examination of the context of those objectives to determine the nature and sufficiency of the evidence required under s. 1” (para. 11).

Fourth, in *Harper*, Bastarache J. explicitly noted that there is a link between the contextual factors and the degree of deference owed to the government in evaluating s. 1 of the *Charter*:

On balance, the contextual factors favour a deferential approach to Parliament in determining whether the

Il importe également de qualifier le contexte de la disposition contestée pour déterminer le type de preuve que le tribunal peut demander au législateur d’apporter pour justifier ses mesures au regard de l’article premier. . .

Deuxièmement, le juge Bastarache a récemment résumé les facteurs contextuels pertinents dont il est question dans *Thomson Newspapers, Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33, et *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527, 2007 CSC 12 : « (i) la nature du préjudice et l’incapacité d’en mesurer l’ampleur, (ii) la vulnérabilité du groupe protégé, (iii) les craintes subjectives et l’appréhension du préjudice, et (iv) la nature de l’activité protégée » : *Bryan*, par. 10. Il a noté dans *Thomson Newspapers* (par. 90) que ces facteurs « ne sont pas des catégories de norme de preuve auxquelles le gouvernement doit satisfaire, mais bien des facteurs touchant la question de savoir s’il y a une justification démontrable ». Il n’est pas surprenant que les facteurs considérés dans cette trilogie soient très similaires, étant donné qu’il s’agissait dans tous ces cas d’atteintes alléguées à la liberté d’expression découlant de lois électorales fédérales. À mon avis, dans les cas d’atteinte autre que celle à la liberté d’expression, une approche contextuelle implique nécessairement qu’on peut adapter les facteurs de manière à prendre en compte les différentes justifications avancées sur le fondement de l’article premier de la *Charte*.

Troisièmement, dans *Bryan*, récemment rendu par la Cour, le juge Bastarache, de nouveau au nom de la majorité, a précisé que « ce n’est qu’après avoir énoncé les objectifs de la disposition contestée que nous pouvons examiner leur contexte de façon à définir la nature et le caractère suffisant de la preuve que requiert l’article premier » (par. 11).

Quatrièmement, dans *Harper*, le juge Bastarache a clairement fait observer qu’il existe un lien entre les facteurs contextuels et le degré de déférence dont il faut faire preuve envers le gouvernement dans le cadre de l’évaluation fondée sur l’article premier de la *Charte* :

Somme toute, les facteurs contextuels militent en faveur d’une attitude empreinte de déférence envers

192

193

194

third party advertising expense limits are demonstrably justified in a free and democratic society. Given the difficulties in measuring this harm, a reasoned apprehension that the absence of third party election advertising limits will lead to electoral unfairness is sufficient. [para. 88]

195

Therefore, the trilogy underlines several features of the contextual approach. First, context infuses every aspect of the proportionality stage of the framework developed in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, thereby avoiding tunnel vision in the analysis. Second, as the context varies with the nature of the claims, the factors need to be adapted accordingly. Third, the objective has to be identified before turning to the context; only then will it be possible to determine the nature of the evidence that is required and whether the evidence that has been adduced is sufficient. Finally, the contextual factors have a specific effect on the overall degree of deference that will be afforded to the government in determining whether the measures it has adopted are demonstrably justified in a free and democratic society.

196

While the majority agree that a contextual approach to s. 1 is appropriate, they do not apply it in their justification analysis. In my view, the majority do not give context the importance it deserves. Instead, my colleagues adopt an axiological approach that does not lend itself to the justification analysis: see, e.g., S. Bernatchez, “La procéduralisation contextuelle et systémique du contrôle de constitutionnalité à la lumière de l’affaire *Sauvé*” (2006), 20 *N.J.C.L.* 73, at pp. 87-90. This is apparent from their sweeping statements concerning possible justification claims, such as the following (at para. 108):

Even where a s. 2(d) violation is established, that is not the end of the matter; limitations of s. 2(d) may be justified under s. 1 of the *Charter*, as reasonable limits demonstrably justified in a free and democratic society. This may permit interference with the collective bargaining process on an exceptional and typically temporary basis, in situations, for example, involving

le Parlement dans l’examen de la question de savoir si le plafonnement des dépenses publicitaires faites par les tiers est justifié dans le cadre d’une société libre et démocratique. Vu les difficultés que présente l’évaluation du préjudice, l’existence d’une appréhension raisonnée que l’absence d’une telle limitation serait source d’iniquité électorale suffit. [par. 88]

Par conséquent, la trilogie souligne plusieurs caractéristiques de l’approche contextuelle. Premièrement, le contexte joue un rôle à chaque étape de l’analyse de proportionnalité établie dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, évitant ainsi que l’analyse soit bloquée par des œillères. Deuxièmement, comme le contexte varie selon la nature des litiges, il faut adapter les facteurs en conséquence. Troisièmement, il faut définir l’objectif avant d’aborder le contexte; ce n’est qu’alors qu’il sera possible de déterminer la nature de la preuve à présenter et décider si la preuve présentée est suffisante. Enfin, le contexte influe particulièrement sur le degré de déférence dont le tribunal fera preuve à l’égard du gouvernement lorsqu’il s’agira de décider si les mesures qu’il a adoptées constituent des limites dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

La majorité convient que l’approche contextuelle de l’article premier est appropriée, mais elle ne l’applique pas dans son analyse de la justification. À mon avis, elle ne donne pas au contexte l’importance qu’il mérite. Mes collègues adoptent plutôt une approche axiologique, qui ne se prête pas à l’analyse de la justification : voir S. Bernatchez, « La procéduralisation contextuelle et systémique du contrôle de constitutionnalité à la lumière de l’affaire *Sauvé* » (2006), 20 *R.N.D.C.* 73, p. 87-90. Cette lacune ressort de leurs généralisations concernant d’éventuelles justifications, dont la suivante (par. 108) :

Même lorsqu’une atteinte à l’al. 2d) est établie, l’examen de la question ne s’arrête pas là : il demeure possible que les restrictions imposées au droit garanti par l’al. 2d) constituent, en vertu de l’article premier de la *Charte*, des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. Exceptionnellement et généralement de

essential services, vital state administration, clear deadlocks and national crisis. [Emphasis added.]

With respect, it is my view that these statements prejudice the s. 1 analysis by limiting justification to exceptional and temporary measures. This is inconsistent with the Court's s. 1 jurisprudence. It is the first time that a standard of exceptional and temporary circumstances has been applied to justification.

D. Contextual Analysis

In the trilogy of *Thomson Newspapers*, *Harper* and *Bryan*, this Court refined the criteria of the contextual approach under s. 1 of the *Charter*, emphasizing the notion that “courts ought to take a natural attitude of deference toward Parliament when dealing with election laws” (*Bryan*, at para. 9). It is now incumbent on us in the instant case to identify the relevant criteria and to adapt them to a context in which health care legislation is at issue. As was mentioned in *Bryan*, we must begin by identifying the objectives of the impugned provisions before turning to the specific contextual factors.

(1) Objectives of the Impugned Provisions

In its factum, the government states the objectives it was pursuing as follows: “to respond to growing demands on services, to reduce structural barriers to patient care, and to improve planning and accountability, so as to achieve long term sustainability” (para. 4). Two restructuring priorities flowed from these objectives: “adopting new health service models to maintain the level and quality of publicly delivered health services within the new financial mandate, and improving value for money” (para. 5).

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

Soit dit en tout respect, j'estime que cet énoncé préjuge de l'analyse fondée sur l'article premier en limitant la justification aux mesures exceptionnelles et temporaires. Cette approche est incompatible avec la jurisprudence de la Cour relative à l'article premier. C'est la première fois que le critère de justification est celui d'une situation exceptionnelle et temporaire.

D. Analyse contextuelle

Dans la trilogie *Thomson Newspapers*, *Harper* et *Bryan*, la Cour a mis au point les critères de l'approche contextuelle sous le régime de l'article premier de la *Charte* en mettant l'accent sur la notion que « les tribunaux doivent naturellement faire preuve de déférence envers le Parlement lorsqu'il est question des lois électorales » (*Bryan*, par. 9). Il nous incombe maintenant de dégager les critères pertinents en les adaptant pour les besoins de l'espèce parce qu'il s'agit de lois relatives aux soins de santé. Comme il est mentionné dans *Bryan*, il faut au départ, avant d'examiner les facteurs contextuels, identifier les objectifs des dispositions contestées.

(1) Objectifs des dispositions contestées

Dans son mémoire, le gouvernement énonce les objectifs qu'il poursuivait : [TRADUCTION] « répondre aux besoins croissants en matière de services, réduire les obstacles structurels qui limitent l'accès aux soins, améliorer la planification et accroître l'obligation de rendre compte, de façon à assurer la viabilité à long terme du système » (par. 4). Deux priorités liées à la restructuration découlent de ces objectifs : [TRADUCTION] « élaboration de nouveaux modèles en matière de services de santé pour maintenir le niveau et la qualité des services de santé publics dans le nouveau cadre financier et meilleure utilisation des deniers publics » (par. 5).

197

198

199

In addition to these general objectives, the record provides further insights into the objectives of the specific impugned provisions. All of them were designed to “[p]rovide a more seamless and flexible health care delivery system” and “[d]evelop more cost-effective and efficient ways of delivering health services in order to improve patient care and reduce costs” (Respondent’s Record, at pp. 52, 55, 59 and 84). Facilitating the reorganization of health care service delivery was a specific goal of ss. 4 (transfers) and 9 (layoff and bumping) (*ibid.*, at pp. 52 and 84). One objective of s. 5 of the Act (multi-worksite assignment rights) was “improved use of human resources . . . [in order] to deal with fluctuations in workload” (*ibid.*, at p. 55). Finally, the contracting-out provisions in s. 6 of the Act were intended to “[a]llow fair competition on hospital contracts and provide better value to taxpayers” (*ibid.*, at p. 59).

En plus de ces objectifs généraux, le dossier fournit des précisions quant aux objets des dispositions contestées. Elles visent toutes à [TRADUCTION] « offrir un système de santé plus cohérent et flexible » et à « mettre en place des méthodes de travail permettant d’offrir des services de santé à moindre coût et de façon plus efficace, de manière à améliorer les soins aux patients et à réduire les coûts » (dossier de l’intimée, p. 52, 55, 59 et 84). Les articles 4 (transferts) et 9 (mise en disponibilité et supplantation) ont été adoptés dans le but précis de faciliter la réorganisation de la prestation des services de santé (*ibid.*, p. 52 et 84). L’article 5 de la Loi (droits liés aux affectations dans différents lieux de travail) visait notamment à [TRADUCTION] « améliorer l’utilisation des ressources humaines [. . .] pour tenir compte des fluctuations de la charge de travail » (*ibid.*, p. 55). Enfin, l’art. 6 de la Loi, qui concerne la sous-traitance, visait à [TRADUCTION] « s’assurer que les contrats hospitaliers sont assujettis à une saine concurrence et que les contribuables en ont plus pour leur argent » (*ibid.*, p. 59).

200

I agree with the majority that the objectives of Part 2 of the Act are important ones and would add that the objectives of the impugned provisions are also important. The health care system is under serious strain and is, as will be discussed below, facing a crisis of sustainability. There is little hope that it can survive in its current form. Patients depend on the availability of health care services of a reasonable standard within a reasonable time: *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35, at para. 112. Having discussed the objectives of Part 2 of the Act and the specific impugned provisions, I will now consider the relevant contextual factors in detail.

Je conviens avec la majorité que les objectifs de la partie 2 de la Loi sont importants et, à cela, j’ajoute que les objectifs des dispositions contestées le sont également. Le système de santé est mis à rude épreuve et, comme nous le verrons plus loin, est en crise. Il est peu probable qu’il puisse survivre dans sa forme actuelle. Les patients doivent pouvoir compter sur l’accès à des services de santé de qualité raisonnable, et ce, dans un délai raisonnable : *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, 2005 CSC 35, par. 112. Après avoir examiné les objectifs de la partie 2 de la Loi et les dispositions contestées, je vais maintenant aborder en détail les facteurs contextuels pertinents.

(2) Contextual Factors

(2) Facteurs contextuels

201

Several contextual factors have been advanced for the s. 1 analysis. I will apply the guiding principles that were adopted in the elections trilogy, making adjustments to adapt them to the health care context.

Plusieurs facteurs contextuels ont été avancés pour l’analyse fondée sur l’article premier. J’appliquerai les grands principes énoncés dans la trilogie des arrêts sur les élections, en faisant les adaptations nécessaires pour tenir compte du contexte des soins de santé.

(a) *Nature of the Harm*

In *Harper*, the nature of the harm that the impugned legislation was intended to address was electoral unfairness (para. 79). In the instant case, the nature of the harm that Part 2 of the Act is designed to address is a crisis of sustainability in health care. There is substantial evidence in the record that the delivery of services in British Columbia's health care system was unsustainable at the time the Act was introduced and that the Act was part of the government's approach in attempting to address the situation.

A growing and aging population, costly emerging high-end technology and drugs, and complexity in disease patterns have caused an explosion in the demand for health services in British Columbia and elsewhere in Canada. In British Columbia, health care costs have been rising three times faster than the rate of economic growth in the province. In a submission to the International Labour Office, the government referred to "unsustainable pressures on the budget that needed to be addressed", given that "health and education expenditures by the province represented 64.4 per cent of the total expenditure in 2001-02": International Labour Office, Committee on Freedom of Association, Report No. 330, Cases Nos. 2166, 2173, 2180 and 2196, "Complaints against the Government of Canada concerning the Province of British Columbia", *I.L.O. Official Bulletin*, vol. LXXXVI, 2003, Series B, No. 1, at para. 267. As a result, the government submitted that:

The health care system in British Columbia is facing a crisis of sustainability, as the costs of health care will continue to rise, and a crisis of service, as the demands on the system exceed its capacity to provide service.

(Respondent's Record, at p. 1040)

By far the largest share of health care costs are those relating to labour: "[a]pproximately 80% of healthcare costs are labour costs — the major-

a) *Nature du préjudice*

Dans *Harper*, le préjudice auquel la loi contestée était destinée à remédier était l'iniquité électorale (par. 79). En l'espèce, la partie 2 de la Loi vise à remédier à la crise à laquelle le système de santé fait face. Le dossier comporte des éléments de preuve substantiels démontrant que le système de santé de la Colombie-Britannique n'était pas viable à l'époque de la présentation de la Loi et que celle-ci faisait partie de la stratégie du gouvernement de corriger la situation.

La croissance et le vieillissement de la population, le coût élevé des nouvelles technologies et des nouveaux médicaments de pointe ainsi que de la complexité du profil des maladies expliquent l'explosion de la demande des services de santé en Colombie-Britannique et dans les autres provinces du Canada. En Colombie-Britannique, les coûts des soins de santé ont enregistré une croissance trois fois plus rapide que l'économie de la province. Dans ses observations au Bureau international du Travail, le gouvernement mentionne les « pressions insoutenables sur le budget, qui devaient être prises en compte » étant donné que « les dépenses de santé et d'éducation de la province représentaient 64,4 pour cent des dépenses totales en 2001-02 » : Bureau international du Travail, Comité de la liberté syndicale, Rapport n° 330, cas n°s 2166, 2173, 2180 et 2196, « Plaintes contre le gouvernement du Canada concernant la province de la Colombie-Britannique », *Bulletin officiel du B.I.T.*, vol. LXXXVI, 2003, série B, n° 1, par. 267. Voici ce que le gouvernement de la Colombie-Britannique a donc fait valoir :

[TRADUCTION] Le système de santé de la Colombie-Britannique traverse une crise de viabilité, car les coûts des soins de santé continueront d'augmenter; il en est de même de la prestation des services, car la demande excède la capacité du système.

(Dossier de l'intimée, p. 1040)

La majeure partie des coûts des soins de santé sont liés à la main-d'œuvre : [TRADUCTION] « environ 80 % des coûts des soins de santé sont

202

203

204

ity being unionized labour costs” (Appellants’ Supplementary Record, at p. 7). In breaking these costs down further, the government presented evidence that health support workers in British Columbia receive higher wages than in other jurisdictions:

Support workers are particularly highly paid in comparison with their counterparts in other provinces, with starting and maximum wages on average 34% and 28% higher than the national average.

(Respondent’s Record, at p. 1044; see also pp. 199 and 207.)

205

Based on this evidence, I consider the crisis of sustainability in the province’s health care system, which this Act and the impugned provisions were designed to address, to be a contextual factor that is of the utmost importance to the s. 1 analysis in the case at bar.

(b) *Vulnerability of the Protected Group*

206

In *Harper*, the impugned legislation was designed to protect “the Canadian electorate by ensuring that it is possible to hear from all groups and thus promote a more informed vote” (para. 80), as well as candidates and political parties to ensure that they “have an equal opportunity to present their positions to the electorate” (para. 81). In the instant case, the primary group that Part 2 of the Act is designed to protect is composed of persons in need of health care. The government submits that the Act “advances the interests of health care users, who are a vulnerable group” (Respondent’s Factum, at para. 143).

207

In the years before the Act came into force, labour relations in British Columbia’s health sector were volatile and, at times, acrimonious. The interests and demands of health care unions were pursued not just at the bargaining table, but also by means of political advertising and lobbying (Respondent’s Record, at p. 1033). As late as the summer of 2001, nurses and paramedics were engaged in partial strike action. Legislation was

imputables à la main-d’œuvre — dont la majorité est syndiquée » (dossier supplémentaire des appelants, p. 7). En ventilant davantage ces coûts, le gouvernement a présenté une preuve suivant laquelle le personnel de soutien du secteur de la santé est mieux rémunéré en Colombie-Britannique que dans les autres provinces :

[TRADUCTION] Les membres du personnel de soutien sont particulièrement bien payés comparativement à leurs homologues des autres provinces, leur salaire à l’embauchage et leur salaire maximal étant en moyenne 34 % et 28 % plus élevés que la moyenne nationale.

(Dossier de l’intimée, p. 1044; voir également p. 199 et 207.)

Compte tenu de la preuve susmentionnée, j’estime que le problème de la viabilité du système de santé de la province, auquel la Loi et les dispositions contestées visaient à remédier, est en l’espèce un facteur contextuel de la plus haute importance pour l’analyse fondée sur l’article premier.

b) *Vulnérabilité du groupe protégé*

Dans *Harper*, la loi contestée cherchait à protéger « les électeurs canadiens en leur permettant d’entendre tous les groupes et, de ce fait, de voter de manière plus éclairée » (par. 80) ainsi que les candidats et les partis politiques pour qu’ils aient « une chance égale de présenter leurs positions à l’électorat » (par. 81). En l’espèce, le principal groupe que la partie 2 de la Loi vise à protéger se compose des personnes ayant besoin de soins de santé. Le gouvernement fait valoir que la Loi [TRADUCTION] « défend les intérêts des utilisateurs des services de santé, qui constituent un groupe vulnérable » (mémoire de l’intimée, par. 143).

Dans les années qui ont précédé l’entrée en vigueur de la Loi, les relations du travail dans le secteur de la santé de la Colombie-Britannique étaient instables et, parfois, acrimonieuses. Les syndicats de ce secteur ne se limitaient pas seulement à la table des négociations pour défendre leurs intérêts et faire valoir leurs demandes; ils recouraient aussi à la publicité politique et au lobbying (dossier de l’intimée, p. 1033). À l’été 2001,

enacted by the government, first to impose a “cooling off” period, and then to end the strikes and impose collective agreements (*ibid.*, at p. 1039). The government submits that “[c]ontrolling public health care labour costs through collective bargaining is difficult, if not impossible. The public depends on access to health care, and cannot go elsewhere during a labour dispute for these services, as they typically can when a labour dispute involves a private sector business” (Respondent’s Factum, at para. 35).

In *Chaoulli*, the majority of this Court were critical of years of failure by the Quebec government to act to improve that province’s deteriorating public health care system; patients may face serious, and even grave, consequences where the health care system fails to provide services of a reasonable standard within a reasonable time (paras. 97, 105 and 112). Accordingly, this Court cannot ignore patients’ needs in considering the constitutionality of health care reforms that are designed to make the system more viable and efficient.

In my view, the vulnerability of health care users and their constitutionally protected rights are relevant contextual factors to be considered in determining whether the impugned legislative provisions are demonstrably justified under s. 1.

(c) *Apprehension of Harm and Ameliorative Measures Considered*

In *Harper*, the Court considered the Canadian electorate’s subjective fears and apprehension of harm with respect to electoral unfairness as part of the contextual approach (paras. 82-83). This factor thus served to link the nature of the harm to the vulnerability of the group. In the instant case, two factors that led to the adoption of the Act were concerns over the need to respond to the province’s

les infirmiers et les ambulanciers paramédicaux ont entamé une grève partielle. Le gouvernement a d’abord ordonné par voie législative une [TRADUCTION] « période de réflexion », puis a adopté une loi pour mettre fin aux grèves et imposer des conventions collectives (*ibid.*, p. 1039). Le gouvernement soutient qu’il [TRADUCTION] « est difficile, voire impossible, de contrôler les coûts de main-d’œuvre du système de santé public dans le cadre de la négociation collective. La population dépend du système de santé et ne peut se tourner ailleurs pendant un conflit de travail, comme elle pourrait normalement le faire s’il s’agissait d’un conflit de travail dans le secteur privé » (mémoire de l’intimée, par. 35).

Dans *Chaoulli*, la majorité de la Cour a reproché au gouvernement du Québec d’avoir tardé pendant des années à agir pour remédier à la détérioration du système de santé public de la province; les patients risquent d’avoir à faire face à de sérieuses, et même graves, conséquences s’ils n’ont pas accès dans un délai raisonnable à des services de santé de qualité raisonnable (par. 97, 105 et 112). En conséquence, la Cour ne peut ignorer les besoins des patients lorsqu’elle examine la constitutionnalité des réformes des services de santé destinées à rendre le système plus viable et plus efficace.

À mes yeux, la vulnérabilité des utilisateurs du système de santé et les droits que leur garantit la Constitution sont des facteurs contextuels pertinents qu’il faut prendre en considération pour déterminer si les dispositions contestées constituent des limites dont la justification peut se démontrer au sens de l’article premier.

c) *Appréhension du préjudice et mesures d’amélioration envisagées*

Dans *Harper*, en procédant à l’analyse contextuelle, la Cour a pris en compte les craintes subjectives et l’appréhension du préjudice de l’électorat canadien au sujet de l’iniquité électorale (par. 82-83). Ce facteur a donc permis d’établir un lien entre la nature du préjudice et la vulnérabilité du groupe. En l’espèce, les deux facteurs qui ont mené à l’adoption de la Loi sont les préoccupations

208

209

210

health care crisis and the government's evaluation of other alternatives.

211 Governments across the country have been attempting to develop measures to reform the health care system that will address concerns about its sustainability. On introducing the Act, the Minister responsible for it, the Honourable Graham Bruce, stated: "The reality is that our health system has been on a fast track to collapse. We've got to get the situation under control so we can meet the needs of the patients and the needs of the people of British Columbia." (British Columbia, *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, No. 29, 2nd Sess., 37th Parl., January 26, 2002, at p. 909) In fact, as outlined below in the discussion on minimal impairment, the government considered numerous measures to address this harm.

212 As this Court recognized in *Chaoulli*, at para. 94, "courts must show deference . . . [where there is] an ongoing situation in which the government makes strategic choices with future consequences that a court is not in a position to evaluate". In the case at bar, the various alternatives considered by the government to address concerns about the viability of the province's health care system constitute a contextual factor that is relevant to the s. 1 analysis.

(d) *Nature of the Affected Activity*

213 In *Harper*, the affected activity was expression under s. 2(b) of the *Charter*. The Court considered the nature of that activity in the electoral context in order to determine the degree of constitutional protection that ought to be afforded it. The instant case concerns the freedom of association of union members under s. 2(d) of the *Charter* in the health care context. Since the activity of collective bargaining involves both employees (through their union representatives) and their employer (in this case, the HEABC), the interests of each of them are relevant contextual factors. Additionally, since the claim in this case is against the government of

concernant la nécessité de résoudre la crise secouant le système de santé de la province et la prise en considération par le gouvernement des solutions de rechange.

Plusieurs gouvernements provinciaux ont tenté de réformer les systèmes de santé pour répondre aux inquiétudes concernant leur viabilité. En présentant la Loi, le ministre responsable, l'honorable Graham Bruce, a déclaré : [TRADUCTION] « Le fait est que notre système de santé court à sa perte. Nous devons prendre la situation en main pour pouvoir répondre aux besoins des patients et de la population de la Colombie-Britannique. » (Colombie-Britannique, *Debates of the Legislative Assembly*, vol. 2, n° 29, 2^e sess., 37^e lég., 26 janvier 2002, p. 909) En fait, comme nous le verrons plus loin dans le cadre de l'analyse de l'atteinte minimale, le gouvernement a envisagé nombre de mesures pour redresser ce préjudice.

Comme la Cour l'a reconnu dans *Chaoulli*, par. 94, « les tribunaux doivent faire preuve de déférence [. . .] lorsqu'il s'agit d'une situation en cours et que le gouvernement fait des choix stratégiques qui ont des conséquences futures qu'un tribunal n'est pas en mesure d'évaluer ». En l'espèce, les diverses solutions de rechange que le gouvernement a envisagées pour répondre aux préoccupations relatives à la viabilité du système de santé de la province constituent un facteur contextuel pertinent pour l'analyse fondée sur l'article premier.

d) *Nature de l'activité protégée*

Dans *Harper*, l'activité protégée était l'expression, visée par l'al. 2b) de la *Charte*. La Cour a évalué la nature de cette activité dans le contexte électoral pour déterminer le degré de protection constitutionnelle qui doit lui être accordée. Le présent pourvoi concerne la liberté d'association des syndiqués, garantie par l'al. 2d) de la *Charte*, dans le contexte des soins de santé. Étant donné que l'activité de négociation collective implique la participation à la fois des employés (par l'entremise de leurs syndicats) et de l'employeur (en l'espèce, la HEABC), les intérêts de ces deux parties constituent des facteurs contextuels pertinents. De plus,

British Columbia, its position must be taken into account to ensure that the entire context in which the Act was adopted is considered.

(i) The Employees' Perspective

Although s. 2(d) of the *Charter* protects only the collective bargaining process, the substance of the negotiated provisions is what matters to employees. For them, collective bargaining is a means to an end. Employees bargain, through their union representatives, on matters that are of varying degrees of importance to them.

Sections 4 and 5 of the Act affect a worker's ability to keep the same job description and position in the same institution. Section 6(2) of the Act could affect the ability of workers to maintain their present employment and "to gain employment security". Section 6(4) takes this a step further by signalling to the union that even consultation on contracting out would be a waste of time. With respect to s. 9 of the Act, it affects the seniority regime that is valued by unions and their members, as well as an employee's ability to retain secure employment. There is no question that some of the issues concerned here, such as restrictions on contracting out and mobility, are high priorities for most unions and workers. However, this is not necessarily the case for all the impugned provisions. For example, the revised rules for transfer and assignment set out in ss. 4 and 5 might be considered less important, given that employees retain their employment.

(ii) The HEABC's Perspective

The HEABC is not a party to this appeal, but its perspective — as disclosed in the record — both as an employer and as an administrator of the health care system, is nevertheless a relevant contextual factor. In August 2001, the HEABC, in a briefing document prepared for the government, identified numerous provisions in the main

comme la plainte en l'espèce vise le gouvernement de la Colombie-Britannique, il faut tenir compte de sa position pour que soit pris en considération tout le contexte de l'adoption de la Loi.

(i) Le point de vue des employés

Certes, l'alinéa 2d) de la *Charte* protège uniquement le processus de négociation collective, mais ce qui importe pour les employés, c'est la substance des clauses négociées. Pour eux, la négociation collective est un moyen d'atteindre une fin. Les employés négocient par l'entremise de leurs représentants syndicaux, des questions qui sont pour eux d'importance variable.

Les articles 4 et 5 de la Loi touchent à la capacité du travailleur de conserver la même description de tâches et le même poste au sein d'un même établissement. Le paragraphe 6(2) de la Loi risque de compromettre la capacité des travailleurs de conserver leur emploi actuel et [TRADUCTION] « d'obtenir la sécurité d'emploi ». À ce sujet, le par. 6(4) va plus loin en indiquant au syndicat que même des consultations sur la question de la sous-traitance seraient une perte de temps. L'article 9 de la Loi, quant à lui, touche au régime d'ancienneté, si cher aux syndicats et à leurs membres, et à la capacité de l'employé de conserver un emploi stable. Il ne fait aucun doute que certaines des questions, telles les restrictions à la sous-traitance et à la mobilité, sont prioritaires pour la plupart des syndicats et leurs membres. Toutefois, ce n'est pas nécessairement le cas de toutes les dispositions contestées. Par exemple, les changements apportés aux règles concernant le transfert et l'affectation prévus aux art. 4 et 5 peuvent revêtir moins d'importance puisque les employés conservent leur emploi.

(ii) Le point de vue de la HEABC

La HEABC n'est pas partie au pourvoi, mais son point de vue — selon le dossier — tant à titre d'employeur que d'administrateur du système de santé demeure un facteur contextuel pertinent. En août 2001, dans un document d'information préparé à l'intention du gouvernement, la HEABC a attiré l'attention sur de nombreuses clauses des principales

214

215

216

health sector collective agreements that, in its view, had to be changed “to enable health employers to seek greater efficiencies in operating B.C.’s health care system” (*Briefing Document — Collective Agreement Efficiencies* (2001), at p. 1).

217 In that document, written just five months before the Act was introduced, the HEABC outlined changes that it desired to 33 aspects of existing collective agreements. Most of the provisions that found their way into Part 2 of the Act appear among these recommendations, such as: eliminating restrictions on contracting out, removing barriers to cross-site mobility and transfers, eliminating the Healthcare Labour Adjustment Agency, making bumping less disruptive and changing layoff requirements.

218 However, the HEABC also called for numerous other changes to health sector collective agreements that went well beyond those that were ultimately adopted in Part 2 of the Act, such as: removing pay equity adjustments, adjusting vacation levels and reducing vacation entitlements, ensuring enhanced accountability for union leaves, reducing the amount of paid and unpaid time off for union-related business, requiring the unions to reimburse the employer for one half of the expense of paying union representatives to represent the union at committee meetings, amending various job classifications, allowing banked overtime only at the employer’s discretion, and taking unspecified measures to “reduce” the number of employees on sick leave, workers’ compensation and long-term disability.

219 I find that it is a relevant contextual factor both that the government, in adopting the impugned

conventions collectives qui, à son avis, devraient être modifiées [TRADUCTION] « pour permettre aux employeurs du secteur de la santé de faire fonctionner le système de santé de la Colombie-Britannique de façon plus efficace » (*Briefing Document — Collective Agreement Efficiencies* (2001), p. 1).

Dans ce document, rédigé seulement cinq mois avant la présentation de la Loi, la HEABC exposait les modifications qu’elle souhaitait voir apporter à 33 aspects des conventions collectives en vigueur. La plupart des mesures prévues à la partie 2 de la Loi figurent au nombre des recommandations de la HEABC, notamment l’abolition des restrictions à la sous-traitance, l’élimination des obstacles concernant les transferts et affectations dans différents lieux de travail et, l’élimination de la Healthcare Labour Adjustment Agency, la diminution des perturbations dues aux supplancements et la modification des exigences en matière de mise en disponibilité.

Toutefois, la HEABC demandait aussi qu’on apporte de nombreuses autres modifications aux conventions collectives du secteur de la santé qui allaient bien au-delà de celles qui ont en fin de compte été adoptées dans la partie 2 de la Loi : notamment l’élimination des rajustements au titre de l’équité salariale, le nivellement des vacances et la réduction des droits au titre des vacances, l’établissement de normes de reddition de compte plus rigoureuses concernant les congés pour activité syndicale, la réduction des congés pour fonctions syndicales payés et non payés, le remboursement de la moitié des sommes payées par l’employeur aux représentants syndicaux participant au nom du syndicat à des réunions de comités, la modification de diverses classifications de postes, ainsi que l’adoption de mesures visant à laisser l’accumulation des heures supplémentaires à la discrétion de l’employeur et de mesures générales visant à « réduire » le nombre d’employés en congé de maladie ou bénéficiant du régime des accidents du travail ou du régime d’invalidité à long terme.

Au titre des facteurs contextuels, il faut selon moi retenir qu’en adoptant les dispositions contestées de

provisions of the Act, was reacting to the HEABC's recommendations on how to improve the health care system and that it elected *not* to pursue many of the avenues proposed by the HEABC that might have affected *Charter* rights directly and substantially (such as removing pay equity adjustments, and measures that would affect the union's ability to effectively represent employees).

(iii) The Government's Perspective

The government submits that the Act is part of a broader program to restructure health care in the province and that its "general philosophy about the proper boundaries of publicly provided health services as between clinical services and non-clinical services" is a relevant contextual factor in the s. 1 analysis (Respondent's Factum, at para. 142). It is worth noting that the HEABC, as the employer, remains constant, whereas governments come and go as they are elected and defeated. New governments are sometimes elected on the basis of promises to reform social programs, and the need to reform the health care system is one of the most serious challenges that has ever been faced. Legislation is one of the principal tools available to governments to set policy and restructure programs. However, the terms and the duration of collective agreements that are in force when a new government takes office may operate as a severe constraint on efforts to reform programs that depend on unionized labour, such as the public health care system.

The political background to the introduction of the Act at issue in the case at bar is thus a relevant contextual factor. This is particularly so given that the reform of the province's health care system was part of a shift in the government's philosophy towards health care delivery after a decisive election on May 16, 2001. Some eight months

la Loi le gouvernement donnait suite aux recommandations de la HEABC visant à améliorer le système de santé et qu'il a choisi de *ne pas* adopter bon nombre de solutions proposées par la HEABC qui étaient susceptibles de porter atteinte, directement et de façon importante, aux droits garantis par la *Charte* (par exemple, des mesures visant à supprimer les rajustements au titre de l'équité salariale ou ayant pour effet de compromettre la capacité du syndicat de représenter efficacement les employés).

(iii) Le point de vue du gouvernement

Le gouvernement soutient avoir adopté la Loi dans le cadre d'un programme global de restructuration des services de santé de la province et a fait valoir que sa [TRADUCTION] « philosophie générale concernant ce qui différencie, parmi les services de santé publics, les services cliniques des services non cliniques » est un facteur contextuel pertinent dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier (mémoire de l'intimée, par. 142). Il est utile de rappeler que la HEABC assume son rôle d'employeur sur une base permanente alors que les gouvernements se succèdent au gré des élections. Les nouveaux gouvernements sont parfois élus parce qu'ils ont promis de réformer des programmes sociaux, et la réforme nécessaire du système de santé compte parmi les plus grands défis que les gouvernements aient jamais eu à relever. La législation est un des principaux outils dont disposent les gouvernements pour mettre en place des politiques et restructurer des programmes. Toutefois, les stipulations et la durée des conventions collectives qui sont en vigueur quand un nouveau gouvernement prend le pouvoir peuvent restreindre considérablement les efforts de réforme des programmes qui, comme c'est le cas des services de santé, font appel à une main-d'œuvre syndiquée.

Le contexte politique de la présentation de la Loi constitue donc en l'espèce un facteur contextuel pertinent. En l'espèce, cela est d'autant plus important que la réforme du système de santé de la province marquait, après l'élection décisive du 16 mai 2001, une nouvelle orientation gouvernementale pour la prestation des services de santé.

later, in introducing the Act, the Minister of Skills Development and Labour characterized it as “a fundamental restructuring of the size and scope of government that reflects our New Era commitments, the core services review, and taxpayers’ priorities” (Respondent’s Record, at p. 337). The Act was therefore part of a much larger shift in the government’s approach to the role of government services at a time of a crisis of sustainability, and of labour tensions, in the health care sector.

(3) Summary on Contextual Factors

222

While the nature of some of the working conditions that are likely to be affected tends to favour a less deferential approach, substantial deference must be shown in determining whether the measures adopted in this case are justified under s. 1 in light of the crisis of sustainability in the health care sector, the vulnerability of patients, whose rights are constitutional in nature, the recommendations of the HEABC as an employer and as an administrator of the health care system, and the highly political context of health care reform in British Columbia.

E. *Section 1 Justification Analysis*

223

The majority set out the applicable framework from *Oakes* for determining whether s. 1 of the *Charter* has been satisfied. I substantially agree with them that the impugned provisions in the case at bar are prescribed by law, that they were enacted in pursuit of a pressing and substantial objective, and that the measures taken are rationally connected with the objective being pursued. However, for the reasons that follow, I find that ss. 4, 5, 6(2) and 9 of the Act satisfy the *Oakes* test and are saved by s. 1 of the *Charter*. While I agree that s. 6(4) of the Act fails the minimal impairment test and thus is not justified under s. 1 of the *Charter*, I arrive

Environ huit mois plus tard, en présentant la Loi, le ministre de la Formation professionnelle et du Travail a déclaré qu’il s’agissait [TRADUCTION] « d’une restructuration en profondeur touchant la taille de l’administration publique et sa vocation, qui tient compte de nos nouveaux engagements, d’une étude sur les services essentiels et des priorités des contribuables » (dossier de l’intimée, p. 337). La Loi faisait donc partie d’un profond virage dans l’approche du gouvernement en ce qui concerne le rôle des services gouvernementaux à une époque où le secteur de la santé connaît une crise de viabilité et des tensions dans les relations du travail.

(3) Résumé concernant les facteurs contextuels

La nature de certaines conditions de travail susceptibles d’être touchées milite en faveur d’une approche moins déférente. Cependant, compte tenu du problème de viabilité du système de santé, de la vulnérabilité des patients, dont les droits sont de nature constitutionnelle, des recommandations de la HEABC en tant qu’employeur et administrateur du système de santé, et du contexte hautement politique de la réforme des services de santé en Colombie-Britannique, la Cour doit faire preuve d’une grande déférence lorsqu’il s’agit de déterminer si les mesures adoptées en l’espèce sont justifiées au sens de l’article premier.

E. *Analyse de la justification fondée sur l’article premier*

La majorité énonce le cadre d’analyse applicable proposé dans *Oakes* pour déterminer si les exigences de l’article premier de la *Charte* ont été remplies. Je souscris pour l’essentiel à ses conclusions suivant lesquelles les dispositions contestées en l’espèce sont prescrites par une règle de droit, qu’elles ont pour but d’atteindre un objectif urgent et réel et qu’il existe un lien rationnel entre les mesures prises et l’objectif poursuivi. Cependant, pour les motifs qui suivent, je conclus que les art. 4 et 5, le par. 6(2) et l’art. 9 de la Loi satisfont au critère *Oakes* et peuvent se justifier au sens de l’article premier de la *Charte*. Je conviens par ailleurs,

at this conclusion for different reasons than those given by the majority.

(1) Minimal Impairment Test

Under this Court's approach to the minimal impairment test, the government bears the burden of justifying the infringement of a *Charter* right, but deference is owed to its choice of means to attain its legitimate objectives. In *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160, McLachlin J. (as she then was) stated: "If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement". Expanding on this in *Harper* at paras. 110-11, Bastarache J. held that "the impugned measures need not be the least impairing option. The contextual factors speak to the degree of deference to be accorded to the particular means chosen by Parliament to implement a legislative purpose".

Measures adopted by a government may be part of a broader legislative, administrative and operational response. They may further objectives in ways that would not otherwise be possible. As Dickson C.J. held in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 784-85:

It may be that a number of courses of action are available in the furtherance of a pressing and substantial objective, each imposing a varying degree of restriction upon a right or freedom. In such circumstances, the government may legitimately employ a more restrictive measure, either alone or as part of a larger programme of action, if that measure is not redundant, furthering the objective in ways that alternative responses could not, and is in all other respects proportionate to a valid s. 1 aim.

mais pour des motifs autres que ceux énoncés par la majorité, que le par. 6(4) de la Loi ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale et qu'il n'est donc pas justifié selon l'article premier de la *Charte*.

(1) Le critère de l'atteinte minimale

Selon l'approche de la Cour quant au critère de l'atteinte minimale, il incombe au gouvernement de justifier l'atteinte à un droit garanti par la *Charte*, mais il faut faire preuve de retenue à l'égard des moyens qu'il a choisis pour atteindre ses objectifs légitimes. Dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a précisé : « [s]i la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation ». Poussant cette notion dans *Harper*, par. 110-111, le juge Bastarache a conclu qu'« il n'est pas nécessaire que les mesures contestées représentent la solution la moins attentatoire. Les facteurs contextuels concernent le degré de déférence dont il faut faire montre à l'égard des moyens particuliers choisis par le Parlement pour réaliser un objectif législatif ».

Certaines mesures prises par un gouvernement font partie d'une solution plus vaste qui comporte des volets législatif, administratif et opérationnel. Elles peuvent favoriser la réalisation d'objectifs de façons qui seraient autrement impossibles. Comme le juge en chef Dickson l'a dit dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 784-785 :

Il se peut en effet qu'il y ait plusieurs moyens d'atteindre un objectif urgent et réel, dont chacun impose un degré plus ou moins grand de restriction à un droit ou à une liberté. Dans ces circonstances, le gouvernement peut légitimement recourir à une mesure plus restrictive, soit isolément soit dans le cadre d'un plan d'action plus étendu, pourvu que cette mesure ne fasse pas double emploi, qu'elle permette de réaliser l'objectif de façons qui seraient impossibles par le biais d'autres mesures, et qu'elle soit à tous autres égards proportionnée à un objectif légitime aux fins de l'article premier.

224

225

226 This jurisprudence demonstrates that minimal impairment is a spectrum of constitutionally justifiable activity whose outer limits are defined by the courts on the basis of relevant contextual factors.

(2) Proportionate Effects Test

227 The purpose of the final stage of the *Oakes* analysis is to evaluate the proportionality between the government's objective and the measures it has adopted. This stage requires an assessment of the benefits and the harmful effects of the measures. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768, Dickson C.J. held with respect to the limiting measures that "their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights". See also *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 889. In other words, the court must ask "whether the Charter infringement is too high a price to pay for the benefit of the law": P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (student ed. 2002), at p. 801.

228 Having set out the relevant contextual factors and the minimal impairment and proportionate effects tests, I can now apply them to the impugned provisions in the case at bar.

(3) Application to the Impugned Provisions

229 The government chose, in performing its legislative function, to enact the *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, Part 2 of which was designed to improve the delivery of health care in the province and to ensure the sustainability of this vitally important social program. Sections 4 and 5 affect agreements resulting from past collective bargaining and make future collective bargaining on transfer and multi-worksites assignments meaningless. Section 6(2) provides that prohibitions on contracting out in health sector collective agreements are void, and prevents future collective bargaining on this subject. Under s. 6(4), provisions

Cette jurisprudence démontre que l'atteinte minimale admet un éventail d'activités constitutionnellement justifiables, dont les limites sont définies par les tribunaux compte tenu des facteurs contextuels pertinents.

(2) Analyse de la proportionnalité

La dernière étape de l'analyse fondée sur *Oakes* a pour but d'évaluer s'il y a proportionnalité entre l'objectif du gouvernement et les mesures qu'il a adoptées. Cette étape requiert de comparer les avantages et les effets préjudiciables de ces mesures. Dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 768, le juge en chef Dickson a affirmé à propos des mesures restrictives que « leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits ». Voir également *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 889. Autrement dit, le tribunal doit décider [TRADUCTION] « si la violation de la *Charte* constitue un prix trop élevé à payer pour avoir droit au bénéfice de la loi » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. pour étudiants 2002), p. 801.

Ayant établi les facteurs contextuels pertinents ainsi que la grille d'analyse de l'atteinte minimale et de la proportionnalité, je vais maintenant les appliquer aux dispositions contestées en l'espèce.

(3) Application aux dispositions contestées

Le gouvernement, agissant en tant que législateur, a choisi d'édicter la *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, dont la partie 2 était destinée à améliorer la prestation des services de santé dans la province et à assurer la viabilité de ce programme social d'importance vitale. Les articles 4 et 5 touchent des ententes résultant de négociations collectives antérieures et vident de sens les futures négociations collectives concernant les transferts et affectations dans différents lieux de travail. Le paragraphe 6(2) dispose que les interdictions de sous-traitance qui figurent dans les conventions collectives du secteur de la santé

in such agreements that require an employer to consult with the affected union before contracting out are void. Section 9 modifies layoff and bumping provisions in such agreements. Each of these provisions of the Act has been found above to infringe s. 2(d) of the *Charter*. Bearing in mind the deference owed to the government in the instant case under the contextual approach, these impugned provisions may now be assessed to determine whether they satisfy the minimal impairment and proportionate effects tests. If they do, they will be justified under s. 1 of the *Charter*.

(a) *Minimal Impairment Analysis*

The record shows that the government considered a range of alternatives in seeking to address the crisis of sustainability in the province's health care system. Several options that required government intervention were considered, and their advantages and disadvantages were identified. These options included the following (see Respondent's Record, at pp. 13, 14, 16 and 17):

- (a) imposing an across-the-board wage reduction for all unionized health care employees (see also Appellants' Record, at p. 1870);
- (b) removing pay equity adjustments for "Facilities" employees;
- (c) increasing the work week from 36 to 37.5 hours per week without a pay increase (see also Respondent's Record, at pp. 28-30);
- (d) changing the employer's share of health and welfare premiums from 100% to 50%;
- (e) changing the governance structures of regional health authorities;
- (f) imposing differentiated compensatory and job security terms for new hires;

sont sans effet et empêche la tenue de négociations collectives à ce sujet. Selon le par. 6(4), les clauses des conventions qui obligent l'employeur à consulter le syndicat avant de sous-traiter sont inopérantes. L'article 9 modifie les clauses concernant la mise en disponibilité et la supplantation. J'ai déjà conclu que toutes les dispositions contestées de la Loi contreviennent à l'al. 2d) de la *Charte*. En gardant à l'esprit la déférence dont il faut faire preuve ici à l'égard du gouvernement compte tenu de l'approche contextuelle, je vérifie maintenant si elles remplissent les critères de l'atteinte minimale et de la proportionnalité. Si c'est le cas, elles sont justifiées selon l'article premier de la *Charte*.

a) *Analyse de l'atteinte minimale*

Il ressort du dossier que le gouvernement a examiné une gamme de solutions en vue de résoudre la crise de viabilité que traverse le système de santé de la province. Il a envisagé plusieurs solutions nécessitant l'intervention de l'État et relevé leurs avantages et désavantages. Citons notamment les options suivantes (dossier de l'intimée, p. 13, 14, 16 et 17) :

- a) imposer une réduction salariale à tous les employés syndiqués du secteur de la santé (voir aussi le dossier des appelants, p. 1870);
- b) supprimer les rajustements au titre de l'équité salariale dans le cas des employés du secteur des installations;
- c) augmenter la semaine de travail en la faisant passer de 36 à 37,5 heures, sans majoration salariale (voir aussi le dossier de l'intimée, p. 28-30);
- d) modifier la part des cotisations de l'employeur à l'assurance-maladie et en matière d'assistance sociale en la faisant passer de 100 % à 50 %;
- e) modifier le mode d'administration des régies régionales de la santé;
- f) imposer des régimes de rémunération et de sécurité d'emploi différents aux nouveaux employés;

- (g) removing the requirement in collective agreements to provide 12 months of employment security following the end of a contractual layoff notice period; and
- (h) voiding collective agreement language that prohibits contracting out, while maintaining the unions' ability to advocate against contracting out on the basis of a business rationale.
- g) supprimer dans les conventions collectives l'exigence d'accorder une garantie d'emploi de 12 mois après l'expiration de l'avis de mise en disponibilité fourni en vertu d'une convention;
- h) annuler les clauses des conventions collectives interdisant la sous-traitance, tout en permettant aux syndicats de continuer à s'y opposer pour des raisons d'ordre économique.

231 The government also submitted that the Act was linked to the findings of several federal and provincial health care commissions and — with respect for the majority's view to the contrary — did in fact explain how the measures it had adopted would help it achieve its objectives:

As a result of these studies, various options for reform were identified. One set of options focussed on reducing existing restrictions on management's ability to change service delivery. These included: eliminating restrictions on contracting out of services; eliminating the "enhanced consultation", long notice periods and the employment security process required by ESLA; reducing lengthy bumping chains; and reducing restrictions on transfer of services and employees from one site to another. The other set of options focussed on directly reducing compensation for health sector workers. These included wage rollbacks, wage freezes, return to a 37.5 hour work week, reduction in holidays, elimination of pay equity increases, reduction or elimination of sick bank payouts. While the latter set of options would save money in the short term, the government concluded that these options could not advance the goal of creating a different framework for conduction business [sic] or contribute to long-term sustainability. The former set of options furthered both of these objectives. [Emphasis added.]

(Respondent's Record, at pp. 1045-46)

232 While some of the options put forward by the HEABC and considered by the government were ultimately adopted in Part 2 of the Act, many were examined and rejected. It is notable that the rejected options included alternatives that could have affected other *Charter* rights directly and substantially, such as removing pay equity adjustments,

Le gouvernement a aussi fait valoir que la Loi tient compte des conclusions de plusieurs commissions fédérales et provinciales des soins de santé et — contrairement à la déclaration de la majorité — il a en fait expliqué comment les mesures qu'il avait adoptées l'aideraient à réaliser ses objectifs :

[TRADUCTION] Par suite de ces études, diverses options de réforme ont été envisagées. Une série d'options visait à réduire les restrictions à la capacité des gestionnaires de modifier la prestation des services. Parmi ces options, figuraient les suivantes : abolir les restrictions à la sous-traitance, éliminer les « consultations élargies », les longs préavis et le processus de sécurité d'emploi prévu dans l'ESLA, réduire les longues séries de supplancements, et diminuer les restrictions aux transferts de services et d'employés d'un lieu de travail à un autre. L'autre série d'options visait directement à réduire la rémunération des travailleurs de la santé, notamment en prévoyant des baisses de salaire forcées, des gels de salaire, le retour à la semaine de travail de 37,5 heures, la réduction du nombre de congés payés, l'élimination des augmentations de salaire au titre de l'équité salariale, et la réduction ou l'abolition des indemnités pour congés de maladie accumulés. Certes, la dernière série de mesures aurait permis de réaliser des économies à court terme, mais le gouvernement a conclu qu'elles n'auraient pas pour effet de modifier le cadre dans lequel les services sont offerts et qu'elles n'auraient pas assuré la viabilité à long terme du système. La première série d'options, quant à elle, servait ces deux objectifs. [Je souligne.]

(Dossier de l'intimée, p. 1045-1046)

Si certaines des options préconisées par la HEABC et envisagées par le gouvernement ont en définitive été intégrées dans la partie 2 de la Loi, bon nombre ont été rejetées après examen. Il convient de noter que parmi les solutions rejetées figurent des mesures qui, directement et de manière substantielle, auraient pu porter atteinte à d'autres

which could have infringed the equality rights provided for in s. 15 of the *Charter*. In addition, many of the other rejected alternatives — such as imposing an across-the-board wage reduction, increasing the work week without a pay increase, changing the employer’s share of health and welfare premiums, and imposing different compensation and security terms for new hires — would have interfered with the collective bargaining process and may also have infringed s. 2(d) of the *Charter*. Others — such as those affecting union leave and the payment of union representatives — could have affected the union’s ability to represent employees effectively. The record shows that many of these rejected alternatives were not pursued at the time because the government believed that they would not meet its objective of improving the delivery of health care services. In particular, the government found that many of the options, while offering short-term cost savings, would not facilitate the longer-term structural reforms that were necessary to ensure the sustainability of service delivery for patients.

The government chose to enact legislation as part of its “multi-faceted policy initiative” (Respondent’s Factum, at para. 21). In applying the minimal impairment test, it is important to consider whether the impugned legislation or state action directly targets the *Charter* rights of an identifiable individual or group of individuals, or whether its effect infringes a *Charter* right of a more amorphous class of persons. Generally speaking, the former situation suggests that the adopted measure is more drastic than in the latter situation. For example, in *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6, the majority found that an absolute prohibition by a school board against a student’s wearing a kirpan infringed the student’s freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter* and that the infringement was not saved by s. 1. In

droits garantis par la *Charte*, notamment l’élimination des rajustements au titre de l’équité salariale, qui aurait pu porter atteinte aux droits à l’égalité prévus à l’art. 15 de la *Charte*. De plus, de nombreuses autres mesures rejetées — p. ex. imposer une réduction générale des salaires, augmenter la semaine de travail sans majoration salariale, modifier la part des cotisations de l’employeur à l’assurance-maladie et en matière d’aide sociale, et imposer des régimes de rémunération et de sécurité d’emploi différents aux nouveaux employés — auraient constitué une ingérence dans le processus de négociation collective et auraient également pu contrevenir à l’al. 2d) de la *Charte*. D’autres options, dont les mesures relatives aux congés pour activité syndicale et celles concernant la rémunération des représentants syndicaux, auraient pu toucher la capacité des syndicats de représenter efficacement les employés. Il ressort du dossier que nombre de ces solutions n’ont pas été retenues parce que le gouvernement croyait qu’elles allaient à l’encontre de son objectif d’améliorer la prestation des services de santé. En particulier, il jugeait que bien des options en question, même si elles permettaient de réaliser des économies à court terme, ne faciliteraient pas une réforme structurelle à long terme, nécessaire pour la viabilité de la prestation des services aux patients.

Le gouvernement a choisi d’adopter une loi dans le cadre de son [TRADUCTION] « initiative stratégique à multiples facettes » (mémoire de l’intimée, par. 21). Il importe, dans l’application du critère de l’atteinte minimale, de déterminer si la loi ou l’acte de l’État contestés visent directement les droits que la *Charte* garantit à une personne ou un groupe de personnes identifiables ou s’ils ont simplement pour effet de porter atteinte à un droit que la *Charte* reconnaît à une catégorie moins définie de personnes. Dans le premier cas, la mesure adoptée affecte généralement le groupe de façon drastique. Par exemple, dans *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, 2006 CSC 6, la majorité de la Cour a conclu que l’interdiction absolue faite par une commission scolaire à un élève de porter le kirpan allait à l’encontre de sa liberté de religion garantie par l’al. 2a)

that case, the individual student was singled out by the administrative decision maker who refused to allow him “to wear his kirpan to school [even if] he complied with certain conditions to ensure that it was sealed inside his clothing” (para. 3). Further, “there was no evidence of any violent incidents involving kirpans in Quebec schools” (para. 8).

de la *Charte* et que cette atteinte ne pouvait se justifier au sens de l'article premier. Dans cette affaire, l'autorité décisionnelle administrative visait spécifiquement l'élève en question et refusait de lui permettre « de porter son kirpan à l'école [même si] certaines conditions visant à le sceller à l'intérieur de ses vêtements [étaient] respectées » (par. 3). De plus, « la preuve n'a révélé aucun exemple d'incident de violence avec un kirpan dans les écoles au Québec » (par. 8).

234 In the instant case, it cannot be said that the legislation intentionally targeted the s. 2(d) rights of health sector union members or that it was aimed at an identifiable group. This finding flows largely from the fact that in its jurisprudence, this Court had not previously held that employees have a right to a process of collective bargaining. For the reasons given by the majority, the foundations of that case law have been displaced, and it is now appropriate for us to recognize such a right. Nor can it be said that the government disregarded rights that employees were then recognized to have or to have targeted such rights. Rather, the goal was “to respond to growing demands on services, to reduce structural barriers to patient care, and to improve planning and accountability, so as to achieve long term sustainability” (Respondent's Factum, at para. 4).

En l'espèce, on ne peut prétendre que la loi visait intentionnellement les droits reconnus par l'al. 2d) aux travailleurs syndiqués du secteur de la santé ou qu'elle ciblait un groupe identifiable. Cela tient en grande partie au fait que, dans sa jurisprudence, la Cour ne reconnaissait pas aux travailleurs le droit à un processus de négociation collective. Comme l'explique la majorité, les principes sur lesquels se fondait la jurisprudence ont évolué et il y a maintenant lieu de reconnaître l'existence d'un tel droit. On ne peut non plus affirmer que le gouvernement n'a pas tenu compte des droits alors reconnus aux employés ou que sa loi ciblait ces droits. L'objectif était plutôt le suivant : [TRADUCTION] « répondre aux besoins croissants en matière de services, réduire les obstacles structurels qui limitent l'accès aux soins, améliorer la planification et accroître l'obligation de rendre compte, de façon à assurer la viabilité à long terme du système » (mémoire de l'intimée, par. 4).

235 I thus accept that other alternatives would not have enabled the government to achieve its objectives and that Part 2 of the Act was not aimed directly at the *Charter* rights of the affected employees. I will now consider the specific impugned provisions.

J'accepte donc que les autres options n'auraient pas permis au gouvernement d'atteindre ses objectifs et que la partie 2 de la Loi ne visait pas directement les droits que la *Charte* garantit aux employés concernés. Je vais maintenant examiner les dispositions contestées elles-mêmes.

(i) Sections 4 and 5 of the Act (Transfer and Assignments)

(i) Articles 4 et 5 de la Loi (transferts et affectations)

236 Section 4 of the Act was specifically designed to facilitate the reorganization of health care service delivery by enabling employers to transfer functions or services to another worksite or to another health sector employer within a region. As for s. 5, it relates to the *temporary* assignment of an

L'article 4 de la Loi visait spécifiquement à faciliter la réorganisation des services de santé en permettant aux employeurs de transférer des fonctions ou services dans un autre lieu de travail ou à un autre employeur du secteur de la santé dans la même région. Quant à l'art. 5, il porte sur

employee to another worksite or another employer. Employees do not lose their employment as a result of these provisions. Furthermore, as the majority noted, the Regulation adopted pursuant to the Act mitigates the impact of ss. 4 and 5 on employees (para. 118). These provisions are important to a timely restructuring of the health care system. For example, without s. 4, a transfer of functions or services to another worksite would likely result in disruption and delays if affected employees were to exercise bumping, layoff and recall rights (Respondent's Record, at p. 52). Nonetheless, s. 5(b) specifically requires that the collective agreement's provisions on posting a position be complied with where the assignment is to be on an ongoing basis. These provisions are thus carefully tailored so as to ensure that the government's objective is attained while infringing s. 2(d) as little as possible.

(ii) Sections 6(2) and 6(4) of the Act (Contracting Out)

Sections 6(2) and 6(4) were adopted to enable health sector employers to contract out certain non-clinical services in order to “[d]evelop more cost-effective and efficient ways of delivering non-clinical health services in order to improve patient care and reduce costs” (Respondent's Record, at p. 59). Section 6(2) has the effect of repudiating collective agreement provisions that in “any manner restric[t], limi[t] or regulat[e] the right of a health sector employer to contract outside of the collective agreement for the provision of non-clinical services”, and prevents such provisions from being agreed to in the future. Section 6(4) voids provisions in collective agreements that require employers to consult with unions before contracting out non-clinical services.

The chambers judge, Garson J., found that s. 6(2) of the Act “does not restrict the ability of unions, including the plaintiff unions, to organize employees of outside contractors” ((2003), 19 B.C.L.R. (4th) 37, 2003 BCSC 1379, at para. 24).

l'affectation *temporaire* de l'employé dans un autre lieu de travail ou chez un autre employeur. Les employés ne perdent pas leur emploi du fait de ces dispositions. De plus, comme l'indique la majorité, le Règlement pris en application de la Loi atténue l'impact des art. 4 et 5 sur les employés (par. 118). Ces dispositions sont importantes pour que la restructuration du système de santé puisse être faite en temps utile. Par exemple, sans l'art. 4, un transfert de fonctions ou de services dans un autre lieu de travail pourrait entraîner des perturbations ou des retards si les employés touchés devaient exercer leurs droits relatifs à la supplantation, à la mise en disponibilité et au rappel au travail (dossier de l'intimée, p. 52). Néanmoins, dans le cas d'une affectation pour une durée indéfinie, le par. 5b) exige expressément que les clauses de la convention collective relatives à l'affichage soient respectées. Ces dispositions ont donc été soigneusement conçues de façon à permettre au gouvernement d'atteindre son objectif tout en enfreignant le moins possible l'al. 2d).

(ii) Les paragraphes 6(2) et (4) de la Loi (sous-traitance)

Les paragraphes 6(2) et (4) visent à permettre aux employeurs du secteur de la santé de **sous-traiter** des services non cliniques afin de [TRADUCTION] « mettre en place des méthodes permettant de fournir les services non cliniques de façon moins coûteuse et plus efficace, afin d'améliorer les soins aux patients et de réduire les coûts » (dossier de l'intimée, p. 59). Le paragraphe 6(2) a pour effet d'annuler toute clause de convention collective qui [TRADUCTION] « de quelque manière que ce soit, restreint, limite ou réglemente le droit de l'employeur du secteur de la santé de sous-traiter des services non cliniques » et il interdit de convenir de telles clauses à l'avenir. Le paragraphe 6(4) rend inopérantes les clauses de conventions collectives qui obligent l'employeur à consulter le syndicat avant de sous-traiter des services non cliniques.

La juge Garson, siégeant en son cabinet, a conclu que le par. 6(2) de la Loi [TRADUCTION] « ne restreint pas la capacité des syndicats, y compris les demandeurs, de recruter des employés des sous-traitants » ((2003), 19 B.C.L.R. (4th) 37, 2003

Moreover, it is notable that contracting out is not obligatory. Rather, what s. 6(2) does is prohibit collective agreement clauses preventing contracting out. Thus, although union density may be lower when work is contracted out, there is still substantial room for *all* employees providing non-clinical services to exercise their right to freedom of association and to engage in a process of collective bargaining, even when certain of those services are contracted out.

239

An impact assessment of the Act by the Ministry of Health dated January 24, 2002 explained that the contracting-out provisions “[w]ill allow employers to control costs while focusing on care delivery” (Appellants’ Supplementary Record, at p. 17). The government added that:

Eliminating contracting-out restrictions on non-clinical services, in particular, was seen as necessary to inject an “air of reality” into compensation for these services, and to empower health authorities to appropriately allocate scarce resources as between support services and clinical services involving direct patient care and health programs.

(Respondent’s Record, at p. 1046)

In negotiating, the parties can avoid contracting out by agreeing to working conditions that are more consistent with those that apply when work is contracted out. The provision thus brings some competition into the bargaining process. Without s. 6(2) of the Act, the government would be effectively prohibited from making a policy decision to restructure non-clinical health services in the province, because existing collective agreements would block such a decision, without any further discussion.

240

The history of labour relations in the province, discussed above, strongly suggests that the terms set out in s. 6(2) could not have been successfully negotiated by the HEABC and the health sector unions. Moreover, in the context of the province’s health care crisis, removing prohibitions on contracting out in collective agreements furthered the

BCSC 1379, par. 24). De plus, il importe de souligner que la sous-traitance n’est pas obligatoire. Sont plutôt interdites les clauses qui empêchent la sous-traitance. Ainsi, bien que la densité syndicale risque d’être plus faible en cas de sous-traitance, la liberté d’association de *tous* les employés affectés aux services non cliniques est loin d’être compromise et il demeure tout à fait possible de participer au processus de négociation collective, même si certains de ces services sont sous-traités.

Dans une étude des répercussions de la Loi, datée du 24 janvier 2002, le ministère de la Santé explique que les dispositions relatives à la sous-traitance [TRADUCTION] « permettront aux employeurs de limiter les coûts tout en se concentrant sur la fourniture des soins de santé » (dossier supplémentaire des appelants, p. 17). Le gouvernement a ajouté :

[TRADUCTION] On a estimé que l’élimination des restrictions à la sous-traitance des services non cliniques était tout particulièrement nécessaire pour ramener le coût de ces services à un niveau ayant une « apparence de réalité » et pour permettre aux autorités sanitaires de répartir judicieusement leurs ressources limitées entre les services de soutien et les services cliniques directement liés à la fourniture des soins et aux programmes de santé.

(Dossier de l’intimée, p. 1046)

Les parties peuvent éviter la sous-traitance en convenant, lors des négociations, de conditions de travail s’apparentant à celles qui sont applicables au travail sous-traité. La disposition insuffle ainsi une certaine concurrence dans le processus de négociation. Sans le par. 6(2) de la Loi, le gouvernement n’aurait en fait pas le droit, sans plus de discussions, de prendre de décision de politique générale visant la restructuration des services de santé non cliniques de la province, en raison de conventions collectives en vigueur.

L’histoire des relations du travail en Colombie-Britannique, dont il a été question plus haut, tend nettement à indiquer que la HEABC et les syndicats du secteur de la santé n’auraient pas pu négocier une clause comme le par. 6(2). De plus, dans le cadre de la crise qui sévissait dans le secteur de la santé en Colombie-Britannique, les autres options

government's objective in ways that alternative responses could not. Furthermore, the alternative measures considered by the government were problematic in that many may have directly affected other *Charter* rights. For these reasons, in my view, s. 6(2) of the Act satisfies the minimal impairment test.

The same cannot be said about s. 6(4) of the Act. The only evidence in the record that may be relevant to the minimal impairment analysis in respect of s. 6(4) comes from the HEABC, which made representations to the government with respect to "enhanced consultation" between the HEABC, as the employer, and the relevant unions:

The supposed purpose of the language was to allow the unions' input prior to the finalization of employer decisions affecting union members. The reality has proven to be constant union attempts to move from an "input" model to a "co-management" model and the use of the language to block or delay management initiatives. Many Employers have indicated that Labour Adjustment Committees and the Enhanced Consultation models are significant barriers to any innovative changes Employers want to make to the health system.

(Briefing Document — Collective Agreement Efficiencies, at p. 4)

In that document, the HEABC was in my view expressing to the government its frustration with the "enhanced consultation" model that has been adopted in the past for other management initiatives. However, there is no constitutional entitlement to such consultation prior to contracting out. A far more direct, or time-limited, consultation between the HEABC and the affected unions might be possible. It is notable that during oral argument before this Court, even counsel for the government submitted that it would be desirable to hold consultations before contracting out.

Accordingly, I consider that the government has failed to establish by evidence, inference or common

n'auraient pas, de la même façon que l'élimination des interdictions en matière de sous-traitance figurant dans les conventions collectives, permis au gouvernement d'atteindre son objectif. Au surplus, les autres mesures que le gouvernement avait envisagées étaient problématiques parce que bon nombre d'entre elles auraient pu toucher directement d'autres droits garantis par la *Charte*. Pour ces motifs, le par. 6(2) de la Loi satisfait, à mon avis, au critère de l'atteinte minimale.

Il en va autrement du par. 6(4) de la Loi. La seule preuve au dossier susceptible d'être utile pour l'évaluation de cette disposition sous l'angle du critère de l'atteinte minimale émane de la HEABC, qui a fait des observations au gouvernement au sujet des « consultations élargies » entre la HEABC, agissant à titre d'employeur, et les syndicats concernés :

[TRADUCTION] Le but présumé de la clause était de permettre aux syndicats de donner leur point de vue avant que l'employeur arrête une décision touchant les membres du syndicat. Dans les faits, les syndicats ont constamment tenté de passer du modèle « axé sur la consultation » au modèle de « cogestion » et ils ont tenté d'utiliser la clause pour empêcher ou retarder les initiatives de la direction. Bon nombre d'employeurs ont indiqué que les comités d'adaptation de la main-d'œuvre et les consultations élargies freinent considérablement les changements novateurs que les employeurs souhaitent apporter au système de santé.

(Briefing Document — Collective Agreement Efficiencies, p. 4)

À mon avis, dans ce document la HEABC fait part de sa frustration au gouvernement au sujet du modèle des « consultations élargies » adopté par le passé à l'égard d'autres initiatives de la direction. Toutefois, la Constitution ne garantit pas de telles consultations avant la sous-traitance. Des consultations beaucoup plus circonscrites ou limitées dans le temps entre la HEABC et les syndicats concernés pourraient être possibles. Il convient de noter que, devant la Cour, même l'avocat du gouvernement a indiqué qu'il serait souhaitable de procéder à des consultations avant la sous-traitance.

Par conséquent, j'estime que le gouvernement n'a pas démontré, que ce soit par la preuve, par

sense that the employers' ability to contract out would be restricted unreasonably by a requirement to consult with the relevant unions beforehand. While s. 6(4) does not, strictly speaking, prohibit consultations on contracting out, declaring that any clause in a collective agreement providing for consultation is void is an invitation to employers not to consult. Consultation is never harmful unless truly exigent circumstances do not allow time for it, or it is rendered moot because recent consultations have made further discussions unnecessary.

(iii) Section 9 of the Act (Layoff and Bumping)

243 Section 9 of the Act is designed "to allow for the timely reorganization and restructuring of health care services" (Respondent's Record, at p. 84) by modifying, for the period ending December 31, 2005, provisions of collective agreements relating to layoffs and bumping.

244 There is evidence in the record that bumping and layoff restrictions can significantly delay the restructuring of health care service delivery. In its impact assessment of the Act dated January 24, 2002, the Ministry of Health stated the following about the bumping and layoff provisions:

Employers need the ability to lay people off quickly and efficiently. Current bumping provisions create endless chains. Numerous employees are affected and considerable time transpires before anyone is actually laid-off. New bumping provisions in the Regulations still allow for bumping but reduces its affect and inherent delays.

(Appellants' Supplementary Record, at p. 17)

The record contains several examples of the disruption that bumping can cause in the workplace. In one particularly clear example, the elimination of a data entry clerk position in July 1996 resulted

inférence ou en se fondant sur le bon sens, qu'on limiterait de façon déraisonnable la capacité de l'employeur de sous-traiter en exigeant qu'il consulte au préalable les syndicats concernés. Bien que le par. 6(4) n'interdise pas, à proprement parler, la tenue de consultations sur la sous-traitance, en déclarant que les clauses de conventions collectives prévoyant la tenue de consultations sont nulles, on incite les employeurs à ne pas consulter. Les consultations ne sont jamais néfastes, à moins que l'urgence réelle d'une situation rende la chose impossible ou que des consultations récentes rendent inutile la poursuite des discussions.

(iii) Article 9 de la Loi (mise en disponibilité et supplantation)

L'article 9 de la Loi vise à [TRADUCTION] « permettre la réorganisation et la restructuration en temps utile des services de santé » (dossier de l'intimée, p. 84) en modifiant, pour la période se terminant le 31 décembre 2005, les clauses relatives à la mise en disponibilité et à la supplantation des conventions collectives.

Il ressort de la preuve au dossier que les restrictions en matière de supplantation et de mise en disponibilité peuvent retarder considérablement la restructuration des services de santé. Dans son étude d'impact de la Loi, datée du 24 janvier 2002, le ministère de la Santé affirme au sujet des dispositions concernant la supplantation et la mise en disponibilité :

[TRADUCTION] Les employeurs doivent être en mesure de mettre des employés en disponibilité rapidement et efficacement. Les dispositions actuelles sur la supplantation créent d'interminables réactions en chaîne. De nombreux employés sont touchés et il s'écoule un grand laps de temps avant que quiconque ne soit effectivement mis en disponibilité. Sans interdire la supplantation, les nouvelles dispositions réglementaires en atténuent les effets et réduisent les délais.

(Dossier supplémentaire des appelants, p. 17)

Le dossier comporte plusieurs exemples de la perturbation que la supplantation peut causer en milieu de travail. L'un est particulièrement clair : l'élimination d'un poste de commis à la saisie de données

in a chain of eight people in total bumping each other, and the last person in the chain was not placed in a position until four years later, in July 2000 (Respondent's Record, at p. 86; see also p. 118). The HEABC advised the government that "[d]isplacement and bumping is disruptive to staff directly affected by the displacement, and those involved in the bumping chain. This disruption impacts on the quality of program delivery and occupies unnecessary administrative time. The bumping process needs to be expedited" (*Briefing Document — Collective Agreement Efficiencies*, at p. 6).

One feature of s. 9 that is relevant to the minimal impairment analysis is that it is a sunset provision. The Act came into force on January 28, 2002, and s. 9 ceased to operate on December 31, 2005. Section 9 impaired the collective bargaining process in respect of layoffs and bumping, but was limited by a time period approximating the mandate of the government, which had been elected some eight months previously. This suggests that it was closely tied to the health care reform being implemented, and that it was adopted as a transitional measure. The majority state that "this is scant comfort to employees who may have been laid off or bumped before this date, without the benefit of a union to represent them on the issue" (para. 155). With respect, there is nothing in the Act that prevents the union from representing an employee who is laid off as a result of the operation of s. 9. Furthermore, s. 9 did not ban bumping or layoff provisions in collective agreements, which are not, *per se*, constitutionally protected. Rather, it imposed by legislative means attenuated terms for layoffs and bumping in place of those agreed to in the collective bargaining process. As with ss. 4 and 5 of the Act, the impact of s. 9(d) on workers was minimized by safeguards provided for in s. 5 of the Regulation made under the Act. There is sufficient evidence that s. 9 of the Act enabled the government to meet its objectives of making the health care system more sustainable and improving service to patients in ways that other alternatives would not permit. As with s. 6(2), the history of labour relations in the province strongly

en juillet 1996 a donné lieu à une série de huit supplancements, et ce n'est que quatre ans plus tard, soit en juillet 2000, que la dernière personne de la série a été affectée à un poste (dossier de l'intimée, p. 86; voir aussi p. 118). La HEABC a indiqué au gouvernement que [TRADUCTION] « les déplacements et les supplancements ont des effets perturbateurs sur les employés directement touchés par le déplacement et sur ceux qui sont visés par la série de supplancements qui s'ensuit. Ces perturbations se répercutent sur la qualité des services et accaparent inutilement le temps consacré à l'administration. Il faut accélérer le processus de supplancement » (*Briefing Document — Collective Agreement Efficiencies*, p. 6).

Un aspect de l'art. 9 qui est pertinent pour l'analyse de l'atteinte minimale est qu'on a prévu que son effet n'est que temporaire. La Loi est entrée en vigueur le 28 janvier 2002 et l'art. 9 a cessé de s'appliquer le 31 décembre 2005. L'article 9 entravait le processus de négociation collective des questions relatives à la mise en disponibilité et à la supplancement, mais son application était assujettie à un délai correspondant approximativement à la durée du mandat du gouvernement, qui avait été élu environ huit mois auparavant. Il est donc permis d'inférer que l'art. 9 est étroitement lié à la réforme du système de santé et qu'il s'agissait d'une mesure transitoire. La majorité affirme que « cette limitation n'apporte aucun réconfort aux employés mis en disponibilité ou supplantés avant cette date, sans qu'un syndicat ait pu les représenter à ce sujet » (par. 155). Soit dit en tout respect, rien dans la Loi n'empêche le syndicat de représenter un employé qui est mis en disponibilité par suite de l'application de l'art. 9. De plus, cette disposition n'interdisait pas l'incorporation de clauses relatives à la supplancement et à la mise en disponibilité dans les conventions collectives, qui intrinsèquement ne bénéficient pas de la protection constitutionnelle. Elle visait plutôt à atténuer les conditions relatives à la mise en disponibilité et à la supplancement en remplaçant celles convenues lors du processus de négociation collective. Comme pour les art. 4 et 5 de la Loi, l'impact de l'al. 9d) sur les travailleurs est minimisé par les garanties prévues par l'art. 5 du Règlement adopté

suggests that the terms set out in s. 9 could not have been successfully negotiated by the HEABC and the health sector unions. Therefore, in my view, it satisfies the minimal impairment test as a transitional clause that represents government policy and is carefully circumscribed.

(b) *Proportionate Effects Analysis*

246 Sections 4, 5, 6(2) and 9 of the Act have been fashioned to facilitate the restructuring of the province's health care system in order to improve service delivery and sustainability. Are the effects of the measures proportionate? In its submission to the International Labour Office, the government emphasized the link between the Act and the health care challenges it was facing:

Any restrictions on collective bargaining or on the right to strike were exceptional measures, enacted in view of the difficult economic and fiscal situation, in the context of protracted and difficult labour disputes, which could have serious consequences in the health and education sectors.

(“Complaints against the Government of Canada concerning the Province of British Columbia”, at para. 269)

It is now necessary to consider whether the benefits of the impugned measures outweigh their negative consequences in terms of the infringement of s. 2(d) of the *Charter*.

(i) Sections 4 and 5 of the Act (Transfer and Assignments)

247 In my view, ss. 4 and 5 of the Act do not have a serious impact on employees and, what is more, the

sous le régime de la Loi. La preuve justifie qu'on conclue que l'art. 9 de la Loi a permis au gouvernement d'atteindre ses objectifs — accroître la viabilité du système de santé et améliorer les services aux patients — d'une façon que d'autres solutions ne lui auraient pas permis de le faire. Tout comme pour le par. 6(2), l'histoire des relations du travail en Colombie-Britannique tend nettement à indiquer que les conditions prévues à l'art. 9 n'auraient pu être négociées par la HEABC et les syndicats du secteur de la santé. Cette disposition satisfait donc, à mon avis, au critère de l'atteinte minimale. Il s'agit d'une mesure transitoire qui représente une politique gouvernementale et elle est soigneusement circonscrite.

b) *L'analyse de la proportionnalité*

Les articles 4 et 5, le par. 6(2) et l'art. 9 de la Loi sont destinés à faciliter la restructuration du système de santé de la province afin d'améliorer les services et d'accroître la viabilité du système. Les effets des mesures sont-ils proportionnés? Dans ses observations au Bureau international du Travail, le gouvernement a souligné le lien entre la Loi et les défis auxquels il était confronté dans le domaine de la santé :

Toutes les restrictions à la négociation collective ou au droit de grève étaient des mesures exceptionnelles, décidées en raison de la situation économique et fiscale difficile, dans un contexte de conflits du travail longs et tendus, qui auraient pu avoir de sérieuses conséquences dans les secteurs de l'éducation et de la santé.

(« Plaintes contre le gouvernement du Canada concernant la province de la Colombie-Britannique », par. 269)

Il faut maintenant déterminer si les effets bénéfiques des mesures contestées l'emportent sur leurs conséquences négatives, à savoir leur atteinte à l'al. 2d) de la *Charte*.

(i) Articles 4 et 5 de la Loi (transferts et affectations)

Selon moi, les art. 4 et 5 de la Loi n'entraînent pas de sérieuses conséquences pour les employés

measures provided for in s. 5 are only temporary. As noted earlier, the intrusiveness of the revised transfer and assignment process under ss. 4 and 5 is limited, given that employees retain their employment. Conversely, the benefit of these provisions is to open the door to improvements to the health care system by providing flexibility for the restructuring process. Thus, I am satisfied that they are a proportionate response to the crisis of sustainability in health care.

(ii) Sections 6(2) and 6(4) of the Act (Contracting Out)

Section 6(2) of the Act does not prevent employees providing contracted-out non-clinical services from exercising their right to freedom of association in a collective bargaining process. Moreover, the intention in enacting it was to facilitate the long-term reform of health care delivery, as opposed to simply seeking short-term cost savings or imposing a heavier burden on taxpayers (who are also potential health care users). Although s. 6(2) does interfere with collective bargaining on contracting out, it strikes an appropriate balance between the government's objectives and the freedom of association of employees. Therefore, the infringement resulting from s. 6(2) of the Act is justified under s. 1 of the *Charter*.

While I have already found that s. 6(4) fails the minimal impairment test, I would add that taking consultation, which is an important component of the collective bargaining process, off the table is also a disproportionate measure. The benefit of s. 6(4), that of reducing the pressure on employers to consult with unions before contracting out, is nominal. The marginal benefits of this provision are outweighed by the deleterious effects of denying consultation to affected unions. Accordingly, s. 6(4) fails to satisfy s. 1 of the *Charter* and is unconstitutional.

et, de plus, les mesures prévues par l'art. 5 ne sont que temporaires. Comme je l'ai déjà souligné, les modifications que les art. 4 et 5 apportent au processus de transfert et d'affectation sont peu attentatoires, vu que les employés conservent leur emploi. Par contre, ces dispositions ont l'avantage de permettre des améliorations au système de santé en apportant la souplesse nécessaire à la restructuration. Ainsi, je suis convaincue qu'il s'agit d'une réponse proportionnée à la crise de viabilité dans le système de santé.

(ii) Paragraphes 6(2) et (4) de la Loi (sous-traitance)

Le paragraphe 6(2) de la Loi n'empêche pas les employés en sous-traitance affectés à la prestation des services non cliniques d'exercer leur droit à la liberté d'association dans le cadre d'un processus de négociation collective. L'adoption de cette disposition avait aussi pour but de faciliter la réforme à long terme du système de santé, plutôt que de simplement réaliser des économies à court terme ou imposer un plus lourd fardeau aux contribuables (qui sont également des bénéficiaires potentiels des services de santé). Même si le par. 6(2) entrave la négociation collective en matière de sous-traitance, il permet d'établir un juste équilibre entre les objectifs du gouvernement et la liberté d'association des employés. Par conséquent, l'atteinte au par. 6(2) de la Loi est justifiée selon l'article premier de la *Charte*.

J'ai déjà conclu que le par. 6(4) ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale, mais j'ajouterais que l'interdiction de tenir des consultations — lesquelles représentent une composante importante du processus de négociation collective — est aussi une mesure disproportionnée. L'avantage du par. 6(4) — réduction des pressions exercées sur l'employeur pour qu'il consulte le syndicat avant de sous-traiter — est négligeable. Les effets préjudiciables que cause aux syndicats concernés le refus de consulter l'emportent sur les minces avantages que comporte cette disposition. En conséquence, le par. 6(4) ne satisfait pas à l'exigence de l'article premier de la *Charte* et il est inconstitutionnel.

248

249

(iii) Section 9 of the Act (Layoff and Bumping)

250

Finally, s. 9 is consistent with the government's objectives relating to systemic reform, which I have found to be entitled to deference, and the cost of its enactment is limited interference with the collective bargaining process. The negative effects of the infringement are minimal because it is time-limited, and while bumping and layoff protections are attenuated, they are not abolished. The procedural infringement is thus outweighed by the evidence that layoff and bumping provisions in collective agreements would place serious obstacles in the way of the timely restructuring of the health care system. Timely restructuring simply could not take place unless such barriers were removed. Accordingly, s. 9 of the Act is a proportionate response, and the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*.

III. Conclusion

251

In addressing the crisis of sustainability in health care, governments face a difficult public policy challenge with no end in sight in the immediate future. As alternatives are considered, competing rights and interests arise. Government must be accorded deference to enable them to navigate these difficult waters. At the same time, this Court must ensure that the path they take is respectful of the constitutional rights of those who are affected by it, and that any infringement of those rights is demonstrably justified.

252

In the case at bar, the freedom of association of health care employees has been infringed in several instances, because provisions of the legislation enacted by the government interfere with their right to a process of collective bargaining with the employer. It is the collective bargaining process that is constitutionally protected, not the content of the actual provisions of the collective agreements. In my view, the government has established that

(iii) Article 9 de la Loi (mise en disponibilité et supplantation)

Enfin, l'art. 9 est compatible avec l'objectif gouvernemental de réforme systémique — qui, à mon avis, appelle à la déférence — et son adoption se fait au prix d'une ingérence limitée dans le processus de négociation collective. Les effets négatifs de l'ingérence sont minimaux du fait qu'elle est limitée dans le temps et que les protections en matière de supplantation et de mise en disponibilité ne sont pas abolies, même si elles se trouvent restreintes. Ainsi, la preuve que les clauses relatives à la mise en disponibilité et à la supplantation dans les conventions collectives entraveraient sérieusement la restructuration en temps utile du système de santé prime l'atteinte procédurale. La restructuration en temps utile ne pourrait tout simplement pas se faire sans l'élimination de ces obstacles. Par conséquent, l'art. 9 de la Loi représente une réponse proportionnée, et l'atteinte est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

III. Conclusion

Devant le problème de la viabilité du système de santé, les gouvernements sont confrontés à un immense défi de politique générale, qui ne semble pas pouvoir être relevé dans un proche avenir. Dans l'examen de diverses options, surgissent des droits et des intérêts opposés. Il faut faire preuve de déférence envers le gouvernement pour qu'il puisse naviguer dans ces eaux difficiles. En même temps, la Cour doit veiller à ce que l'approche retenue respecte les droits constitutionnels de ceux qui sont touchés et à ce que les atteintes à ces droits soient des restrictions dont la justification peut se démontrer dans tous les cas.

En l'espèce, la Loi constitue à plusieurs égards une atteinte à la liberté d'association des employés du secteur de la santé parce que plusieurs de ses dispositions portent atteinte à leur droit à un processus de négociation collective avec l'employeur. C'est le processus de négociation collective qui bénéficie de la protection de la Constitution, et non le contenu des clauses de conventions collectives. À mon avis, le gouvernement a établi que quatre

four of the five infringements, namely those resulting from ss. 4, 5, 6(2) and 9 of the Act, are constitutionally justified. However, I find that s. 6(4) of the Act fails the minimal impairment and proportionate effects tests and thus is not saved under s. 1 of the *Charter*.

des cinq atteintes, à savoir celles qui découlent des art. 4, 5 et 9 et du par. 6(2) de la Loi, sont justifiées sur le plan constitutionnel. Par contre, j'estime que le par. 6(4) de la Loi ne satisfait pas aux critères de l'atteinte minimale et de la proportionnalité et, par conséquent, il ne peut se justifier au sens de l'article premier de la *Charte*.

APPENDIX

Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2

PART 2 – HEALTH SECTOR

Definitions

3 In this Part:

“**bumping**” means the exercise of a right of one employee to displace another employee who is on the same seniority list under a collective agreement;

“**collective agreement**” means a collective agreement between HEABC and a trade union or an association of trade unions in an appropriate bargaining unit;

“**ESLA**” means the Employment Security and Labour Force Adjustment Agreement, issued as part of the recommendations of the Industrial Inquiry Commissioner on May 8, 1996 and included in whole or in part in one or more collective agreements between HEABC and trade unions representing employees in appropriate bargaining units, and includes any collective agreement provisions arising from ESLA, including Part 4 and Schedule 1 of the Recommendations of the Industrial Inquiry Commissioner;

“**HEABC**” means the Health Employers Association of British Columbia established under section 6 of the *Public Sector Employers Act*;

“**health sector**” means all members of HEABC whose employees are unionized and includes their unionized employees;

“**health sector employer**” means an employer in the health sector;

ANNEXE

Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, ch. 2

[TRADUCTION]

PARTIE 2 – SECTEUR DE LA SANTÉ

Définitions

3 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

« **convention collective** » Convention collective conclue entre la HEABC et un syndicat ou une association de syndicats dans une unité de négociation visée.

« **employeur du secteur de la santé** » Employeur ayant des salariés dans le secteur de la santé.

« **ESLA** » L'Employment Security and Labour Force Adjustment Agreement inscrite le 8 mai 1996 dans les recommandations du commissaire d'enquête sur les relations du travail et intégrée, en tout ou en partie, dans les conventions collectives entre la HEABC et les syndicats représentant les employés faisant partie des unités de négociations visées. Sont assimilées à l'ESLA les clauses de conventions collectives issues de l'ESLA, y compris la partie 4 et l'annexe 1 des recommandations du commissaire d'enquête sur les relations du travail.

« **HEABC** » La Health Employers Association of British Columbia formée en vertu de l'article 6 de la *Public Sector Employers Act*.

« **lieu de travail** » Installation, agence, centre, programme, organisation ou endroit où l'employé est appelé à travailler.

« **secteur de la santé** » Les membres de la HEABC dont les employés sont syndiqués et leurs employés syndiqués.

“**worksite**” means a facility, agency, centre, program, organization or location at or from which an employee is assigned to work.

Right to reorganize service delivery

- 4 (1) A health sector employer has the right to reorganize the delivery of its services by transferring functions or services within a worksite or to another worksite within the region or to another health sector employer, including, but not limited to, partnerships or joint ventures with other health sector employers or subsidiaries.
- (2) A health sector employer has the right to transfer
- (a) functions or services that are to be performed or provided by another health sector employer under subsection (1) to that other health sector employer, and
 - (b) functions or services that are to be performed or provided at another worksite in the region to that other worksite.
- (3) If a function or service is transferred to another health sector employer or within or to a worksite under this section, an employee who performs that function or service may be transferred to that employer or within or to that worksite in accordance with the regulations.

Multi-worksite assignment rights

- 5 A health sector employer
- (a) has a right to assign an employee within or to any worksite of that employer or to a worksite operated by another health sector employer for a period not exceeding that set out in the regulations and under conditions specified in the regulations, and
 - (b) must post any position pursuant to the collective agreement if the employer requires the successful candidate for that position

« **supplantation** » Droit que peut exercer un employé pour évincer de son poste un autre employé qui fait partie de la même liste d’ancienneté prévue à la convention collective.

Droit de réorganiser la prestation des services

- 4 (1) L’employeur du secteur de la santé a le droit de réorganiser la prestation de ses services en transférant des fonctions ou services soit dans le même lieu de travail soit dans un autre lieu de travail de la même région soit à un autre employeur du secteur de la santé, notamment une société de personnes ou une coentreprise formée avec d’autres employeurs du secteur de la santé, ou une filiale.
- (2) L’employeur du secteur de la santé a le droit de transférer :
- a) les fonctions ou services qui doivent être exécutés ou fournis par un autre employeur du secteur de la santé visé au paragraphe (1) à cet autre employeur;
 - b) les fonctions ou services qui doivent être exécutés ou fournis par un autre lieu de travail de la même région à cet autre lieu de travail.
- (3) Dans le cas où une fonction ou un service est transféré à un autre employeur du secteur de la santé, dans le même lieu de travail ou dans un lieu de travail de la même région conformément au présent article, l’employé qui exécute cette fonction ou ce service peut être transféré à cet employeur, à ce même lieu de travail ou à un lieu de travail de la même région de la manière prévue aux règlements.

Droits liés aux affectations dans différents lieux de travail

- 5 L’employeur du secteur de la santé :
- a) a le droit d’affecter un employé dans le même lieu de travail ou dans un autre lieu de travail relevant de son autorité ou dans un lieu de travail relevant de l’autorité d’un autre employeur du secteur de la santé pour une durée ne dépassant pas celle prévue par règlement et aux conditions qui y sont fixées;
 - b) doit afficher les postes conformément à la convention collective si le poste visé requiert comme condition d’emploi que le

to work on a regular ongoing basis at more than one worksite of that employer as a condition of employment in that position.

candidat retenu travaille sur une base régulière pour une durée indéfinie à plus d'un lieu de travail relevant de son autorité.

Contracting outside of the collective agreement for services

Sous-traitance

6 (1) In this section:

6 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article :

“**acute care hospital**” means a hospital or part of a hospital designated by regulation;

« **hôpital de soins actifs** » L'hôpital ou la partie d'hôpital désigné par règlement;

“**designated health services professional**” means

« **professionnel de la santé désigné** » Selon le cas :

- (a) a nurse licensed under the *Nurses (Registered) Act*,
- (b) a person who is a member of a health profession designated under the *Health Professions Act* on the date on which this section comes into force, or
- (c) a person in an occupation or job classification designated by regulation;

- a) infirmier autorisé en vertu de la *Nurses (Registered) Act*;
- b) membre d'une profession de la santé désignée dans le cadre de la *Health Professions Act* à la date d'entrée en vigueur du présent article;
- c) personne dont la classification professionnelle ou la classification de poste est désignée par règlement;

“**non-clinical services**” means services other than medical, diagnostic or therapeutic services provided by a designated health services professional to a person who is currently admitted to a bed in an inpatient unit in an acute care hospital, and includes any other services designated by regulation.

« **services non cliniques** » Services autres que les services médicaux, thérapeutiques, ou de diagnostic dispensés par un professionnel de la santé désigné au patient hospitalisé dans un hôpital de soins actifs. Sont compris dans ces services les autres services désignés par règlement.

(2) A collective agreement between HEABC and a trade union representing employees in the health sector must not contain a provision that in any manner restricts, limits or regulates the right of a health sector employer to contract outside of the collective agreement for the provision of non-clinical services.

(2) Les conventions collectives entre la HEABC et les syndicats représentant les employés du secteur de la santé ne peuvent prévoir aucune clause qui, de quelque manière que ce soit, restreint, limite ou réglemente le droit de l'employeur du secteur de la santé de sous-traiter des services non cliniques hors du cadre défini par la convention collective.

(3) The labour relations board or an arbitrator appointed under the Code or under a collective agreement must not declare a person who

(3) À moins que les personnes visées aux alinéas a) et b) ne fassent entièrement partie de l'organisation et ne relèvent directement de l'employeur du secteur de la santé, elles ne sont pas reconnues comme employés du secteur de la santé par la commission des relations du travail ou un arbitre nommé en vertu du Code ou d'une convention collective :

- (a) provides services under a contract between a health sector employer and an employer that is not a health sector employer, and
- (b) is an employee of the employer that is not a health sector employer

- a) les personnes qui dispensent des services dans le cadre d'un contrat entre un employeur du secteur de la santé et un employeur ne relevant pas de ce secteur;

to be an employee of the health sector employer unless the employee is fully integrated with the

operations and under the direct control of the health sector employer.

- (4) A provision in a collective agreement requiring an employer to consult with a trade union prior to contracting outside of the collective agreement for the provision of non-clinical services is void.
- (5) A collective agreement does not bind, and section 35 of the Code does not apply to, a person who contracts with a health sector employer.
- (6) A health sector employer must not be treated under section 38 of the Code as one employer with any other health sector employer or a contractor.

Employment Security and Labour Force Adjustment Agreement

- 7 (1) A party to ESLA is not required to carry out a term of ESLA on or after the coming into force of this section.
- (2) A party to a collective agreement is not required to carry out any part of a provision that is based on or derived from ESLA in the collective agreement.
- (3) ESLA does not apply for the purposes of the interpretation or application of the collective agreement.

Healthcare Labour Adjustment Society

- 8 (1) In this section, “**HLAA**” means The Healthcare Labour Adjustment Society of British Columbia incorporated under the *Society Act*.
- (2) The minister may appoint an administrator for HLAA.
- (3) The administrator appointed under subsection (2) replaces the directors of HLAA and may exercise all the rights and duties of directors under the *Society Act*.
- (4) The administrator must ensure that HLAA’s programs and activities operate only to the extent necessary to honour obligations to employees of health sector employers who were laid off under ESLA and to honour existing financial commitments made to health sector or other employers

b) l’employé qui travaille pour une personne autre qu’un employeur du secteur de la santé.

- (4) Sont nulles les clauses de conventions collectives qui obligent l’employeur à consulter le syndicat avant de sous-traiter des services non cliniques hors du cadre défini par la convention collective.
- (5) La personne qui conclut un contrat avec un employeur du secteur de la santé n’est pas liée par les conventions collectives et n’est pas visée par l’article 35 du Code.
- (6) La désignation d’employeur commun prévue à l’article 38 du Code ne peut s’appliquer à l’employeur du secteur de la santé qui assure une activité avec un autre employeur du secteur de la santé ou un entrepreneur.

Employment Security and Labour Force Adjustment Agreement

- 7 (1) Les parties à l’ESLA ne sont pas tenues d’appliquer l’ESLA à compter de l’entrée en vigueur du présent article.
- (2) Les parties à une convention collective ne sont pas tenues d’appliquer les clauses, ou parties de clauses de la convention collective qui relèvent ou proviennent de l’ESLA.
- (3) L’ESLA ne s’applique pas pour l’interprétation ou l’application de la convention collective.

Healthcare Labour Adjustment Society

- 8 (1) Pour l’application du présent article, « **HLAA** » s’entend de la Healthcare Labour Adjustment Society of British Columbia, société constituée en vertu de la *Society Act*.
- (2) Le ministre peut nommer un administrateur à la HLAA.
- (3) L’administrateur visé au paragraphe (2) remplace les directeurs de la HLAA et peut exercer toutes les attributions que la *Society Act* confère aux directeurs.
- (4) L’administrateur doit s’assurer que les programmes et activités de la HLAA sont utilisés uniquement dans la mesure nécessaire pour lui permettre de s’acquitter de ses obligations envers les employés du secteur de la santé mis à pied aux termes de l’ESLA et pour lui permettre

for reimbursement under one of HLAA's programs.

- (5) The minister may direct the administrator to offer programs and activities beyond those in subsection (4).
- (6) The administrator is responsible for winding up HLAA in accordance with the *Society Act*.
- (7) The administrator may wind up HLAA when its obligations under subsections (4) and (5) are complete.
- (8) The administrator must complete his or her duties under this section within one year from the date on which he or she is appointed.
- (9) Any money remaining in HLAA at the time it is wound up must be paid into the Health Special Account referred to in the *Health Special Account Act*.

Layoff and bumping

- 9 For the period ending December 31, 2005, a collective agreement must not contain a provision that
- (a) restricts or limits a health sector employer from laying off an employee,
 - (b) subject to paragraph (c), requires a health sector employer to meet conditions before giving layoff notice,
 - (c) requires a health sector employer to provide more than 60 days' notice of layoff to an employee directly or indirectly affected and to the trade union representing the employee, or
 - (d) provides an employee with bumping options other than the bumping options set out in the regulations.

Part prevails over collective agreements

- 10 (1) A collective agreement that conflicts or is inconsistent with this Part is void to the extent of the conflict or inconsistency.

de respecter les engagements financiers qu'il a pris envers les employeurs du secteur de la santé ou d'autres employeurs pour effectuer les remboursements prévus à l'un des programmes de la HLAA.

- (5) Le ministre peut enjoindre à l'administrateur d'offrir des programmes et activités autres que ceux mentionnés au paragraphe (4).
- (6) L'administrateur est tenu de liquider la HLAA conformément aux dispositions de la *Society Act*.
- (7) L'administrateur peut liquider la HLAA une fois que toutes les obligations prévues aux paragraphes (4) et (5) auront été remplies.
- (8) L'administrateur doit s'acquitter des obligations qui lui sont confiées en application du présent article dans l'année qui suit la date de sa nomination.
- (9) Tout solde appartenant à la HLAA au moment de sa liquidation est versé dans le Health Special Account mentionné dans la *Health Special Account Act*.

Mise en disponibilité et supplantation

- 9 Pour la période se terminant le 31 décembre 2005, les conventions collectives ne peuvent prévoir aucune clause qui, selon le cas :
- a) restreint ou limite le pouvoir de l'employeur du secteur de la santé de mettre en disponibilité;
 - b) sous réserve de l'alinéa c), oblige l'employeur du secteur de la santé à répondre à certaines conditions avant de donner un préavis de mise en disponibilité;
 - c) oblige l'employeur du secteur de la santé à donner un préavis de mise en disponibilité de plus de 60 jours à l'employé directement ou indirectement visé et au syndicat qui le représente;
 - d) offre à l'employé des choix quant à la supplantation autres que ceux prescrits par règlement.

La présente partie l'emporte sur les conventions collectives

- 10 (1) Sont inopérantes les clauses de conventions collectives qui entrent en conflit ou sont incompatibles avec la présente partie.

- (2) A provision of a collective agreement that
- (a) requires a health sector employer to negotiate with a trade union to replace provisions of the agreement that are void as a result of subsection (1), or
 - (b) authorizes or requires the labour relations board, an arbitrator or any person to replace, amend or modify provisions of the agreement that are void as a result of subsection (1),

is void to the extent that the provision relates to a matter prohibited under this Part.

Appeal allowed in part with costs, DESCHAMPS J. dissenting in part.

Solicitors for the appellants: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Heenan Blaikie, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Confederation of National Trade Unions: Pepin et Roy, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener Michael J. Fraser on his own behalf and on behalf of United Food and Commercial Workers Union Canada: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Teachers' Federation: Noonan Hewson Law Office, Vernon.

- (2) Sont inopérantes, dans la mesure où elles portent sur l'une des interdictions prévues à la présente partie les clauses de conventions collectives qui :

- a) soit obligent l'employeur du secteur de la santé à négocier avec le syndicat en vue du remplacement d'une clause rendue inopérante par application du paragraphe (1);
- b) soit autorisent la commission des relations du travail, l'arbitre ou toute autre personne à remplacer ou modifier une clause rendue inopérante par application du paragraphe (1), ou lui imposent cette obligation.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens, la juge DESCHAMPS est dissidente en partie.

Procureurs des appelants : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Heenan Blaikie, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux : Pepin & Roy, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Michael J. Fraser, en son propre nom et au nom de United Food and Commercial Workers Union Canada : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Teachers' Federation : Noonan Hewson Law Office, Vernon.