

## La coexistence de la liberté d'entreprise et de la liberté syndicale

Pierre Verge

Volume 67, numéro 3, 2012

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1012542ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1012542ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Département des relations industrielles de l'Université Laval

ISSN

0034-379X (imprimé)

1703-8138 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Verge, P. (2012). La coexistence de la liberté d'entreprise et de la liberté syndicale. *Relations industrielles / Industrial Relations*, 67(3), 526–539.  
<https://doi.org/10.7202/1012542ar>

Résumé de l'article

La liberté d'entreprendre et la liberté syndicale coexistent. Comment le droit aménage-t-il cette coexistence? Examen, en premier lieu, du sort réservé à cette dernière dans le souci de protéger la liberté d'entreprendre manifesté par le *Code criminel* et la *Loi sur la concurrence*. En particulier, de la portée de l'exception syndicale contenue dans cette dernière loi et de son évolution possible. En second lieu, à titre d'exception au principe de la liberté d'entreprise, la liberté syndicale pourrait-elle faire obstacle à cette dernière dans le cas de décisions entrepreneuriales touchant à la vie de l'entreprise, en particulier sa fermeture totale ou partielle, lorsqu'elles sont motivées par des considérations antisyndicales?

## DROIT DU TRAVAIL

# La coexistence de la liberté d'entreprise et de la liberté syndicale

Pierre Verge

**La liberté d'entreprendre et la liberté syndicale coexistent. Comment le droit aménage-t-il cette coexistence? Examen, en premier lieu, du sort réservé à cette dernière dans le souci de protéger la liberté d'entreprendre manifesté par le *Code criminel* et la *Loi sur la concurrence*. En particulier, de la portée de l'exception syndicale contenue dans cette dernière loi et de son évolution possible. En second lieu, à titre d'exception au principe de la liberté d'entreprise, la liberté syndicale pourrait-elle faire obstacle à cette dernière dans le cas de décisions entrepreneuriales touchant à la vie de l'entreprise, en particulier sa fermeture totale ou partielle, lorsqu'elles sont motivées par des considérations antisyndicales?**

## Introduction

La liberté d'entreprise et la liberté syndicale sont appelées à coexister dans une économie libérale règlementée, modèle actuel de la société québécoise contemporaine. L'une et l'autre en sont les fondements sur le plan socio-économique. Si leur réalité dépend évidemment du comportement des acteurs, ces libertés n'en sont pas moins théoriquement antinomiques sous certains rapports.

Envisagée en elle-même, la liberté d'entreprise, celle de faire affaire ou commerce, se rattache à la liberté de la personne qui prévaut plus largement dans la société, en l'absence de prohibitions étatiques, notamment dans ses manifestations que sont la liberté contractuelle et, moins directement, le droit de propriété<sup>1</sup>. La liberté d'entreprise ne jouit pas au Canada de la protection constitutionnelle<sup>2</sup>. Elle n'en représente pas moins un « principe » du système juridique québécois<sup>3</sup>. Elle est « latent[e] dans les dispositions du *Code civil* sur la liberté contractuelle [...] »<sup>4</sup>. Ainsi rattachée à la personne humaine, elle est d'une nature individuelle, bien que son exercice puisse se manifester dans des formes d'entreprises communes, ce qui se produit d'ailleurs le plus souvent sous le couvert de la personne morale.

La liberté syndicale s'est, pour sa part, affirmée historiquement, à travers différents mouvements de coalition de travailleurs destinés à redresser leur inégalité individuelle face à l'élément patronal. Ce fut le cas au Canada<sup>5</sup> à l'instar d'autres pays occidentaux industrialisés<sup>6</sup>. Son orientation collective lui est ainsi inhérente. Certaines de ses manifestations jouissent de la protection constitutionnelle du fait de leur inclusion dans la liberté générale d'association<sup>7</sup>. Il s'agit ainsi, outre les aspects constitutifs de l'association, du processus de négociation collective, sans assurance toutefois pour l'instant de l'inclusion du droit de grève dans le champ de la protection constitutionnelle<sup>8</sup>. Elle assure donc une voix aux milieux syndiqués dans la société et y contribue à la réalisation d'une démocratie participative<sup>9</sup>.

La tension est donc bien présente, du moins théoriquement, entre la force de concertation des travailleurs, leur liberté syndicale, et la liberté de mouvement que postule sur le plan contractuel la liberté d'entreprendre. L'expression collective de la première liberté peut en venir facilement à faire obstacle à l'exercice de la seconde, d'une nature individuelle.

Dans quelle mesure et comment le droit est-il parvenu à assurer la coexistence de ces deux grandes libertés? Selon la séquence historique du développement du droit, il sera successivement question de l'affirmation de la liberté syndicale face à la liberté d'entreprendre et de celle de la liberté d'entreprendre face à la liberté syndicale.

### **Affirmation de la liberté syndicale face à la liberté d'entreprendre**

La liberté d'entreprise correspond à une économie de marché ; elle « [...] suppose l'existence d'une concurrence, laquelle permet en même temps de peser sur les prix, et est donc de ce point de vue favorable à l'activité économique »<sup>10</sup>. De là, la centralité par rapport au système économique de la loi qui y assure cette concurrence, tout en la réglementant dans une certaine mesure. Tel est l'objet même de la *Loi sur la concurrence* : « préserver et favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne »<sup>11</sup>. À son tour, du nombre de différentes infractions relatives au commerce qu'énonce cette loi, occupe une position-clé l'interdiction du complot, de l'accord ou de l'arrangement entre concurrents limitatifs de cette concurrence. Selon l'article 45 de la loi, il peut s'agir notamment de l'établissement ou du contrôle du prix, de la fourniture d'un produit, de la réduction, ou de l'élimination d'un tel produit – notion qui comprend un service. L'activité syndicale pourrait être interpellée par ces dispositions d'application générale<sup>12</sup>. Toutefois, la loi d'affirmer à l'article 4 qu'elle ne s'applique précisément pas :

a) aux coalitions d'ouvriers ou d'employés, formées en vue de leur assurer une protection professionnelle convenable, ni à leurs activités à cette fin ;

b) [...]

c) aux contrats, accords ou arrangements que concluent deux employeurs au moins, appartenant à un secteur commercial, industriel ou professionnel, directement entre eux ou par l'intermédiaire d'une personne morale ou d'une association dont ils font partie, au sujet des négociations collectives portant sur les traitements, salaires et conditions d'emploi de leurs employés.

#### Restriction

(2) Le présent article n'a pas pour effet d'exempter de l'application de la présente loi les contrats, accords ou arrangements conclus, par un employeur, en vue de refuser un produit à une personne ou d'empêcher une personne de fournir un produit autre que des services par des ouvriers ou des employés.

Cette mise à l'écart de la portée de la loi des coalitions d'ouvriers et d'employés « formées en vue de leur assurer une protection professionnelle convenable [et de] leurs activités à cette fin » se complète par des précisions apportées par le *Code criminel*, lequel définit encore le complot en vue de restreindre le commerce, en dépit de l'abrogation, en 1960, de ses dispositions qui établissaient antérieurement les infractions à la liberté de commerce et de l'amplification correspondante alors de la loi traitant spécifiquement des « enquêtes sur les coalitions »<sup>13</sup>. D'une part, le *Code criminel* précise que les « objets d'un syndicat ne sont pas illégaux [...] pour la seule raison qu'ils restreignent le commerce »<sup>14</sup> ; d'autre part, il exclut de l'infraction de complot « le seul fait de [...] refuser de travailler avec un ouvrier ou pour un patron », ce qui est de nature à comprendre la participation à une grève à finalité professionnelle, de même que la participation à une « entente industrielle », qu'il définit de manière à inclure le fait de concourir à la négociation collective<sup>15</sup>.

Historiquement, l'ensemble de ce régime protecteur de l'activité syndicale au regard de la législation visant à assurer la libre concurrence participe de l'affirmation, plus ample et graduelle, du syndicalisme dans la société canadienne<sup>16</sup>. Il se confond lui-même – sans toutefois s'y limiter – avec l'action de concertation reliée à la négociation collective, laquelle en est venue à occuper une place centrale aux yeux du Parlement dans la société canadienne en tant que facteur de diminution de la conflictualité sociale, puis, plus positivement, en tant que mode de détermination des régimes de travail. En effet, ces précédentes réserves en faveur de l'institution et de l'activité syndicales se retrouvent dans des versions antérieures, tant du *Code criminel* que de la législation spécifiquement relative à la concurrence ayant eu cours tout au long du siècle précédent<sup>17</sup>.

Si le pouvoir politique des syndicats explique ainsi factuellement, à diverses époques, l'insertion et le maintien de l'« exception syndicale » dans la législation canadienne, une justification théorique, d'application plus universelle, s'en impose toutefois.

L'explication repose sur l'analyse du statut juridique du travailleur salarié<sup>18</sup>. La relation d'emploi, que formalise le plus souvent le contrat de travail, se caractérise par la subordination, à la fois juridique et économique du salarié envers l'employeur, par son insertion en définitive dans l'entreprise de ce dernier<sup>19</sup>. Il n'est pas un agent économique autonome sur le marché ; d'une façon générale, il ne se livre pas à la concurrence sur ce plan général. Mais, qu'en est-il à l'endroit de son employeur ? Ne lui fournit-il pas un service, que la loi, a-t-on vu, assimile à un produit, à un article, et dont il pourrait influencer la production et le prix, son salaire, par une action concertée ? À la différence du contrat d'entreprise dont l'objet serait une telle finalité rétribuée, tel n'est pas le sens véritable de l'engagement du salarié. Dissociant la rétribution – sauf cas marginaux – de la valeur du service accompli pour l'employeur – c'est plutôt sa personne même qu'il met partiellement à la disposition de l'employeur, soit sa force ou sa capacité de travail<sup>20</sup>. Cette force de travail ne peut être assimilée simplement à n'importe quel autre service vendu à un client. La « personnalité subjective » du salarié est en cause. Prend ici tout son sens l'affirmation : « Le travail salarié n'est pas une marchandise ou un service »<sup>21</sup>. Le rappelait notamment le *Clayton Act* de 1914 aux États-Unis, à la base, précisément, de son exclusion de la poursuite d'objets syndicaux de l'emprise de la législation antérieure protectrice de la concurrence dans ce pays : « The labor of human being is not a commodity of commerce »<sup>22</sup>. La « mise en retrait » du marché du travail salarié s'impose donc en principe, qu'il soit individuel, ou collectif, une pluralité de salariés agissant de concert pour redresser l'inégalité caractéristique du rapport salarial<sup>23</sup>. Il en est ainsi que la concertation des salariés soit passagère ou épisodique, ou, au contraire, qu'elle se manifeste en des structures durables de caractère syndical.

Quelle est donc la portée précise de telle « mise en retrait » opérée par le droit canadien de la concurrence, à la fois *ratione materiae* et *ratione personae* ?

Dans le premier cas, le point de départ est la légalité intrinsèque des objets des syndicats – la protection des intérêts économiques et sociaux de ses adhérents, notamment par le biais de la négociation collective – au regard de l'affirmation de la libre-concurrence, selon le *Code criminel*, avec lequel s'accorde la *Loi sur la concurrence*. Il en est de même spécifiquement du résultat de la négociation collective, l'entente collective portant sur des conditions de travail concernant des salariés, ou « entente industrielle »<sup>24</sup>. Toutefois, cette protection demeure limitée. D'une part, selon l'article 4 de la *Loi sur la concurrence*, les coalitions d'ouvriers ou d'employés et leurs activités à cette fin, ne se trouvent à l'écart de cette loi

que dans la mesure où elles sont formées « en vue de leur assurer une protection professionnelle convenable » et, d'autre part, pour ce qui est des ententes qui peuvent en résulter, selon le second paragraphe de la même disposition, elles ne peuvent intervenir « en vue de refuser un produit à une personne ou empêcher une personne de fournir un produit autre que des services par des ouvriers ou des employés ».

L'établissement d'oligopoles, en l'occurrence régionaux, réservant aux membres la possibilité, dans ce cas, d'installer des articles de plomberie ou d'électricité, outrepassa de telles limites. Un tel contrôle de ces marchés allait à l'encontre de l'intérêt public, selon l'appréciation circonstanciée des contextes en cause<sup>25</sup>. De même, de l'avis – non judiciaire cette fois – du commissaire à la concurrence, qui agissait selon la loi d'alors, le boycott syndical de certains magasins dans le but de mettre fin à une guerre de prix régionale du pain dépassait la précédente limite du « raisonnable » et contrevenait de ce fait à l'intérêt public. Il en était ainsi même s'il était entrepris en vue de protéger la rémunération à la pièce des membres du syndicat<sup>26</sup>. Toutefois, la menace de grève de la part d'un syndicat dans le but d'obtenir la cessation d'une autre guerre de prix régionale, cette fois entre différentes laiteries, tentative de fixation de prix elle-même tenue pour anticoncurrentielle, doit être dissociée de cette illégalité. Il s'agissait cette fois, en effet, d'une action directement liée à la protection de la rémunération, et non d'une tentative de réduire la concurrence sur ce marché<sup>27</sup>. En somme, il faudrait ainsi distinguer l'action ou l'entente visant à limiter indûment la concurrence relativement à un article ou à un service sur un marché, de l'action ou de l'entente qui, elle, a pour objet direct et substantiel le travail à l'endroit de l'élément patronal, soit sa protection, soit la réglementation de ses conditions d'exécution. Il en serait ainsi même si une composante travail s'intègre à l'action ou à l'entente du premier type<sup>28</sup>. Distinction donc entre le marché des biens et services et celui du travail, laquelle, dans la pratique, n'est pas toujours aussi tranchée...

La précédente distinction rejoint d'ailleurs la portée de l'exemption syndicale dans la loi tenant cette fois au type de personnes que réunit le groupement qui est l'auteur de l'activité collective de nature syndicale. Selon le libellé de l'article 4, il s'agit d'« employés » et d'« ouvriers ». Le *Code criminel* a recours à un même registre à l'article 467 et mentionne aussi expressément le « contrat de travail ou service ». L'ensemble se réfère donc au rapport de travail salarial, c'est-à-dire, juridiquement subordonné, normalement régi par le contrat de travail et à l'exclusion du travail indépendant<sup>29</sup>. L'activité syndicale visée correspond à ce domaine. De là le problème grandissant aujourd'hui de l'adéquation de la formulation de l'exemption syndicale à l'évolution de la nature contemporaine de l'entreprise, partant, à celle de l'organisation du travail relié à cette dernière<sup>30</sup>. Dans la mesure, en effet, où le recours au travail autonome, du

moins formellement, se substitue dans l'entreprise-réseau au recours au travail subordonné, caractéristique de l'entreprise classique ou fordiste, l'exception syndicale de l'article 4 risque, en effet, d'être dénuée de portée : elle laisse pour compte ces travailleurs formellement indépendants, mais, en fait, liés dans un rapport de dépendance, à la fois administrative et, surtout, économique, envers une entreprise qui n'est pas la leur. Il est alors possible de parler de « dépendance dans l'indépendance »<sup>31</sup>. Le titulaire d'une franchise octroyée par une entreprise d'envergure pourrait servir d'exemple. Dans ce cas, à l'instar du travail salarié, l'inégalité du pouvoir de négociation individuel du travailleur face au donneur d'ouvrage, en ce qui a trait aux conditions d'exécution et de rémunération du travail, nécessite le libre recours à l'activité de concertation pour la redresser. Il importe alors encore ici de bien distinguer l'offre de bien ou de service sur le marché, pour le public en général, par le travailleur, sous la bannière de l'entreprise à laquelle il est lié, qui seule concerne la *Loi sur la concurrence*, du plan du rapport personnel de travail avec l'entreprise d'autrui, qui doit demeurer étranger à cette loi.

La nécessité d'élargir l'exception syndicale à l'ensemble du travail indépendant économiquement d'autrui, même s'il n'est pas juridiquement subordonné, selon la détermination classique du salariat, avait été entrevue dès 1968 dans le rapport dit Woods<sup>32</sup>. Elle s'est réalisée spécifiquement à l'endroit des associations d'artistes, eux-mêmes tenus pour travailleurs indépendants : formées pour assurer leur protection professionnelle, elles sont assimilées à des « coalitions d'employés » pour ce qui est de l'application de l'article 4 de la *Loi sur la concurrence*<sup>33</sup>. L'élargissement de la portée de l'exception syndicale devrait permettre d'atteindre généralement l'activité syndicale de concertation reliée au travail exécuté dans la dépendance envers l'entreprise d'autrui, qu'il soit salarié ou pas.

Certes, l'élargissement de la notion de « salarié » ou d'« employé » dans les lois qui concernent les rapports de travail dans les différentes juridictions canadiennes, lois elles-mêmes d'une teneur technique diversifiée entre elles, peuvent influencer l'interprétation du terme « employé » utilisé dans l'article 4 de la *Loi sur la concurrence*, même s'il s'agit de contextes différents. Il y a, en effet lieu de rechercher la concordance d'interprétation, sauf volonté contraire du Parlement<sup>34</sup>. Par exemple, la Partie I du *Code canadien du travail* définit à ses fins l'« employé » de manière à comprendre l'« entrepreneur dépendant », ce qui n'est toutefois pas le cas de toutes les lois semblables<sup>35</sup>. Mais, même ainsi élargie, cette définition, selon l'interprétation reçue, reste en deçà de l'ensemble du travail personnel indépendant relié à l'entreprise d'autrui<sup>36</sup>. L'assurance de l'élargissement souhaité ne peut venir en définitive que de l'adaptation de la *Loi sur la concurrence* elle-même à la réalité contemporaine du travail.

À défaut d'une telle adaptation, toute restriction de l'activité de concertation de travailleurs non visés par l'actuelle exemption syndicale de l'article 4 de la *Loi sur la concurrence*, non seulement devrait bien tenir à la protection de l'intérêt public, nécessaire examen au regard de cette loi, mais aussi de la protection constitutionnelle de la liberté d'association, dans la mesure du moins des aspects de la négociation collective à des fins professionnelles visés par celle-ci<sup>37</sup>.

### **Affirmation de la liberté d'entreprendre face à la liberté syndicale**

À priori, l'exercice de la liberté d'entreprise est compatible avec l'existence de la liberté d'association sur le plan syndical. Par exemple, à l'occasion de cette manifestation aigüe de cette dernière qu'est l'exercice du droit de grève, action typiquement syndicale, l'employeur peut choisir de maintenir en activité son entreprise, tout ou en partie, par des moyens qu'il juge appropriés. Il en est ainsi, aussi bien à l'occasion de l'exercice classique de la grève, entretenue notamment par le *Code canadien du travail*, que dans le cas d'une grève voulue « totale » par le législateur québécois. Dans ce dernier cas, les interdictions détaillées du régime dit « anti-briseurs de grève » laissent place à la poursuite de l'activité de l'entreprise, sous réserve de ces interdictions. Ainsi, il sera possible à l'employeur de recourir aux services de salariés d'un autre employeur, ou ceux d'un entrepreneur, qui ne s'exécutent pas dans l'établissement où la grève a été déclarée<sup>38</sup>.

La liberté d'entreprendre s'affirme en principe et cohabite normalement avec la liberté syndicale. Il est toujours possible, en certaines circonstances, que l'exercice de la liberté d'entreprendre entrave exceptionnellement la liberté syndicale. Si on voit mal comment la mise sur pied initiale d'une entreprise puisse en soi en arriver à avoir cet effet dissuasif, il en va différemment, une fois l'entreprise constituée, de sa fermeture, totale ou partielle, ou de transformation. Elle n'est plus alors à l'état de projet; il s'agit d'une réalité sociale dont le cours est significatif pour son milieu ambiant et son personnel. Ces gestes, qui sont inhérents à la liberté d'entreprendre, deviennent illégaux si une motivation syndicale les sous-tend.

La liberté syndicale est, en effet, forte de l'ordre public : constitutionnel d'abord, dans la mesure où, pour l'instant, il s'agit de la liberté constitutive d'association et du processus de négociation collective<sup>39</sup>. Il en est de même dans l'ordre juridique québécois, cette fois de façon « quasi-constitutionnelle », mais généralement, c'est-à-dire à l'endroit aussi des rapports privés<sup>40</sup>. Les lois régissant les rapports collectifs du travail, tant dans l'ordre fédéral que québécois, assortissent également la liberté syndicale de ce caractère d'ordre public, cette fois à la mesure de tout leur contenu, par exemple, y compris l'exercice du droit de grève<sup>41</sup>. La souveraineté décisionnelle de l'employeur, qui caractérise normalement l'exercice de la liberté d'entreprendre, se trouve subordonnée aux valeurs impératives de cet ordre public



du système national. De surcroît, les normes internationales auxquelles le Canada a souscrit confortent ce contenu d'ordre public de la liberté syndicale<sup>42</sup>.

Cette position de principe se heurte toutefois dans la pratique à des complications qui tiennent à la difficulté d'apporter la preuve de la motivation antisyndicale du geste de l'employeur, y compris le nécessaire départage dans certains cas entre cette motivation et l'argumentaire économique de l'employeur. Elle doit aussi faire face à la difficulté d'apporter une sanction adéquate au geste illégal de l'employeur, le cas échéant. De telles difficultés pratiques n'affaiblissent en rien la position de principe en cause.

Pour ce qui est des problèmes de preuve, au-delà des circonstances particulières, il importe, certes, d'affirmer que l'opportunité des choix économiques de l'employeur ne doit pas être remis en cause, l'examen par l'instance appropriée se limitant à vérifier l'absence de considérations antisyndicales à la base de la décision de fermer, totalement ou partiellement, l'entreprise, ou encore, de modifier sa configuration. Cette décision constitue-t-elle, ou non, une tentative d'intimidation des salariés, pour ce qui est de leur activité syndicale légitime, une situation d'entrave à l'activité légitime du syndicat lui-même<sup>43</sup>?

La fermeture de l'entreprise, ou de l'un de ses établissements, pose avec acuité le problème de la réparation du geste illégal, car dit-on couramment : « Pratiquement, on ne peut forcer l'employeur à faire affaires, à gérer une entreprise contre son gré ! ». Le droit n'est cependant pas pour autant démuné. D'une façon générale, outre les sanctions pénales en vertu du *Code du travail* du Québec<sup>44</sup>, la réparation par équivalent est toujours possible<sup>45</sup>. Les modes de redressement en nature sont souvent praticables. La réalité qui s'impose couramment est celle d'une fermeture d'établissement, c'est-à-dire celle d'une partie seulement d'une grande entreprise dont l'activité se poursuit. Elle laisse prise à l'exécution de conclusions « en nature » appropriées. Elles portent sur la partie de l'entreprise encore en activité. Il peut en être ainsi en droit, parce que les instances chargées d'intervenir, la Commission des relations du travail, selon le code québécois<sup>46</sup>, ou, lorsque la loi fédérale s'applique, le Conseil canadien des relations industrielles<sup>47</sup> possèdent d'amples pouvoirs de réparation<sup>48</sup>.

Selon la Cour suprême du Canada dans ses arrêts *Wal-Mart* de 2009 – ils avaient pour origine la fermeture d'un des nombreux magasins de l'entreprise dans différents pays, y compris un établissement pas tellement éloigné du magasin fermé, ce qui facilitait le transfert d'activités – l'employeur qui ferme l'entreprise, ou l'un de ses établissements d'une façon définitive pour y entraver la vie syndicale ne jouit d'aucune immunité et est passible de recours prévus dans les lois du travail<sup>49</sup>. Logiquement, cette affirmation suppose de conclure au préalable à l'illégalité de son geste. Il doit toutefois s'agir d'un recours approprié. Selon l'opinion majoritaire dans ses arrêts, ce n'était pas le cas dans ces espèces.

Voyant dans le congédiement des salariés une étape distincte de celle de la fermeture préalable de l'établissement, au lieu de prendre une vision globale et unifiée de l'affaire, les juges majoritaires étaient d'avis qu'à la suite de cette fermeture, on ne pouvait retrouver les emplois perdus<sup>50</sup> en vertu du recours pour congédiement dit pour activité syndicale selon les articles 15 et suivants du *Code du travail* du Québec. Ce recours est avantageusement assorti d'une présomption réfutable de congédiement pour activité syndicale. Selon ces juges, la fermeture de l'établissement était la cause véritable et définitive de ces pertes d'emploi. Ces décisions laissaient cependant ouverte la possibilité d'exercer d'autres recours légaux à l'encontre de la fermeture elle-même, même s'il faut convenir qu'aucune présomption ne s'attache à ceux-ci, à la différence du recours exercé<sup>51</sup>.

L'affirmation précédemment entretenue dans la jurisprudence, même celle de la plus haute instance, voulant que l'employeur puisse mettre fin à l'activité de l'entreprise pour tout motif, « même condamnable socialement », comme l'antisindicalisme, n'est donc plus reçue, toute contestable qu'elle était dans sa généralité<sup>52</sup>. Elle correspondait, soit dit en passant, à l'absolutisme de la conception américaine du droit de l'employeur de fermer totalement l'entreprise. Quant à la fermeture partielle, il n'en va pas nécessairement ainsi selon ce droit américain, compte tenu de son effet dissuasif possible sur le personnel encore actif dans l'entreprise<sup>53</sup>. Au Canada, la distinction entre la fermeture totale et la fermeture partielle ne peut être pertinente qu'en ce qui a trait à la réalisation pratique des conclusions s'attachant aux recours envisagés, par exemple, l'ordonnance d'emploi des salariés dans le secteur encore actif de l'entreprise étant plus facilement contraignable que la reprise totale de l'activité d'une autre entreprise<sup>54</sup>.

Les arrêts *Wal-Mart* laissent toutefois cours à une certaine ambiguïté en raison de leur déférence à l'endroit d'un arrêt antérieur de la Cour suprême, l'arrêt dit *Place des Arts* qui avait précisément entériné l'affirmation générale précédente<sup>55</sup>. En effet, selon une interprétation possible de cet arrêt, si des recours peuvent être exercés à la suite d'une fermeture antisindicale d'entreprise, comme l'affirment les arrêts *Wal-Mart*, ordonner sa réouverture et ses conséquences serait toutefois exceptionnellement exclu, non pas tant en raison de la difficulté pratique déjà entrevue, mais parce qu'une telle ordonnance contredirait l'état du droit québécois reconnu par l'arrêt *Place des Arts*<sup>56</sup>. Cette version des choses ne devrait cependant pas prévaloir. La *ratio* de l'arrêt *Place des Arts*, toujours valable, ne portait pas sur la fermeture elle-même : l'employeur Place des Arts, « n'utilisait » pas les services des locataires de la salle de spectacle qui accomplissaient dorénavant les tâches assumées antérieurement par ses propres salariés; Place des Arts ne contrevenait donc pas ainsi au régime dit « anti-briseurs de grève » du droit québécois, avait-on décidé<sup>57</sup>. Telle étant la portée de l'arrêt *Place des Arts*, ses affirmations au sujet de la fermeture d'entreprise perdent donc leur influence. De plus, il en était

de même du jugement du Tribunal du travail, à l'origine de l'affirmation générale entérinée par l'arrêt *Place des Arts* : tout comme dans les arrêts *Wal-Mart*, il s'agissait de recours à l'encontre de congédiements illégaux selon l'article 15 et suivants du *Code du travail* et, non directement, de la fermeture elle-même de l'entreprise<sup>58</sup>. Subsidiairement, n'était pas en cause la situation se prêtant le plus facilement à l'ordonnance de réouverture, soit la fermeture d'un seul des établissements de l'entreprise; il s'agissait plutôt de la fermeture de celle-ci dans sa totalité, ce qui circonscrit d'autant la difficulté, si elle devait prévaloir. Encore ici, concrètement, une appréhension intégrée du geste de l'employeur pourrait s'opposer à une distinction plutôt artificielle entre la transformation de l'entreprise et ses conséquences négatives sur l'emploi des salariés<sup>59</sup>.

## Conclusion

Ainsi, la liberté syndicale et celle d'entreprendre sont appelées à une existence simultanée dans la société québécoise : la première, s'y était graduellement affirmée et y jouit maintenant sous plusieurs aspects de la protection constitutionnelle; la seconde est inhérente à une économie libérale réglementée. Comment le droit assure-t-il leur coexistence? Il lui a d'abord fallu affirmer généralement la légalité de l'action syndicale au regard de la liberté de mouvement de l'entrepreneur. Nécessaire explicitation, car sa nature collective ne se concilie pas naturellement avec le libre-jeu du marché. C'est ce qu'a fait depuis longtemps la législation assurant la concurrence. Mais, ce n'est qu'un point de départ. Ponctuellement, les tribunaux doivent aussi intervenir pour tracer les limites de la liberté d'entreprendre et assurer l'existence effective de la liberté syndicale. Leur tracé est nécessairement évolutif. Ainsi devrait-il en être en particulier au cours des prochaines années de la consolidation de la reconnaissance par la Cour suprême de ce qu'un employeur ne peut « ferme[r] un établissement pour des raisons antisyndicales ». L'ordre public est en jeu.

## Notes

- 1 Sur ces fondements de la liberté d'entreprise, voir Pierre Verge et Dominic Roux, « Fermer l'entreprise : "un droit"... absolu? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, vol. 245, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2006, p. 223 à 263, aux p. 227 à 238. Voir la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 1, 6 et 7 (ci-après désignée : « C.d.l.p. ») ; C.c.Q., art. 2, 947, 1378.
- 2 L'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés, Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 dans L.R.C. 1985, App. II, n° 44, Partie I (ci-après désignée : « C.c.d.l. »), n'accorde, en effet, « aucune protection constitutionnelle aux droits économiques d'une société ». Voir *Irwin Toy Ltd c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 1004 et *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6, par. 46.
- 3 Sur la notion de « principe » juridique, voir Dominic Roux, *Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, p. 31-72. Voir C.c.Q., Disposition préliminaire.
- 4 En fonction du droit français : L. Vogel, *Traité de droit commercial*, 18<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J. 2000, t. 1, vol. 1, p. 61.
- 5 Voir notamment Judy Fudge et Eric Tucker, *Labour before the Law : The Regulation of Workers' Collective Action in Canada 1900-1948*, Toronto, Oxford University Press, 2001 ; Pierre Verge, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2006, p. 33-45.
- 6 Voir ainsi, pour ce qui est des pays européens, Antoine Jacobs, « Collective Self-Regulation », dans Bob Hepple (dir.), *The Making of Labour Law in Europe : A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, New York, Mansell, 1986, chap. 5, p. 193-241.
- 7 C.c.d.l., art. 2d) ; C.d.l.p., art. 3.
- 8 *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391. Sur la question non actuellement résolue de l'inclusion du droit de grève dans l'aire de protection constitutionnelle, voir notamment, outre le numéro spécial (2009-10) 15.2, C.L.E.L.J., Pierre Grenier et Annick Desjardins, « Les suites de l'arrêt *Health Services* : la constitutionnalisation du droit à la négociation par le biais de la liberté d'association emporte-t-elle entre autres celle de l'accréditation et du droit de grève? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, Vol. 293, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2008, p. 295-346 ; Pierre Verge, « Inclusion du droit de grève dans la liberté générale et constitutionnelle d'association : justification et effets », (2009) 50 C. de D. 267-299.
- 9 Voir ainsi *Health Services and Support, ibid.*, parag. 80 à 86.
- 10 Yves Chartier, *Droit des affaires*, t. 1, Paris, PUF, 1992, p. 494.
- 11 *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 1.1 (ci-après désignée : « L.c. »).
- 12 *Ibid.*, art. 45, article 2 : « Sont assimilés à un produit un article et un service ».
- 13 *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et le Code criminel*, 1960, 8-9 Eliz. II, c. 45, art. 13, 21-22.
- 14 *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 466 (2), (ci après désignée : « C.cr. »).
- 15 *Ibid.*, art. 467, La « coalition industrielle [...] désigne toute entente entre patrons ou ouvriers ou d'autres personnes pour réglementer ou changer les rapports entre patrons ou ouvriers

ou la conduite d'un patron dans ses affaires ou d'un ouvrier dans son emploi ou contrat de travail ou service ou concernant ces affaires, emploi, contrat de travail ou service ».

- 16 Voir notamment les ouvrages précités, note 5.
- 17 Voir A.C. Chrysler, *Restraint of Trade and Labour*, Toronto, Butterworths, 1967, p. 16 et suiv. (*Code criminel*) et p. 24 et suiv. (législation relative à la concurrence). Ainsi, l'affirmation de la non-illégalité des objets d'un syndicat selon l'article 466, C.Cr., se retrouve dans les statuts révisés de 1892 (c. 29, art. 517), de 1906 (c. 146) et de 1927 (c. 36), art. 497 dans les deux cas, de même que dans le *Code criminel*, 1953-1954, Eliz. II, art. 409. Quant à celle relative aux coalitions et accords en vue d'une « protection professionnelle convenable », de l'art. 4 de la L.c., voir le *Code criminel*, des statuts révisés de 1906 (c. 146) et de 1927 (c. 36), art. 498 (2) dans les deux cas (mention de « protection raisonnable »), la *Loi des coalitions et des prix raisonnables*, 1919, 9-10 Geo. V, art. 2(2), l'art. 34 de la *Loi relative aux coalitions*, 1923, 13-14 Geo. V, art. 9 (« protection convenable à titre d'ouvriers ou employés ») et les statuts révisés de 1927, c. 26, art. 4 (*idem*).
- 18 Voir l'analyse faite dans le contexte du droit communautaire européen : Laetitia Driguez, *Droit social et droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 64-78.
- 19 Voir ainsi C.c.Q., art. 2085.
- 20 Voir notamment Thierry Revet, *La force de travail*, Paris, Litec, 1992.
- 21 L. Driguez, *op. cit.*, note 18, p. 77.
- 22 En conséquence, de poursuivre la disposition : « Nothing contained in the antitrust law shall be construed to forbid the existence or operation of labor [...] organizations [...] ». Voir le *Clayton Act*, 1914, 38 Stat 730, sec. 6.
- 23 L. Driguez, *op. cit.*, note 18, p. 77 et 78.
- 24 C.cr, art. 466 et 467.
- 25 *R. v. Singer*, [1931] O.R. 201 (Ont. H.Ct.), en part. aux p. 212-216 (il s'agissait toutefois de poursuite contre des individus responsables de la coalition); *R. v. Electrical Contractors Association of Ontario*, [1961] O.R. 265 (Ont. C.A.). En particulier, dans ce dernier cas, il était convenu que les membres du syndicat n'installeraient que de l'équipement électrique fourni par des entrepreneurs électriciens du groupement professionnel accusé de coalition (p. 286). Compar. à la non-application de l'exception syndicale jurisprudentielle en droit américain dans : *Connel Construction Co. v. Plumbers*, 421 U.S. 616 (1975).
- 26 *Le pain et autres produits de boulangerie, Enquête sur une prétendue coalition dans la distribution et la vente du pain et d'autres produits boulangers dans la région de Winnipeg au Manitoba*, Commissaire, *Loi des enquêtes sur les coalitions*, Ministère de la Justice, Ottawa, 1952, 77 p. dactyl.
- 27 *Détermination du prix du lait à Ottawa*, novembre 1961, Commission sur les pratiques restrictives du commerce, Ottawa, 1961, 25 p. dactyl., à la p. 19.
- 28 En ce sens, une opinion du Commissaire à la concurrence du 22 décembre 1999 (m. à j. le 12 octobre 2010) au sujet de l'application de l'article 4 de la loi. Après avoir établi le caractère illicite d'un projet de convention collective dans la mesure où elle entraînerait une limitation de l'offre de service – en l'occurrence de construction – le commissaire observe que l'entente pourrait requérir licitement de ne faire effectuer du travail uniquement par du personnel salarié syndiqué. Sur l'ensemble de ces situations, voir B.A. Facey et D.H. Assaf, *Competition and Antitrust Law : Canada and The United States*, Markham, Ont., Lexis Nexis Butterworks,

- 2006, p. 446-448 ; voir aussi : Michel Racicot, « Le non-assujettissement des syndicats aux lois anti-coalition », (1970) 5 R.J.T. 441-458, aux p. 444 à 447. Application simple de l'exception de l'article 4 dans le cas d'un boycottage ordonné par un syndicat d'artistes de la scène contre une entreprise qui se refusait à n'employer que ses membres : *Compagnie France Film c. Guilde des musiciens de Montréal*, [1985] C.S. 1076, à la p. 1088.
- 29 C.c.Q., art. 2085 et 2098. Voir notamment pour ce qui est en général du contexte canadien : Judy Fudge, Eric Tucker et Leah Vosko, *Le concept légal de l'emploi : la marginalisation des travailleurs*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 2002. Plus restrictivement, à l'intérieur de ce domaine du salariat, qui correspond au vocable « employé », le terme « ouvrier » dans l'exemption de l'article 4 (angl. : « workman ») comporte une connotation de tâche manuelle. Voir *Couture v. Hewison*, (1979) 105 D.L.R. (3d) 556 (B.C.S.Ct.) conf. par *Couture v. Hewison*, (1982) 145 D.L.R. (3d) 55 (B.C.C.A.).
- 30 Pour une synthèse de l'abondante littérature traitant de la transformation contemporaine du travail, voir Pierre Verge, « Les instruments d'une recomposition du droit du travail : de l'entreprise-réseau au pluralisme juridique », (2011) 52 C. de D. 135-166. Adde : Vincent de Gaulejac, *Travail, les raisons de la colère*, Paris, Seuil, 2011, à la p. 146. Le salarié classique vend sa force de travail au capital ; selon le nouveau modèle d'entreprise, le travailleur vend à cette dernière un service, dans un contexte inégalitaire.
- 31 Voir en général : Georges J. Virassamy, *Les contrats de dépendance-essai sur les activités professionnelles dans une dépendance économique*, Paris, L.G.D.J., 1986.
- 32 Équipe spécialisée en relations du travail, *Les relations du travail au Canada*, Ottawa, Bureau du conseil privé, 1968, à la p. 154.
- 33 *Loi sur le statut de l'artiste*, S.C. 1992, c. 33, art. 6 (2) b) et 9.
- 34 Voir par analogie la compatibilité de la L.c. avec la législation provinciale réglant certaines professions ou industries : *Proc. Gen. Can. c. Law Society of B.C.*, [1982] 2 R.C.S. 307, en part. la jurisprudence citée, à la p. 350.
- 35 *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 3, V° « employé » (ci-après désigné : « C.c.t. »).
- 36 Vraisemblablement, l'entrepreneur lié par son travail à l'entreprise d'autrui mais qui a recours lui-même à d'autres employés et qui a toute liberté d'ajuster lui-même ses facteurs de production pour maximiser son revenu ne sera pas tenu pour « entrepreneur dépendant » aux fins du C.c.t. Exemple : *Copeland et Société canadienne des postes*, (1989) 78 d.i. 15 (C.c.r.t.).
- 37 *C.d.l.p.*, art. 1 (voir *R. c. Oakes*, [1986] R.C.S. 103) et 2d), *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Assn c. Colombie-Britannique*, précité, note 8).
- 38 *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, art. 109.1 b), ci-après désigné : « C.t. ». Voir *Journal de Québec c. Commission des relations du travail*, 2009 QCCS 4168 (Can.LII), 11 septembre 2009, confirmé en appel, 2011 QCCA 1638 (Can.LII), 14 septembre 2011, jugement qui s'en tient à une notion « physique » d'établissement, à la différence de la décision qu'il renverse : *Syndicat canadien de la fonction publique c. Le Journal de Québec, une division de Corporation Sun Média*, (2008) CCRT 0534, qui, elle, retient à cet égard l'identité de nature et d'orientation du travail exécuté pour l'employeur en conflit.
- 39 *C.c.d.l.*, art. 2d) : voir *supra*, notes 7 et 8.
- 40 *C.d.l.p.*, art. 3.
- 41 *C.c.t.*, art. 8.; *C.t.*, art. 3.

- 42 Pour un développement détaillé, voir P. Verge et D. Roux, *loc. cit.*, note 1, p. 250 à 259.
- 43 La décision peut par ailleurs constituer une violation d'une obligation légale particulière de l'employeur, comme celle du maintien des conditions de travail à la suite d'une demande d'accréditation, ou après l'envoi d'un avis de négociation, ou encore, celle de négocier de bonne foi avec le syndicat; elle peut aussi être contraire à une stipulation d'une convention collective.
- 44 *C.t.*, art. 143; le *C.c.t.* ne comporte toutefois pas de sanction pénale de l'entrave à l'activité syndicale.
- 45 *C.c.Q.*, art. 1607.
- 46 *C.t.*, art. 118 et 119.
- 47 *C.c.t.*, art. 99 (2).
- 48 Pour un exposé de la diversité des modes de réparation auxquels ont eu recours tant les tribunaux que les commissions de relations du travail au Canada, voir instamment, P. Verge et D. Roux, *loc. cit.*, note 1, aux p. 260 à 262. Exemple : *Banque nationale du Canada c. Union des employés de commerce*, [1986] R.C.S. 269, aux p. 283 et 292; *Communications Workers of Canada and Academy of Medicine, Toronto Call Answering Service*, [1978] 1 C.L.R.B.R. 183 (Ont. L.R.Bd).
- 49 *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, [2009] 3 R.C.S. 465 (ci-après désigné : « arrêt *Wal-Mart c. Plourde* »); *Desbiens c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, [2009] 3 R.C.S. 540; voir Michael Mac Neil, « Freedom of Association in a Free Enterprise System : Wal-Mart in Jonquière », (2010) 15 C.L.E.L.J. 495-540. Voir en part. l'arrêt *Wal-Mart c. Plourde*, parag. 3, 8 et 52.
- 50 Arrêt *Wal-Mart c. Plourde*, parag. 4, 6, 11, 12, 46 et 54.
- 51 *Ibid.*, parag. 12, 14, 54. (Selon le *C.c.t.*, la simple présentation d'une plainte en semblable matière fait naître une présomption de violation de la loi : art. 98 (4)).
- 52 Arrêt *Wal-Mart c. Plourde*, parag. 8 et 9.
- 53 *Textile Workers Union of America c. Darlington Manufacturing Co.*, 380 U.S. 263 (1965). Voir *ibid.*, parag. 111.
- 54 Voir ainsi la demande syndicale dans *Syndicat des travailleurs et travailleuses des Couches-Tard de Montréal et Laval – CSN*, 2011 QCRT 0049, 29 sept. 2011, parag. 17.
- 55 *I.A.T.S.E. Stage Local 56 c. Société Place des Arts de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 43. Voir arrêt *Wal-Mart c. Plourde*, parag. 9, 13, 45, 51 à 54 incl.
- 56 Il en irait différemment si la foi fédérale s'appliquait. Voir ainsi les conclusions initiales du Conseil canadien des relations industrielles dans *Section locale 880 de la Fraternité internationale des Teamsters c. Pegasus Express Inc.*, [2006] C.C.R.I. n° 364, Annexe A et p. 12, conclusions de réouverture de l'entreprise que l'organisme avait subséquentement mises de côté en raison de l'arrêt *Place des Arts*. Voir Michel Coutu, Julie Bourgault et Annick Desjardins, *Droit fédéral du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, à la p. 237.
- 57 Arrêt *Place des Arts*, précité, note 55, parag. 27.
- 58 *City Buick Pontiac (Montréal) c. Roy*, [1981] T.T. 22.
- 59 Ainsi, compar. la perception factuelle de la situation de la j. Thibault à celle de j. Mailhot dans l'arrêt de la Cour d'appel, *Société Place des Arts de Montréal c. Alliance internationale des employés de la scène du théâtre, du cinéma, des métiers connexes et des artistes des États-Unis et du Canada, local de scène numéro 56*, 2001 QCCA 15817 (Can.LII), 11 octobre 2001.